JOSÉ LOUREIRO SOBRINHO

A CUSTÓDIA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A LEI 12.403/2011

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2017

JOSÉ LOUREIRO SOBRINHO

A CUSTÓDIA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A LEI 12.403/2011

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2017

Sobrinho, J.L.

A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011./ José Loureiro Sobrinho. São Paulo, 2017. 341 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo – USP.

Orientador**:** José Raul Gavião de Almeida

1. Processo penal. 2. Custódia Cautelar. 3. Liberdade e segurança.
4. Garantismo e eficácia. 5. Proporcionalidade. 6. Presunção de inocência.
7. Justiça. I. Título

BANCA EXAMINADORA

Prof.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Data: _____

A todos que buscam o ideal de justiça.
Essa luta é vossa maior conquista.

Sendo a perda da liberdade uma pena em si, esta apenas deve preceder a condenação na exata medida em que a necessidade o exige.[1]

[1] Cesare Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.54.

Resumo

Sobrinho, J. L. **A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011**./ José Loureiro Sobrinho. São Paulo, 2017. 341p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo – USP.

Inicialmente foi feito breve apanhado da liberdade e sua mitigação pela prisão, ressaltando-se, então, os sistemas de avaliação de prova e sua relevância no tema. A seguir, foi feito esboço histórico da custódia cautelar no direito comparado, em especial em Portugal e Itália, que serviram de inspiração para nosso novo modelo cautelar. O processo penal, em si, foi analisado em sua técnica da cautelaridade e sob o prisma do devido processo legal. A nova sistemática da custódia cautelar, introduzida pela Lei 12.403/2011, foi analisada à luz da proporcionalidade e da presunção de inocência, a buscar um equacionamento entre os direitos e garantias fundamentais e a eficácia estatal na solução dos conflitos, contrapondo a liberdade individual e a segurança social. Enfim, o foco principal deste estudo científico foi demonstrar a importância do novo sistema de medidas cautelares pessoais, rompendo a bipolaridade prisão/liberdade, denotando o caráter excepcional da custódia provisória, fato corroborado pela criação na novel legislação de medidas alternativas adequadas à natureza do crime e à situação do criminoso.

Palavras chave: Processo penal. Custódia Cautelar. Liberdade e segurança. Garantismo e eficácia. Proporcionalidade. Presunção de inocência. Justiça.

Abstract

Sobrinho, J.L. **The Caution Custody in the Brazilian Criminal Procedure and Law 12.403/2011**. / José Loureiro Sobrinho. São Paulo, 2017. 341p. Dissertation (Master). University of São Paulo – USP.

Initially a brief survey of freedom and its mitigation by prison was made, emphasizing, then, the systems of evaluation of evidence and its relevance in the subject. The following was a historical sketch of precautionary custody in comparative law, especially Portugal and Italy, which served as inspiration for our new precautionary model. The criminal procedure itself was analyzed in its precautionary technique and under the prism of the principle of due process. The new system of pre-trial detention, introduced by Law 12.403/2011, was interpreted in the light of proportionality and presumption of innocence, to seek an equation between fundamental rights and guarantees ad state effectiveness in the resolution of conflicts, as opposed to individual freedom and social security. Finally, the main focus of this scientific study was to demonstrate the importance of new system of personal precautionary measures, breaking the bipolar prison/freedom, denoting the exceptional character of the provisional custody, a fact corroborate by the creation in the novel legislation of alternative measures appropriate to the nature of the crime and the situation of the criminal.

Keywords: Penal proceedings. Caution custody. Freedom and security. Garantism and effectiveness. Proportionally. Presumption of innocence. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1 LIBERDADE E SUA MITIGAÇÃO PELA PRISÃO 15

2 SISTEMAS PROCESSUAIS DE AVALIAÇÃO DE PROVA E SUA RELEVÂNCIA NO TEMA 29

2.1 Sistema inquisitivo e a prova legal tarifada 29

2.2 Sistema acusatório e o livre convencimento motivado 32

2.3 Sistema adotado no Brasil 36

3 ESBOÇO HISTÓRICO DA CUSTÓDIA CAUTELAR NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL COMPARADO 43

3.1 Finalidade e legitimação da prisão cautelar historicamente 43

3.2 Sistema português 51

3.2.1 Princípios aplicáveis 51

3.2.2 Requisitos e procedimento de adoção das medidas de coação possíveis 55

3.2.3 Medidas de coação em espécie 59

3.3 Sistema italiano 65

3.3.1 Princípios relacionados 65

3.3.2 Requisitos e procedimento de aplicação das medidas cautelares admissíveis 68

3.3.3 Espécies e hipóteses de revogação e modificação de medidas cautelares 73

3.4 Sistema espanhol 76

3.4.1 Disposições constitucionais relacionadas 76

3.4.2 Procedimento de aplicação e espécies de medidas cautelares 78

3.5 Sistema alemão 81

3.5.1 Disposições constitucionais 81

3.5.2 Procedimento de aplicação das cautelares e pressupostos da preventiva 82

3.6 Outros países 84

4 CUSTÓDIA CAUTELAR NO BRASIL 86
4.1 Histórico 86
4.1.1 Sistema anterior ao Código de Processo Penal de 1941 86
4.1.2 O sistema do CPP de 1941 e as progressivas mudanças de paradigma 90
4.1.3 Novo sistema cautelar adotado a partir da Lei 12.403/2011 98
4.2 Finalidade 106
4.2.1 Noções gerais e autonomia do procedimento cautelar 106
4.2.2 Tutela cautelar e tutela antecipada 111
4.2.3 Tutela cautelar intrumental e tutela cautelar final 113
4.3 Características 115
4.3.1 Instrumentalidade 115
4.3.2 Alternatividade 117
4.3.3 Provisoriedade 118
4.3.4 Acessoriedade 120
4.3.5 Referibilidade 121
4.3.6 Gradualidade 122
4.3.7 Cumulatividade e variabilidade 125
4.3.8 Excepcionalidade 127
4.4 Pressupostos e poder geral de cautela 129
4.4.1 "*Fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" 129
4.4.2 "*Fumus comissi delicti*" e "*periculum libertatis*" 131
4.4.3 Cautelaridade processual civil e processual penal 135
4.5 Espécies 137
4.5.1 Prisão temporária 137
4.5.2 Prisão em flagrante e prisão preventiva 141
4.5.3 Prisões decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível 145

5 ALGUNS PRINCÍPIOS RELACIONADOS 147
5.1 Dignidade da pessoa humana 147
5.2 Devido processo legal 150
5.3 Presunção de inocência 152
5.3.1 Origem 152
5.3.2 Natureza jurídica 152
5.3.3 Aspectos 154

5.4 Proporcionalidade 161
5.4.1 Breves considerações iniciais 161
5.4.2 Pressupostos 169
5.4.2.1 Legalidade e justificação teleológica 169
5.4.3 Requisitos extrínsecos 175
5.4.3.1 Judicialidade e motivação 175
5.4.4 Requisitos intrínsecos 180
5.4.4.1 Adequação ou idoneidade 180
5.4.4.2 Necessidade ou subsidiariedade 180
5.4.4.3 Ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito 186

6 PRISÃO PROVISÓRIA E A LEI 12.403/2011 190
6.1 Prisão em flagrante 190
6.1.1 Conceito e natureza jurídica 190
6.1.2 Fundamento, cabimento e relaxamento 195
6.2 Prisão preventiva 203
6.2.1 Conceito e natureza jurídica 203
6.2.2 Hipóteses de cabimento 206
6.2.3 Pressupostos 217
6.2.3.1 Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria 217
6.2.4 Requisitos 221
6.2.4.1 Garantia da ordem pública e da ordem econômica 221
6.2.4.2 Conveniência da instrução criminal 227
6.2.4.3 Garantia de aplicação da lei penal 229
6.3 Conversão do flagrante em preventiva 231
6.3.1 Análise do instituto sob o prisma da persuasão racional e proporcionalidade 231
6.4 A prisão domiciliar 237
6.5 Questões controvertidas 239
6.5.1 O juízo de garantias e a audiência de custódia 239
6.5.2 Prisão provisória e colaboração premiada 245
6.5.3 Prisão e o trânsito em julgado da sentença condenatória 249
6.5.4 Jurisprudência 252

7 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA 258
7.1 Medidas cautelares alternativas 258
7.1.1 Disposições gerais 258
7.1.2 Espécies e situações de cabimento 264
7.1.2.1 Comparecimento periódico a Juízo 264
7.1.2.2 Proibição de acesso a determinados lugares 266
7.1.2.3 Proibição de contato com pessoa determinada 268
7.1.2.4 Proibição de se ausentar do Juízo da culpa 270
7.1.2.5 Recolhimento domiciliar 274
7.1.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica 276
7.1.2.7 Internação provisória 278
7.1.2.8 Monitoração eletrônica 280
7.2 Liberdade provisória 282
7.2.1 Conceito e natureza jurídica 282
7.2.2 Modalidades 287
7.2.2.1 Liberdade provisória com e sem fiança 287
7.3 Controvérsias 295
7.3.1 Agente político e a suspensão do exercício de função pública 295
7.3.2 Condução coercitiva 303
7.3.3 Fixação e excesso de prazo na prisão cautelar e nas medidas a ela diversas 307
7.3.4 Jurisprudência 311

CONCLUSÃO 316

BIBLIOGRAFIA 332

INTRODUÇÃO

A realização da Justiça é vetusto desejo humano, nas várias civilizações traduzido como a busca por uma ordem jurídica justa. Essa ordem jurídica justa requer alguns princípios, para satisfação de seu mister, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Em matéria processual penal, após longa luta pelo direito foi possível estabelecer o primado dos direitos e garantias individuais, os quais são decorrentes dos princípios acima mencionados, consubstanciados no comumente chamado sistema acusatório.

Entre esses direitos, destacam-se a liberdade e a segurança, contrapondo a garantia aos direitos fundamentais e a efetividade em processo penal, cujo equilíbrio deve ser buscado sempre com respeito ao princípio fundamental da presunção de inocência e por meio do postulado da proporcionalidade.

Pretender-se-á comprovar que a nova sistemática adotada pelo Legislador na Lei 12.403/11, obrigando o magistrado, verificando seus fundamentos intrínsecos, analisar a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva ou aplicando medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos da nova redação dada ao artigo 319, do Código de Processo Penal, ou, ainda, concedendo liberdade provisória, dá nítida ênfase ao sistema acusatório e, sem prejuízo, privilegia a jurisdição e a persuasão racional, à luz do cardeal princípio da presunção de inocência, sem perder de vista a individualização da pena, evidenciando a excepcionalidade da medida de custódia cautelar, em atenção ao devido processo legal.

A pedra de toque de toda a análise será a proporcionalidade, pois somente a partir dela tem sentido uma análise mais profícua das alterações adotadas pela novel legislação já mencionada. Isto porque, até certo tempo a prisão provisória era a regra e a liberdade exceção, o que foi se modificando, culminando na possibilidade de uma análise acurada de cada caso a partir dos pressupostos e requisitos da custódia, visando uma resposta mais adequada e proporcional à situação, com a possibilidade, além das hipóteses de pronta liberdade provisória, também da aplicação de medidas alternativas ao cárcere prematuro.

Ora, se não pode perder de vista a necessidade de equilíbrio entre o garantismo – oriundo da preservação dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais no caso se destaca a liberdade – e a eficácia na solução dos conflitos, essencial para se fundamentar a prisão cautelar, sendo exatamente neste ponto que cresce a importância da proporcionalidade para um correto balizamento e modulação das situações do porvir.

Enfim, buscar-se-á, no presente estudo científico, partindo de um enfoque histórico e princípios norteadores do tema, se analisar a referida reforma processual, numa tentativa de demonstrar a importância da nova sistemática da prisão cautelar como corolário de consolidação do sistema acusatório em razão de enfatizar a persuasão racional e a presunção de inocência, tendo como orientação a proporcionalidade, a justificar o cabimento ou não da custódia cautelar, denotando o caráter excepcional da medida, fato corroborado, também, pela criação na novel legislação de medidas alternativas adequadas à natureza do crime e à situação do criminoso.

1. LIBERDADE E SUA MITIGAÇÃO PELA PRISÃO

"O delito é uma desordem e o processo serve para restaurar a ordem". [2]

O homem é um animal social[3], pois sozinho não consegue dar azo a suas necessidades básicas e sobrevivência, o que somente atinge em agrupamento, em sociedade.

Em sociedade, o homem não pode querer satisfazer todos e apenas seus anseios. Há necessidade de uma ordem imposta pelo conjunto de pessoas, as quais abrem mão de seu livre arbítrio em prol do todo, e dessa maneira surge o Estado.

O Estado passa a estabelecer uma ordem jurídica, tendo como ponto de partida a norma fundamental, a qual nada mais é do que o conjunto de normatizações consensuais e/ou majoritárias de uma sociedade, tida por muitos como a Constituição, assim chamada porque constitui um Estado Soberano dando forma àquele grupo de pessoas.

Mas, mesmo com o direito posto, positivo, positivado na Constituição, o dilema estabelecido pelo direito natural ainda se interpõe, ou seja, o que é certo e errado nas relações humanas?

Muito embora o problema possa se interpor, o direito positivo dá a ele uma resposta, resposta esta fundamentada na ordem jurídica justa. A partir do momento em que as regras são editadas de acordo com o estabelecido na Norma Fundamental (Constituição) e nas Leis dela decorrentes, tais regras são tidas como mandamentos de condutas normais e, portanto, certas, justas, ao passo que o mais, estando em desacordo com esse contexto, seria errado e, portanto, injusto.

Essa solução, fundamento de nossa civilização, ainda que regulamente o problema, não o resolve em definitivo, permitindo que novos direitos, regramentos e entendimentos surjam em uma sociedade em permanente mudança.

---

2 Francesco Carnelutti.. **As misérias do processo penal.** Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan, 2. Tiragem. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 82.

3 Vicente Sabino Júnior, **Jean-Jacques Rousseau e o Contrato Social**, São Paulo: José Bushatsky, 1978, 246p.

Cabe a resignação de se buscar uma ordem jurídica, às vezes justa e, em outras vezes nem tanto, mas sempre ordem e jurídica, baseada na Constituição e em seus princípios, precipuamente na tripartição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, um a limitar o outro em freio e contrapeso, consoante ensinamento de Charles de Secondat, Barão Brède e Montesquieu[4].

O dualismo, verdadeiro dilema e até maniqueísmo (certo e errado), deu origem ao conceito positivo de legal e ilegal, lícito e ilícito. Esses conceitos têm por origem e fundamento aquilo que os seres humanos têm por mais caro ou não, criando os valores sociais que orientam a ordem jurídica justa. Nasce, paralelamente, o conceito de bem jurídico tutelado, aceito pelo Estado.

O bem jurídico nada mais é do que o direito subjetivo do indivíduo posto sob a tutela, sob a égide objetiva do Estado. A sociedade, por exemplo, percebe que alguns bens são tão importantes a ponto de receberem o julgo estatal, tais como a vida, a liberdade, o patrimônio, etc., surgindo assim o direito à vida, à liberdade, ao patrimônio, etc.

O estabelecimento desses direitos é importante para viabilizar sua defesa em razão dos vários graus de violações a que eles podem estar sujeitos. Quanto mais valorado pela sociedade e, lógico, pelo Estado, mais proteção terá um bem jurídico, mais tutela ele suportará.

A violação de um bem jurídico tutelado traz à tona o injusto formal, o ilícito. O ilícito, ainda que uno em sua essência, pode ser subdividido em ilícito administrativo, ilícito civil e ilícito penal. Um só fato pode ter essas consequências, como o funcionário público que se apropria de bem de que tem a posse em razão do cargo. Com certeza, responderá a processo administrativo, com possibilidade de demissão; deverá se defender em ação cível ajuizada pelo Estado, visando-se ao ressarcimento do prejuízo patrimonial, e poderá ser condenado, após o devido processo legal, a pena privativa de liberdade, com possibilidade de substituição por restritiva de direitos.

---

[4] Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, (1689-1755). **O espírito das leis:** as formas de governo: a divisão dos poderes; Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, 219p.

Dependendo do grau de importância da violação de um bem jurídico, da magnitude de um direito, maior será a tutela estatal, e essa grandeza está na exata proporção da existência ou não de tutela penal para o caso.

A tutela penal somente ocorrerá quando o bem intrinsecamente for de valor razoável, pois a imposição de pena, notadamente a privativa de liberdade, é medida extrema, por implicar na supressão do direito natural à liberdade. É a *ultima ratio*[5] para solução da violação ao bem jurídico, e sua aplicação somente ocorrerá quando se cercar de todas as cautelas do devido processo legal em atenção à dignidade da pessoa humana.

O bem jurídico tutelado, o direito que o envolve, como o direito à vida, por exemplo, chamado de direito objetivo ou direito substantivo, depende, enquanto norma meramente posta, da força coercitiva do Estado para ser efetivo no mundo fenomênico. O meio para isso é o chamado direito subjetivo, consubstanciado no chamado direito adjetivo, já chamado alhures de direito judiciário e hoje conhecido como direito processual ou simplesmente, no caso, de processo penal.

Com a prática da infração penal, da violação ao bem juridicamente tutelado, que afeta as condições da vida social, surge para o Estado o poder-dever de punir o autor.

Porém, não pode o Estado impor a pena direta e imediatamente, uma vez que em sociedades civilizadas não pode o poder público agir como quaisquer passionais particulares, sob pena de cometer verdadeira vingança privada.

Não é somente o Estado que tem direitos e deveres, mas também aquele que pratica um delito e que estará sujeito ao poder estatal. A pretensão punitiva do Estado encontra resistência no direito de liberdade do cidadão, gerando verdadeiro conflito de interesses, verdadeira lide, que poderá ser solucionada somente no processo penal.

---

[5] Razão última, conclusiva, derradeira, cf. Roberto de Souza Neves. **Dicionário de Expressões Latinas Usuais:** 15.000 adágios, provérbios e máximas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 579.

O processo penal

> [...] é resultante da composição entre Segurança e a Justiça. É preciso manter a Ordem a qualquer custo; mas convém que isto se dê com o máximo respeito pela Justiça. A lei penal procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas todos os atos que ela reputa ilícitos. A lei processual protege os acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.[6]

O processo penal tem

> [...] seus princípios, suas regras, suas leis: princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das coisas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solene compromisso de que – ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior e na forma por ela regulada.
>
> As leis do processo são complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discrição dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surprêsas (sic).[7]

Entre os princípios processuais, de se destacar a busca da verdade que possui contraponto no livre convencimento motivado e notadamente na imparcialidade do órgão julgador. Mas qual deve prevalecer?

É relevante notar que

> [...] a paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.
>
> [...]
>
> O direito não é pura teoria, mas uma força viva.

---

6 Hélio Tornaghi. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1959, p.10.

7 João Mendes de Almeida Júnior. **O Processo Criminal Brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., v. 1, 1959, p. 13.

> Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.
>
> A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.
>
> Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança[8].
>
> [...]
>
> Não existe direito concreto senão onde existirem condições pelas quais a regra jurídica abstrata consolida a existência desse direito. Eis aqui tudo o que a teoria dominante encontra para nos dizer.
>
> Mas essa teoria despreza completamente um lado da questão; preocupa-se exclusivamente com a dependência do direito concreto em face do direito abstrato; perde de vista que uma semelhante relação de dependência existe igualmente no sentido perfeitamente oposto.
>
> O direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato mas devolve-lhas por sua vez.
>
> A essência do direito é a realização da prática.[9]

Em síntese, a espada da justiça sem sua balança é a força bruta, desarrazoada, desproporcional, mas essa balança sem a necessária espada é a impotência do direito, que tem sua essência na realização da prática.

O processo penal será efetivo e eficaz se preservar as garantias constitucionais dos indivíduos e ao mesmo tempo possuir mecanismos que possibilitem meios eficientes de investigação e descoberta da verdade e esse equilíbrio somente será alcançado por um livre convencimento motivado permeado pela imparcialidade do órgão julgador.

Enfim, o direito material penal é realizado no seio do Poder Judiciário, na Jurisdição, a partir do processo penal, que nada mais é do que verdadeiro instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, fundamento do sistema processual acusatório, sistema esse por nós adotado precipuamente.

Não se pode perder de vista que o Juiz para emitir o provimento solicitado pelas partes deverá invariavelmente se valer dos fatos alegados e devidamente comprovados no processo.

---

8 Rudolf Von Ihering (1818-1892). **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1

9 Rudolf Von Ihering (1818-1892). **A luta pelo Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 43.

Em primeiro lugar, é necessário apontar quais são os fatos relevantes em discussão, pontuando, para tanto, a relação entre direito substancial e processo e, a partir daí, lançando mão da técnica processual, proceder à instrução probatória.

A atividade probatória é basicamente a construção, ou melhor, a reconstrução de um evento já ocorrido e que deve ser demonstrado por aquele interessado, visando ter seu direito reconhecido. O direito de ação tem fundamento constitucional e compete às partes, sendo que a iniciativa probatória deve preponderantemente ser por elas realizado, em atenção ao princípio dispositivo.

O direito processual é ramo autônomo do direito e regido por inegáveis princípios publicistas, não podendo ser contaminado pela subjacente relação jurídica de direito substancial, o que, mesmo que possa parecer paradoxal, não nega o caráter instrumental do processo, instrumentalidade essa que, ao contrário, não está baseada nos interesses da parte e em seus direitos subjetivos, mas está em função do Estado e dos objetivos deste.

A questão de fundo que permeia o ponto em análise, a rigor, é de caráter político e histórico, ou seja, se optar por uma visão objetiva e publicista do processo, por meio da qual a vontade da Lei deve se manifestar em função da verdade possível trazida aos autos, inclusive, com certa atividade probatória do Juiz, ou se contentar com um escopo privatista do processo, oriundo de um puro sistema adversarial anglo-saxônico, no qual o Juiz se limitará a analisar os elementos fornecidos pelas partes, declarando o vencedor do embate entre os adversários, sem se preocupar necessariamente com a verdade, a qual poderá ou não vir à tona após a contenda.

O Estado para atingir seus objetivos de paz e harmonia sociais, invariavelmente, faz uso de seu poder, que é uno, mas subdividido em atividades fundamentais, distintas e harmônicas, quais sejam, a executiva, a legislativa e a judiciária. Na parte que nos toca, interessante notar a atividade jurisdicional, a jurisdição, que precipuamente é a função estatal de dizer o direito. É a atuação da vontade da norma, quer que para afirma-la, quer para torna-la efetiva. É a atividade estatal destinada a garantir a eficácia prática do ordenamento.

> Se as normas são criadas é porque a sociedade delas necessita. Pelo menos é o que se presume. Sua obediência, portanto, interessa ao Estado, visto que a verdadeira paz social somente se alcança com a correta atuação das normas imprescindíveis à convivência das pessoas.
>
> Ora, se assim é, as normas devem ser atuadas corretamente. Essa é a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados.[10]

Então, torna-se clara a função social do processo que é a busca pela efetividade deste, ou melhor, por uma decisão justa e se o Estado é o maior interessado na realização do ordenamento substancial ninguém melhor que o Juiz para coordenar a colheita de elementos probatórios, pois a função do Juiz é pacificar com justiça. Porém, há limites para tal atividade, não se podendo transformar a verdade no fim em si do processo.

Note-se que a violação da ordem jurídica pela ação ilícita penal faz surgir o direito de punir do Estado e a consequente persecução penal em processo penal, evidenciando que a finalidade deste é a atuação do direito objetivo em certa hipótese concreta, visando a composição de um litígio ou conflito de interesses.

Entretanto a dilação temporal, que a tanto obrigam as regras processuais, confere a determinados atos da persecução a natureza jurídica cautelar, os quais constituem meio de garantia do resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo.

A tutela cautelar visa impedir que o desenvolvimento às vezes demorado do processo e fruto de suas características intrínsecas possa tornar inócua a prestação jurisdicional que as partes almejam, garantindo, então, ao processo a efetivação total de seu objetivo, para que a situação sobre a qual incidirá não se altere ou reste inútil antes da finalização do procedimento, mitigando, enfim, a subsunção da Lei material.

Se por um lado a tutela jurisdicional em si tem por escopo a subsunção do fato à norma preestabelecida, com fixação afinal de pena, por sua vez, a medida cautelar instrumenta tal tutela, buscando a melhor consecução da providência definitiva e para tanto pode o Estado até

---

[10] José Roberto dos Santos Bedaque. **Poderes instrutórios do Juiz.** 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-12.

mesmo e notadamente praticar atos coativos contra o indivíduo, como por exemplo, prisão em flagrante, prisão preventiva e outras espécies de medidas provisórias.

A prisão propriamente dita penal é preferencialmente a pena privativa de liberdade imposta ao réu e, via de regra, deverá ser cumprida em estabelecimento prisional a este fim destinado.

A prisão penal ou *"ad poena"* é regulamentada nas leis materiais de Direito Penal, mas a sanção se cumpre pelos meios coercitivos da execução penal, estando, assim, regulada, em boa parte, pelas normas de Direito Processual Penal.

De outra banda, a medida de prisão cautelar ou "*ad custodia"* visa garantir o próprio êxito da punição do crime, ou melhor, a imediata tutela do bem jurídico violado, evitando-se as consequências do atraso na prestação jurisdicional. Custodia-se como garantia de posterior execução da pena, sempre em atenção de sentença criminal condenatória transitada em julgado. Fundamenta-se a custódia provisória na probabilidade de condenação a fim de se não frustrar seu cumprimento e efetiva execução.

A lide, verdadeiro conflito de interesses, é também inerente a essa situação acauteladora na qual a persecução penal toma forma de coerção provisória. Da mesma forma que no processo principal em que se busca uma providência definitiva, no processo cautelar há o conflito entre o interesse do Estado em garantir a punição de alguém no processo penal a ser instaurado e o interesse do réu em manter intocado seu "*status libertatis"*, mas como se sabe a norma cautelar que compõe o fenômeno meta-processual faz sobrepor o interesse estatal sobre o do indivíduo.

Isto não significa de forma alguma violação ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", que estabelece, assim, o chamado princípio da presunção de inocência, melhor compreendido como princípio da presunção de não culpabilidade.

As pessoas são naturalmente inocentes, mas o princípio consagrado em nossa Constituição da República corresponde, tecnicamente, à não consideração prévia de culpabilidade e tem suas origens na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mais especificamente em seu artigo 9º, pois do contrário estar-se-ia antecipando a inocência, tornando-se, pois, desnecessária a persecução penal. Não é este o espírito da lei.

Vale lembrar

> [...] que a expressão 'presunção de inocência' não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível o inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela.[11]

O que se pretende é permitir a persecução penal plena por meio da custódia cautelar, sempre na busca da verdade, mas preservando os fundamentos do sistema acusatório clássico, como o "*actum trium personarum"* com separação do órgão acusador do julgador, liberdade de ampla defesa e de apresentação das provas, que são valoradas, também livremente, pela persuasão reacional do Juiz, com contraditório sempre presente, pelo menos na forma mitigada e diferida.

É exatamente o que ocorre nas hipóteses de prisão cautelar, a qual, no mais das vezes, pode ser concedida "*inaudita altera pars"*, mas com possibilidade oportuna de apreciação e insurgência da parte contrária, situação essa que em razão disso não viola os princípios retro mencionados, com possibilidade inclusive de contracautela (liberdade provisória) nos casos notadamente de ilegalidade, desnecessidade ou desproporcionalidade da prisão, cuja origem remonta às priscas eras da "*Magna Carta Libertatis"* e do "*Habeas Corpus Act"*.

Em atenção ao sistema acusatório, a prisão cautelar, da mesma forma que a prisão penal definitiva, por implicar em profunda limitação do direito de liberdade, para ser imposta

---

[11] Fernando da Costa Tourinho Filho. **Manual de Processo Penal.** Ed. Saraiva, 2011, p. 73.

contra qualquer pessoa deve ser submetida a controle jurisdicional, posto que não há prisão "*sine judicio"*, controle esse que necessariamente será feito em decisão fundamentada em livre convencimento motivado por persuasão racional, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição da República.

Em consolidação do sistema acusatório, ampliando sua implantação e aceitação, o Legislador, à luz da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, alterou os dispositivos do Decreto-Lei 3.869, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, estabelecendo nova sistemática da custódia cautelar no processo penal brasileiro.

De acordo com concepção clássica, flagrante é a certeza visual do crime. Nos termos do artigo 302, do Código de Processo Penal, estão previstas as várias hipóteses de prisão em flagrante, porém inegavelmente todas estas hipóteses têm como pano de fundo a sustentação da *"potestas coercendi"* do Estado, por um lado para assegurar em Juízo a comprovação da infração penal e por outro para garantir o próprio êxito da punição do crime. A prisão do acusado ocorre ante a probabilidade de sua condenação, devendo ocorrer a custódia com o intuito de cumprimento da pena definitiva a ser eventualmente imposta.

Anteriormente à reforma legal, o Juiz precípua e fundamentalmente analisava a formalidade da prisão em flagrante, em inteligência ao mencionado artigo 302, do Código de Processo Penal, verificando a ocorrência ou não das situações de flagrância, mantendo ou relaxando a prisão. É claro que a cabia a análise dos pressupostos e requisitos da prisão, mas de forma oblíqua.

Como se sabe, a prisão preventiva sempre foi tida como a custódia cautelar por excelência e seus fundamentos (pressupostos e requisitos) são os que sustentam e informam todas as hipóteses de prisão provisória. São, pois, em inteligência ao artigo 312, do Código de Processo Penal, pressupostos da prisão provisória a prova da materialidade e indícios suficiente de autoria, formando seus requisitos a garantia da ordem pública, da instrução criminal e a aplicação da Lei Penal.

Com a nova sistemática, institui-se a análise obrigatória e imediata do flagrante pelo Juiz e sua conversão ou não em prisão preventiva, deixando evidente o caráter excepcional da medida. Desta forma, o Legislador incrementou o sistema acusatório, privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento da Constituição da República – pois a avaliação da prisão em flagrante de limitada e oblíqua passou a ser plena e direta, ou seja, a partir de então compete obrigatoriamente ao magistrado verificá-la por completo com observância de seus pressupostos e requisitos, decisão essa que deverá obviamente ser devidamente fundamentada, enfatizando-se o princípio da persuasão racional em consonância e respeito ao devido processo legal.

Ainda, há outra inovação importante introduzida pela novel legislação, qual seja o surgimento, ao lado da já existente liberdade provisória, de medidas cautelares alternativas à prisão e adequadas à natureza do crime e à situação do criminoso, evidenciando o princípio constitucional de individualização da pena.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mais especificamente em seus artigos 1º e 4º estabelece que os homens nascem e são livres e iguais em direitos. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Sob os mesmos paradigmas, a Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente em seu artigo 5º, ao estabelecer os direitos e garantias individuais, reza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Para viver em sociedade o homem abre mão de seus quereres, de suas liberdades absolutas, mas não abre mão de seus direitos fundamentais entre os quais estão a vida e a liberdade. O bem maior de um ser humano é sua própria existência (vida), pressuposto óbvio

dos demais direitos. A seguir, evidentemente está a liberdade – direito natural do homem – seu instinto mais caro.

A liberdade pode ser traduzida de várias formas, sob vários prismas e ângulos. Há uma série de liberdades, mas seu fundamento precípuo está na liberdade de ir e vir, estar e permanecer. Quão importante é esta liberdade que sua privação ocorrerá em *"extrema ratio"* com a intervenção do Direito Penal e Processual Penal em punição a grave violação do direito de terceiros.

A punição, a pena por natureza e em essência é a privativa de liberdade, a prisão, quer de forma definitiva ou provisória. A regra é a liberdade. O cárcere é exceção, ainda mais em se tratando de medida cautelar, melhor entendida como medida excepcional propriamente dita.

Alhures imperava o sistema inquisitivo, companheiro dos regimes teocráticos, despóticos e que avassalou o continente europeu a começar do século XV, tendo como algumas de suas características as ordálias ou juízos divinos, o emprego de torturam averiguação não contraditória da acusação e aplicação de penas infamantes que extrapolavam em alguns casos até a pessoa do criminoso.

Em contraponto à inquisição surgiu o sistema acusatório, sob os auspícios da renascença, do iluminismo e enfim da revolução francesa, com base no "*actum trium personarum"*, separação do órgão acusador do julgador, liberdade de ampla defesa e de apresentação das provas, que são valoradas, também livremente, pela persuasão reacional do Juiz, com contraditório sempre presente, em observância ao devido processo legal e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Entre nós, para muitos há um sistema misto, com preponderância do sistema acusatório, mas com alguns resquícios do sistema inquisitivo, ditos salutares em sua maioria.

A nova sistemática adotada pelo Legislador na Lei 12.403/11, obrigando o magistrado, verificando seus fundamentos intrínsecos, analisar a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva ou aplicando medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos da nova redação dada ao artigo 319, do Código de Processo Penal, ou, ainda, concedendo liberdade provisória, dá nítida ênfase ao sistema acusatório, privilegiando a jurisdição e persuasão racional, preservando a presunção de inocência, sem perder de vista a individualização da pena, evidenciando a excepcionalidade da medida de custódia cautelar, à luz do devido processo legal.

Porém, a pedra de toque de toda a análise é a proporcionalidade, pois somente a partir dela tem sentido uma análise mais profícua das alterações adotadas pela novel legislação já mencionada, porque até certo tempo a prisão provisória era a regra e a liberdade exceção, o que foi se modificando, culminando na possibilidade de uma análise acurada de cada caso a partir dos pressupostos e requisitos da custódia, visando uma resposta mais adequada e proporcional à situação, com a possibilidade, além das hipóteses de pronta liberdade provisória, também da aplicação de medidas alternativas ao cárcere prematuro.

A proporcionalidade é um postulado, um direito fundamental implícito, pois mesmo não expressa em nossa constituição está nela contida. A função da proporcionalidade é garantir uma coexistência equilibrada entre direitos fundamentais, podendo até mudar alguns princípios.

A proporcionalidade rege as decisões de restrição a direitos do acusado para a formação do livre convencimento motivado e, para ser aplicada a determinada hipótese, deve ser utilizada com critério, em rigorosa observância de sua estrutura e requisitos, quer intrínsecos, como a necessidade, adequação e ponderação (proporcionalidade em sentido), quer extrínsecos, como legalidade, justificação teleológica, motivação e judicialidade.

A motivação e judicialidade dependem da legalidade e apenas quando superadas se passará à verificação da adequação, que é análise de aptidão do meio para se atingir a tal fim. Na necessidade há um Juízo qualitativo de percepção de eventual excessividade. Já na ponderação pode ser vislumbrado que certa situação adequada e necessária pode ser desproporcional.

Enfim, se não pode perder de vista a necessidade de equilíbrio entre o garantismo, oriundo da preservação dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais no caso se destaca a liberdade e a eficácia na solução dos conflitos, essencial para se fundamentar a prisão cautelar e é exatamente neste ponto que cresce a importância da proporcionalidade para um correto balizamento e modulação das situações do porvir.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS DE AVALIAÇÃO DE PROVA E SUA RELEVÂNCIA NO TEMA

2.1 Sistema inquisitivo e prova legal tarifada

O sistema inquisitivo, companheiro dos regimes teocráticos, despóticos, que avassalaram o continente europeu a começar do século XV, tem como principal característica a concentração das funções, dos papeis desempenhados no processo em um só indivíduo, que acusa, defende e julga. Via de regra, a confissão era a rainha das provas, valendo, por si, para sustentar uma condenação. Predominava o princípio do segredo e do procedimento escrito, com possibilidade extrema de investigação judicial dos fatos, com emprego de tortura, averiguação não contraditória da acusação e, mesmo assim, era vedada a recusa do julgador, inexistindo, no mais, regras de igualdade e liberdade processuais.

Com a ruína do império romano e adoção medieval do cristianismo católico predominantemente, a verdade a ser buscada e atingida tinha um paradigma evidentemente de fundo religioso e, portanto, real e absoluto. Assim, justificava-se o arbítrio da tortura para se atingir a confissão em um sistema de tarifação legal e peso de provas, predominando uma sobre outras, tanto que havia procedimento especial para o cabimento ou não de tortura, procedimento este fundado em indícios, elencando-se os pormenores do agir torturante. A tortura, ao contrário do que hoje se imagina, era aceita como meio legítimo para se atingir a verdade através da confissão.

Nos primórdios, as provas e sua valoração eram baseadas no empirismo e nas impressões pessoais. Com a evolução, já em Roma, surgiram preceitos de análise probatória, os quais eram limitadores da liberdade dos magistrados, mas não a ponto de retirar-lhes a convicção no julgamento, iniciando-se neste momento a regulamentação da tortura, mas sem a firme existência de um sistema probatório e o reconhecimento teórico dos indícios, muito embora fossem eles fortemente admitidos na prática, tanto que várias orientações de jurisconsultos os indicavam e os admitiam, porém somente se a prova indiciária fosse suficiente, indubitável e incontestável, não se podendo condenar alguém por meras suspeitas.

Na idade média, a prova indiciária – fundamental para análise dos pressupostos da custódia cautelar, especialmente o relacionado à autoria – apresentava inicialmente um aspecto supersticioso e simbólico, oriundo da forte influência religiosa nesta época, intervindo a divindade para apurar o delito, julgando-se mais por magia do que por razão baseada em fatos.

Os indícios eram confundidos com as presunções e considerados provas inferiores às demais. Ainda neste período medieval, consolida-se o procedimento inquisitório com nítido viés religioso/canônico e seu consectário sistema de provas legais tarifadas, passando-se a regulamentar os indícios mediante uma elaboração qualitativa e quantitativa e idônea do convencimento judicial.

Em sua maioria, os indícios eram vistos como prova semiplena ou imperfeita e capaz precipuamente de fundamentar a tortura enquanto meio hábil de se buscar a confissão e se atingir a verdade absoluta dos fatos. A confissão era considerada, sob outro enfoque, presunção *"juris et de jure"* e elevada à condição de indício indubitável. Durante esta época, por ser considerada a prova indiciária de menor eficácia, muitas foram as construções teóricas para aprimorar a tarifação dos indícios, como por exemplo, que aqueles possuidores de força no cível não bastavam para condenação no crime ou, também, a distinção dos indícios em

> [...] violentos, graves ou leves. Muitos indícios leves formavam um indício grave; um indício grave valia quase meia-prova; dois indícios graves equivaliam a um indício violento, que era bastante para a aplicação da tortura; muitos indícios dessa espécie eram suficientes à condenação.[12]

Já com o advento da Revolução Francesa no ano de 1789,

> [...] o espírito iluminista buscou energicamente eliminar o sistema de prova legal, estabelecendo o regramento de que os juízes e jurados devem julgar segundo sua íntima convicção.

---

[12] Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 20.

> Mas a verdadeira transformação da prova indiciária no Direito moderno se fez quando a livre valoração da prova pelo juiz se associou ao dever deste em justificar seu juízo, por meio da motivação da sentença.
>
> O indício, com isso, se elevou à dignidade de prova plena e inteira, idônea a formar o convencimento do juiz, conquistando eficácia probante igual à das demais. [13]

[13] Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

2.2 Sistema acusatório e o livre convencimento motivado

O sistema acusatório possui nítida separação do órgão acusador e do julgador. O juízo penal é o *"actum trium personarum"*, existindo verdadeira relação processual, estando em pé de igualdade autor e réu, sobrepondo-se a ele, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, o Juiz. O titular da ação penal é o Estado e a acusação é feita por seu representante, o Ministério Público. Há liberdade de defesa e de apresentação das provas, que são valoradas, também livremente, pela persuasão reacional do Juiz. O contraditório está sempre presente, possibilitando-se a recusa do julgador.

O sistema de provas no seio do sistema acusatório inicialmente era o da convicção íntima, baseado no sistema adversarial do "*common law"*. O Juiz tinha plenos poderes para avaliar a prova, visando se evitar a barbárie do processo inquisitivo que justificava a tortura como meio de se atingir a verdade real. Então, entra em cena a dignidade da pessoa humana, que limita a ação do Estado contra seus cidadãos.

O sistema de provas passa a ser o livre convencimento motivado, com livre apreciação e valoração das provas pelo Juiz, mas com necessidade de fundamentação da decisão e correlação destas com as provas produzidas, o que não significa que a persuasão racional, em si, permita decisões arbitrárias.

A rigor, as provas proibidas e/ou provas ilícitas, nos termos do artigo 155, Código de Processo Penal Brasileiro, destacando-se a prova civil do estado e o exame de corpo de delito não deixam de ser certa tarifação e/ou limites de prova. Se por um lado, no sistema da prova legal tarifada exigia-se o sistema de provas positivas, com pesos e valoração maior de uma prova em detrimento de outra, por outro lado, no livre convencimento motivado admite-se alguma mitigação desta liberdade probatória, com limites de provas, ou seja, um sistema de provas negativo e/ou piso de provas, não sendo demais lembrar que tal modulação é inspirada na "*Law of Evidence"* do *"Commom Law"*, que surgiu nos países anglo-saxões com esta tradição, objetivando uma admissão mais criteriosa da prova, em contraste com a convicção íntima, especialmente em razão daquele sistema estar fundado no julgamento de um indivíduo

de forma simples e não absolutamente técnica por seus pares em conselho de sentença no modelo de Tribunal do Júri.

Este, no meu sentir, é ponto fulcral do estabelecimento de pressupostos e requisitos para análise da custódia cautelar, a fim de se modular e orientar sua tarifação, visando evitar arbítrios oriundos de motivações vagas e imprecisas, que privilegiam de forma desarrazoada e desproporcional a subjetividade da decisão. Entretanto, muito embora válido tal expediente deve ser utilizado com critério e razoabilidade, sem perder de vista certos casuísmos, pois se não pode transformar o ato de julgar em ato matemático e gessado, preestabelecido legalmente com o intuito de dar azo a algum pensamento de determinados grupos dominantes em algum momento e sob certo espectro social e ideológico. A premissa pode ser boa, mas se não pode permitir sua utilização de forma deturpada e por operadores do direito mal intencionados. Portanto, a limitação e o controle do livre convencimento motivado deve ser feita a partir de critérios rígidos e claramente estabelecidos, possibilitando evidente fiscalização desta atividade e boa distribuição da justiça a partir da busca da verdade possível e plausível de pacificação da sociedade.

Deixando de lado eventuais e complexas polêmicas sobre a prova indiciária, é seguro dizer que

> [...] o indício é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal, autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância. É prova indireta, embora não tenha, por causa disso, menor valia. O único fato – e principal – a ser observado é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a uma condenação, visto que esta não prescinde de segurança. Assim, valemo-nos, no contexto dos indícios de um raciocínio indutivo, que é o conhecimento amplificado pela utilização da lógica para justificar a procedência da ação penal. A indução nos permite aumentar o campo do conhecimento, razão pela qual a existência de vários indícios torna possível formar um quadro de segurança compatível com o almejado pela verdade real, fundamento de uma condenação ou mesmo de uma absolvição. [14]

De acordo com a doutrina dominante, os indícios possuem valor probante igual ao de quaisquer outras provas produzidas no processo penal, tendo em vista o sistema do livre convencimento motivado. Sua eficácia não é maior ou menor que a prova direta. O indício subordina-se à prova, mas não ontologicamente e, sim, somente porque não pode restar sem

---

[14] Guilherme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 356.

premissa que lhe dê suporte, ou seja, a circunstância indiciante provada. Seu valor está diretamente relacionado com o valor intrínseco desta circunstância, ou melhor, se ela estiver plenamente demonstrada o indício se revestirá de importância fundamental para a valoração e decisão.

O livre convencimento se não confunde com o arbítrio judiciário, devendo o magistrado motivar exaustiva e logicamente os fatos e as conclusões que formaram seu convencimento, dependendo a força probante dos indícios desta prudente apreciação, sendo necessário ao julgador verificar a maior ou menor relação entre os indícios e o fato que se investiga, raciocínio esse baseado nas regras gerais de experiência ou de técnica. O valor dos indícios encontra fundamento nestas leis de experiência utilizadas na ilação que pavimenta o caminho entre o fato indiciante conhecido e o desconhecido, devendo ser concretamente reconhecida para sustentar este raciocínio indutivo-dedutivo, nunca podendo ser deixada de lado a possibilidade de que se trate de falsa conexão criada por obra do azar, do acaso ou simples causalidade, hipótese em que o juiz não poderá nestes indícios ancorar sua fundamentação, tendo em vista se não tratar de prova segura.

> A menos que se trate de indício necessário, a doutrina é unânime em reconhecer que um único indício contingente representa, apenas, argumento de probabilidade, maior ou menor, acerca da existência ou inexistência do fato desconhecido, o que não descarta, geralmente, o perigo do azar ou causalidade. De um só indício, pode-se bem inferir um fato determinado. Mas a certeza do fato investigado resulta, quase sempre, de todo um conjunto de indícios. [15]

Por outro lado, bom lembrar dos contraindícios que nada mais são do que circunstância provadas e que servem para justificar ou fundamentar a invalidade dos indícios contra alguém. Se coexistirem ambos sem que se possa afastar logicamente um ou outro, estabelece-se a dúvida, ou melhor, se não pode levar ao pleno conhecimento da certeza do fato, não se devendo afirmar, entretanto, que os contraindícios sejam somente indícios que se opõe a outros, mas prova qualquer àquele infirmante. O álibi é exemplo clássico de contraindício. Destarte, se alguém prova que estava em outro local demonstra, segundo regra de experiência daquilo que sempre acontece, não poder ser ele o autor do crime, o que se não confunde com aquilo que normalmente acontece, a qual é uma regra vaga.

---

[15] Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 96-97.

Interessante notar, também, que os indícios e as presunções não são a mesma coisa. O indício é o ponto de partida e a presunção é o ponto de chegada. A presunção é baseada em um raciocínio geral e abstrato; é a ilação feita pela Lei ou Juiz a partir de um fato sabido, com base nas regras de experiência comuns, antecipando a asseveração de probabilidade e certeza de um fato desconhecido. Na presunção, ao contrário do indício, não há o raciocínio indiciário, tendo em vista a ausência do elemento particular e que se direciona à regra geral. A norma é formada na consciência, dela se partindo de imediato para atribuição ao sujeito do processo.

Os indícios podem levar a um juízo de certeza ou simples probabilidade ou verossimilhança. Esta certeza não é aquela absoluta, mas necessária ou suficiente, pois tal conceito se não confunde, para efeito de condenação, com isenção total de eiva indubidativa, consiste, pois, na firme possibilidade de afirmação da realidade do fato imputado e de definição de sua autoria, no contexto das comprimidas fronteiras humanas da capacidade de apreensão dos elementos probatórios e de reconstituição do episódio delituoso. Prova suficiente não é nem pode ser penhor de certeza plena, de que somente os deuses são senhores. Daí se afigura irreal e meramente retórico o emprego de expressões como "prova categórica", "prova cabal", e outras do gênero. Por outro lado, o meramente provável e verossímil não podem servir lastro para provar o fato investigado. Entretanto, autorizam a decretação da prisão preventiva, desde que bastantes a este determinado fim.

Neste contexto, o artigo 312, do Código de Processo Penal, ao determinar que 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, se vale de indício na acepção da prova legal, isto é, prova semi-plena, na qual não se poderia condenar, mas com suficiência e probabilidade para o que se pretende, ou seja, prova da autoria, que se não confunde com a prova da materialidade com relação a qual é necessária certeza e robustez, uma vez que ninguém pode ser processado na dúvida se houve ou não um crime.

2.3 Sistema adotado no Brasil

O sistema misto surgiu após a Revolução Francesa. Também chamado de sistema acusatório formal, unira as virtudes dos dois anteriores e é constituído por duas fases distintas: a instrução inquisitiva, de investigação preliminar e instrução preparatória e outra de um posterior juízo contraditório, fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Na primeira fase há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, mas, é claro, sem quaisquer das desumanidades permitidas e praticadas nas fases históricas deste. Na segunda fase há o sistema acusatório clássico, puro e simples, com todos seus corolários, oralidade, ampla defesa, contraditório, etc. Esse, embora não oficialmente, seria sistema adotado no Brasil atualmente, evidenciando-se o inquérito policial como a primeira fase inquisitiva e o processo penal propriamente dito, constituído após o advento da denúncia, como a segunda fase acusatória.

Eis aqui, em síntese, quase tudo o que a teoria dominante encontra para nos dizer.

Já segundo alguns doutrinadores,[16] em análise do artigo 5°, LIV, da Constituição Federal, à luz do que se entende por devido processo legal, nota-se que no processo é essencial a paridade de armas, visando igualdade substancial entre as partes, com plenitude de defesa ao acusado, com todos os meios e recursos a ela inerentes e principalmente a plena contrariedade entre as partes em um embate substancial e não meramente formal.

Fundamentalmente, a distinção entre os dois sistemas estaria baseada no fato de que no sistema inquisitivo há fusão do órgão acusador e julgador, com utilização de provas infamantes, ao passo que no sistema acusatório há a separação das funções de julgador e acusador, com prevalência do princípio dispositivo, vigorando a iniciativa das partes na produção probatória, restando ao Juiz função de garante das regras do jogo e da paridade de armas entre as partes.

---

16 Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Sistema Acusatório. **Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Revista de Informação Legislativa, Brasília – Ano 46 – nº 183, p. 103-115 – Julho-Set./2009 – Parte Geral – Doutrina.

Assim, os sistemas não poderiam ser puramente inquisitórios ou acusatórios, mas preponderantemente uma coisa ou outra, e no caso, nosso sistema se caracterizaria preponderantemente inquisitivo, pois ausente tal paridade de armas, tendo em vista ser o Juiz o gestor das provas, sobrepondo sua iniciativa na produção probatória à das partes, prevalecendo regra de lógica aristotélica, onde o responsável pelo processo e senhor da prova tem a tendência de demonstrar sua representação mental e justificar todo o trabalho investigativo que comandou.

Ora, para estes autores a finalidade dos sistemas processuais é obter conhecimento para melhor poder se decidir sobre a questão. O fundamento dos sistemas processuais, então, seria a quem caberia buscar esse conhecimento e este ponto os diferenciaria. Esse pensamento de ideia única, sistêmica é o fundamento do sistema. Logo, se a iniciativa probatória for do Juiz estaríamos diante de um sistema inquisitório. Do contrário, se a iniciativa de provas for das partes não restaria dúvida da natureza acusatória do sistema. Não existiria um terceiro sistema misto, porque a ideia é única, indivisível. Os sistemas não se permitem puros, mas fundamentalmente inquisitivos ou acusatórios de princípio dispositivo. O sistema é uma construção harmônica e não de unidades que se juntam. Portanto, a primeira fase inquisitória e a segunda acusatória evidenciaria um absurdo. O nosso sistema, enfim, restaria inquisitório em razão da gestão da prova, ou seja, da possibilidade de produção probatória "*ex officio*" pelo Juiz.

Mas essa teoria despreza completamente um lado da questão.

O processo penal contemporâneo e democrático não é baseado na vitória do mais forte, devendo esta coincidir com o ideal de Justiça. O interesse prevalente no processo penal é de natureza pública, pois públicos são os valores envolvidos.

A verdade plena é um mito, pois a reconstrução histórica permitirá apenas descortinar aspectos da verdade e situados em pontos possíveis de serem atingidos. A travessia processual para se buscar saber o que aconteceu deve ser primordialmente realizada por aqueles que estão em confronto, ou seja, as partes.

Como os interesses envolvidos são públicos e a aplicação do direito penal traz graves consequências se não deve deixar somente nas mãos das partes o descortinar dos fatos. Se verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis é imprescindível que o Juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Se a verdade não é ontológica, no processo o Juiz só pode buscar a verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo da certeza e para tanto deve ser dotado de iniciativa probatória, a fim de afastar eventuais desequilíbrios materiais, visando atingir a igualdade real.

Dotar o julgador de poderes instrutórios é adequar o processo penal às suas próprias especificidades em razão da dimensão pública dada aos interesses envolvidos, mas tal iniciativa probatória não implica em aniquilamento, o que contrariaria um processo penal que se pretende em bases democráticas. Então, a força motriz das partes na produção das provas deve ser gerenciada por um julgador imparcial, mas que não pode mais ficar em posição distante e inatingível e, portanto, sua atividade instrutória longe de ser antecipada ou prematura deve ser suplementar ou complementar e com limites, não podendo o Juiz, bem por isso, participar de atividade probatória na fase de investigação, pois estaria ajudando a formar a tese de acusação e, portanto, deixando de ser imparcial.

A atividade do Juiz no decorrer das investigações deverá ser de garante das regras do jogo, preservando os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, gerenciando, ou seja, negando ou concedendo medidas cautelares invasivas, exatamente seu papel precípuo e fundamental.

É fato que o processo penal de índole acusatória é o que melhor resguarda a imparcialidade do Juiz por alijá-lo de qualquer função de quem promove a acusação, mas tal separação de poderes não é incompatível com a atribuição de poderes instrutórios ao julgador, tendo em vista os interesses públicos envolvidos. A atividade probatória complementar do Juiz não significa que ele estará assumindo a acusação, mas somente estará a tentar esclarecer pontos do acertamento fático importantes para a solução da questão, dando azo, assim, ao bom desenvolvimento da atividade jurisdicional. O julgador, enfim, não inova a acusação, não persegue a punição, mas sim a realização da Justiça.

O processo preponderantemente acusatório ou processo de partes, a rigor e sem embargo de opiniões em contrário, é o adotado no Brasil, pois se caracteriza fundamentalmente, como ocorre entre nós, pelos corolários da não adoção e valoração como prova dos elementos colhidos em investigação prévia, salvo dos não repetíveis de natureza cautelar, do exercício da acusação por órgão diverso do Juiz e desenvolvimento do processo em contraditório pleno, respeitado o principio do Juiz natural. Este modelo nada tem a ver com a iniciativa instrutória do Juiz no processo penal. O que tem a ver, sim, com isto é o chamado "*adversarial system"*, típico do sistema anglo-saxão, em contraponto ao "*inquisitorial system"*, da Europa continental e dos países por este último modelo influenciados.

> Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do coreto entendimento dos termos acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial. O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, expressão que se poderia traduzir por "processo de desenvolvimento oficial". Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.
>
> Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre estre sistema acusatório e sistema inquisitório; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o *adversarial* e o *inquisitorial system*, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda), se desenvolve por disposição das partes e processo de desenvolvimento oficial.[17]

Como já asseverado alhures, o direito processual é fundado em princípios publicistas e, portanto, possui os mesmos objetivos que o Estado, na exata medida de sua função/atividade jurisdicional. Assim, jurisdição e processo têm fins que se não colocam a serviço precípuo das partes, uma vez que pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição, o que se verifica em razão da aproximação do provimento jurisdicional com a vontade do direito substancial, visando se atingir certa paz social.

---

[17] Ada Pellegrini Grinover. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal.** In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Edições Especiais. Revistas dos Tribunais, 100 anos. Doutrinas Essenciais. Processo Penal, v. 4. Processos em Espécie: Processo Comum; Processos especiais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

> Nada disso é garantido pelo *adversiarial system*, em que a plena disponibilidade das provas plenas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais, a omissão da parte na instrução do feito é frequentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz desponta, neste panorama, como instrumento valioso para atingir a igualdade real entre as partes.
>
> A visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas sim instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.[18]

O livre convencimento nas provas produzidas em contraditório é o sistema de análise probatório especificamente adotado pela nossa legislação atual, o qual, porém, se não confunde com uma ampla valoração subjetiva e isenta de critérios de controle, devendo ser observadas regras de avaliação de prova submetidas a postulados lógicos e práticos de experiência.

As regras probatórias são normas de garantias decorrentes da constituição, visando controle racional da decisão, afastando o julgamento pessoal, ideológico ou emotivo. A motivação não pode ser um discurso aberto com simples indicações de motivos capazes de sustentar a decisão, mas consiste na explicação das razões que justifiquem a solução dada em contexto intersubjetivo. A decisão deve ter os argumentos judiciais que demonstrem o raciocínio decisório, permitindo o controle pelas partes, pelos órgãos superiores e pela sociedade em população em geral.

Para melhor solucionar racionalmente a questão surge, então, a proporcionalidade e no seio da filosofica do direito e do direito constitucional, que se contentam com seus requisitos, isto é, necessidade, adequação e ponderação. Porém, ao se transportar tal conceito para o processo penal é imprescindível a análise sob o prisma de seus pressupostos, quais sejam, legalidade, motivação, judicialidade e justificação teleólogica.

A decisão normalmente será proporcional no sentido de que será favorável ao direito que está sendo mais violado e no sentido de sua maior proteção e preservação, não se devendo

---

[18] Ada Pellegrini Grinover. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal.** In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Edições Especiais. Revistas dos Tribunais, 100 anos. Doutrinas Essenciais. Processo Penal, v. 4. Processos em Espécie: Processo Comum; Processos especiais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29-30.

esquecer que o ato de julgar é um ato de racionalidade constitucional, bem como que o controle intelectual da decisão através da fundamentação racional e proporcional é salutar.

Enfim,

> [...] o processo acusatório, antes de ser um processo de partes, é um modelo que aspira à igualdade de armas para a acusação e a defesa contraporem-se em simetria e visado consolidar suas posições processuais. É nele que surge o ambiente mais favorável à afirmação de um juiz a elas sobreposto.
>
> Porque desse modelo de processo emana uma rigorosa e prudente definição das atribuições dos sujeitos que intervêm e interagem ao longo da persecução penal (constituindo um verdadeiro *'actum trium personarum'*) é que nasce a possibilidade de se definir o perfil de um personagem equidistante e imparcial para impor regras inerentes à tensão dialética nascente do embate dos sujeitos processuais parciais, enquanto comprometidos com a prevalência de um interesse jurídico-processual.
>
> Fácil perceber, portanto, que processo acusatório é o modelo que mais favorece a imparcialidade do juiz, já que esse ideal é viabilizado pela indispensável colaboração dos outros sujeitos processuais, que, antes de almejarem a obtenção de uma decisão que lhes favoreça, concorrem para o exercício da própria jurisdição. De fato, para além das intenções (particulares) das partes, a estrutura dual ética do processo acusatório reverte-se em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional.
>
> É somente em face dessa sistematização que um autêntico processo (penal) de índole garantista - que possui como pedra de toque a presunção de inocência alinhada como um dogma intangível, até que uma sentença condenatória irrevogável a desconstitua - tem condições de nascer e se impor.
>
> Ora, qualquer abordagem que se proponha a analisar uma modalidade de prisão inerente à fase preliminar da persecução penal (ou de investigações), deve mensurar, como ideal a ser alcançado, os exatos limites da atuação do Estado diante do cidadão, o que se pode aspirar com a definição dos papéis de todos aqueles que intervêm em uma persecução penal, notadamente do juiz.[19]
>
> [...]

[19] Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. **Prisão Temporária. Análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Acervo FADUSP, 2006, p. 28.

Aliás, a atribuição de poderes ao juiz para realizar diligências ou mesmo buscar elementos probatórios durante a fase de investigação aparta-se, flagrantemente, do modelo acusatório de processo, volvendo aos tempos imemoriais do nefasto e mesquinho juiz inquisidor.

O juiz durante as investigações criminais deve-se ocupar de providências cautelares e o fazer na condição de garante dos direitos e das liberdade individuais. O processo acusatório, assim, é o que melhor garante um juízo limpo, o que implica, à sua vez, uma investigação limpa, ou, como melhor se entende na Europa continental, um juízo imparcial para o acusado, decorrente de uma investigação isenta e objetiva.[20]

[20] Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. **Prisão Temporária. Análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Acervo FADUSP, 2006, p. 33-34.

3. ESBOÇO HISTÓRICO DA CUSTÓDIA CAUTELAR NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL COMPARADO

3.1 Finalidade e legitimação da prisão cautelar historicamente

O estudo do passado, mesmo breve, permite a quaisquer intérpretes ou operadores de quaisquer ciências – estando o Direito aqui logicamente incluído – a compreensão mais precisa e racional de relevantes aspectos da atualidade, dispondo de elementos mais firmes para provável projeção de futuro.

> Recuperação ou castigo, boa ou má solução para a criminalidade, a prisão é um debate permanente, que durante muito tempo serviu aos governos como exibição de sua modernidade, de sua adesão aos princípios liberais. De uns tempos para cá, os governos deixaram de considerar a prisão um bom tema político e, principalmente, um bom lugar para o investimento público. Continuam a falar em mais prisões, em prisões melhores – melhores para quem? para que? – mas vão relegando-as ao abandono, como um apêndice incômodo que gostariam de esquecer, do qual não sabem como se livrar. Se não for a prisão, o que será?[21]

Cumpre lembrar que de acordo com parcela de nossa doutrina moderna a prisão penal é gênero do qual são espécies a de natureza cautelar, qual seja, a prisão sem pena imposta antes do trânsito em julgado de uma sentença e como forma de tutela do desenvolvimento da percussão penal ou aplicação da lei penal e a de natureza punitiva, ou seja, aquela aplicada posteriormente ao referido trânsito em julgado, com caráter sancionatório.

Muito embora o objetivo deste estudo esteja voltado para a análise da primeira espécie, em determinados momentos, notadamente quando do esboço histórico de evolução dos institutos, não é possível ou recomendável dissocia-los, uma vez que suas nuances evolutivas normalmente estão ligadas quase que umbilicalmente, facilitando-se, assim, a melhor compreensão do tema.

---

[21] Clarissa Nunes Maia e outros. **História das Prisões no Brasil, Volume I.** Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009, p. 09.

A prisão, em si, surge historicamente não como pena pura e simples, consoante atualmente utilizada, mas fundamentalmente com natureza precipuamente cautelar. Sua função era assegurar o fim do processo, que possuía normalmente pena corporal, como por exemplo, tortura e morte. Seu objetivo principal era assegurar o corpo físico do suspeito para viabilizar a efetivação da sanção.

A palavra pena tem por origem o latim *poena* e o grego *poiné*, significando imposição de dor física/moral àquele que viola disposições legais.

O vocábulo prisão é oriundo o latim *prensione* que significa capturar, prender, bem como da derivação latina *prehedere*, isto é, estar preso, significando, enfim, o lugar onde a pessoa é presa ou mantida em cárcere, destacando-se que as prisões , como conhecemos hoje, tendo por destino o efetivo cumprimento de pena, eram destinadas aos monges que se recolhiam afim de penitência, ligada ao ato religioso, daí o nome penitenciária, utilizado hodiernamente para designar estabelecimentos que tais.

O termo cárcere advém do latim *carcer*, designando o local onde os cavalos aguardavam a partida para as corridas nos *circus* da Idade Antiga, modificando-se, com o tempo para designar prisão onde ficavam escravos e vencidos em guerras.

No período pré-histórico, não havia a concepção de prisão como confinamento, quer com natureza cautelar, quer com índole precipuamente punitiva. A medida constante dos povos primitivos era a morte.

Na antiguidade, a prisão era um exemplo de custódia provisória e de tormento.

Na Grécia e em Roma, a prisão fora utilizada excepcionalmente, com frequente substituição por caução fidejussória, destacando-se que a custódia justificava-se na exata proporção do grau de probabilidade de uma condenação, pois seu objetivo era a garantia da aplicação da pena, do que se denota que o instituto esteve quase sempre relacionado, em sociedades politicamente organizadas, ao comparecimento do acusado ao processo, especialmente ao julgamento, fundada, portanto, no risco de uma provável fuga do acusado.

Entre os Hebreus, havia somente a prisão em flagrante, não existindo a hipótese de prisão preventiva, sendo que fora dos casos de certeza visual do crime o acusado não poderia ser preso, salvo depois de conduzido ao tribunal para se defender e finalmente ser julgado.

Na Idade Média, por volta do século XII, em plena concepção de processo inquisitivo, a prisão, mantido o viés cautelar, passou a ser utilizada com maior frequência, mas não só com aquela função, uma vez que além de se destinar a preservar o corpo do acusado para a imposição da pena corpórea principal, passou a servir, também, como meio para submeter o acusado a torturas, voltadas para alcançar a confissão e consequentemente a verdade plena e absoluta da qual somente os Deuses seriam senhores. Além disso, e sob esta ótica religiosa a prisão serviria como meio aflitivo de purificação, uma condição para que o réu pudesse se arrepender do malfeito e se livrar da culpa por obra e graça divinas.

Em um sistema inquisitivo, que até esta quadra histórica dominava o pensamento processual penal ocidental, no qual o humanismo e dignidade da pessoa humana pouco importavam, como se sabe, a pena fundamentalmente era corpórea, com flagelos e até a morte. Assim, se o fim do acusado era trágico e doloroso nunca houve preocupação quanto à sua liberdade e, tampouco, com as condições em que ficava custodiado a aguardar a decisão final e eventual pena capital, restando os réus, no mais das vezes, em lugares fétidos como masmorras, sem alimentação e ventilação adequadas, banho de sol, etc.

Essa era a lógica do sofrimento, até então.

A partir dos séculos XVI e XVII, a pena ou ato de punir que tivera como origem a vingança privada passa a deixar de ser prerrogativa do soberano, transformando-se em um direito de a sociedade se defender contra os transgressores. A punição passaria a ser fundamentada em uma racionalização da restrição de liberdade, retirando-se do criminoso uma porção de tempo de sua liberdade, tempo esse a ser regulado e usado para se obter controle de seu corpo e mente, visando sua ressocialização, prevenindo-se novas condutas, porém sem se perder a função de retribuição ao mal por ele causado.

Sobretudo no século XVIII e seguintes, com o advento das ideias iluministas, encabeçadas pelo Marques de Beccaria em sua antológica obra, “Dos Delitos e Das Penas”, desenvolveram-se sistemas penitenciários focados no ser humano e em sua dignidade, evitando-se castigos, tratamentos degradantes e torturas, voltando-se para reinserção do indivíduo em sociedade, com a progressividade no cumprimento de pena, culminando-se com as atuais penas alternativas à restrição de liberdade.

> [...] Assim, por exemplo, em nosso âmbito de cultura desapareceram das legislações as penas corporais, como a tortura e os açoites. O progresso mais importante nesse sentido teve lugar com a passagem do absolutismo do Antigo Regime ao Estado constitucional.
>
> A prisão do acusado, naquela época, era uma necessidade processual, uma vez que tinha de ser apresentado aos juízes que o sentenciariam e, se fosse condenado, determinariam a aplicação de uma pena corporal, de natureza aflitiva, ou mesmo uma pena de morte. Na verdade, a sua prisão era destinada a evitar que fugisse, inviabilizando a pena corporal que lhe seria aplicada, em caso de condenação, ou mesmo para que fosse torturado, com a finalidade de obter a confissão do fato que supostamente por ele havia sido praticado. Assim, o corpo do acusado tinha de se fazer presente, razão pela qual, em muitos casos, aguardava preso o seu julgamento. No entanto, logo após a execução da sua pena, se não fosse, obviamente, a de morte, era libertado. Essa gradativa substituição fez com que as penas privativas de liberdade, nos dias de hoje, na maioria dos países tidos como “civilizados”, fossem ocupando, prioritariamente, o lugar das penas corporais.[22]

O pensamento iluminista fora essencial para modificação da lógica punitiva, pois, com o apoio da razão, o que antes era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado, fundamentando-se a decisão judicial em nítida consolidação do novo sistema processual que surgia, qual seja, o sistema acusatório, consoante já analisado alhures.

A prisão passa a figurar não como simples castigo, mas como realização de justiça, tendo como norte a dignidade da pessoa humana, direito fundamental inato limitador da ação do Estado. O ser humano torna-se a medida de todas as coisas, ou melhor, do agir estatal e, desta forma, as penas que eram extremamente desproporcionais aos fatos praticados e começaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento. A legalidade, com taxatividade, a judicialidade e principalmente a proporcionalidade são os novos nortes do sistema punitivo.

---

[22] Rogério Greco. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

Neste diapasão, quanto maior o dano, maior a importância do bem juridicamente tutelado violado, maior deveria ser a punição, e vice-versa, atentando-se sempre à dignidade da pessoa humana. Porém, novo dilema se estabelece ao ser percebido que a prisão em si, quer enquanto pena definitiva, quer enquanto custódia cautelar, não estaria a solucionar a contento o problema da criminalidade. O cárcere não estaria a cumprir as funções para as quais fora criado, tendo em vista não alcançar a ressocialização ou prevenção de futuras condutas, havendo, quando muito, espécie de retribuição, mas incompleta, uma vez que no mais das vezes as condições prisionais não respeitariam a condição humana, modificando-se a antiga lógica do sofrimento das antigas penas aflitivas para um novo sofrimento, que Michel Foucalt, em Vigiar e Punir[23], chama de sofrimento da alma.

Claro resta que a prisão, embora necessária, não seria, ainda, a solução final, o que, à luz da já decantada proporcionalidade, dá ensejo ao surgimento de novas modalidades de punição, as chamadas penas alternativas ao cárcere, como, por exemplo, as restritivas de direitos de prestações de serviço à comunidade, etc., aplicadas em atenção ao grau de gravidade do ato criminoso praticado, trazendo à lume corrente de pensamento segundo a qual o que estimularia o cometimento de novos crimes, em quaisquer níveis, seria a incerteza da impunidade e não a gravidade do castigo.

Por sua vez, a análise da prisão provisória está evidente e especificamente inserida neste contexto, porque sua evolução caminha entrelaçada com a punição definitiva, não se podendo aplicá-la de forma independente e destacada, até em razão de sua própria natureza cautelar cujas características serão esmiuçadas mais pormenorizadamente no decorrer desta obra.

> A prisão começa a assumir sua feição moderna já no Século XVIII. BECCARIA (1973, p. 69), um dos mais influentes pensadores e precursores do direito penal moderno, assinalava que, "sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando o reclamar a necessidade".

---

[23] Michel Foucault. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

> Em meados do século seguinte, principalmente por vozes elevadas como a de CARRARA, passou-se a admitir que a prisão cautelar tinha finalidades voltadas à salvaguarda da justiça (para impedir a fuga do acusado), da verdade (para impedir que se percam ou se danifiquem as provas) e da defesa pública (para impedir que certos acusados continuem seus ataques ao direito alheio). Ainda assim, enfatizava o mestre italiano a necessidade de que a prisão cautelar somente fosse usada para crimes graves, de forma brevíssima, proclamando mesmo ser o encarceramento preventivo uma injustiça necessária.[24]

A prisão provisória evidencia-se como medida excepcional, somente podendo ser decretada nos estritos parâmetros da legalidade e quando necessária para a defesa social e os fins do processo, pois se assegurando seu desenvolvimento regular fica resguardada a aplicação futura de pena, garantindo-se os valores sociais como um todo, mas sem se perder de vista os direitos e garantias individuais.

Apesar de algumas críticas e a aparente desproporção entre o custo e vantagem da prisão cautelar, especialmente em face do princípio da presunção de inocência, cuja análise mais pormenorizada deverá ser feita adiante, todas as legislações atuais trazem previsões para sua adoção, o que, também, assentando está na Declaração Universal dos Direitos do Homem e igualmente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

> Artigo 7º Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo por causa e em condições fixadas de antemão por Constituições Políticas dos Estados partes ou por leis promulgadas de acordo com elas.

Não há como negar que existe delicado balanço entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado para eficácia de sua atuação na efetivação da segurança aos cidadãos e os direitos e garantias individuais a eles assegurados nas Constituições. A rigor, tais medidas cautelares são fruto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito, de um lado a proteção do conjunto social e manutenção da segurança coletiva e de outro a garantia e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

---

[24] Rogério Schietti Machado Cruz . **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9.

Busca-se o equilíbrio entre o garantismo e a eficácia, ou em outras palavras, entre os direitos individuais do cidadão contra eventuais atrocidades do Estado e o direito do Estado, da coletividade, da sociedade civil organizada, à segurança, preservando-os contra as atrocidades de alguns cidadãos.

> Ora, o Estado, indubitavelmente, pode se utilizar de meios preventivos para tutelar tanto a segurança e o processo contra aqueles que atinjam direitos individuais de terceiros e o bem comum e, neste sentido, a chamada prisão cautelar efetivamente pode ser vista como garantia processual e, consequentemente, social, proporcional ao ataque dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos e os fins do processo, nos casos estritos previstos em lei.[25]

Mesmo sendo a prisão provisória uma garantia processual e até social, para alguns até sem a característica cautelar, pois oriunda de um poder autônomo ou de disposição do órgão judiciário, sem nexo de causalidade com futura execução de pena, devem ser coibidos eventuais abusos e/ou desvirtuamentos, uma vez que se tal prisão é medida excepcional se não pode permitir que seja direcionada a obter o maior número de informações possíveis para viabilizar a acusação, transmudando-se erroneamente sua natureza de meio de tutela de prova para meio de obtenção de prova.

Com o advento do iluminismo, os indivíduos passaram a ter direitos e garantias para contrapor ao Estado, surgindo os princípios da legalidade, do devido processo, da presunção de inocência e, no caso específico da prisão provisória, da excepcionalidade. A par disso, a proporcionalidade na imposição da sanção que foi a mola mestra de tal pensamento, assume no tocante à custódia cautelar peculiar importância, pois somente a utilização de tal princípio poderá equacionar a tensão existente entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança.

Adotando-se o princípio da proporcionalidade, rompeu-se o odioso binômio da prisão/liberdade, ou seja, ou o indivíduo restava preso, às vezes compulsoriamente por força da casual gravidade do delito independentemente dos casos de flagrante, ou era colocado em liberdade provisória nos restritos casos em que a Lei admitia. A partir de então, em coerência com o pensamento adotado para sanções definitivas alternativas, começaram a ser admitidas

---

[25] Marcellus Polastri. **Da prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011,p. 42.

em legislações estrangeiras e também na nossa (Lei 12.403/11), várias medidas cautelares alternativas à prisão cautelar além da liberdade provisória, em atenção às condições específicas do criminoso e às peculiaridades do caso concreto, conforme se verá em análise mais acurada no decorrer deste estudo.

Observamos, portanto, que desde priscas eras, naquilo que ordinariamente se chama de mundo civilizado, o processo criminal cuidou da questão da perda da liberdade antes de uma decisão definitiva e, também, do retorno ao *status quo ante* posteriormente à prisão em flagrante.

Importante, pois, a análise de legislações de outros países, especialmente Portugal e Itália, que serviram de base para nossa novel legislação, adotando-se as premissas da tutela da liberdade do acusado sob o paradigma da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da aplicação proporcional das medidas.

Assim, será possível se aprofundar no tema sob o método comparativo, estabelecendo um paralelo entre as principais normatizações estrangeiras e a ordem jurídica brasileira, porque nossa previsão constitucional de prisão provisória representa um compromisso assumido pelo constituinte, uma vez que, ao lado do reconhecimento da presunção de inocência do acusado, teve que lidar com os imperativos sociais da ordem e da segurança, acomodando as preocupações com transcurso de tempo consumido para se distribuir a Justiça e a permanente ameaça que eventual atraso no encerramento do conflito representa para o resultado efetivo, útil e prático do processo.

A demora na solução do processo, com entrega de uma sentença de mérito, especialmente condenatória impondo uma pena definitiva, transfere à prisão provisória toda natural tensão existente entre os contrapostos direitos individuais da liberdade e da segurança. Desta forma, o estudo dos dispositivos alienígenas similares aos nacionais tornará possível um conhecimento mais profundo e pormenorizado da natureza, características e funções da custódia e demais medidas cautelares pessoais, permitindo, também, um debruçar mais detido sobre como outros Estados Soberanos lidam com o confronto entre a necessidade de encarceramento prévio e a presunção de inocência.

3.2 Sistema português

3.2.1 Princípios aplicáveis

A atual Constituição da República de Portugal foi promulgada nos idos de 1976 e no bojo da ruptura de um regime ditatorial, o chamado Regime Salazarista. Estabeleceu, assim, o Estado Democrático de Direito e enquanto tal empenhou-se na proteção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não olvidando, claro, do direito à liberdade e à segurança, prevendo a possibilidade de medidas cautelares pessoais, em especial a prisão provisória, mas de forma excepcional e na forma prevista em Lei.

O artigo 27, da Constituição Portuguesa, determina que

> 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.
>
> 2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.
>
> 3. Exceptua-se deste princípio a privação de liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes: a) Detenção em flagrante delito; b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos; c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetração ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão; [...]

Prossegue o artigo 28, da Constituição Portuguesa, rezando que

> 1. A prisão sem causa formada será submetida, em um prazo máximo de 48h, à decisão judicial de validação ou manutenção, devendo o juiz conhecer as causas de detenção, comunicar-las ao detento, interroga-lo e dar-lhe oportunidade de defesa;
>
> 2. A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por qualquer outra medida mais favorável prevista em lei;
>
> 3. A decisão judicial que ordene ou que mantenha uma medida de privação de liberdade deve ser logo comunicada a parente de confiança do detento, por este indicado;
>
> 4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da causa, está sujeita aos prazos previstos em lei.

Evidente, portanto, o viés do ordenamento constitucional português no tocante ao reforço da excepcionalidade da custódia cautelar, admitindo-se a restrição da liberdade em caráter nitidamente provisório e nas estritas condições e nos prazos previstos na legislação, percebendo-se o caráter instrumental das medidas de coação, as quais não podem se tornar uma antecipação da responsabilidade penal.

> No que diz respeito às finalidades e à natureza jurídica das medidas de coacção, elas resultam de conjugação de um conjunto de preceitos, [...] dos quais transparece o seu caráter excepcional, judicial, precário, intraprocessual e não condenatório: só subsistem e são admissíveis enquanto o processo se mantém; são de exclusiva e indelegável competência de um juiz; só são aplicáveis a um sujeito processual que é o arguido; orientam-se para a prossecução da justiça no caso concreto; fundamentam-se em juízos de natureza indiciária e não de culpa, afastando-se assim, derradeiramente, das finalidades constantes do art. 40, do Código Penal.[26]

Exsurgem, pois, entre outros e em apertada síntese, como aplicáveis às medidas de coação no sistema processual penal português os princípios da legalidade, presunção de inocência, proporcionalidade, excepcionalidade ou subsidiariedade, cumulação e precariedade.

À luz do Código de Processo Penal Português, a liberdade das pessoas só pode ser limitada total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação previstas em lei e de forma taxativa, vedando-se, então, expressamente o poder geral de cautela em matéria processual penal, bem como a aplicação analógica de normas, não se cogitando de aplicação retroativa de medidas menos favoráveis ao imputado do que aquelas existentes à época dos fatos.

A restrição da liberdade tem caráter provisório, nas condições previstas em lei, reforçando-se a excepcionalidade da medida, que somente pode ser aplica quando não puder ser substituída por outra menos gravosa.

Em reforço a tal entendimento, preservando-se os direitos e garantias fundamentais, aparece como critério orientador na aplicação de qualquer medida de coação o princípio da

---

[26] Frederico Isasca. **A prisão preventiva e restantes medidas de coacção.** In Maria Fernanda Palma (Coord.) Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**.** Coimbra: Almedina, 2004, p. 108.

presunção de inocência reconhecido pelo artigo 32, da Constituição da República Portuguesa, segundo a qual

> 2. Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Como desdobramento da legalidade e da presunção de inocência cumpre notar o princípio da proporcionalidade, preconizado no artigo 18, nº 2, da Constituição Portuguesa, onde se observa que

> A lei só pode restringir os direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesse constitucionalmente protegidos.

Tal princípio, elementar na aplicação sistêmica das medidas de coação, é especificado pelo legislador infraconstitucional, mais precisamente no artigo 193, do Código de Processo Penal Português, apontando que

> 1. As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.
>
> 2. A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção.
>
> 3. A execução das medidas de coacção e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer.

Observa-se os elementos da proporcionalidade, ou subprincípios, isto é, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação refere-se à relação das medidas com a situação personalíssima do arguido, sempre relacionadas ao caso concreto, impossibilitando-se decretações genéricas. Já a necessidade, ainda, exige que o fim da medida não possa ser obtido por outro meio menos gravoso aos direitos do arguido, permitindo, sob este prisma, a cumulação de duas ou mais medidas de coação sempre que este procedimento demonstrar suficiência e adequação. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, demanda o ajuste da coativa com a gravidade do delito imputado, em uma relação direta entre a medida e a possível pena aplicável.

Enfim, sob a égide de tais princípios estabeleceu o constituinte e o legislador português diversas medidas de coação diversas da prisão, rompendo o odioso binômio da prisão cautelar, com a liberdade provisória como única alternativa. A custódia provisória passa a ser subsidiária, verdadeira *"extrema ratio"* da *"ultima ratio",* consolidando a presunção de inocência, tanto que o Código de Processo Penal Português estabelece prazos máximos de duração da prisão preventiva e condicionados aos tempo de prisão e consequente à gravidade de cada infração respectiva, estabelecendo-se limites de acordo com determinada fase processual, consoante artigo 215 e 218, do já mencionado diploma legal alienígena.

Por conseguinte, em termos próximos ao que ocorre com nossa legislação atual (Lei 12.403/11), à qual serviu de inspiração, como se verá, a liberdade é a regra e o encarceramento a exceção, em nítida modificação de paradigma de um sistema inquisitivo para outro acusatório, com primado deste direito fundamental, o qual somente poderá ser excepcionado diante do preenchimento dos requisitos legais.

3.2.2 Requisitos e procedimento de adoção das medidas de coação possíveis

O princípio da proporcionalidade é efetivamente aquele que norteia o sistema de aplicação das medidas de coação possíveis no sistema processual português, o qual somente pode ser observado em função do razoável rol de medidas previstas pelo legislador, em uma gradação crescente em vista de sua intervenção nos direitos fundamentais.

À luz da proporcionalidade emerge o caráter subsidiário e de *"extrema ratio"* da prisão preventiva, que somente será pertinente quando as demais medidas de coação se tornarem inadequadas ou insuficientes, limitando-se, também, sua incidência à impossibilidade de se prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as providências adotadas.

Nos termos dos artigos 192 e 194, do Código de Processo Penal Português, são condições gerais de aplicação das medidas de coação a necessidade de um processo em andamento (pressuposto positivo) e a inexistência de uma causa de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal.

Prosseguindo, estabelece a codificação portuguesa que a constituição de arguido é pressuposto positivo para se possibilitar a aplicação de uma medida de coação, visando-se assegurar o exercício dos direitos processuais relativos a tal qualidade, medida essa que equivale ao nosso indiciamento, possibilitando ao indivíduo a preservação de seus direitos fundamentais a partir do momento em que passa a ser formalmente suspeito da prática de um delito. Desta forma, em atenção à ampla defesa há previsão, sempre que possível, de prévia audição do arguido, aliás, consoante ocorre em nossa atual legislação (Lei 12.403/11), preservando-se, notadamente, o direito ao silêncio, inclusive. Porém, ressalta-se que diversamente do que acontece entre nós, em sendo aplicada qualquer medida de coação deve o arguido ser de pronto apresentado ao Juiz para que possa se defender quanto à legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade (artigo 254, do Código de Processo Penal Português).

Consolidando-se o princípio acusatório, à exceção do termo de identidade e residência, as medidas de coação somente podem ser aplicadas por despacho do Juiz, sendo defeso sua imposição pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. Bom frisar, neste ponto, que o Código de Processo Penal Português (artigo 194) vedava ao magistrado a imposição de tais medidas de ofício, na fase de inquérito policial, sendo imprescindível o requerimento do *"Parquet"*, mas, em virtude de alteração em sua redação original, atualmente é permitido ao Juiz, em qualquer fase processual, a aplicação de medida de coação diversa, ainda que mais grave daquela solicitada, ressaltando-se, contudo, o dever de enunciação pormenorizada dos motivos da decisão, em atenção à persuasão racional, a autorizar um controle mais efetivo da privação de direitos fundamentais.

As medidas de coação a serem aplicadas devem ser aquelas que melhor se adequam às exigências cautelares de cada caso, bem como sua imposição deve obedecer à quantidade de pena aplicável, ou seja, deve ser proporcional à gravidade do crime e às sanções que possivelmente possam ser adotadas, somente podendo a prisão preventiva ser imposta quando forem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação menos severas previstas legalmente. Em outras palavras, a medida de coação a ser imposta deve ser aquela que admissível em razão da gravidade do crime, mas também proporcional a esta, além de melhor adequada à finalidade pretendida e menos gravosa, dentre as possíveis.

Como pressupostos de aplicação das medidas de coação, em estrutura semelhante à prevista na lei brasileira, podem ser observados os pressupostos do *"fumus comissi delicti"* e do *"periculum libertatis"*.

Da exigência do *"fumus comissi delicti"* decorre que para aplicação das medidas de coação é necessário a prova da existência do crime e de fundada suspeita de sua prática por alguém, exigindo-se, para algumas medidas (artigos 200.1, 201, 1 e 202, 1ª, do Código de Processo Penal Português), fortes indícios de prática de crime doloso, com aprofundamento do *standart* probatório para tanto, em nítida elevação do nível de preservação dos direitos e garantias individuais fundamentais.

O *"periculum libertatis"* está previsto de forma expressa no artigo 204, do Código de Processo Penal Português, ou seja

> Nenhuma medida de coacção, à exceção da prevista no artigo 196°, pode ser aplicada em concreto se não verificar, no momento de aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

Em correlação com a legislação pátria, o perigo de fuga encontra paralelo na nossa garantia de aplicação da lei penal, ao passo que o perigo de perturbação do inquérito ou processo relaciona-se com nossa conveniência da instrução processual e o perigo em razão da natureza ou circunstâncias do crime ou personalidade do agente refere-se à nossa garantia da ordem pública.

Para estabelecimento do perigo de fuga não cabe mera suposição ou presunção. Requer-se demonstração de perigo concreto, em observância do princípio da proporcionalidade, na modalidade adequação à situação personalíssima do agente, não sendo suficiente mero juízo de probabilidade deduzido de construção puramente abstrata. Tal reflexão também se aplica à comprovação do perigo de deturpação do decurso do inquérito ou da instrução do processo, impondo-se como limite de tal atuação, contudo, eventual prejuízo à ação da defesa, a qual não pode ser obrigada a colaborar efetivamente com a atividade investigativa ou instrutória.

A possibilidade de prática de atividade criminosa em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do agente não pode se referir pura e simplesmente à prática de qualquer delito pelo agente, mas apenas pela continuação da atividade criminosa com relação à qual está ele sendo acusado ou, quando muito, a outras a ela relacionadas.

Já a perturbação da ordem e da tranquilidade públicas relacionam-se

> [...] àqueles crimes que agitam fortemente a comunidade despertando sentimentos de *vidicta*, de realização da justiça popular, são crimes que pela brutalidade com que são cometidos e/ou pela particular fragilidade ou impossibilidade de defesa da vítima, levam o cidadão comum a um descrédito nas instâncias de formas de controlo, em face da reposta que o sistema oferece e que fica muito além daquela que, num momento de particular emoção de choque, a comunidade exige. E no que se refere à personalidade do arguido, também aqui cabem aqueles casos em que a postura do arguido cria temor, o pânico ou grande insegurança, despertando sentimentos de ódio, de vingança, de eliminação física.[27]

[27] Frederico Isasca. **A prisão preventiva e restantes medidas de coacção.** In Maria Fernanda Palma (Coord.) Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

3.2.2 Medidas de coação em espécie

Além da *prisão preventiva*, medida de coação por excelência, cuja aplicação está atrelada à presença de fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos (artigo 202, CPPP), já analisada em seus princípios, pressupostos e requisitos, que, aliás, informam todo o sistema de cautelares, são medidas de coação a ela alternativas e que, aqui nos interessam, o termo de identidade e residência (artigo 196, CPPP), caução (artigo 197, CPPP), obrigação de apresentação periódica (artigo 198, CPPP), suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e de direito (artigo 199, CPPP), proibição e imposição de condutas (artigo 200, CPPP) e obrigação de permanência na habitação (artigo 201, CPPP).

O *termo de identidade e residência* é a única medida de coação à qual não se aplicam os pressupostos das cautelares, ou seja, o *"fumus comissi delicti"* e o *"periculum libertatis"*, mas nem por isso perde tal medida a característica de cautelar, pois a sujeição a ela implica em evidente restrição à liberdade do cidadão.

Esta medida pode ser aplicada, diversamente das demais, por qualquer autoridade judiciária, ministério público ou órgão da polícia judiciária, porém sempre que haja constituição de arguido e é a única de aplicação certa, independentemente da espécie ou gravidade da pena aplicável, com possibilidade de ser cumulada com qualquer outra medida de coação. Consiste o termo de identidade e residência, além da óbvia identificação do arguido e de sua residência, a obrigação de seu comparecimento à autoridade competente, ou de se manter à sua disposição, sempre que a lei o obrigar ou quando for devidamente notificado e a vedação de alteração de residência ou dela se ausentar por mais de cinco dias sem comunicação da nova ou do lugar em que possa ser achado.

O termo de identidade e residência tem por objetivo o resguardo do desenvolvimento regular do processo, com afastamento do risco do arguido não mais ser encontrado, assegurando sua localização para receber notificação e comunicações relacionadas ao processamento, visando a efetividade do processo com a aplicação do princípio da celeridade processual.

A *caução* é o correlato português da fiança estabelecida na legislação brasileira. De igual forma, visa a caução garantir patrimonialmente o fiel cumprimento dos deveres processuais. Somente é aplicável pelas autoridades judiciárias e aos crimes punidos com pena de prisão, devendo subsumir-se aos pressupostos do *"fumus comissi delicti"* e do *"periculum libertatis"* e às exigências cautelares da adequação, necessidade e proporcionalidade, isto é, quanto ao montante, a caução deve observar os fins cautelares a que se destina a medida, a gravidade do delito imputado, o dano por este ocasionado e notadamente a condição sócio econômica do arguido (artigo 197, 3, CPPP).

Pode haver cumulação da caução ou substituição desta por outras medidas de coação, salvo a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação, tendo em vista a intrínseca incompatibilidade entre elas. Pode ocorrer necessidade de reforço da caução em razão da anteriormente prestada se mostrar insuficiente e, portanto, desproporcional (artigo 207, CPPP) e, ainda, quebra desta medida de coação quando ocorrer falta injustificada do arguido ao ato processual a que deva comparecer e não houver cumprimento de obrigações derivadas de medidas de coação que lhe tiver sido imposta.

A *obrigação de apresentação periódica* é aplicável exclusivamente pelas autoridades judiciárias e aos crimes punidos com pena de prisão máxima superior a seis meses, com observância dos pressupostos do *"fumus comissi delicti"* e do *"periculum libertatis"* e das exigências cautelares da adequação, necessidade e proporcionalidade, devendo o Juiz, pois, entre outros fatores levar em conta quando da fixação da medida as exigências profissionais do arguido e o local em que habita.

Consiste a obrigação de apresentação periódica no dever do arguido em se reportar a uma autoridade judiciária ou a um órgão de polícia judiciária em dias e horários estabelecidos previamente. Tal cautelar alternativa impõe evidente controle sobre o indivíduo, mantendo-o à disposição das autoridades e de seus agentes, visando a eficácia do processo penal, mas, mesmo assim, caracteriza medida menos invasiva a direitos fundamentais, sendo recomendável sua aplicação nos casos permitidos, tendo em vista sua eficiência para assegurar o bom andamento do processo.

A *suspensão do exercício de funções, de profissão ou de direitos* é aplicável somente por autoridade judiciária cumulativamente com qualquer outra medida legalmente cabível, nos casos de crimes punidos com pena de prisão máxima superior a dois anos, com previsão de interdição do exercício respectivo também como efeito da condenação. Deve observar, como de costume, os pressupostos do *"fumus comissi delicti"* e do *"periculum libertatis"* e as exigências cautelares da adequação, necessidade e proporcionalidade, até porque por conta da falta de uma regulamentação mais pormenorizada a discricionariedade judicial aqui se fará mais presente.

Por força de expressa disposição legal (artigo 199, 1, CPPP), esta medida de coação pode recair sobre função pública, profissão ou atividade, cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou de uma homologação da autoridade pública e poder parental, da tutela, curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito.

Logo, tal coativa tem por escopo evitar

> [...] eventual frustração de provas que podem estar facilmente acessíveis ou na disponibilidade dos titulares de cargos públicos, a hipotética dissipação de bem alheios, ou mesmo a continuação da atividade criminosa, mais susceptível de se verificar se o arguido mantiver determinados direitos e poderes, como o poder parental, por exemplo.[28]

A *proibição e imposição de condutas* aplica-se quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos. Por se tratar de medida mais invasiva aos direitos fundamentais aprofundou-se no *standart* probatório, com estabelecimento de novo paradigma, passando a se exigir um pressuposto do *"fumus comissi delicti"* mais robusto, não se perdendo de vista o pressuposto restante do *'periculum libertatis"* e as exigências cautelares da adequação, necessidade e proporcionalidade.

---

[28] Carlos Alberto Simões de Almeida. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 42.

Note-se, sobre o tema da relevância dos indícios que

> [...] face aos elementos de prova disponíveis seja possível formar a convicção sobre a séria probabilidade de condenação, não bastando, assim, que seja, apenas, mais provável a condenação do que a absolvição. A probabilidade de condenação há-de, pois, ser relevante, séria ou suficientemente importante, face à absolvição. Por outro lado, a forma de cometimento do crime tem de ser dolosa e não negligente.[29]

Ainda, bom ressaltar que

> [...] indícios fortes são as razões que sustentam e revelam uma convicção indubitável de que, de acordo com os elementos conhecidos no momento da prolação de uma decisão interlocutória, um facto se verifica. Este grau de convicção é o mesmo que levaria à condenação se os elementos conhecidos no final do processo fossem os mesmos do momento da decisão interlocutória. A diferença entre um e outro reside apenas na variação da base dos elementos conhecidos no momento da decisão interlocutória e no momento da sentença. Por esta razão, o legislador só consagra o crivo dos indícios fortes para aplicação das medidas cautelares mais graves, que implicam uma limitação de tal maneira intensa da liberdade que constituem, no plano fáctico, uma antecipação dos efeitos negativos da condenação pelos factos.[30]

Entre as possibilidades previstas pelo artigo 200, do Código de Processo Penal Português, pode o Juiz impor ao arguido as proibições de permanência, de ausência ou de contatos, imposição essa que pode ser feita de forma estanque ou cumulável com qualquer outra medida de coação, salvo a prisão preventiva e a fixação de residência, preservando-se, com isso, sua proporcionalidade.

Na *proibição de permanência*, o indivíduo fica impossibilitado de permanecer ou de permanecer sem autorização, na área de determinada povoação, freguesia ou conselho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas contra as quais possam ser cometidos novos crimes.

Na *proibição de ausência*, o arguido não pode ir para o exterior ou apenas pode fazê-lo mediante autorização, podendo o Juiz, inclusive, estabelecer vedação e ausência da povoação, freguesia ou do concelho do seu domicílio, ou de se ausentar sem autorização, ressalvado para sítios estabelecidos previamente, nomeadamente para o trabalho. Aqui, de se

---

29 Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. **As medidas de coação no processo penal português.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 93.

30 Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem.** Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 346-347.

destacar que a obrigação de não se ausentar para o estrangeiro é acompanhada da entrega do passaporte à autoridade judiciária, visando-se a não concessão ou não renovação do documento.

Na *proibição de contatos*, há a possibilidade do Juiz determinar que o arguido não contate com determinadas pessoas ou não frequente determinados lugares ou meios.

Com tais proibições objetiva-se assegurar que o arguido permaneça à disposição do Juízo, diminuindo-se o risco de fuga e a obstrução do processo penal e frustação de eventual condenação.

A *obrigação de permanência na habitação* é aplicável quando houver fortes indícios da prática de crimes dolosos puníveis com pena de prisão de máximo superior a três anos, do que se denota que o legislador português tratou a obrigação de permanência de forma semelhante à prisão preventiva, aprofundando o *standart* probatório para sua concessão, tendo em vista ser mais invasiva no tocante ao direito fundamental da liberdade.

Essa medida de coação envolve a obrigação de o arguido não se ausentar de sua própria habitação ou de outra em que no momento resida. Proporcionalmente, há uma gradação no tocante à gravidade da medida, podendo o Juiz determinar que o arguido permaneça totalmente na habitação, dela não podendo se ausentar em momento algum, com possibilidade de ausência mediante autorização para curtos períodos excepcionais ou por períodos certos e determinados, caso em que a permanência será parcial.

Muito embora a obrigação de permanência tenha configuração semelhante à prisão preventiva, sujeita aos mesmos prazos daquela, correlacionando-se até com nossa prisão domiciliar, a rigor, contribui para uma aplicação mais ampla do princípio da proporcionalidade, pois não se mostra tão gravosa à liberdade de locomoção como aquela, ajustando-se melhor a determinadas exigências cautelares mormente exigidas em cada caso concreto. Além disso, o legislador português autoriza adequadamente a fiscalização da obrigação de permanência com o uso de meios técnicos de controle à distância através de vigilância eletrônica.

À evidência, a obrigação de permanência busca afastar o perigo de fuga, assegurando a presença do arguido durante a marcha processual, impedindo, também, a obstrução de prova, flexibilizando realmente o sistema cautelar processual português por meio da proporcionalidade efetiva, reafirmando o caráter subsidiário da prisão preventiva.

Por outro lado, a Codificação de Portugal não se olvidou das situações de revogação, substituição, alteração e extinção das medidas de coação. Em atenção ao disposto no artigo 212, do Código de Processo Penal Português, as medidas de coação serão revogadas quando se verificar terem sido aplicadas fora das hipóteses ou das condições previstas em lei ou terem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação, podendo o Juiz aplicar a medida novamente se sobrevierem motivos que a justifique ou, ainda, em se apurando uma atenuação das exigências cautelares que determinaram a aplicação de uma medida de coação poderá substituí-la por outra menos grave ou determinar uma forma menos gravosa da sua execução.

Já o disposto no artigo 214, do Código de Processo Penal Português, estabelece que a medida de coação se extingue com o arquivamento do inquérito, com a decisão de pronúncia, com a decisão de rejeição da acusação, com a decisão absolutória, mesmo que dela tenha sido interposto recurso, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, à exceção do termo de identidade e residência que só se extinguirá com a execução da pena e a caução que só se extingue com o início da execução da pena.

Finalmente, percebe-se que o legislador português limitou a possibilidade de escolha das medidas de acordo com a gravidade do crime e da pena mínima exigida para cada hipótese, reforçando a discricionariedade do Juiz na escolha da medida mais adequada para o caso concreto, devendo motivadamente apontar os motivos que o levaram a esta ou aquela medida, inclusive a opção pela preventiva, sendo nesta hipótese necessário indicar porque razão as medidas menos severas não serviriam para satisfazer as necessidades cautelares em concreto.

3.3 Sistema italiano

3.3.1 Princípios relacionados

A atual Constituição Italiana foi promulgada nos idos de 1947 e no contexto do pós-guerra e ruptura de um regime ditatorial, o chamado Regime Fascita. Estabeleceu, assim, o Estado Democrático de Direito e enquanto tal empenhou-se na proteção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Não deixou de lado, claro, o direito à liberdade, estabelecendo sua inviolabilidade, cujo escopo não seria absoluto, aliás, como em todos os demais direitos fundamentais, admitindo restrições em seu âmbito de proteção, mas consoante os próprios termos do dispositivo constitucional e somente nos casos previstos em Lei, explicitando a necessidade de motivação, bem como a taxatividade das possibilidades de aplicação de medidas cautelares de caráter pessoal restritivas de liberdade, fixando como limite fundamental para tanto o princípio cardeal da presunção de inocência.

O artigo 13, da Constituição Italiana, determina que

> A liberdade pessoal é inviolável. Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos previstos pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias, que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efeitos. É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade. A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva (Tradução livre). *La libertà personale é inviolabile. Non è ammessa foram alcuna didetenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qulquasialtra restrizione dela libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto revovati e restano privi di ogni effeto. È punita ogni violenza física e morale sulle perno comunque sottoposte a restrizioni di libertá. La legge stabilisce i limiti massimi dela carcerazone preventiva* .(Texto original).

Evidente, portanto, o viés do ordenamento constitucional italiano – em forma similar ao português – no tocante ao reforço da excepcionalidade da custódia cautelar, admitindo-se a restrição da liberdade em caráter nitidamente provisório e nas estritas condições e nos prazos previstos na legislação, percebendo-se o caráter instrumental das medidas de coação, as quais não podem se tornar uma antecipação da responsabilidade penal.

Exsurgem, pois, entre outros e em apertada síntese, como aplicáveis às medidas cautelares pessoais (*misure cautelari personali)* no sistema processual penal italiano os princípios da legalidade, presunção de inocência, excepcionalidade ou subsidiariedade e proporcionalidade.

Nos termos do Código de Processo Penal Italiano, a liberdade das pessoas só pode ser limitada total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação previstas em lei e de forma taxativa, proibindo-se o poder geral de cautela.

A restrição da liberdade tem caráter provisório, nas condições previstas em lei, estabelecendo o princípio da excepcionalidade da medida, que somente pode ser aplicada quando não puder ser substituída por outra menos gravosa.

Em reforço a tal entendimento, preservando-se os direitos e garantias fundamentais, aparece como princípio cardeal na aplicação de qualquer medida cautelar de caráter pessoal a presunção de inocência, reconhecida pelo artigo 28, da Constituição Italiana, segundo o qual

> A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva. As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte (Tradução livre). *La responsabilità penale è personale. L'imputato non é considerato colpovole sino ala condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere ala rieducazione del condannato* (Texto original).

Como desdobramento da legalidade e da presunção de inocência cumpre notar o princípio da proporcionalidade, reforçado em seus elementos, ou subprincípios, isto é, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em atenção ao estabelecido pelo artigo 275, do Código de Processo Penal Italiano, onde são tachados como critérios de escolha das medidas (*crtiteri di scelta dele misure*), sendo interessante observar que

> [...] ao decidir sobre o pedido de cautelar formulado pelo Ministério Público, o juízo opera segundo uma discricionariedade normativa orientada, obedecendo critérios de adequação, proporcionalidade e necessidade, atendendo à intenção do legislador de aplicar apenas medidas cautelares pertinentes ao caso concreto (Tradução livre). *[...] nel decidere sulla richiesta cautelare formulata dal magistrato del pubblico ministério, il giudice opera secondo uma discrezionalità normativamente orientata da critério di adeguatezza, di proposzionalità, di minos sacrifício, finalizzato, neggli intenti del legislatore, a consentire, ilricorso ala sola misura cautelare conferente com le specificità del singolo caso concreto* (Texto original).[31]

Enfim, sob a égide de tais princípios estabeleceu o constituinte e o legislador italiano – da mesma maneira que o português – diversas medidas de coação diversas da prisão, rompendo o odioso binômio da prisão cautelar, com a liberdade provisória como única alternativa, a evidenciar a subsidiariedade da custódia provisória, caracterizando-a como *"extrema ratio"* da *"ultima ratio"*. Assim, consolidou-se o critério segundo o qual deve ser adotada a medida mais adequada especificamente em relação à natureza e grau de conveniência no caso concreto (adequação), mas que traga menos gravames, impondo um menor sacrifício e, portanto, seja menos onerosa ao réu (necessidade), exigindo-se, ainda, que o arranjo entre a medida cautelar aplicada esteja em concordância com a gravidade do crime imputado, existindo relação direta entre a medida e a possível pena aplicável (proporcionalidade em sentido estrito).

Por conseguinte, em termos próximos ao que ocorre com nossa legislação atual (Lei 12.403/11), à qual também serviu de inspiração, como se verá, a liberdade é a regra e o encarceramento a exceção, com nítida modificação de paradigma de um sistema inquisitivo para outro acusatório, com primado deste direito fundamental, o qual somente poderá ser excepcionado diante do preenchimento dos requisitos legais.

---

31 Andrea Antonio Dalia; Marzia Ferraioli. **Manuale di diritto processuale Penale.** Padova: CEDAM, 2010, p. 265.

3.3.2 Requisitos e procedimento de aplicação das medidas de cautelares admissíveis

O princípio da proporcionalidade é, de fato, aquele que orienta o sistema de aplicação das medidas de coação possíveis no sistema processual italiano, o qual somente pode ser observado em função do razoável rol de medidas previstas pelo legislador, em uma gradação crescente em vista de sua intervenção nos direitos fundamentais.

Sob o prisma da proporcionalidade surge o caráter subsidiário e de *"ultima ratio"* da prisão preventiva, que apenas será pertinente quando as demais medidas de coação se tornarem inadequadas ou insuficientes, limitando-se, ainda, sua incidência à impossibilidade de se prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as providências cabíveis.

> E toda a disciplina das medidas cautelares pessoais no ordenamento processual italiano, há uma preocupação constante em reafirmar os princípios que orientam a incidência destas restrições à liberdade pessoal. Em seus dispositivos, o Código de Processo Penal italiano de 1988 retoma as orientações já assentadas no texto constitucional, e nomina como premissas básicas do sistema cautelar a exigência de reserva de lei para a limitação à liberdade pessoal (artigo 272), a reserva de jurisdição (artigo 279), a excepcionalidade das restrições ao direito à liberdade através do reconhecimento expresso do princípio da adequação e da proporcionalidade na escolha da medida (artigo 275) e o necessário resguardo aos direitos das pessoas submetidas às medidas cautelares, enunciada pelo legislador italiano como o princípio da "salvaguardia dei diritti dela persona sttoposta a misure cautelari".[32]

Consolidando o princípio acusatório, a codificação italiana prevê que para aplicação de qualquer medida cautelar pessoal é imprescindível pedido do Ministério Público, por escrito ou oralmente, na ocasião de audiência de convalidação do flagrante (artigo 291, CPPI), sendo que expressamente estabelece a reserva de jurisdição no controle da adoção das medidas.

Interessante notar, neste ponto, que o Código de Processo Penal Italiano, em virtude de alteração em sua redação original, atualmente permite ao Juiz a aplicação de medida de coação diversa da requerida, desde que menos grave, destacando-se que o Juízo competente para aplicação inicial de tais medidas é o das investigações preliminares (artigo 279).

---

[32] Mariana Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 240.

Contudo, ressalta-se, contudo, o dever de enunciação pormenorizada dos motivos da decisão, em atenção à persuasão racional, sob pena de nulidade (artigo 292, CPPI), permitindo controle mais efetivo da privação da liberdade e de outros direitos fundamentais.

Prosseguindo, nos termos do artigo 294, do Código de Processo Penal Italiano, diversamente do que acontece entre nós, em sendo aplicada qualquer medida cautelar pessoal deve o acusado ser de pronto apresentado ao Juiz, oportunidade em que tanto ele como seu advogado tem a oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório.

Por sua vez e como já ressaltado, o artigo 275, do Código de Processo Penal Italiano, estabeleceu os critérios de escolha das medidas (*crtiteri di scelta dele misure*). Previu que o Juiz, ao escolher a medida, deve levar em consideração a específica idoneidade dela em relação à natureza e ao grau de exigências cautelares a serem satisfeitas no caso em concreto (adequação), dispondo, ainda, que toda medida deve ser proporcional à importância do fato e à sanção que se presume para ser aplicada (proporcionalidade em sentido estrito), frisando que a custódia cautelar apenas poderá ser imposta quando outra medida restar inadequada.

Então, de forma semelhante àquilo que se dispõe em Portugal e a servir de norte fundamental também à nossa legislação (Lei 12.403/11), as medidas cautelares pessoais a serem aplicadas devem ser aquelas que melhor se adequam às exigências de cada caso, bem como sua imposição deve obedecer à quantidade de pena aplicável Ou seja, deve ser proporcional à gravidade do crime e às sanções que possivelmente possam ser adotadas, apenas podendo a custódia provisória ser aplicada quando forem inadequadas ou insuficientes as demais medidas coativas menos severas previstas na legislação. De qualquer maneira, a medida cautelar pessoal a ser imposta deve ser aquela admissível em razão da gravidade do crime, porém de igual forma proporcional a esta, além de melhor adequada à finalidade pretendida e menos gravosa, dentre as possíveis.

Como pressupostos de aplicação das medidas cautelares, em estrutura semelhante à prevista, tanto na lei portuguesa como na lei brasileira, podem ser observados os pressupostos do *“fumus comissi delicti”* e do *“periculum libertatis”*.

Da exigência do *"fumus comissi delicti"* decorre que para aplicação das medidas cautelares pessoais são necessários graves indícios (*gravi indizi*) de culpabilidade, do que se denota uma circunstância certa, com dados objetivos, ao contrário da codificação anterior (Código Rocco), a qual exigia parâmetros menos rigorosos, bastando a existência do crime e indícios suficientes (*indizi suficiente*) de culpabilidade. Assim, aprofundou o *standart* probatório, em nítida elevação do nível de preservação dos direitos e garantias individuais fundamentais.

O *"periculum libertatis"* está previsto de forma expressa no artigo 274, do Código de Processo Penal Italiano, ou seja

> Necessidade cautelar. 1. As medidas devem ser prescritas: a-) quando haja necessidades específicas relativas à investigação dos fatos, relacionando-se ao perigo concreto na aquisição e autenticidade da prova, baseando-se nas circunstâncias presentes no processo, sob pena de nulidade decretável mesmo de ofício. Tais situações de perigo não se fazem presentes na recusa em prestar declarações do acusado, ou admissão da autoria; b-) quando haja fuga, concreta ou iminente, a menos que a pena aplicável não passe de dois anos; c-) quando, diante das circunstâncias específicas da infração e personalidades do investigado ou acusado, inferidos a partir de sua conduta ou atos concretos, ou mesmo sua ficha criminal, haja perigo real de que este cometa crimes graves com o uso de arma de fogo ou outro meio dirigido contra a ordem constitucional, ou participe do crime organizado, ou, ainda, reiteração do crime ao qual é acusado. Se o perigo de reiteração guarda semelhança com o crime ao qual é acusado, as medidas privativas da liberdade só poderão ser impostas se o crime preveja pena máxima de reclusão de ao menos quatro anos, ou, em caso de prisão cautelar, pena máxima não inferior a cinco anos (Tradução livre). *1. Le misure cautelari sono disposte: a-) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto expressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel refuto dela persona sottoposto alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni n´nella mancata ammissione degli addebiti; b-) quando l'imputato si è dato ala fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia ala fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; c-) quando per specifiche modalità e circonstanze del fato e per la personalità dela persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti com uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine constituzionale ovvero delliti di criminalità organizzata o dela stessa specie di quelo per cui si procede. Se il pericolo riguarda la comissione de delitti dela stesa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltano se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena dela reclusione non inferiore nel massimo a quatro anni ovvero, in caso di custodia cautelari in cárcere, di delitti per i quali è prevista la pena dela reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni* (Texto original).

Em correlação com a legislação pátria, o perigo para aquisição ou genuinidade da prova (*l'inquinamento dele prove*) relaciona-se com nossa conveniência da instrução processual, ao passo que o perigo de fuga (*pericolo di fuga*) encontra paralelo na nossa garantia de aplicação da lei penal e o perigo de cometimento de delitos graves fundamentado nas circunstâncias do caso e na periculosidade do agente (*la pericolosità social*) refere-se à nossa garantia da ordem pública.

Para estabelecimento do perigo para aquisição ou genuinidade da prova não cabe mera suposição ou presunção, requerendo-se demonstração de perigo concreto, fundado sobre circunstâncias de fato expressamente indicadas, não podendo se basear na recusa do indiciado ou acusado de prestar declaração ou mesmo na recusa de sua admissão de culpa, em observância do princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade, na modalidade adequação à situação personalíssima do agente, não sendo suficiente mero juízo de probabilidade deduzido de construção puramente abstrata, o que também se aplica à comprovação do perigo de fuga. Aqui, nesta segunda exigência cautelar (*esigenze cautelari*), poderão ser apreciados, inclusive, os antecedentes, a personalidade e a capacidade de evasão, podendo se impor a medida cautelar pessoal ainda que não tenha havido qualquer atitude na realização de fuga, mas tal somete será cabível se o Juiz possa supor a aplicação de pena superior a dois anos de reclusão.

A possibilidade de prática de atividade criminosa em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do agente deve ser comprovada de maneira concreta, não podendo se referir pura e simplesmente à prática de qualquer delito, mas somente àqueles taxativamente previstos em Lei, exsurgindo que, nos casos de continuação da atividade criminosa com relação à qual se relaciona a acusação, deve ser prevista pena máxima de ao menos quatro anos de reclusão para se permitir a incidência de medida cautelar de natureza pessoal.

> No que tange ao perigo no cometimento de certos crimes (art. 274, c), Giovanni Conso e Vittorio Grevi aduzem que, no Código anterior, a "exigência de tutela da coletividade" (art. 2, n. 59), por ser muito genérica, apresentava um problema muito delicado, e que não poderia mesmo ser recepcionado pela atual Constituição italiana,

> seja com relação ao art. 13, § 2º, seja com relação ao art. 27, § 2º, proibindo este último qualquer finalidade na medida cautelar que pressuponha a culpabilidade do imputado. Segundo os autores, o problema encontra-se agora resolvido, na medida em que se fixaram os parâmetros de valoração das exigências cautelares, prevendo-se ainda que tais exigências só terão relevância se resultarem no "concreto perigo" de que o imputado possa cometer "graves delitos com o uso de armas ou de outros meios de violência pessoal, ou dirigidos contra a ordem constitucional, ou mesmo delitos de criminalidade organizada ou ainda de crimes da mesma espécie do qual se procede" (art. 274, c).[33]

Resta, enfim, evidente o escopo do codificador italiano em estabelecer paradigmas para orientar a escolha e aplicação das cautelares de natureza pessoal ao determinar pormenorizados requisitos de sua incidência, visando balizar as restrições à liberdade e correlatos, preservando, com isso, de forma desejável e salutar tais direitos fundamentais individuais, especialmente no terreno onde a cautelaridade social e processual se inter-relacionam.

---

[33] Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2006, p. 111.

3.2.2 Espécies e hipótese de revogação e modificação de medidas cautelares

Na Itália, as medidas cautelares pessoais são separadas em medidas coercitivas (artigos 281 a 286, CPPI) e medidas interditivas (artigos 288 a 290, CPPI). Ambas categorias se caracterizam por constituírem ingerência estatal a direitos individuais fundamentais no decorrer da investigação criminal. As medidas coercitivas limitam a liberdade de ir e vir, visando afastar o perigo para a prova, de fuga ou de lesão de outros interesses coletivos, ao passo que as medidas interditivas mitigam o exercício de direitos referentes à condição ou atividade profissional do acusado. Enquanto nas coercitivas alguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, sob pena de aplicação de medida mais grave, nas interditivas não há alternativa, um vez que o direito lhe é retirado provisoriamente.

As medidas coercitivas estabelecidas no Código de Processo Penal Italiana são a proibição de sair do país (*il divieto di espatrio*), obrigação de comparecimento à polícia judiciária (*l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria*), afastamento da residência familiar (*allontanamento dalla casa familiare*), proibição de frequentar lugares frequentados pelo ofendido e obrigação de distanciamento mínimo entre acusado e ofendido (*divieto ai luoghi frequentati dalla persona offesa e obblighi di comunicazione*), proibição de permanecer em locais determinados (*il divieto di dimora*), obrigação de permanecer em locais determinados (*l'obbligo di demora*), arresto domiciliar (*arresti domiciliari*), custódia em cárcere (*custodia in carcere*) e custódia em local de tratamento (*custodia in luogo di cura*).

Já as medidas interditivas previstas pela codificação processual penal italiana são a suspensão do exercício do poder familiar (*la sospensione dall'esercizio dela potestà dei genitori*), suspensão do exercício de uma profissão ou de um ofício público (*la sospensione dall'esercizio di un publico ufficio o servizio*) e proibição temporária de exercitar determinada atividade profissional ou empresarial (*il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali*).

Em atenção à proporcionalidade, além dos requisitos gerais de aplicação das medidas cautelares pessoais, notadamente a presença de graves indícios de culpabilidade (artigo 312, CPPI), importante deixar claro que a custódia preventiva, medida cautelar por excelência e de

maior gravidade, somente pode ser imposta quando o máximo da pena prevista para infração em questão for superior a quatro anos (artigo 274, CPPI). Ainda, de se observar uma gradação em tal paradigma, pois as medidas coercitivas somente incidirão quando se proceder com relação a delitos cuja pena seja de prisão perpétua (*ergastolo*) ou de reclusão superior a três anos (artigo 280, CPPI), enquanto as medidas interditivas, consideradas menos severas do que as outras, somente podem ser aplicadas quando a pena for de prisão perpétua (*ergastolo*) ou de reclusão superior a três anos (artigo 287, CPPI).

Ao lado dessas medidas, há previsão da prisão em flagrante (*arresto in flagranza*) e o *fermo*, verdadeiras medidas precautelares, notadamente precárias, com limitação em breve período de tempo, tendo em vista a ausência de controle jurisdicional prévio. Exatamente por isso, em atenção ao devido processo legal e o princípio acusatório e à judicialidade, determina o artigo 391, do Código de Processo Penal Italiano, a audiência de convalidação dessas medidas, possibilitando, então, ao Juiz a aplicação de medidas coercitivas, mas, diversamente dos demais casos, independentemente do tipo ou da pena prevista para o crime.

Entre as medidas mencionadas, importante ressaltar que, sempre em atenção à necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, poderá haver aplicação conjunta de uma ou mais, sempre se levando em conta as atividades do acusado, como trabalho e estudo e o local de moradia, especialmente no tocante às coercitivas de afastamento do lar e proibição ou obrigação de estar em determinados lugares.

Já no tocante à obrigação de residência, bom frisar que se não trata de medida de custodial, embora incida sobre a liberdade de ir e vir, incidindo sobre uma localidade mais ampla, com possibilidade de movimentação de uma lugar ao outro, ao contrário do arresto domiciliar, que, com contornos próximos à nossa prisão domiciliar, pode ocorrer na própria residência do acusado, com uma gradação dentro da própria medida, permitindo ao Juiz a proibição de contato com algumas pessoas ou, ainda, a saída para o trabalho como garantia de sobrevivência.

Por outro lado, a Codificação da Itália não se olvidou das situações de revogação, substituição e extinção das medidas de coação. Em atenção ao disposto no artigo 299, do Código de Processo Penal Italiano, as medidas coercitivas e interditivas serão revogadas

sempre que desaparecerem, ainda que por fato posterior, suas condições de aplicabilidade ou mesmo exigências cautelares previstas em Lei ou, ainda, poderá o Juiz substituir a medida por uma outra menos grave ou prever a sua aplicação com modalidade menos gravosa quando resultarem atenuadas as exigências cautelares ou a medida aplicada não parecer mais proporcional à gravidade do fato ou à sanção que se presuma possa ser aplicada. Já o disposto no artigo 300, do Código de Processo Penal Italiano, estabelece que as medidas cautelares pessoais se extinguem, ente outras hipóteses, com o arquivamento do feito, absolvição do acusado ou extinção da punibilidade.

Finalmente, percebe-se que o legislador italiano, nos mesmos moldes que o português, limitou a possibilidade de escolha das medidas de acordo com a gravidade do crime e da pena mínima exigida para cada hipótese, reforçando a discricionariedade do Juiz na escolha da medida mais adequada para o caso concreto, devendo motivadamente apontar os motivos que o levaram a esta ou aquela medida, inclusive a opção pela preventiva, sendo nesta hipótese necessário indicar porque razão as medidas menos severas não serviriam para satisfazer as demandas cautelares em concreto.

3.4 Sistema espanhol

3.4.1 Disposições constitucionais relacionadas

O artigo 17, da Constituição Espanhola, determina que

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado de sua liberdade, senão com a observância do estabelecido neste dispositivo e nos casos e na forma previstos em lei. 2. A prisão preventiva não poderá durar mais do que o tempo estritamente necessário para a realização de averiguações tendentes ao esclarecimento dos fatos, e, em todo caso, no prazo máximo de setenta e duas horas, o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial. 3. Toda pessoa detida deve ser informada de seus direitos imediatamente, e de modo que lhe seja compreensível, de seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a se manifestar. Se garantindo a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos em que a lei estabelecer. 4. A lei regulará o procedimento de "habeas corpus" para colocar à imediata disposição judicial toda pessoa detida ilegalmente. Também, por lei se determinará o prazo máximo de duração da prisão provisória (Tradução livre). *1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la suguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo estabelecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos emn la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar m´s del tempo etrictamente necessário par la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el prazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto em libertad o a disposición de la autoridade judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma imediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la assistência de abogado al detenido em las diligencias policiales y judiciales, em los términos que la ley estableza. 4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la imediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máxima de duración de la prisón provisional* (Texto original).

A atual Constituição Espanhola, sob a égide do princípio da legalidade, estabeleceu o direito à liberdade e à segurança como fundamentais ao assegurar que ninguém poderá ser privado do direito de ir e vir, senão com observância no estabelecido na carta constitucional e nos casos e forma previstos em lei. Recriminou, também, a detenção preventiva arbitrária, elencando vários direitos reservados aos detentos e, sem prejuízo, disciplinou o "habeas corpus". Ainda, determinou ao legislador infraconstitucional a fixação de prazo máximo de duração para a prisão provisória.

Evidente, pois, que o ordenamento constitucional espanhol – em forma similar ao português e italiano – preservou o direito à liberdade individual, senão de forma absoluta, notadamente com clara preocupação nas abordagens às suas restrições, fixando critérios de validade em qualquer privação e liberdade. Não permitiu o estabelecimento de medidas privativas mais intensas, as quais deverão sempre corresponder à finalidade de proteção dos valores e direitos reconhecidos na carta constitucional, não podendo haver indeterminação tal que leve insegurança em sua efetivação e, tampouco, a um prazo incerto e ilimitado, sempre em atenção à proporcionalidade.

Necessária se fará, a seguir, a análise da legislação infraconstitucional, em especial da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, datada de 1882, e, bem por isso, alvo de várias alterações, visando precipuamente sua adequação ao novo plano constitucional, frisando, desde já, que em razão deste anacronismo tal lei processual espanhola não possui previsão expressa das medidas cautelares em livro ou capítulo, diversamente do que ocorre em Portugal e Itália.

Aqui, enfim, a liberdade provisória, com ou sem fiança, continua sendo a medida por excelência alternativa à prisão, não existindo, em geral, medidas cautelares diferentes da custódia, salvo com relação a alguns crimes de especial gravidade, relativos a violência doméstica ou de trânsito, conforme adiante se verá.

3.4.2 Procedimento de aplicação e espécie de medidas cautelares

> As medidas cautelares encerram em si mesmas um juízo de valoração em relação ao sujeito passivo do processo penal. Assim é porque com as medidas cautelares se trata de prevenir com antecipação o indispensável necessário parar os fins do processo. É necessário garantir que o acusado fique sujeito aos resultados do processo. Para a adoção das medidas cautelares exige-se um pressuposto indispensável, qual seja, que tenha sido cometido um fato com as características de um delito, e que exista um acusado.[34]

Já o artigo 50, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, disciplina que

> A prisão provisória somente poderá ser adotada quando objetivamente for necessária, de acordo com o estabelecido em lei, e desde que não existam outras medidas menos gravosas para o direito à liberdade por meio das quais podem ser alcançados os mesmos fins que com a prisão provisória (Tradução livre). *La prisón provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necessaria, de conformidade con lo estabelecido en los artículos siguientes, y cuando no existam otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a travé de las cuales puedam alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*(Texto original).

Claro está, assim, que o legislador espanhol reforçou a excepcionalidade da custódia cautelar, atentando para sua subsidiariedade, fixando a liberdade como regra, mas sem deixar de lado a proporcionalidade com princípio informador ao relegar a prisão preventiva para as situações de extrema necessidade e desde que impossibilitada a substituição por outras medidas cautelares menos severas.

Todavia, como já anotado, a Espanha não dispõe de um amplo rol de medidas cautelares, inclusive para que possa viabilizar com maior eficácia a substituição de uma mais severa por outra menos gravosa, destacando-se a citação, a detenção, a prisão provisória, a fiança, o afastamento cautelar e a ordem de proteção.

A *citação* tem por objetivo providenciar a oitiva de pessoa a quem atribuída a prática de um ato ilícito criminal, podendo se converter em *detenção* se a pessoa citada não comparecer para tanto. Por sua vez, a *detenção* faz as vezes da nossa prisão em flagrante, caracterizando-se por judicialidade e temporalidade precárias, podendo ser realizada por autoridade judicial, policial e até por particulares, nos termos dos artigos 490, 492 e 494, da

---

[34] Eládio Escusol Barra. **Manual de derecho procesal penal.** Madrid: Colex, 1993, p. 399.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Está ligada aos casos de certeza visual do crime, ao perigo de fuga e descumprimento de ordens judiciais de sujeição ao processamento, incidindo nestas hipóteses, com observância dos exíguos prazos estabelecidos em lei (artigos 496 e 520, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

A *prisão provisória*, nos termos do artigo 503, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pode ser decretada somente nos delitos punidos basicamente com pena máxima superior a dois anos e, nos demais casos, se houver reincidência em delito doloso. Deve ser balizada pelos pressupostos e requisitos do *"fumus comissi delicti"* e do *"periculum libertatis"*, ou seja, apenas prevalecerá se houver prova da existência do crime, elementos bastantes de autoria e ocorrer perigo de fuga, possibilidade concreta de ocultação, alteração ou destruição de provas ou bens jurídicos da vítima e para evitar a reincidência, devendo este risco ser avaliado pelas circunstância do fato e pela gravidade dos delitos que poderiam ser cometidos. Ainda, nos termos do artigo 504, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, são estabelecidos vários prazos de duração da medida, do que se denota, uma vez mais, sua excepcionalidade em respeito ao princípio da presunção de inocência.

A *liberdade provisória* ocorrerá quando ausentes motivos suficientes da medida extrema, mesmo existindo elementos indicando a culpabilidade do acusado, visando assegurar seu comparecimento aos atos e termos do processo quando intimado a tanto, sob pena de revogação do benefício, facultando-se até a retenção de seu passaporte para garantir o cumprimento da obrigação. De toda sorte, possibilitará a vinculação do acusado ao processo sem a inconveniência do encarceramento, mediante imposições de obrigações que lhe demandem um sacrifício menor proporcionalmente, com permissão, em determinados casos, de fiança, reforçando a efetividade da instrução criminal, fiança essa que deverá ser prestada em atenção à natureza do delito, o estado social e os antecedentes do acusado.

Realmente a *liberdade provisória*, com ou sem fiança, é praticamente o que existe, em regra, como substituição à prisão preventiva, mas, nos termos do artigo 544, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, para os delitos previstos no artigo 57, do Código Penal Espanhol (homicídio, aborto, lesões, contra a liberdade, tortura, contra a integridade moral, a liberdade sexual, a intimidade, o direito à própria imagem e inviolabilidade de domicílio, a honra, o patrimônio e a ordem sócio-econômica), há previsão de outras medidas cautelares

alternativas. Quais sejam, a proibição de residir em um determinado lugar, bairro, município ou outra entidade local ou Comunidade Autônoma, de ir a determinados lugares, bairros, municípios, províncias ou outras entidades locais, ou Comunidades Autônomas e de aproximar-se ou de comunicar-se, com determinadas pessoas, medidas essas que podemos classificar como *afastamento cautelar* e as quais são graduadas de acordo com a necessidade do csso.

Além das hipóteses de *afastamento cautelar*, o legislador espanhol, também no artigo 544, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, estabeleceu a *ordem de proteção*, relacionada à vítimas de violência doméstica e, por sua vez, no artigo 765.2, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, deu conta da *proibição de ausência do território nacional*, relacionada ao processos envolvendo o uso e a circulação de veículos automotores e aos que envolvem acusados com domicílio ou residência no exterior, devendo em ambos os casos haver decisão fundamentada, com atenção à situação econômica, de saúde, familiar e profissional do imputado.

Finalmente, percebe-se que o legislador espanhol, muito embora sem a precisão e sistematização existentes tanto em Portugal como na Itália, não se olvidou fixar claros critérios e balizas para imposição da prisão preventiva, possibilitando sua substituição por medida alternativas, denotando a excepcionalidade e subsidiariedade da custódia cautelar ao se adotar como norte do sistema o princípio da proporcionalidade.

3.5 Sistema alemão

3.5.1 Disposições constitucionais

A atual Constituição Alemã foi promulgada nos idos de 1949 e no contexto do pós-guerra e ruptura de um regime ditatorial, o chamado Regime Nazista. Estabeleceu, assim, o Estado Democrático de Direito e enquanto tal empenhou-se na proteção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não deixando de lado, claro, o direito à liberdade, estabelecendo sua inviolabilidade, cujo escopo não seria absoluto, aliás, como em todos os demais direitos fundamentais, admitindo restrições em seu âmbito de proteção, mas consoante os próprios termos do dispositivo constitucional e somente nos casos previstos em Lei, explicitando a necessidade de motivação.

Por outro lado, diversamente das cartas constitucionais de Portugal e Itália, a Constituição da República Federativa da Alemanha não tratou em seu corpo de forma específica e mais acurada da prisão preventiva como intervenção ao direito fundamental da liberdade individual, sendo esparsas, raras e reduzidas as referências ao processo penal no texto constitucional.

Ademais, como ocorre em outros países, notadamente Portugal e Itália, as medidas cautelares pessoais constituem tema de fundamental relevância por atingirem o indivíduo acusado de delito, incidindo em terreno próprio dos chamados direitos processuais constitucionais, merecendo admissão no sistema processual alemão, com previsão específica no Livro I, Capítulo 9, “Da Prisão e Detenção Provisória”, do Código de Processo Penal, da República Federativa da Alemanha (*Stafprozessordnung*).

3.5.2 Procedimento de aplicação das cautelares e pressupostos da preventiva

O sistema processual alemão prevê como modalidades de custódia cautelar no curso da investigação criminal a prisão em flagrante e a prisão preventiva, bem como a possibilidade de liberdade provisória, com recurso a medidas substitutivas menos invasivas à liberdade pessoal e que atentem aos mesmos propósitos daquela, com constante preocupação em tal disciplina com relação à proporcionalidade, uma vez que a custódia cautelar é considerada como *"extrema ratio"* da *"ultima ratio"*, devendo guardar adequação à gravidade do fato e à pena cominada.

Note-se que existe disposição expressa à ideia de proporcionalidade, na codificação alemã, como por exemplo, no § 112, I, do Código de Processo Penal, quando se declara que a prisão preventiva não será ordenada nos casos em que se não mostrar proporcional à relevância dos fatos sob análise ou à pena esperada. Neste sentido, há limitações para decretação de prisão preventiva somente quando for imposta pena privativa de liberdade, ou pena privativa de liberdade superior a um ano nos casos de especial reiteração criminosa, ou, ainda, pena privativa de liberdade de até seis meses, quando se exigirá fundado perigo de obscurecimento de prova fundado em anterior subtração ao processo, ausência de domicílio fixo e impossibilidade de clara identificação individual (§§ 112 e 133, do CPPA).

A prisão preventiva no direito alemão deve observar o pressuposto do *"fumus comissi delicti"*, baseado na fundada suspeita da prática de infração penal que admita sua imposição e de responsabilidade do acusado quanto a ela. Além disso, de rigor o requisito do *"periculum libertatis"*, previsto, no caso, no § 112, do Código de Processo Penal Alemão, ou seja, fuga ou perigo de fuga, perigo de obscurecimento de prova, gravidade de alguns crimes, como assassinato, homicídio, genocídio, formação de associação terrorista e os delitos dolosos de explosivos, perigosos para a vida ou a integridade física e perigo de reiteração da prática de determinados crimes.

Em interessante paralelo com nossa audiência de custódia, recente e paulatinamente introduzida em nosso ordenamento, o § 115, do Código de Processo Penal Alemão, determina que após o cumprimento da prisão preventiva o preso deverá ser apresentado até o dia

seguinte ao juiz competente, o qual deverá comunicar a prisão a um familiar daquele ou a alguém por este indicado, exceto se esta comunicação puder acarretar risco para as investigações. Então, o Juiz deverá interrogar o preso e, após o interrogatório, decidir se mantém a prisão preventiva ou seu regime de cumprimento, caso esta venha a ser confirmada.

À luz da proporcionalidade, o Juiz poderá manter a prisão se seus pressupostos estiverem presentes ou revoga-la quando do desaparecimento destes, como no caso de absolvição ou arquivamento das investigações, ou quando da desproporcionalidade da medida à relevância da causa ou à expectativa de pena. Poderá, ainda, substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar, dependendo do perigo que se pretenda afastar, concedendo liberdade provisória nestas hipóteses, com possibilidade de obrigação periódica ao juízo, limitação de residência, recolhimento domiciliar, prestação de caução, proibição de entrar em contato com determinadas pessoas e limitação de residência com a proibição de ausentar-se da localidade ou país.

Assim, quando medidas menos severas se mostrarem suficientes para os objetivos pretendidos a preventiva será suspensa, nos termos do § 116, do CPPA, não sendo, portanto, o rol taxativo, devendo o Juiz se atentar para qual perigo se pretende debelar, se perigo de fuga, da perturbação da atividade probatória ou perigo para ordem pública pela reincidência da atividade criminosa. Em todas as hipóteses, se o acusado infringir, de modo grave, as obrigações e limitações impostas, o Juiz restabelecerá a prisão, ordenando a execução de sua ordem, residindo neste ponto a fundamental diferença entre este sistema e o nosso – inspirado diretamente em Portugal e Itália – uma vez que aqui se trata de medidas substitutivas, decorrentes da mera suspensão preventiva, ao passo que entre nós a situação refere-se a verdadeiras medidas alternativas ao cárcere.

3.6 Outros países

Na *Argentina* foi promulgado nos idos de 2014 o novo Código de Processo Penal, consolidando definitivamente o sistema acusatório, apagando definitivamente eventuais resquícios inquisitivos que ainda lá permaneciam, ao passo que no Brasil o projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/10), com índole também efetivamente acusatória, ainda tramita no congresso nacional até a presente data, sem perspectiva de aprovação.

O legislador argentino reconheceu expressamente o princípio da proporcionalidade como formador do sistema como critério formador do sistema para a restrição da liberdade, deixando claro os pressupostos da prisão provisória, ou seja, a existência de provas suficientes para se imputar a alguém um delito com pena privativa de liberdade (*"fumus comissi delicti"*), bem como seus requisitos, ou seja, real perigo de fuga e de obscurecimento de prova, fazendo menção, inclusive, à gravidade do fato e às condições do imputado ("*periculum in mora).*

Ainda, foram estabelecidos rígidos parâmetros para reconhecimento criterioso de tais situações, visando a consolidação dos princípios da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão, tudo consoante inteligência dos artigos 16, 17 e 185 a 189, do Código de Processo Penal Argentino.

A liberdade tornou-se a regra, passando a prisão à medida excepcional e subsidiária, somente podendo ocorrer sua aplicação se não forem necessárias e adequadas outras medidas menos gravosas, as quais, aliás, foram previstas no artigo 177, do Código de Processo Penal Argentino. Reconheceu-se um sem número de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão preventiva, entre outras, a caução, a obrigação de comparecimento a juízo, a retenção de documentos de viajem o monitoramento eletrônico, a determinação de afastamento ou de permanência em determinado lugar e a obrigação de permanecer na residência.

No *México*, por sua vez, em inteligência a seu sistema processual penal, especialmente nos termos do *Código Federal de Procedimientos Penales*, – datado de 30 de agosto de 1934 e alvo de diversas alterações, notadamente aquela realizada em 19 de dezembro de 2002 –

ainda resta fundamental e basicamente o odioso binômio prisão e liberdade provisória, com seus poucos e tradicionais vínculos, tais como fiança e obrigação de comparecimento aos atos processuais penais.

Não há clara menção à proporcionalidade como princípio formador, não se estabelecendo a subsidiariedade da prisão provisória ante a inexistência de medidas cautelares pessoais menos gravosas e que melhor se adequariam às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado. Encontrando-se, portanto, plenamente defasado em relação a outros ordenamentos de legislação mais avançada, inclusive alguns latino americanos, tais como o ordenamento brasileiro (Lei 12.403/11).

4. CUSTÓDIA CAUTELAR NO BRASIL

4.1 Histórico

4.1.1 Sistema anterior ao Código de Processo Penal de 1941

Em coerência ao já anotado nesta obra, por ocasião da análise e finalidade da prisão cautelar ao longo da história, o estudo do passado, mesmo breve, permite a quaisquer intérpretes ou operadores de quaisquer ciências – estando o Direito aqui logicamente incluído – a compreensão mais precisa e racional de relevantes aspectos da atualidade, dispondo de elementos mais firmes para provável projeção de futuro.

Assim, se tal premissa serve de vetor para análise da prisão em um contexto mais amplo no panorama histórico, com mais razão tal entendimento deve ser adequado à compreensão da prisão provisória entre nós.

O Brasil foi colônia de Portugal, época conhecida em nossa história como período colonial e enquanto tal, por óbvio, restou sujeito à legislação da metrópole praticamente desde as Ordenações Afonsinas, datadas de 1446, Ordenações Manuelinas, datadas de 1514, com posterior revisão em 1521, passando pelas Ordenações Filipinas, datadas de 1603, situação que perdurou praticamente até a independência, aos 07 de setembro de 1822.

Durante o chamado período colonial, é fato que imperava certa balbúrdia em matéria processual penal, o que se manteve até o advento das já mencionadas Ordenações Filipinas, denotando-se, a partir de então, que a prisão não era obrigatória e que o Juiz deveria justificar sobre sua necessidade, ou não, firmando-se, pois, o arbítrio do julgador neste sentido, prevendo as Ordenações Filipinas, no livro V, título 117, § 12, originalmente, nos seguintes termos:

> E posto que seja querelado per querela perfeita, os Julgadores não pendão por ella, até contra os querelados ser tanto provado, por que mereção ser presos. Porém, se os querelados quizerem logo, tanto que dão as querelas, e lhes forem recebidas, ou até vinte dias contados, do dia, que a querela for recebida, dar ao julgador, que lha recebeo, trez ou quatro testemunhas, perguntar-lhas-há secretamente com o Tabelião, que a screveo, pleo conteúdo nella, sem a parte ser para isso citada. E mostrando-se pelas ditas testemunhas tanto, por que deva ser preso (o que ficará em arbítrio do Julgador), o prenda com toda a diligência.

Interessante observar que

> [...] àquele tempo obtinha-se a liberdade antes da condenação por peio das *Cartas de Seguro*, da *home*nagem, da palavra de *fiéis carcereiros* e da *fiança*. O traço comum a todos esses institutos era a preocupação com a possibilidade de fuga do acusado, sob o pressuposto da real *probabilidade* de condenação.
>
> PEREIRA E SOUZA ensinava que com as *Cartas de Seguro*, concedidas ao acusado solto, afastava-se a prisão até o julgamento, enquanto, nas hipóteses de *Homenagem e Fiança*, o que ocorria era o relaxamento dela.
>
> Ainda, as *Cartas de Seguro* eram um remédio com que então se quis obstar a vindita particular permitida naqueles tempos. Com o andar do tempo foram tendo as ditas Cartas o restrito fim de eximirem os réus da prisão para se livrarem soltos dentro do tempo por elas concedido.
>
> Semelhantes às Cartas, havia a *homenagem*, por meio da qual, também sob o compromisso de comparecimento ao julgamento, o acusado era posto em liberdade por prazo certo, com a diferença de que estas constituíam privilégio exclusivamente concedido à Nobreza.
>
> [...]
>
> A *fiança*, cujas características básicas em nosso ordenamento, desde as Ordenações Afonsinas (Livro V, tít. 51), permanecem até hoje, era também um meio de obtenção da liberdade provisória, antes do julgamento, mediante a apresentação de caução prestada por fiador, que se responsabilizava pelo comparecimento do acusado, sob pena de responder pelas custas e até pela pena pecuniária imposta na sentença, caso o réu não fosse preso. Tal como ainda hoje, a *fiança* somente era concedida para crimes mais leves e obrigava o acusado a comparecer a todos os atos do processo, sob pena de quebramento.
>
> Por fim, dava-se também a soltura do acusado mediante a apresentação de *fiéis carcereiros*, que se responsabilizavam pela sua guarda de apresentação a julgamento, quando se tratava de crimes leves e quando os réus eram de partes remotas e enfermos, não sendo imposta a obrigação de comparecimento pessoal aos atos do processo, ainda que considerados tais como se presos estivessem.[35]

[35] Eugêncio Pacelli. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei 12.403/11.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 07-08.

A partir da independência, desde 1822 até a proclamação da república, em 1889, naquilo que convencionalmente se chamou de período imperial, a questão envolvendo a prisão e a liberdade provisória foi precipuamente tratada pela Constituição do Império, de 1824 e pelo Código de Processo Criminal, de 1832.

A Constituição do Império, em seu artigo 179, estabelecia que ninguém poderia ser preso "sem a culpa formada", "formação de culpa" essa originária do "sumário de culpa", de acordo com a tradição das Ordenações Manuelinas e Filipinas, a qual à luz do artigo 134, do Código de Processo Criminal do Império, objetivava permitir ao Juiz, após regular denúncia ou queixa, convencer-se da existência do delito e de quem era seu autor, representando um filtro para a admissibilidade da acusação, filtro esse baseado nas provas até então produzidas.

O sistema processual penal de antão firmava entendimento de que alguém poderia ser preso mesmo sem culpa formada, desde que em casos de flagrante delito, mas mesmos nestes casos e ainda naqueles em que houvesse formação de culpa ninguém poderia ser preso quando fosse possível a fiança, praticamente a única hipótese de liberdade provisória, a qual era sumaria e quase que absolutamente vedada nas hipóteses em que, portanto, se fixava a inafiançabilidade (inteligência dos artigos 179, IX, da Constituição de 1824 e artigo 175, do Código Processo Criminal de 1832).

Uma vez abolidas as cartas de seguro e quaisquer outros meios, salvo a fiança, para se viabilizar a liberdade provisória, nos termos do artigo 113, do Código de Processo Criminal do Império, surgia como exceção à regra geral os casos em que o réu se "livrava solto", independentemente de fiança, nos crimes para os quais não era prevista pena de prisão superior a seis meses ou desterro fora da comarca (artigo 100, do Código de Processo Criminal de 1832).

Claro restava que a expressão "livra-se solto" – mantida até a reforma implantada pela Lei 12.403/11 – continha o espírito do sistema processual vigente, no tocante à prisão e liberdade provisória.

De acordo com esta sistemática, o réu buscava se livrar da culpa tanto solto, nos casos de infração de menor reprovabilidade, como preso, nos demais casos, mas em ambos a culpa

era presumida, sustentando-se as prisões em verdadeiros juízo de antecipação de culpabilidade decorrente, no mais das vezes, de flagrante, em aparente violação ao princípio da presunção de inocência.

Com o advento da República dos Estados Unidos do Brasil, evidentemente nova Constituição foi promulgada, em 1891, seguida de outras Cartas Constitucionais, em 1934 e 1937, decorrentes de seguidos rompimentos da ordem institucional, respectivamente, Revolução de 1930 e Estado Novo. Mesmo assim, a essência do sistema foi mantida, ressaltando-se que nesse período foi criado um modelo federativo semelhante ao adotado nos Estados Unidos da América do Norte ao se outorgar às unidades federadas autonomia em matéria processual. Porém, muitos Estados não abandonaram o Código de Processo Criminal do Império de 1832, o que causou grave instabilidade legislativa, culminado com a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, até hoje vigente, muito embora com diversas alterações sistêmicas, arcabouço que será examinado a seguir.

4.1.2 O sistema do CPP de 1941 e as sucessivas mudanças de paradigmas

O Código de Processo Penal de 1941 – ainda em vigor e com várias alterações paradigmáticas – foi promulgado em pleno Estado Novo da Era Vargas, inspirado na matriz fascista italiana de Benito Mussolini e com nítido viés autoritário. Institui os limites de admissibilidade da prisão preventiva, prevendo seu cabimento quando reclamasse o interesse da ordem pública ou da instrução criminal ou da efetiva aplicação da lei penal.

Porém, a grande novidade trazida pelo novo Código de Processo Penal Brasileiro (1941) foi a instituição da prisão preventiva obrigatória para a qual bastava a prova indiciária contra o acusado, com evidente opção, neste ponto, pelo sistema inquisitivo, em detrimento do sistema acusatório, violando o princípio da presunção de inocência, mas plenamente de acordo e contextualizado no momento histórico e ideológico que o ensejou.

No sistema original do Código de Processo Penal de 1941, prevalecia a regra da presunção de culpa em detrimento da presunção de inocência, não existindo uma tutela efetiva da liberdade, não caracterizando exagero dizer ser a prisão a regra e a liberdade a exceção. Se houvesse a prisão em flagrante o réu permaneceria preso até o final do processo, como regra, tanto que, à luz da já aludida cultura autoritária que imperava, houve alargamento das hipóteses de flagrante com acréscimo, ao lado do flagrante próprio e do quase flagrante, da modalidade presumida, destacando a exposição de motivos de antão que

> O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundem em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

A razão da prisão em flagrante se baseava na certeza visual do crime, segundo concepção clássica difundida, em clara antecipação de culpa, a qual somente era mitigada, nos termos da original redação do artigo 310, “caput”, do Código de Processo Penal, quando existente alguma causa de exclusão da ilicitude, tais como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

Inverteu-se, aqui, a presunção de culpa para presunção de inocência, em clara característica de um sistema acusatório, sinalizando um início de alteração de paradigma, que paulatinamente foi se impondo. Nesta ótica, se a infração fosse de gravidade reduzida ou menor potencial ofensivo, com pena de multa ou privativa de liberdade que não ultrapassasse três meses a Lei possibilitava o restabelecimento da liberdade, sem a imposição de ônus ou dever, livrando-se o réu provisoriamente da culpa ou, na antiga expressão, "livrando-se solto" (artigos 309 e 321, da redação original do Código de Processo Penal de 1941).

Já no tocante a algumas infrações, desde então consideradas de menor gravidade, cuja pena privativa de liberdade fosse superior a três meses de detenção, proporcionalmente era permitida a liberdade provisória mediante fiança e obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, ressalvadas as vedações originais dos artigos 323 e 324, do Código de Processo Penal, então, a única e precípua regra de restituição de liberdade para os casos de prisão em flagrante, salvo a já mencionada situação de presunção de inocência em hipóteses de exclusão de ilicitude e de infrações penais de menor potencial ofensivo nas quais o réu se livrava solto.

No âmbito da prisão preventiva, na esteira da característica de compulsoriedade prevalente no período imperial, foram instituídas três modalidades de obrigatoriedade da custódia cautelar.

No primeiro caso, a decisão de pronúncia ao formar juízo acerca da existência de elementos suficientes para estabelecer o julgamento pelo Tribunal do Júri, implicava necessariamente a recomendação do réu à prisão, salvo no caso de crime afiançável e desde que recolhida a fiança, em inteligência à antiga redação do artigo 408, do Código de Processo Penal de 1941.

Na segunda situação, em caso de sentença condenatória recorrível, antes mesmo do trânsito em julgado e início da execução efetiva da pena, deveria o réu se recolher à prisão, o que se estendia, também, por ocasião de eventual interposição de recurso da defesa, consoante inteligência das antigas disposições dos artigos 393, I e 594, do Código de Processo Penal.

> Havia, desta forma, uma clara presunção de que uma convicção preliminar de autoria, como no caso da decisão de pronúncia e mesmo a afirmação final de culpabilidade por uma sentença condenatória, ainda que sujeita a reexame, mostravam-se incompatíveis com a manutenção da liberdade do acusado. Ou seja, para o legislador tais situações indicavam um perigo processual, cuja superação passava pelo recolhimento à prisão do réu. Ao mesmo tempo, reforçava-se a mensagem de força do Estado e de efetividade do sistema punitivo.[36]

Além disso, no bojo de uma tradição jurídica notadamente autoritária, a terceira e mais incrível das hipóteses em análise referia-se à chamada prisão preventiva obrigatória, prevista nos termos originais do artigo 312, do Código de Processo Penal, que deveria ser decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, sendo suficiente a tanto o oferecimento de denúncia, sequer se exigindo o flagrante, desde que se entendessem presentes a prova material do crime e indícios bastantes de autoria, a restar claro que

> [...] tal solução demonstrava a adesão ao princípio da supremacia do interesse social sobre a liberdade individual, o que aproximava a prisão preventiva de uma medida de segurança. A doutrina, de certo modo, amparava tais soluções, deixando à margem quaisquer análises relacionadas com a vigência do princípio da presunção de inocência.[37]

A par do já asseverado, exsurgia e de forma paradoxal, na esteira da primeira redação do artigo 313, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva facultativa, mais condizente com o estado de direito e com o sistema acusatório, o qual parecia estar a se preconizar em projeção, pois se dava mais enfoque à persuasão racional e, porque não dizer, até à proporcionalidade, tendo em vista o espaço aberto à ponderação judicial em despacho fundamentado para decretação da preventiva, sob a baliza de condições de admissibilidade objetiva e previamente estabelecidas, orientando o trabalho do aplicador do direito.

Ficava a prisão preventiva, nestes termos, circunscrita às exigências da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal ou da aplicação da lei penal, mas sem se perder de vista os pressupostos da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria.

---

36 Marcos Alexandre Coelho Zilli. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 85,, jul/ago, 2010, p. 462.

37 Marcos Alexandre Coelho Zilli. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 85,, jul/ago, 2010, p. 460-461.

Este sistema tal como colocado na letra primeira do Código de Processo Penal de 1941, que tinha a prisão como regra e a liberdade como exceção, com presunção de culpa em detrimento da presunção de inocência, no qual imperava o binômio prisão e liberdade provisória, basicamente mediante fiança, onde os delitos estabelecidos como inafiançáveis eram tidos como os de praticamente maior gravidade, perdurou praticamente por um quarto de século, começando a ruir nos idos de 1967.

Neste sistema original do Código de Processo Penal de 1941, a fiança era, a rigor, a única hipótese de liberdade do réu nos casos prisão em flagrante, e, bem assim, ao se considerar um delito inafiançável era praticamente selar o destino do acusado que teria que permanecer preso durante todo o processo.

Em paradoxo, ventos de liberdade individual começaram a soprar no auge da ditadura implantada com o golpe militar de 1964 (idos de março), mas por vezes trazidos por razões casuísticas e não tão nobres como o simples restabelecimento de um pleno estado democrático de direito.

A Lei 5.349/67 deu nova redação aos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal de 1941, abolindo a prisão preventiva obrigatória, mitigando a presunção de culpa, passando a torná-la facultativa em atenção aos pressupostos e requisitos da custódia.

A Lei 5971/73 deu nova redação aos artigos 408 e 594, do Código de Processo Penal de 1941, permitindo ao réu primário e com bons antecedentes, na pronúncia e na sentença condenatória recorrível, aguardar o julgamento em liberdade, flexibilizando-se, uma vez mais, a presunção de culpa.

Infelizmente, o móvel de tal alteração foi notadamente espúrio, uma vez que tinha por objetivo salvaguardar policiais de alta hierarquia envolvidos em grupo de extermínio denominado “Esquadrão da Morte”, tanto que aludida legislação ficou conhecida como *Lei Fleury*, em “homenagem” ao Delegado do DOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, envolvido em processos que tais.

Ficava estabelecida uma duplicidade de fundamentos para a prisão antes da condenação, ou seja, antes da pronúncia verificava-se a ocorrência do *periculum libertatis*, que poderia indicar a necessidade da custódia, ao passo que posteriormente, quando das referidas sentenças, o exame voltar-se-ia para constatação de dados relativos à personalidade do acusado.

Por outro lado, o artigo 35, da Lei 6.368/76, em sentido contrário, estabeleceu que nos delitos de tráfico ilegal de entorpecente e associação para tal fim os acusados em geral não poderiam apelar em liberdade, mesmo que primários e com bons antecedentes, em individualização casuística que após foi derrogada pelo Supremo Tribunal Federal por se entender caracterizadora de violação à presunção de não culpabilidade.

A mais significativa mudança neste período anterior à redemocratização, todavia, veio com a Lei 6.416/77, que introduziu parágrafo único ao artigo 310, do Código de Processo Penal de 1941, possibilitando a liberdade provisória sem fiança e baseada nos pressupostos e requisitos da custódia cautelar, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, concentrado seu fundamento na gravidade da infração. Desta forma, poder-se-ia conceder liberdade provisória ao preso em flagrante, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, desde que verificada a inocorrência de quaisquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, isto é, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou para se assegurar a aplicação da lei penal.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e no contexto de ruptura de um regime ditatorial, denominado Regime Militar. Firmou, assim, o Estado Democrático de Direito com fundamento da dignidade da pessoa humana e enquanto tal empenhou-se na consolidação do sistema acusatório e, notadamente, na proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não olvidando, claro, do direito à liberdade e à segurança, não descartando a possibilidade de medidas cautelares pessoais, em especial a prisão e a liberdade provisórias, na forma prevista em Lei.

Estabeleceu-se a inviolabilidade do direito à liberdade, cujo escopo não seria absoluto, aliás, como quaisquer direitos fundamentais, admitindo restrições em seu âmbito de proteção, mas consoante os próprios termos do dispositivo constitucional e somente nos casos previstos em Lei, explicitando a necessidade de motivação, fixando como limite fundamental para tanto o princípio cardeal da presunção de inocência.

O artigo 1º, da Constituição Brasileira, determina que

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> [...]

Prossegue o artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, rezando que

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
>
> [...]
>
> II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> [...]
>
> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
>
> [...]
>
> LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
>
> [...]
>
> LXI – 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;
>
> [...]
>
> LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...]

A Constituição Brasileira de 1988 consolidou a presunção de inocência ou de não culpabilidade como princípio formador do sistema de prisões, modificando o antigo eixo no qual o réu era considerado como mero objeto do processo, ao recair sobre ele aura de presunção de culpabilidade, em franca violação à dignidade da pessoa humana.

Esta consolidação fica evidente com a redação deste princípio constitucional, que na nova Carta Magna ganhou versão ampliada ao se fixar o trânsito em julgado da sentença condenatória como condição resolutiva da inocência. Neste contexto, tal presunção definitivamente modificou a prisão como mero ato de autoridade, de império, assumindo definitivamente uma função de cautelaridade baseada na preservação da finalidade do próprio processo, caracterizando o cárcere uma exceção de maneira que alguém jamais a ele poderia estar sujeito provisoriamente se existissem no ordenamento outras medidas menos severas e, também, eficazes de controle do bom andamento da marcha processual.

Por um lado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou um pleno Estado Democrático de Direito regido por um princípio acusatório e devido processo legal. Por outro lado, ainda manteve resquícios de um anterior princípio inquisitivo, como por exemplo, a manutenção da inafiançabilidade com relação a alguns crimes tidos como mais graves (artigo 5º, XLIII, Constituição Federal), concepção essa que igualmente a outras de idêntico gênese, se tornaram anacrônicas, dificultando e atrasando a adoção completa do sistema acusatório em um modelo sistêmico e coerente, o que ocasionou um inflação de legislações tentando rumar neste sentido, mas que muitas vezes não conseguiam se abstrair da cultura da culpabilidade que ainda vige entre nós.

Ora, se a prisão não é mais a regra, passando a prevalecer o princípio da presunção de inocência como salvaguarda do direito individual da liberdade, rechaçando-se a inaceitável presunção de culpa antes do trânsito em julgado da sentença, não tem sentido a manutenção da prisão em flagrante sob a justificativa da inafiançabilidade oriunda da gravidade do delito, até porque a fiança não mais seria mais a única possibilidade de alguém responder ao processo em liberdade, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

Ao passo que nos termos da Constituição da República de 1988 a liberdade provisória constitui um direito individual, inexiste obrigatoriedade de manutenção da prisão em flagrante ou de decretação da prisão preventiva pura e simplesmente ante a existência de acusação contra alguém. São necessários, em razão da natureza cautelar da prisão, a verificação dos pressupostos e requisitos do *"fumus boni juris"* e do *"periculum in mora"*.

Já o artigo 2º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), artigo 21, da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) e artigo 44, da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), estabeleceram outro paradoxo nos mesmos moldes daquele relacionado à inafiançabilidade, pois introduziram a vedação de liberdade provisória para alguns delitos nelas estabelecidos e considerados graves, o que representa claro retrocesso para o paradigma da presunção de culpa, caracterizando nítida incompatibilidade com o sistema acusatório vigente e, portanto, inconstitucionalidade em razão da não observância da presunção da não culpabilidade e consequente desvirtuamento da natureza precipuamente cautelar das prisões provisórias.

Invertendo esta tendência mais repressiva, as Leis 11.689/08 e 11.719/08 deram cabo à famigerada obrigatoriedade das prisões decorrentes da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível. O artigo 594, do Código de Processo Penal, foi expressamente revogado, afastando por completo a necessidade imperiosa de prisão quando de sentença condenatória recorrível. No tocante à prisão decorrente de pronúncia o componente estritamente processual saiu de cena para assumir um sinal marcadamente cautelar, pois o artigo 413, § 3º, do Código de Processo Penal, passou a prever que neste momento o magistrado deve decidir motivadamente sobre a manutenção ou revogação da prisão do acusado solto, bem como sobre a necessidade da prisão preventiva, mas sempre à luz de seus pressupostos e requisitos, firmando sua natureza cautelar instrumental, em atenção ao princípio da presunção de inocência.

Como visto, o sistema processual penal brasileiro, sob o prisma da prisão provisória, foi evoluindo de um paradigma autoritário, que tinha a prisão como regra e decorrente de mero ato de autoridade, em evidente presunção de culpa, para outro protetor do direito individual de liberdade, tentando consolidar sua natureza cautelar, baseada na preservação da finalidade do próprio processo, sempre em atenção à dignidade da pessoa humana e à presunção de inocência.

4.1.3 Novo sistema cautelar adotado a partir da Lei 12.403/2011

A prisão e a liberdade provisória, originalmente, não poderiam ser caracterizadas como medidas cautelares, pois seu fundamento não se apoiava em juízo concreto de adequação e necessidade da medida, mas em mero ato de autoridade, do qual exsurge como exemplo mais eloquente a prisão em flagrante, com força para determinar a manutenção de alguém no cárcere até o final do processo, tendo em vista a presunção de culpa que se aplicava como paradigma dominante.

O flagrante, como sói, se trata de ato auto executório, legitimando-se pelas circunstâncias que o caracterizam e pelo interesse em obstar determinada ação delituosa em curso ou impedir seu autor logo em seguida, viabilizando a apuração dos fatos, sendo seu cerne a urgência, tanto que autorizado constitucionalmente.

Entretanto, a manutenção da prisão provisória, à luz da evolução do estado democrático de direito e da presunção de inocência, evolui como medida excepcional em atenção à dignidade da pessoa humana, somente podendo ser decretada nos estritos parâmetros da legalidade e quando necessária para a defesa social e os fins do processo, pois se assegurando seu desenvolvimento regular fica resguardada a aplicação futura de pena, garantindo-se os valores sociais como um todo, não se podendo perder de vista os direitos e garantias individuais.

Não há como negar que existe delicado balanço entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado para eficácia de sua atuação na efetivação da segurança aos cidadãos e os direitos e garantias individuais a eles assegurados nas Constituições. A rigor, tais medidas cautelares são fruto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito, de um lado a proteção do conjunto social e manutenção da segurança coletiva e de outro a garantia e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

Busca-se o equilíbrio entre o garantismo e a eficácia, ou em outras palavras, entre os direitos individuais do cidadão contra eventuais atrocidades do Estado e o Direito do Estado,

da coletividade, da sociedade civil organizada à segurança, preservando-os contra as atrocidades de alguns cidadãos.

Firma-se a prisão provisória com natureza precipuamente cautelar, preocupada de uma banda em preservar a sociedade de ações ilícitas invasivas futuras e de outra em garantir os fins do processo e a efetividade da ação estatal na distribuição da justiça e, para tanto, não se pode mais basear em simples ato de império, mas em outro racionalmente motivado a partir de premissas claramente preestabelecidas. A custódia cautelar passa a ser exigida somente quando presentes seus requisitos e pressupostos a apontar para sua necessidade e adequação proporcional ao caso concreto.

Como já analisado, as diversas alterações legislativas literalmente aboliram a prisão provisória obrigatória em razão de eventual gravidade do delito, mas praticamente estabeleceram um odioso binômio prisão e liberdade provisória com ou sem fiança, onde esta última medida alternativa restou esvaziada, ante a possibilidade de soltura independente de quaisquer ônus em casos, em tese, mais graves e para os quais esta medida sequer era cabível. E, uma vez estabelecido referido binômio, reforçou-se paradoxalmente a cultura autoritária do cárcere, privilegiando a antecipação de culpa, mesmo sob a nova égide constitucional democrática e fundada em princípio acusatório, notadamente, ante a falta de alternativas para uma precisa modulação da medida cautelar pessoal ao caso concreto, especialmente ante os sempre presentes riscos de perturbação ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

Pelo novo paradigma consolidado constitucionalmente, a liberdade passou a ser a regra e a liberdade a exceção, aliás, o que deu azo a uma adequação do sistema penal com o advento das infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95), possibilitando-se, entre outras inovações, a transação penal, com mitigação do poder-dever da ação penal estatal, bem como com a instituição de penas alternativas e substitutivas da privativa de liberdade, tais como a restritiva de direito e a multa, nos casos de delitos com menor gravidade.

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, buscou equacionar os sistemas penal e processual penal, com previsão de medidas alternativas ao cárcere, colocando à disposição do

magistrado um sem número de meios capazes do asseguramento do processo e de seus resultados, sem com isso impor o aprisionamento à pessoa humana, com os malefícios que aludida situação sabidamente causa ao acusado ainda não definitivamente condenado.

O artigo 282, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403, aponta que

> As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
>
> I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
>
> II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
>
> § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
>
> § 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.
>
> § 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.
>
> § 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 (artigo 312, parágrafo único).
>
> § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
>
> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Prossegue o artigo 283, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, determinando que

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, em decorrência de sentença condenatória

> transitada em julgado, ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.
>
> § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.
>
> § 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade de domicílio.

A Lei 12.403/11, finalmente, equacionou em definitivo o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade com a legislação infraconstitucional pátria, ajustando-a a um sistema acusatório lastreado na legalidade, no devido processo legal e, no caso específico da prisão provisória, na excepcionalidade, tendo em vista que adotou a proporcionalidade como parâmetro viável a solucionar a tensão existente entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança.

Adotando-se o princípio da proporcionalidade, rompeu-se o odioso binômio da prisão/liberdade, ou seja, ou o indivíduo restava preso, às vezes compulsoriamente por força da casual gravidade do delito independentemente dos casos de flagrante, ou era colocado em liberdade provisória nos restritos casos em que a Lei admitia. A partir de então, em coerência com o pensamento adotado para sanções definitivas alternativas começaram a ser admitidas várias medidas cautelares diversas à prisão cautelar, além da liberdade provisória pura e simples e sempre em atenção às condições específicas do criminoso e às peculiaridades do caso concreto.

A prisão em flagrante foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, visando à interrupção do crime e da violação ao bem jurídico tutelado, a denotar a eficácia da ação estatal, assumindo, todavia, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa automaticamente. O juiz não mais se limita a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar ser o caso de prisão preventiva, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

A necessidade e a adequação passam a apontar quais seriam os fins legítimos das medidas cautelares pessoais como um todo e não só da prisão preventiva, levando a crer que quaisquer delas somente poderão ser impostas à luz da técnica da cautelaridade, objetivando a preservação dos fins do processo.

Quaisquer providências cautelares devem estar fundadas em seus pressupostos e requisitos, sendo necessário haver prova da materialidade de um delito e indícios suficientes de sua autoria com relação a alguém, muito embora não se possa negar a existência de uma gradação desta prova indiciária. Além disso, deve haver o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, não podendo a cautela ser aplicada com base na gravidade abstrata do fato. Ou melhor, ao se determinar que as medidas cautelares somente podem ser impostas "para se evitar a prática de infrações penais", a nova lei delimitou o indeterminado conceito de "garantia da ordem púbica", impossibilitando interpretações muito mais abertas, sendo fundamental, enfim, a demonstração da necessidade da medida para a garantia do processo (artigo 282, I, do Código de Processo Penal).

Para decretação das medidas cautelares pessoais não se pode justificar a necessidade de sua aplicação somente com base em simples conjecturas a respeito de mera possibilidade de reiteração criminosa, de fuga ou de riscos abstratos de interferência na instrução criminal, sendo imprescindível real probabilidade, efetivamente, algo mais concreto em relação a tais situações fáticas.

Sem prejuízo, a medida deve ser a mais adequada e idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo, ou seja, a eficácia da medida deverá ser alcançada pelo meio menos gravoso. Se o gravame for mais rigoroso que o necessário, se exceder o suficiente para garantia da investigação penal eficiente haverá desproporcionalidade e, portanto, eventual recolhimento à prisão será abusivo (artigo 282, II, do Código de Processo Penal).

Especificamente para a decretação da custódia cautelar a legislação passou a requerer algo mais que mera necessidade. Exige-se a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo, medida essa que, assim, transmudou-se em excepcional, isto é, se mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta quando não existir alguma outra medida alternativa menos radical capaz de tutelar a efetividade da investigação criminal.

> A *adequação* expressa no inciso II do art. 282 do CPP remete à *relação meio-fim* que deve nortear a escolha do juiz pela medida mais apropriada e, portanto, que se apresente mais eficaz em preservar o processo – quiça, a ordem pública, ante a probabilidade de reiteração criminosa – contra os riscos que se evidenciem pela análise das circunstâncias apuradas no plano concreto.

> Para tanto, a *gravidade do* crime, as *circunstâncias do fato* e as *condições pessoais do indiciado/acusado* servem como referenciais de orientação ao magistrado, não só na eleição da(s) medida(s) mais adequada(s) – art. 282, § 1º, CPP –, como também para a definição do grau de limitação que esta(s) deverá(ão) impor à liberdade do investigado/acusado. E justamente aqui se manifesta o juízo restrito de proporcionalidade, uma vez que a medida cautelar que se faça *necessária* deverá ser *adequada* às finalidades que motivam sua aplicação, ou seja, *eficaz em proteger o processo ou evitar a reiteração criminosa* sem implicar *excessiva restrição* a direitos do investigado/acusado, segundo as condições pessoais deste, a gravidade do crime e as circunstâncias do fato, tudo isso considerado em exposição lógica na decisão que determine o acautelamento.[38]

A excepcionalidade da medida, por sua vez, é evidenciada quando o legislador condiciona a prisão preventiva a situações mais adequadas, restringindo-a de modo a tornar mais difícil sua imposição. É o que se verifica da análise do artigo 313, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, que somente a admite para crimes dolosos com pena superior a quatro anos.

É conveniente ressaltar que a maior novidade da Lei 12.403/11 foi a introdução de diversas medidas alternativas à custódia cautelar, consoante se pode observar no artigo 319, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, rompendo o odioso binômio prisão/liberdade, no qual era consagrado um critério de tudo ou nada. Agora, o legislador privilegiou a dignidade da pessoa humana e o estado democrático de direito, lançando mão do postulado da proporcionalidade para, em atenção à presunção de inocência, evitar excessos.

Se houver uma providência cautelar menos gravosa e que seja suficiente e bastante para se alcançar os fins garantidores do processo, a custódia será sem justa causa, em nítido constrangimento ilegal. A privação completa da liberdade do indivíduo passa a constituir a *extrema ratio* da *ultima ratio*, tornando-se a prisão provisória medida de natureza subsidiária, a ser utilizada em último caso, quando não cabível sua substituição por outra prevista, nos termos do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

> Necessário registrar, entretanto, que há impropriedade na redação deste dispositivo quando diz que a prisão preventiva somente será *decretada* se não for cabível *a sua substituição* por outra medida cautelar dentre as previstas nos arts. 319 e 320 do CPP.

---

[38] Eugênio Pacelli. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei 12.403/11.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

> O correto seria dizer que a prisão preventiva *somente será decretada quando não for cabível, adequada ou suficiente a aplicação de outra medida cautelar* dentre as previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, isolada ou cumulativamente.[39]

A concessão de liberdade provisória passa a ser obrigatória e não mais facultativa quando ausentes os pressupostos e requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, rompendo-se definitivamente com o sistema punitivo original de antecipação de culpa do Código de Processo Penal de 1941, consolidando a natureza cautelar da medida com sua instrumentalidade em função de tutelar a eficácia do processo principal e seu destino.

> Se a medida cautelar constitui, na sua essência, uma excepcional antecipação do resultado do processo, no interesse de sua realização ou para assegurar a eficácia do provimento final, é ilógico que se antecipem restrições que nem sequer poderão advir com a sentença. Portanto, em matéria penal, é absurdo imaginar que antes da sentença possa o acusado sofrer uma privação mais grave do direito à liberdade do que a própria pena que poderá ser aplicada no final do processo.[40]

O princípio acusatório, como não poderia deixar de ser, também foi explicitamente contemplado no novo sistema cautelar adotado pela Lei 12.403/11, mais precisamente em seu artigo 282, § 2º. No sistema anterior, atribuía-se ao juiz a iniciativa oficial para imposição da preventiva, tanto na fase policial como em Juízo em consonância com a matriz inquisitória e autoritária prevalente originalmente no Código de Processo Penal de 1941.

Atualmente, é afastada qualquer iniciativa judicial na decretação de medidas cautelares de natureza pessoal na fase de investigação ou persecução criminal. Exige-se a provocação do magistrado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público para tal imposição nesta fase. A opção pelo afastamento do juiz do conhecimento parece clara, visando impedir que ele autue indevidamente em situações típicas e precipuamente relacionadas à investigação do fato criminoso, a não ser quando a tanto provocado.

---

39 Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdades, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36-37.

40 Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 39.

Sob a égide da proporcionalidade estabelece-se o regime geral do novo sistema cautelar previsto na Lei 12.403/11, inspirado nas legislações portuguesa e italiana, especialmente, quebrando o odioso binômio da prisão cautelar, com a liberdade provisória como única alternativa, a evidenciar a subsidiariedade da prisão provisória, caracterizando-a como excepcional. Firma-se o critério segundo o qual a medida a ser a adotada deve ser aquela que melhor se adequa à situação personalíssima do acusado e à natureza e grau de conveniência do caso concreto (adequação), mas que seu fim não possa ser obtido por outro meio menos gravoso aos direitos daquele, impondo-lhe um menor sacrifício e, portanto, que lhe seja menos onerosa (necessidade), demandando, ainda, o ajuste da cautelar com a gravidade do delito imputado, em uma relação direta entre a medida e a possível pena aplicável (proporcionalidade em sentido estrito).

Enfim, de se perceber que nosso legislador limitou a possibilidade de escolha das medidas de acordo com a gravidade do crime e da pena mínima exigida para cada hipótese, com reforço da discricionariedade do Juiz na escolha daquela mais idônea para o caso em concreto, devendo fundamentadamente especificar os motivos que o levaram a uma ou outra cautela, inclusive a opção pela preventiva, indicando nesta hipótese porque razão as medidas menos severas não serviriam para satisfazer as necessidades cautelares em concreto.

4.2 Finalidade

4.2.1 Noções gerais e autonomia do procedimento cautelar

O processo conforme se depreende de seu próprio significado etimológico denota movimento para a frente e, em seu sentido jurídico, aponta para um concatenar de atos lógicos dirigidos ao provimento final para sua solução, qual seja, a sentença e/ou acórdão. Esta atividade protrai-se, demandando algum tempo para sua conclusão, o que traz o risco de que o estado de algumas coisas envolvidas no processamento tenham sido alvo de alterações significativas e capazes de tornar praticamente ineficaz a intervenção estatal para entregar o direito, solucionando o conflito.

A violação da ordem jurídica pelo cometimento de um ilícito penal faz surgir o direito de punir do Estado e a consequente persecução penal em processo penal, apurando que a finalidade deste é a atuação do direito objetivo em certa hipótese concreta, buscando a composição de um litígio.

A dilação temporal, todavia, que a tanto obrigam as regras processuais, imputa a determinados atos da persecução a natureza jurídica cautelar, os quais caracterizam meio de garantia do resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo.

A tutela cautelar objetiva obstar que o desenvolvimento por vezes lento do processo e fruto de suas características intrínsecas possa tornar ineficaz a prestação jurisdicional que as partes anseiam, garantindo, então, ao processo a efetivação total de seu objetivo, para que a situação sobre a qual incidirá não se altere ou reste inútil antes da finalização do procedimento, mitigando, enfim, a subsunção da Lei material.

Se a tutela jurisdicional em si tem por finalidade a subsunção do fato à norma preestabelecida com fixação final de pena, por sua vez, a medida cautelar instrumenta tal tutela, buscando a melhor consecução da providência definitiva e, para tanto, pode o Estado

até mesmo praticar atos coativos contra o indivíduo, como por exemplo, prisão em flagrante ou a prisão preventiva.

A medida de prisão cautelar ou "*ad custodia"* tem por escopo a garantia do próprio êxito da punição do crime, ou melhor, a imediata tutela do bem jurídico violado, evitando-se as consequências do atraso na prestação jurisdicional. Custodia-se para garantir posterior execução da pena, sempre em atenção de sentença criminal definitiva. Fundamenta-se a custódia provisória na probabilidade de condenação a fim de se não frustrar seu cumprimento e efetiva execução.

Busca-se, com as providências cautelares, a efetivação do processo, isto é, a aplicação da lei material, uma vez que se almeja a preservação e inalterabilidade de hipóteses que interessam à prestação jurisdicional, protegendo-se universalidade de fatos que tenham valor para a solução da causa contra sua falsificação, modificação ou perecimento de utilidade ou significado.

> O pressuposto fundamental da providência cautelar é o *periculum in mora*. Como existe uma inevitável dilação temporal – ensina JAIME GUASP – 'entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório que a ele põe termo e ao qual estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante *periculum in mora*, que semelhante dilação supõe, deve ser eliminado por meio de medidas de precaução, cautela ou garantia que diretamente facilitem os efeitos da sentença definitiva afetada por semelhante risco dilatório'
>
> [...]
>
> O segundo pressuposto da providência cautelar consiste na probabilidade de resultado favorável do processo principal para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Sem o *fumus boni juris*, a providência cautelar torna-se inviável. Daí haver sempre um juízo de probabilidade do processo cautelar. Aliás, o próprio *periculum in mora* assenta-se em juízo de igual natureza, pois o perigo é sempre a probabilidade de um dano ou lesão.[41]

Se na teoria geral do processo as providências cautelares têm função instrumental, caracterizando um "instrumento a serviço do instrumento" [42] com missão de tutelar a eficácia do processo principal, vinculando-se geralmente a ele, tal exatamente não ocorre em processo penal.

---

41 José Frederico Marques. **Elementos de Direito Processual Penal.** Campinas: Bookseller, 1997, p. 33.

42 Cândido Rangel Dinamarco. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 261.

A imposição de medidas cautelares nem sempre cumpre a instrumentalidade propriamente dita, voltando-se, em algumas ocasiões, para uma função extraprocessual, o que se denota nas hipóteses de decretação da prisão provisória para a garantia da ordem pública (artigo 312, do Código de Processo Penal) ou quando da aplicação das medidas cautelares em geral para se evitar a reiteração criminosa (artigo 282, I, do Código de Processo Penal), ganhando ares de uma chamada cautelaridade social, por assim dizer.

> 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 cumprida.[43]

Iniciado o processamento penal, as cautelares poderão assumir, além de sua natureza precipuamente instrumental, uma missão destinada a questões típicas de segurança pública, não se podendo subestimar, portanto, neste tema que se trata de providência caracterizada pela urgência na sua aplicação, sob risco de perecimento da efetividade da medida.

> É dizer: trata-se de situações em que o risco às atividades de investigação, de jurisdição ou, enfim, ligadas à segurança pública (no sentido de proteção geral) apresenta-se bem delineado, e estejam suficientemente visualizadas as circunstâncias fáticas esclarecedoras da necessidade de adoção de alguma medida acautelatória daqueles interesses antes mencionados (investigação etc).[44]

Por outro lado, muito embora algumas discussões a respeito, não há como negar a existência de uma cautelaridade independente no bojo do processo penal em geral, mesmo sem necessidade de petição inicial e correspondente sentença, como ocorre no processo civil.

É indiscutível a existência de tutela cautelar no processo penal, como pode se extrair de seu sistema ante a presença de uma série de medidas cautelares dispostas para instrumentalizar a jurisdição. Assim, quando se aponta existir um processo penal cautelar, a rigor, quer se dizer que há uma jurisdição cautelar, porém com a peculiaridade de não se estar diante de uma ação cautelar autônoma, exercendo-se tal jurisdição por meio de medidas cautelares no seio do processo principal, em regra.

---

43 Edilson Mougenot Bofim. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

44 Eugênio Pacelli. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei 12.403/11.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 37.

A Lei 12.403/11 melhor sistematizou o espectro das cautelares, ampliando seu rol, consolidando com isso o entendimento de que as providências cautelares, apesar de casualmente serem chamadas de ações, no processo penal, costumeiramente são simples medidas cautelares.

> No processo penal a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza, que daria origem a um processo cautelar, mas sim por meio de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria (...) é possível afirmar, portanto, que não há no campo penal um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo.[45]

Como no processo civil, a medida cautelar em processo penal tem por pressupostos os já mencionados *fumus boni juris* e *periculum in mora*, mas que em razão de suas particularidades são melhor dimensionados como *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, pois como em termos de investigação penal o que interessa é a aparência de um crime, nesse âmbito poderia parecer impróprio se falar em bom direito, sendo melhor o emprego de expressão a dar conta de um fato gerador de um delito.

A prisão cautelar se justifica como instrumento de garantia da eficácia da investigação criminal se existir situação de risco real previsto em lei. Não é suficiente o perigo genérico, exigindo-se uma demonstração provável da alteração da situação de fato capaz de esvaziar a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente inútil.

A probabilidade da existência de uma situação de fato capaz de esvaziar a atuação jurisdicional é um pouco mais do que mera possibilidade da ocorrência de tal fato. O possível envolve algo que quase nunca ocorre, ao passo que o provável abrange algo com muito maiores possibilidades de acontecer do que não. O provável está muito mais próximo da certeza do que aquele.

Enfim, se a aplicação da medida cautelar, em especial a prisão, puder trazer consequências mais danosas do que o próprio provimento final buscado, tal cautela perderia

---

45 Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 414 e 417.

sua justificação, ressaltando-se uma natureza precipuamente punitiva e, assim, a proporcionalidade emerge como o real parâmetro de sua legitimação, de sua essência.

4.2.2 Tutela cautelar e tutela antecipada

Tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada são espécies do gênero tutela de urgência[46], pois visam minimizar eventuais malefícios que o tempo pode causar ao processo e à prestação jurisdicional.

A tutela cautelar tem natureza conservativa ou assecuratória, uma vez que tem por escopo garantir uma tutela jurisdicional capaz de satisfazer em definitivo a pretensão inicial, evitando sua inutilidade em razão de possível morosidade do processamento.

Já a tutela antecipada tem natureza satisfativa, porque, diversamente da tutela cautelar, não busca pura e simplesmente garantir o resultado futuro do processo, caracterizando-se por permitir uma antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional definitiva, quer parcial ou totalmente.

> Neste campo, a tutela cautelar destina-se a preservar o estado de coisas no curso do processo, afastando o eventual risco de se ver completamente desprovida de utilidade e de eficácia a sentença a ser alcançada no processo principal. O traço fundamental da tutela cautelar é a conservação, com o propósito de solucionar o denominado *pericolo de inffrutuosità* do pronunciamento jurisdicional futuro e sem promover quaisquer alterações no plano substancial.
>
> Ocorre que as medidas conservativas não atendem, de modo pleno, aos riscos advindos da demora processual. Em muitas ocasiões, o mero decurso do tempo necessário ao desenvolvimento do processo contribui para a geração de um risco, demandando a adoção de providências satisfativas, destinadas a antecipar, ainda que em caráter provisório e não definitivo, os resultados advindos do pronunciamento jurisdicional eventual e futuro. Estas providências, em que pesem satisfativas, não deixam esvair o nexo de instrumentalidade com a tutela jurisdicional final, sendo predispostas a solucionar outra espécie de risco: o denominado *pericolo de tardività*.[47]

A tutela cautelar e a tutela antecipada são providências jurisdicionais caracterizadas pela urgência em sua decretação, urgência essa consubstanciada no pressuposto do *periculum in mora*, denotando-se também que ambas provisórias, remanescendo até o advento de outro provimento jurisdicional, no caso definitivo e satisfativo.

---

46 José Roberto dos Santos Bedaque. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158-159.

47 Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 145.

Muito embora referidas semelhanças, existem consideráveis diferenças que apontam terem as tutelas cautelar e antecipada natureza completamente diversas e tal entendimento está baseado notadamente no caráter eminentemente satisfativo desta última.

A tutela antecipada por promover, desde o início, os efeitos da tutela jurisdicional futura e definitiva, com aptidão para satisfazer o interesse do jurisdicionado, ainda que provisório, não tem natureza cautelar, uma vez que tem por objetivo não somente assegurar a utilidade e eficácia da tutela final, destinando-se, a rigor, a satisfazer a situação da vida carecedora de tal tutela.

Assentadas as diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, do ponto de vista prático, necessário notar que o princípio constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade não afasta a possibilidade de prisão processual provisória antes do trânsito em julgado de sentença penal definitiva, desde que aludida custódia possua natureza notadamente cautelar e, em sentido contrário, impede o qualquer forma de encarceramento antes da consolidação da tutela jurisdicional definitiva, que constitua execução penal provisória ou antecipada.

Então, somente as medidas cautelares pessoais propriamente ditas são compatíveis com a presunção de não culpabilidade, tendo em vista sua natureza eminentemente conservativa, ao passo que as demais medidas que impliquem em antecipação dos efeitos da condenação penal, quer parcial ou totalmente, não são aceitas constitucionalmente, tendo em vista a natureza satisfativa, ainda que em caráter provisório.

4.2.3 Tutela cautelar instrumental e tutela cautelar final

A tutela cautelar visa minimizar eventuais malefícios que o tempo pode causar ao processo e à prestação jurisdicional, sendo espécie da chamada tutela de urgência. Tem natureza conservativa, pois visa assegurar a utilidade e a eficácia da tutela jurisdicional definitiva. Em outras palavras, busca preservar uma situação capaz de satisfazer em definitivo a pretensão inicial, evitando sua ineficácia em virtude de provável demora do processo.

A tutela cautelar efetiva-se com a aplicação das medidas cautelares previstas na Lei 12.403/11, inclusive e notadamente, a prisão provisória, devendo ser impostas em observância da necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

Partindo-se deste pressuposto, as medidas cautelares visam, em um primeiro aspecto, atender uma necessidade instrumental, destinando-se a garantir o regular desenvolvimento da instrução criminal, objetivando a cautela, neste caso, impedir ação impropria do réu sobre as provas da acusação, bem como evitar possíveis ameaças às vítimas e/ou sua influência sobre testemunhas, peritos e terceiros.

Além disso, as medidas cautelares pessoais têm por objetivo atender uma necessidade final, destinando-se a garantir a aplicação da lei penal e a efetividade de provável provimento condenatório, objetivando a cautelar, neste caso, impedir provável fuga do réu ou sua subtração por qualquer forma do procedimento investigativo criminal.

A par destas situações, a prisão cautelar e algumas medidas cautelares alternativas prevista no artigo 319, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, têm por possível pressuposto de aplicação, também, a observância de sua necessidade para se evitar prática ou o risco de novas infrações penais, em evidente tutela especial ou extraordinária.

Sem embargo das opiniões em contrário, tal possibilidade não implica necessariamente tutela antecipada, ou melhor, em hipótese de antecipação da pena e consequente presunção de culpa violadora do princípio da presunção de inocência.

Em verdade, muito embora este pressuposto não se adeque perfeitamente à técnica da cautelaridade processual sob o prisma da instrumentalidade, justifica-se sua aplicação e constitucionalidade em virtude daquilo que convencionalmente se entendeu chamar cautelaridade social e desde que comprovada a probabilidade concreta e real de que o réu, solto, poderia voltar a delinquir. Assim, adequa-se a situação sob o prisma da regra da proporcionalidade, a partir da qual se poderá solucionar eventual colidência de direitos fundamentais, especialmente o direto à liberdade em contraponto ao direito à segurança.

> A prisão cautelar, justificada no resguardo da ordem pública, visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do *modus operandi* demonstra ser dotado de alta periculosidade. A possibilidade de reiteração criminosa é fundamento idôneo para a manutenção da custódia cautelar, desde que comprovada a sua possibilidade concreta de ocorrência, pela demonstração de sua potencial periculosidade e real possibilidade de que, solto, volte a delinquir. Noutros termos, a reiteração criminosa não pode ser uma presunção, mas um risco concreto.[48]

[48] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166.

4.3 Características

Para uma análise mais acurada da tutela cautelar no sistema processual penal brasileiro, torna-se essencial uma abordagem específica de suas características fundamentais, destacando-se a instrumentalidade, a alternatividade, a provisoriedade, a acessoriedade, a referibilidade, a gradualidade, a cumulatividade, a variabilidade e a excepcionalidade.

4.3.1 Instrumentalidade

A instrumentalidade é a característica precípua da tutela cautelar, pelo menos sob a ótica da teoria geral do processo, buscando garantir a eficácia do processo principal e a ele se vinculando. As cautelares em geral são instrumentos voltados a assegurar a utilidade prática da tutela definitiva, nunca se apresentando como um fim em si mesmas.

O viés instrumental aponta com precisão o caráter assecuratório da tutela cautelar e sua relação mediata com o direito substancial e seu objetivo precípuo de garantir o efeito prático do processo principal e, bem por isso, não promove a imediata solução do litígio instalado no espectro material.

A instrumentalidade cautelar é, por assim dizer, hipotética, porque sua concessão firma-se na dependência de ser provável em relação a quem a postula, bem como em razão de seu mister de garantir a utilidade e a efetividade do resultado do feito principal, isso sem dizer de remanescerem amparadas na mera probabilidade da existência do direito daquele que a solicita.

Por outro lado, se na teoria geral do processo as providências cautelares têm função instrumental, evidenciando-se sobremaneira como um instrumento a serviço do instrumento [49] com missão de tutelar a eficácia do processo principal, vinculando-se geralmente a ele, isto exatamente não ocorre em processo penal.

---

[49] Cândido Rangel Dinamarco. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 261.

Essa situação, aliás, assim permaneceu inalterada, mesmo após a consolidação do novo sistema de medidas cautelares adotado pela Lei 12.403/11.

> A decretação ou imposição de cautelares nem sempre cumpre essa missão *instrumental* – em relação ao procedimento investigativo ou ao processo – voltando-se, à vezes, para o exercício de uma função *extrainvestigatória*, e, quando deferidas no processo, *extraprocessual*. Tal é o que se verifica nas hipóteses em que se decrete a prisão preventiva para *garantia da ordem pública ou econômica*, nos termos do art. 312, CPP, ou quando da aplicação de algumas cautelares previstas no art. 319, CPP para *evitar a reiteração criminosa*, caso expresso do art. 282, I, última parte.
>
> Ter-se-á, nesses casos, portanto: primeiro (a) uma instrumentalidade *administrativa* (a investigação é tarefa tipicamente administrativa) e não processual; e, segundo, (b) um acautelamento de pessoas, sobretudo, e/ou de coisas e não da investigação ou do processo.
>
> Mas nem por isso elas perderão a natureza *acautelatória* ou *cautelar*. Cuida-se apenas de distinguir as cautelares do processo penal daquelas do processo de natureza não penal; as primeiras incidem sempre sobre a liberdade pessoal, cujo exercício, eventualmente, pode produzir situações de riscos a terceiros, razão pela qual nem sempre se vincularão aos resultados finais que são objeto da persecução penal.[50]

[50] Eugênio Pacelli. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei 12.403/11.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

4.3.2 Alternatividade

A privação da liberdade do indivíduo passa a constituir a *extrema ratio* da *ultima ratio*, tornando-se a prisão provisória medida de natureza subsidiária, a ser utilizada em último caso, quando não cabível sua substituição por outra prevista, nos termos do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Consoante alhures analisado, há certo equívoco na redação deste dispositivo legal, uma vez que melhor seria se dar conta que somente quando não fosse cabível, adequada ou suficiente a aplicação de outra medida cautelar poderia o Juiz decretar a prisão preventiva.

As medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, são alternativas à prisão provisória. Não se trata de hipótese na qual aquela poderia ser imposta, sendo, contudo, substituída por medida de menos gravosa. Desde o início, presentes o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* será possível a imposição de medida cautelar alternativa, o que dá conta que a prisão provisória não é a mais adequada e proporcional ao caso.

Se houver uma providência cautelar menos gravosa e que seja suficiente e bastante para se alcançar os fins garantidores do processo, atendendo as condições pessoais do agente e adequando-se aos fatos e suas circunstâncias, a custódia será sem justa causa, em nítido constrangimento ilegal. Assim, se a prisão não é concretamente adequada deverá ser aplicada, inicial e preferencialmente, somente a medida a ela alternativa.

De outra banda,

> [...] embora primariamente alternativas à prisão, as medidas cautelares diversas, na dinâmica de sua execução, podem ter caráter substitutivo. Com efeito, na hipótese de prisão preventiva já decretada, os arts. 282, § 5º, e 315 do Código de Processo Penal admitem a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s). Aliás, essa é aplicável a todas medidas cautelares diversas da prisão, que também comportam sua substituição por medida(s) de maior ou menor intensidade.[51]

[51] Rodrigo Capez. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015, p. 252.

4.3.3 Provisoriedade

Em razão do caráter instrumental da tutela cautelar, depreende-se seu aspecto de provisoriedade. As medidas cautelares permanecem enquanto forem ainda necessárias ou enquanto ausente a tutela definitiva que se busca, condicionando-se sua duração limita pelo decurso de tempo imprescindível para se atingir o pronunciamento jurisdicional principal e definitivo.

As medidas cautelares têm natureza provisória porque fundamental e fatalmente serão substituídas por outra tutela jurisdicional, no caso, definitiva, vigorando, por isso, por um período de tempo limitado e exatamente por se encontrar a serviço de uma outra tutela destinada a dizer definitivamente o direito material, a eficiência da tutela cautelar está atrelada ao advento de tal pronunciamento.

> Sem dúvida, a finalidade da tutela cautelar e o seu aspecto interino transformam-na em um instrumento a serviço de outra tutela jurisdicional e sem qualquer pretensão de solucionar os aspectos substanciais em discussão no processo principal. Ademais, a cognição sumária e superficial da realidade material, que serve de fundamento à decretação das medidas cautelares, impede que seus efeitos ditem o desfecho definitivo e imutável para o litígio. As providências cautelares baseiam-se em juízos de probabilidade e não em um juízo de certeza, sendo, portanto, inadmissível conferir eficácia permanente a pronunciamentos desta natureza, notadamente no campo de medidas cautelares processuais penais de caráter pessoal. A revogabilidade coloca-se, assim, como elemento do controle jurisdicional justo.[52]

Em razão da provisoriedade das cautelares em decorrência de sua dependência do processo principal, advém algumas consequências práticas no ordenamento jurídico pátrio, pois uma vez determinado o arquivamento da investigação criminal, nos termos do artigo 18, do Código de Processo Penal, perde efeito eventual medida cautelar imposta nesta fase.

Além disso, quando houver rejeição da denúncia ou queixa e, ocorrendo absolvição, deverá o magistrado determinar a imediata cessação de possível medida cautelar imposta, salvo nos casos de absolvição imprópria, quando poderá remanescer a internação provisória, desde que haja motivação idônea, consoante disposto no artigo 319, VII, do Código de Processo Penal.

---

[52] Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 168.

Já nos casos de condenação, o Juiz deverá sempre fundamentadamente decidir sobre a manutenção de quaisquer medidas cautelares inclusive e notadamente a prisão, sendo obrigado, em inteligência do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, a verificar a subsistência ou não dos pressupostos fáticos da medida, sua adequação e necessidade.

Outro fator que evidencia a provisoriedade das medidas cautelares, está no fato de sua necessária limitação temporal, o que decorre do princípio da celeridade processual consagrado no artigo 5º, LXXVIII, ou seja, se o indivíduo tem direito fundamental à razoável duração do processo não pode alguém, portanto, ficar indefinidamente preso aguardado tal solução, sob pena de flagrante violação da presunção de inocência.

À vista da provisoriedade, nos termos do artigo 282, § 5º, do Código de Processo Penal, "o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".

Desta forma, as medidas cautelares são reversíveis e revogáveis sempre que ocorrer qualquer alteração substancial na situação de fato que a propiciou ou mesmo o aparecimento de novas provas capazes de alterar o convencimento do Juiz a respeito do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, o que pode levar à revogação pura e simples da cautela, à sua substituição por outra mais gravosa ou benéfica, dependendo do caso, a seu reforço com acréscimo de outra em cumulação ou à sua atenuação pela revogação de uma ou mais daquelas anteriormente impostas cumulativamente.

4.3.4 Acessoriedade

Por estar atrelada à tutela definitiva e ao processo principal, a tutela cautelar tem característica nitidamente acessória, muito embora não se possa perder de vista certa autonomia, inclusive em processo penal, do processo cautelar com relação ao principal, tendo em vista que aquele se justifica única e quase que exclusivamente em função deste, sua razão de existência.

A acessoriedade ou subordinação e dependência da medida cautelar ao processo principal não impede sua existência sem o advento do futuro processo, porque em vista da urgência e provisoriedade da cautela pode ocorrer, por exemplo, a decretação de uma prisão em fase de investigação, tendo em vista a presença dos pressupostos e requisitos da medida, mas tais indícios podem se esvair no decurso do tempo, não se viabilizando a instauração do processo.

> [...] Entre a ação cautelar e a principal, existe um vínculo lógico de continência, pois a situação de conflito (lide parcial), que impõe a necessidade de cautela, de modo a dispensarem a existência da ação principal futura, não retira da ação cautelar dependência lógica e potencial (nem sempre ontológica) com esta última que ficou in fieri.[53]

[53] Galeno Lacerda. **Comentários ao Código de Processo Civil, VIII, Tomo I.** Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34.

4.3.5 Referibilidade

As medidas cautelares em geral e as medidas cautelares de natureza pessoal possuem uma determina vinculação com uma situação de direito material, destinando-se a tutelar determinada situação de fato à qual se referem. Tal referibilidade é fundamental para se mensurar a adequação e os limites da cautelar, diferenciando-a das medidas satisfativas.

A tutela cautelar representada por alguma restrição à liberdade do acusado, via de regra, deve se referir à punição por um crime específico, o que denota que em processos penal a referibilidade torna estreitos os parâmetros de incidência das medidas cautelares, em especial as de caráter pessoal, servindo-lhes de limitação.

Nos termos do artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, "as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade". Percebe-se, neste ponto, espécie de explicitação legal da referibilidade das medidas cautelares pessoais, pois estas jamais poderão representar restrição mais severa do que aquela de eventual sanção definitiva prevista para o caso de condenação final, denotando que a medida somente poderá ser imposta se necessária e proporcional a seu escopo.

Ainda, da fundamental característica da instrumentalidade em matéria das medidas cautelares de natureza pessoal decorre sua provisoriedade e desta, por sua vez, advém sua referilibilidade, uma vez que em inteligência ao já mencionado artigo 282, § 5º, do Código de Processo Penal,

> [...]toda medida de coação determinada poderá ser substituída por outra que se mostre mais adequada e eficiente diante das novas situações naturalmente proporcionadas pela passagem do tempo.[54]

[54] Maurício Zanoide de Moraes. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

4.3.6 Gradualidade

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, equacionou os sistemas penal e processual ao prever medidas alternativas à prisão provisória, colocando à disposição do magistrado um sem número de meios capazes do asseguramento do processo e de seus resultados, sem com isso impor o aprisionamento à pessoa humana, com os malefícios que aludida situação sabidamente causa ao acusado ainda não definitivamente condenado.

Adotando-se o princípio da proporcionalidade, rompeu-se o odioso binômio da prisão/liberdade, ou seja, ou o indivíduo restava preso, às vezes compulsoriamente por força da casual gravidade do delito independentemente dos casos de flagrante, ou era colocado em liberdade provisória nos restritos casos em que a Lei admitia. A partir de então, em coerência com o pensamento adotado para sanções definitivas alternativas começaram a ser admitidas várias medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, além da liberdade provisória pura e simples e sempre em atenção às condições específicas do criminoso e às peculiaridades do caso concreto.

A medida deve ser aquela mais adequada e idônea a produzir os efeitos garantidores do processo, ou seja, a eficácia da medida deverá ser alcançada pelo meio menos gravoso. Se o gravame for mais rigoroso que o necessário, se exceder o suficiente para garantia da investigação penal eficiente haverá desproporcionalidade e, portanto, eventual recolhimento à prisão será abusivo.

É conveniente ressaltar que a maior novidade da Lei 12.403/11 foi a introdução de diversas medidas alternativas à custódia cautelar, consoante se pode observar no artigo 319, do Código de Processo Penal, rompendo o binômio prisão/liberdade, no qual prevalecia um critério de tudo ou nada, visando efetivamente evitar excessos. Assim, se houver uma providência cautelar menos gravosa e que seja suficiente para se atingir o escopo garantidor do processo, a custódia será sem justa causa, em nítido constrangimento ilegal, passando a privação completa da liberdade a constituir *extrema ratio* da *ultima ratio*, tornando-se a prisão processual medida de natureza subsidiária, a ser utilizada em última hipótese, quando não possível substituição por outra prevista.

A Lei 12.403/11 melhor sistematizou o espectro das cautelares, ampliando seu rol, consolidando o princípio constitucional da presunção de inocência ao possibilitar o emprego do postulado da proporcionalidade a partir de uma graduação das medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, permitindo ao magistrado uma efetiva modulação e ajuste da resposta cautelar.

A gradualidade, como sói, relaciona-se com o exame da proporcionalidade da medida a ser aplicada ao caso concreto, não sendo demais lembrar que a

> [...] pluralidade de medidas cautelares pessoais legalmente previstas evidencia a vontade do legislador de modular a resposta cautelar, de acordo com a quantidade e a qualidade do perigo real e tutelar. Trata-se de um "modelo de pluralidade graduada", em que as medidas cautelares são ordenadas em termos de progressiva aflitividade ou de gradual intensidade de intervenção na liberdade pessoal.
>
> O critério a ser observado é o do "mínimo sacrifício necessário": a compressão da liberdade do imputado deve ser contida nos limites mínimos indispensáveis para satisfazer as exigências cautelares reconhecidas no caso concreto. Por força desse critério, o juiz " deverá procurar no rolo legal a medida mais adequada no sentido vetorial da menos para a mais invasiva. Justificando, inclusive, por que as medidas menos invasivas não escolhidas não são, no casso concreto, mais apropriadas do que a medida escolhida (mais restritiva).[55]
>
> [...]
>
> É mister ressaltar que o grau de aflitividade das medidas cautelares deve ser sempre aferido em relação ao caso em análise, haja vista que uma medida que, em abstrato, aparente ser menos invasiva poderá se traduzir, concretamente, em pesado ônus ao imputado, quiçá, desproporcional. Qualquer medida, por expressa determinação legal, deve ser adequada não apenas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, como também à condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP).
>
> Ainda que, abstratamente, não se possa hierarquizar em termos de intensidade, todas as medidas cautelares pessoais, não resta dúvida de que, quanto maior o seu grau de restrição à liberdade de locomoção, mais alta se situará a medida na escala da aflitividade.[56]

Sob o prisma da gradualidade interessante notar, sob a égide ao novo sistema cautelar adotado pela Lei 12.403/11, o tratamento dispensado à liberdade provisória, tanto nas hipóteses de sua concessão com ou sem fiança.

---

55 Rodrigo Capez. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015, p. 260.

56 Rodrigo Capez. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015, p. 261-262.

Até o advento da Lei 12.403/11, a fiança tinha nítida característica de contracautela, mas a partir de então passou a assumir natureza jurídica evidentemente cautelar, tendo em vista a possibilidade de poder ser imposta originalmente como alternativa ao cárcere a um acusado solto, não se destinando mais, desta maneira a substituir pura e simplesmente a prisão em flagrante.

Já a liberdade provisória sem fiança, mesmo sob a égide do novo sistema cautelar adotado pela Lei 12.403/11, manteve sua original natureza jurídica de contracautela, tendo em vista possuir como pressuposto a prisão em flagrante, a qual, no mais das vezes, substitui.

Destarte, muito embora as medidas cautelares instituídas pela Lei 12.403/11 sejam alternativas e não substitutivas à prisão, aliás, consoante alhures analisado, a liberdade provisória pura e simples assim ainda permanece, porque precipuamente voltada a substituir outra medida de natureza precautelar, a prisão em flagrante, que diversamente das demais medidas não pode ser decretada originalmente pelo Juiz.

4.3.7 Cumulatividade e variabilidade

O novo sistema cautelar instituído em nosso processo penal pela Lei 12.403/11 evidencia que as medidas cautelares são alternativas e não substitutivas à prisão, mas além disso e notadamente, são preferíveis à custódia cautelar, sob o prisma de que se deve ordinariamente privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais.

Se necessária for a imposição de alguma medida cautelar para garantir os resultados do processo a primeira opção deverá ser uma medida cautelar alternativa ao cárcere e apenas na hipótese de nenhuma destas medidas não se adequar à finalidades assecuratórias que o casso exige seja por sua aplicação isolada ou cumulada, é que deverá ser feita a análise do cabimento da medida mais gravosa, ou seja, a prisão preventiva. Em outras palavras, deverá ser feita uma interpretação gradual da necessidade das medidas a partir do caso concreto, partindo-se de uma aplicação singular, passando por outra cumulativa, até se chegar à *extrema ratio* da *ultima ratio*, qual seja, a prisão provisória.

Nos termos do artigo 282, §§ 1º e 4º, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sendo que 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.

Os critérios para análise da cumulação das medidas cautelares não deixam de ser outros senão aqueles que informam a aplicação isolada das medidas, quais sejam, a adequação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou do acusado e a necessidade.

No caso de decretação da prisão preventiva ou mesmo na hipótese em esta substitua a prisão em flagrante delito, parece não ser possível a cumulação desta medida cautelar com qualquer outra medida alternativa ao cárcere, pois se estará diante da compressão máxima ao direito à liberdade, havendo incompatibilidade em virtude de já se impor ao investigado ou acusado o grau máximo de privação cautelar, restringindo-o de sua liberdade de ir e vir.

Por outro lado, não sendo o caso de decretação da prisão preventiva em razão da possibilitar a finalidade cautelar de garantia do processo pela imposição de medida cautelar diversa do cárcere, poderá ser aplicada, de forma adequada, uma só medida alternativa à prisão ou mais de uma dela, cumulativamente.

Ainda, de se frisar que apenas pode ocorrer cumulação de medidas cautelares alternativas à prisão para atendimento de exigências cautelares da situação de perigo individualizada e não para garantir a efetivação de outra medida cautelar.

No mais, nos termos do artigo 282, § 5º, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares alternativas à prisão, como toda medida cautelar, possuem uma variabilidade intrínseca, pois o Juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

De toda sorte, as medidas cautelares alternativas são suscetíveis a alterações no decorrer da *persecutio criminis*, tendo em vista que mudanças do estado de fato subjecente ao momento de sua imposição ou até o surgimento de novas provas são capazes de modificar o convencimento judicial a respeito de seus pressupostos e requisitos, possibilitando sua posterior revogação, substituição, reforço ou atenuação.

4.3.8 Excepcionalidade

> Ademais, as medidas cautelares revelam-se providências excepcionais, em que pese o recurso constante a estas providências para se afastar o inconveniente representado pela demora na prestação jurisdicional. E, de fato, o condicionamento da concessão da tutela cautelar a pressupostos específicos ressalta a natureza excepcional dessas providências. Em âmbito processual penal, a excepcionalidade assume uma importância considerável, atuando como autêntica regra hermenêutica a indicar uma análise restritiva das disposições normativas sobre tutela cautelar.
>
> A excepcionalidade das medidas cautelares processuais penais, em especial as de caráter pessoal, é acentuada pelo tratamento constitucional dispensado à temática da prisão e liberdade. Com efeito, o legislador constituinte, tendo consagrado a liberdade individual como garantia fundamental e digna de tutela constitucional, não poderia se mostrar insensível à problemática da prisão e da liberdade provisórias. Assim, diversos dispositivos constitucionais revelam verdadeiras garantias ao cidadão, bem como limitações e condições impostas às medidas restritivas ao *ius libertatis* adotadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.[57]

O direito penal, em um estado democrático de direito como o nosso deve ser balizado pelo princípio da intervenção mínima, uma vez que a gravidade de sua consequências reclama a incidência do postulado da proibição do excesso, cujo correlato em processo penal é a excepcionalidade das medidas cautelares pessoais, que passam a ser orientadas pelo princípio da proporcionalidade, invocando-se sua aplicação ao caso concreto sob a égide da adequação e necessidade de imposição da medida que imponha ao acusado o meio menos gravoso possível ao direito individual da liberdade.

A partir do novo sistema cautelar implantado pela Lei 12.403/11, a prisão cautelar preventiva tornou-se medida excepcionalíssima, somente podendo ser determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar menos aflitiva ou gravosa, o que caracteriza sua subsidiariedade, uma vez que somente será admitida quando presentes seus pressupostos e requisitos e as medidas cautelares a ela alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas.

Houve nítida mudança do paradigma da presunção de culpa, com a prisão preventiva como regra e epicentro do sistema cautelar, para outro de presunção de inocência ou de não culpabilidade, onde a cautelaridade desta medida se evidenciou, deixando a possibilidade ou

---

[57] Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 171.

não de prisão de ser o ponto de partida do raciocínio judicial, ponto de partida esse que passou a ser a medida de menor intensidade para, se o caso, alcançar aquela de maior intensidade.

A característica da excepcionalidade aplica-se a todas as medidas cautelares de natureza pessoal, afastando o automatismo na adoção de quaisquer destas medidas, mais gravosas ou não, as quais somente poderão ser impostas na verificação de uma situação extraordinária representada pelo *periculum libertatis* e nos casos expressamente previstos em lei e desde que devidamente demonstrada sua relevância ao caso em concreto.

4.4 Pressupostos e poder geral de cautela

4.4.1 *“Fumus boni iuris”* e *“periculum in mora”*

A tutela cautelar tem por escopo impedir que o desenrolar no mais das vezes vagaroso do processo e fruto de suas características precípuas possa tornar ineficiente a prestação jurisdicional que se busca, garantindo ao processo a efetivação total de sua finalidade, visando que a hipótese sobre a qual incidirá não se modifique ou remanesça inútil antes do término do procedimento, mitigando, enfim, a subsunção da Lei material.

Almeja-se, com as providências cautelares, a efetivação do processo, ou seja, a aplicação da lei material, tendo em vista que se anseia a preservação e imutabilidade de situações que interessam à prestação jurisdicional, protegendo-se universalidade de fatos que tenham valor para a solução da causa contra sua falsificação, modificação ou perecimento de utilidade ou significado.

As atividades necessárias às finalidades em tela tornam o procedimento cautelar um instrumento a serviço do instrumento, pois são voltadas à eficiência da prestação jurisdicional principal, e este provimento processual, por sua vez, é voltado ao direito material e, porque não dizer, à própria sociedade.

Em função da excepcionalidade destas medidas, que tem por característica a antecipação de um resultado que somente se alcançaria após longo debate, em contraditório visando a solução do conflito, as cautelares subordinam-se a determinados pressupostos e requisitos, sem os quais não se legitimaria essa inversão na ordem natural dos acontecimentos.

As medidas cautelares exigem a existência fundamental de dois pressupostos. Em uma análise inicial, naquilo que se convencionou denominar *fumus boni iuris*, necessária a apuração da probabilidade do direito alegado, atividade a ser realizada por meio de elementos concretos e objetivos, sendo imprescindível também a verificação de sua conformidade com o ordenamento jurídico para se possibilitar a concretude de sua decretação.

> Primeiro, é preciso que, no caso concreto, a existência do direito posto como fundamento da cautela se apresente pelo menos com razoáveis probabilidades (*fumus boni iuris*). É que na situação de urgência em que se desenvolve a atividade cautelar, não se poderia exigir mais do que isso, até porque se fosse necessária uma cognição completa e aprofundada sobre a existência do direito, melhor seria renunciar ao provimento acautelatório e aguardar o principal.[58]

A probabilidade da existência de uma hipótese fática capaz de esvaziar a atividade jurisdicional é um pouco mais do que a simples possibilidade da ocorrência desta situação. O possível envolve aquilo que quase jamais acontece, sendo que o provável alcança algo com maiores possibilidades de ocorrer do que não. O provável está muito mais próximo da certeza do que aquele.

A análise da probabilidade da ocorrência de um direito qualquer impõe a verificação de elementos da relação substancial subjacente, visando se perceber eventual nexo desta com a tutela cautelar demandada. Porém, a certificação da verossimilhança das alegações apresentadas para a concessão da medida cautelar pretendida situa-se em um plano sumário mais distante daquele exauriente que se exige para a tutela principal definitiva, justificando-se, assim, para tanto o juízo de mera probabilidade e jamais de certeza.

A par disso, para a concessão de quaisquer medidas cautelares fundamental a verificação, também, da presença daquilo que se convencionou denominar *periculum in mora*. Necessário, portanto, se perceber a urgência resultante do perigo na demora em se obter a tutela jurisdicional definitiva, urgência essa decorrente não do mero perigo genérico, mas de concretude provável e razoável do dano em ocorrendo demora na intervenção estatal representada pela tutela cautelar.

> Como segunda condição para a emanação do provimento cautelar, a doutrina processual indica o perigo de insatisfação daquele direito diante da natural demora na prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*). Aqui, entretanto, nem sempre bastará uma cognição superficial, tendente à verificação de uma simples probabilidade, sendo exigível, na maioria dos casos, que a constatação do perigo se faça de forma plena e aprofundada, antes da concessão da medida.[59]

---

58 Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 16-17.

59 Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares

4.4.2 *"Fumus comissi delicti"* e *"periculum libertatis"*

A tutela jurisdicional, por excelência, tem a finalidade de subsumir o fato à norma com fixação final de pena. A medida cautelar, em contrapartida instrumenta tal tutela, buscando plena realização da providência definitiva. Para tanto, pode o Estado até mesmo praticar atos coercitivos contra alguém, tais como, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, entre outros.

A medida de prisão "*ad custodia"* e as demais cautelares a ela alternativas têm por objetivo garantir o próprio êxito da punição do crime, com a tutela imediata do bem jurídico violado, evitando-se as consequências da demora em se dizer o direito para o caso em concreto. Acautela-se para garantir posterior execução da pena, sempre em atenção de sentença criminal definitiva. Fundamenta-se a medida na probabilidade de condenação a fim de se não frustrar seu cumprimento e efetiva execução.

Como no processo civil, a medida cautelar em processo penal tem por pressupostos os já analisados *fumus boni juris* e *periculum in mora*, porém tendo em vista suas particularidades são melhor designados como *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, porque como em termos de investigação penal o que se deve levar em conta é a aparência de um crime, nesse âmbito poderia parecer impróprio se falar em bom direito, sendo mais adequada a utilização de expressão a dar conta de um fato gerador de um delito.

Quaisquer medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal somente poderão ser decretadas se presentes os pressupostos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, pois estes elementos informam todo o sistema cautelar processual penal.

---

no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 17.

Ainda que não haja previsão legal expressa, a decretação da prisão preventiva ou de qualquer medida a ela alternativa, em inteligência ao artigo 312, do Código de Processo Penal, exige o já mencionado pressuposto positivo do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, exigindo-se probabilidade do direito invocado baseado em elementos indiciários graves de culpabilidade. Frise-se que nesta fase aplica-se a regra geral do sistema cautelar, ou seja, não se exige prova plena, sendo suficiente a existência de meros indícios, bastando a plausibilidade de ser o acusado ou réu o autor do fato delituoso, evidenciando-se uma gradação desta prova indiciária.

Além deste pressuposto positivo, considerando-se que as medidas cautelares alternativas tratam de constrições ou interdições menos gravosas do que a prisão preventiva, informa todo o sistema cautelar o pressuposto negativo previsto no artigo 314, do Código de Processo Penal, ou seja, verificada hipótese de excludente de ilicitude ou de culpabilidade não há falar em *fumus comissi delicti*, pois nestes casos evidentemente não haverá probabilidade do direito invocado por inviabilidade do direito de punir.

Já o requisito do *periculum libertatis* deve ser balizado à luz da análise combinada dos artigos 282 e 312, do Código de Processo Penal, tanto para prisão preventiva como para as medidas cautelares a ela alternativas.

O artigo 282, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, inovou ao estabelecer paradigmas gerais para a concessão de quaisquer medidas cautelares e sob o postulado da proporcionalidade, mas tal disciplina não afastou da análise do *periculum libertatis* os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, os quais muito embora elencados especificamente para o decreto ou não da preventiva informam todo o sistema, tendo em vista suas nítidas características cautelares, quer do ponto de vista processual geral, quer do ponto de vista extraprocessual e social.

A liberdade provisória não é facultativa, mas obrigatória se ausente o *periculum libertatis*, ou melhor, se ausentes seus elementos. Assim, a prisão preventiva e as demais medidas cautelares a ela alternativas somente poderão ser decretas na garantia da ordem pública ou da ordem econômica, e /ou na conveniência da instrução criminal e/ou na garantia da aplicação da lei penal.

As medidas cautelares pessoais somente se justificam como instrumento de garantia da eficácia da investigação criminal se existir situação de risco real previsto em lei. Não é suficiente o perigo genérico, exigindo-se uma demonstração provável da alteração da situação de fato capaz de esvaziar a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente inútil.

A necessidade e a adequação passam a orientar qual seria o escopo das medidas cautelares pessoais em geral, do que se denota que quaisquer delas somente poderão ser impostas à luz da técnica da cautelaridade, visando a preservação dos fins do processo.

Porém, em processo penal a imposição de medidas cautelares pessoais, quer a prisão preventiva, quer medidas a ela alternativas, nem sempre cumpre uma instrumentalidade estrita, assumindo, no mais das vezes, uma função extraprocessual, o que se percebe nas hipóteses de sua decretação para a garantia da ordem pública ou quando da aplicação para se evitar a reiteração criminosa, ganhando um viés de cautelaridade social.

Iniciado o processamento penal, as cautelares poderão assumir, além de sua natureza precipuamente instrumental, uma missão destinada a questões típicas de segurança pública, não se podendo subestimar, portanto, neste tema que se trata de providência caracterizada pela urgência na sua aplicação, sob risco de perecimento da efetividade da medida. Além disso, deve haver o p*ericulum libertatis*, não podendo a medida cautelar ser imposta com base na gravidade abstrata do fato, uma vez que o mero clamor popular não autoriza, por exemplo, a custódia cautelar.

As medidas cautelares, à luz da nova sistemática estabelecida pela Lei 12.403/11, somente podem ser impostas para se evitar a prática de infrações penais, delimitando-se, assim, o indeterminado conceito de garantia da ordem púbica, impossibilitando interpretações muito mais abertas, sendo fundamental, portanto, a demonstração da necessidade da medida para a garantia do processo.

Para imposição das cautelares pessoais em processo penal não se pode justificar a necessidade de sua aplicação apenas em meras conjecturas sobre a simples possibilidade de reiteração criminosa, de fuga ou de riscos abstratos de interferência na instrução criminal, sendo imprescindível real probabilidade, efetivamente algo mais concreto em relação a tais situações fáticas.

Interessante notar, também, que muito embora a lei utilize a expressão conveniência da instrução criminal, a rigor, tendo em vista a natureza excepcional com que se reveste notadamente a custódia cautelar, tal expressão deve ser interpretada mais como necessidade e não como simples conveniência desta.

4.4.3 Cautelaridade processual civil e processual penal

A tutela cautelar é instrumento fundamental para a atividade jurisdicional do Estado, tendo em vista que seu escopo é impedir que o atraso na entrega definitiva da jurisdição prejudique a garantia constitucional do acesso à justiça. Assim, a possibilidade do Juiz adotar tais medidas levanta indagações sobre a extensão e âmbito deste poder.

A aceitação do poder geral de cautela advém da atividade jurisdicional em si e da inafastabilidade da apreciação judicial de quaisquer lesões ou ameaças a direitos. Desta forma, o sistema cautelar processual civil permite ao magistrado a imposição de medidas cautelares atípicas, mas somente se verificada sua utilidade para garantir a efetividade do processo principal e desde que adequadas a proteger o direito de uma das partes em litígio, preservando-o de perigo grave e de difícil reparação.

O poder geral de cautela é baseado na discricionariedade do magistrado, revelando uma liberdade de atuação jurisdicional, mas desde que efetivada nos limites legais, pressupondo, portanto, um atuar ponderado, prudente, com justo arbítrio e em atenção à peculiaridades do caso, ao se determinar a imposição de medidas cautelares adequadas a garantir e eficácia do processo principal.

A incidência a tutela cautelar pressupõe uma necessidade de proteção da prestação jurisdicional sumária e urgente, orientando-se inexoravelmente pelo risco de dano irreparável ou de difícil reparação a ser comprovado no caso em concreto, não bastando, pois, a simples demora, ainda que latente, no desenrolar do processo.

Como no processo civil, em processo penal, evidentemente, é possível a tutela cautelar, uma vez que há circunstâncias de risco para a efetividade da tutela jurisdicional final que permitem o exame sumário dos pressupostos da acusação para conservar situações atuais, visando garantir a efetividade do processo principal.

Porém, como as medidas cautelares de natureza pessoal atingem diretamente a pessoa do acusado em seu direito de liberdade não há falar em aplicação do poder geral de cautela em direito processual penal, tendo em vista o princípio da legalidade dos delitos, que não envolve somente o momento da cominação, mas, sim, a totalidade da repressão.

> Assim, em primeiro lugar, não se pode cogitar em matéria criminal de um *poder geral de cautela*, em virtude do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não previstas expressamente pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil. Tratando-se, sobretudo de limitação da liberdade, é indispensável expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à *legalidade da inteira repressão*, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.
>
> Nessa linha, Cuellar-Serrano anota que o princípio da legalidade no processo penal, em correspondência com o "nullum crimen nulla poena sine lege", traduz-se pela máxima "nulla coactio sine lege", pois a lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intromissões dos poderes públicos no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos.[60]

Quando vigia o reducionismo bipolar das medidas cautelares de natureza pessoal, poder-se-ia sustentar ser possível em processo penal a aplicação por analogia do poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil, decretando-se medidas cautelares pessoais sob a justificativa de se beneficiar o acusado, uma vez que a outra alternativa restante seria a manutenção da prisão em flagrante ou o decreto da prisão preventiva

Já sob a égide do novo sistema cautelar instituído pela Lei 12.403/11, com previsão de extenso rol de medidas cautelares alternativas ao cárcere, restou evidente a impossibilidade de cautelares atípicas em processo penal, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Ora, como a liberdade tornou-se regra fundamental do novel sistema cautelar, passando a prisão provisória a ser medida excepcional, não há falar em concessão de cautelares atípicas para favorecer o acusado, pois tais medidas restringiriam seu direito constitucional de liberdade mais do que permitido em lei, tendo em vista que não sendo o caso de imposição de quaisquer das medidas restritivas legalmente admitidas outra alternativa não restaria senão a restituição ao indivíduo de sua liberdade, plena ou provisória.

---

60 Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 18.

4.5 Espécies

Para uma análise da tutela cautelar no sistema processual penal brasileiro, torna-se essencial uma abordagem específica de suas espécies. Porém, por ora será deixada de lado uma análise mais acurada destas e, notadamente, das medidas cautelares alternativas à prisão, o que será feito alhures. Neste item será dedicado breve estudo das espécies de custódia cautelar no processo penal brasileiro, quais sejam, a prisão temporária, a prisão em flagrante, a prisão preventiva e as prisões decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível. Merece destaque estas duas últimas espécies, muito embora revogadas pelo novo sistema cautelar instituído pela Lei 12.403/11, tendo em vista a importância de se denotar a prevalência da cautelaridade preventiva.

4.5.1 Prisão temporária

A prisão temporária, muito embora não prevista na Lei 12.403/11, faz parte do novo sistema cautelar por ela instituído, possuindo natureza processual, com cunho persecutório penal, sendo destinada a viabilizar as investigações sobre crimes considerados graves, durante o inquérito policial, com o objetivo de otimizá-las, torando-as eficazes, mas sempre dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos.

Esta modalidade de prisão cautelar tem origem na chamada prisão para averiguação, por meio da qual indivíduo suspeito do cometimento de um delito era encaminhado à força à delegacia, objetivando a verificação da materialidade de um crime. Prendia-se alguém para averiguar os fatos, mas sem mandado judicial ou prisão em flagrante, caracterizando tal situação espécie de medida cautelar informal admitida entre nós sob a justificativa de agir da autoridade sob o manto do poder de polícia estatal.

Todavia, tal cautelaridade informal, como não poderia deixar de ser, recepcionada não foi pelo estado democrático de direito estabelecido pela nossa Constituição Federal de 1988, a qual, em seu artigo 5º, LXI, determinou que ninguém será preso senão em flagrante delito ou

por ordem escrita da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei.

A partir de então, como não se poderia deixar de lado a efetividade da ação estatal para apuração de crimes notadamente graves e que colocam em risco a sociedade, surgiu a prisão temporária, visando assegurar a produtividade e eficácia da investigação criminal.

O artigo 1º, da Lei 7.960/89, aponta que

> Caberá prisão temporária:
>
> I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
>
> II – quando o indiciado não tiver residência ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
>
> III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
>
> a-) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b-) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º; c-) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1°, 2° e 3°); d-) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1° e 2°); e-) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f-) estupro (art. 213, caput, e sua c.c. o art. 223, caput, e parágrafo único); g-) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua c.c o art. 223, caput, e parágrafo único); h-) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i-) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1°); j-) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l-) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m-) genocídio (arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n-) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976); o-) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986); p-) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Prossegue o artigo 2º, da Lei 7.960/89, orientando que

> A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.
>
> § 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.
>
> § 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

> § 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.
>
> § 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.
>
> § 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.
>
> § 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5° da Constituição Federal.
>
> § 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Antes de mais nada, bom deixar claro que os delitos de atentado violento ao pudor e rapto violento foram expressamente revogados pela Lei 11.106/05, não se operando, contudo, *abolitio criminis* daquele, tendo em vista que todas suas elementares passaram a integrar a crime de estupro ante a nova redação dada ao artigo 213, do Código Penal. Ainda, não há falar em estupro com presunção de violência, uma vez que tal situação típica passou a integrar o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal, não sendo demais lembrar que tal delito, mesmo não integrando o rol legal previsto no artigo 1º, da Lei 7.960/89, é considerado expressamente hediondo e sujeito à prisão temporária, em inteligência dos artigos 1º, VI e 2º, § 4º, da Lei 8.072/90.

A prisão temporária, enquanto substitutivo da antiga prisão para averiguação, não requer prova inequívoca da materialidade e de indício suficiente de autoria para sua decretação judicial, pois se tais pressupostos fossem considerados essenciais para esta espécie de prisão cautelar perderia ela sua razão de ser, igualando-se, então, à prisão preventiva. Na verdade, evidencia-se uma autêntica gradação da prova indiciária sob o prisma do princípio *in dubio pro societate*. Os indícios que a autorizam não são tão rigorosos como aqueles que, por exemplo, permitem a conversão do flagrante em preventiva ou do que aqueles que sustentam o oferecimento e recebimento de formal denúncia e tal se justifica em razão da própria natureza precária da medida, buscando precipuamente a averiguação de um delito para assegurar a produtividade e a eficácia da ação investigativa criminal estatal.

Em razão da falta de precisão quanto à exigência alternativa ou cumulativa das hipóteses estabelecidas no artigo 1º, I a III, da Lei 7.960/89, para a decretação da prisão temporária, surgiram várias dúvidas a respeito desta questão. De fato, a prisão temporária somente poderá ser imposta nos crimes descritos na Lei que a autoriza e desde que presente pelo menos uma das duas primeiras situações legais. Desta forma, se a medida for imprescindível para as investigações ou se o indiciado não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade será possível a custódia cautelar temporária, porém desde que o crime a ser apurado seja um dos indicados por lei.

> Entendemos que a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.[61]

Em atenção ao estado democrático de direito e ao princípio acusatório, a prisão temporária somente pode ser decretada pelo Juiz pelo prazo de cinco dias ou, em se tratando de crimes hediondos, pelo prazo de trinta dias (artigo 2º, § 4º, da Lei 8072/90), prorrogável, em ambos os casos, por igual prazo, uma única vez, desde que comprovada a extrema necessidade. Porém, a prisão temporária não pode ser decretada de ofício, sendo imprescindível representação da autoridade policial ou do Ministério Público, não se possibilitando, contudo, à vítima tal requerimento, diversamente do que ocorre na hipótese de prisão preventiva, o que se justifica em virtude desta cautelar se prestar a conveniência do inquérito, uma vez que a fase de investigação pura não se concerne ao ofendido.

---

61 Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343.

4.5.1 Prisão em flagrante e prisão preventiva

Originalmente, prevalecia a regra da presunção de culpa em menoscabo ao estado de inocência, caracterizando a prisão a regra e a liberdade a exceção. A prisão em flagrante se baseava na clássica concepção de certeza visual do crime e se tal flagrância ocorresse assim o réu permaneceria até o final do processo, tendo em vista uma cultura autoritária que prevalecia, hipótese quando muito mitigada à presença de causas de exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade.

Com a evolução dessa cultura, passa a imperar novo paradigma, no caso, o da presunção de não culpabilidade, sinalizando a consolidação do estado democrático de direito em respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana. Institui-se a não violação do direito à liberdade, cujo cerne, contudo, não seria absoluto, permitindo limitações em sua proteção, porém nos estritos limites previstos constitucionalmente e apenas nas situações preconizadas legalmente.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 firmou o estado de inocência como princípio modulador do sistema de prisões, alterando o vetusto prisma onde réu era visto como simples objeto do processo, recaindo sobre ele aura de presunção de culpabilidade, em clara afronta do princípio informador da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, modificou-se definitivamente a prisão como simples ato de autoridade, passando a assumir uma nuance cautelar baseada na preservação dos fins do processo em si, caracterizando o cárcere uma exceção de maneira que alguém jamais a ele poderia estar sujeito provisoriamente se existissem no ordenamento outras medidas menos severas e, também, eficazes de controle do bom andamento da marcha processual.

Na medida em que a liberdade provisória passa a constituir um direito individual, cai por terra a obrigatoriedade de manutenção da prisão em flagrante ou de decretação da prisão preventiva meramente em virtude da existência de acusação contra alguém. Passa a ser necessária, em razão da essência cautelar da prisão, a verificação dos pressupostos e requisitos do *“fumus boni juris”* e do *“periculum in mora”*.

A manutenção da prisão provisória evoluiu como medida excepcional, somente podendo ser imposta nos restritos termos previstos em Lei e se necessária para a preservação da sociedade e dos fins do processo, uma vez que ao se assegurar seu normal desenvolvimento fica garantida a efetivação de eventual punição futura, resguardando-se os valores sociais em geral e proporcionalmente os direitos e garantias individuais.

Consolida-se a natureza precipuamente cautelar da prisão provisória, a qual – deixando de lado a prisão temporária – passa a ser precipuamente considerada como prisão em flagrante e prisão preventiva, preocupadas de um lado em resguardar o conjunto social de ações invasivas futuras e de outro em preservar os fins do processo e a efetividade da ação do Estado em distribuir justiça.

A prisão em flagrante é modalidade de prisão cautelar, sendo importante notar que o sentido etimológico do termo advém do latim *flagrans, flagrantis*, significando algo a queimar ou em chamas, reclamando, então, tal situação atualidade e visibilidade. Bem por isso, há previsão no artigo 5º, LXI, da Constituição da República do Brasil, desta espécie de medida cautelar de segregação provisória do autor de um delito, com natureza inicial administrativa, podendo ser realizada por qualquer do povo ou por agentes policiais.

O flagrante, em si, caracteriza-se como ato auto executório justificado pelas circunstâncias que o caracterizam e pelo interesse em interromper específica ação criminosa em andamento ou impedir seu agente logo em seguida, dando azo à apuração dos fatos, sendo seu fundamento a urgência, tanto que permitido constitucionalmente.

Se a prisão não é mais a regra, passando a prevalecer o princípio da presunção de inocência em atenção à liberdade individual, rejeitando-se a inadmissível presunção de culpabilidade ante do trânsito em julgado do édito condenatório, não teria mais sentido a manutenção da prisão em flagrante baseada em mero ato de autoridade e com força para determinar a manutenção de alguém no cárcere até o final do processo, devendo doravante fundamentar-se em outro racionalmente motivado a partir de premissas claramente estabelecidas, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

A prisão em flagrante, assim, foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, buscando obstar um crime e a violação ao bem jurídico tutelado, evidenciando a efetividade da ação estatal, assumindo, contudo, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa de forma automática. O juiz, então, não mais deve se restringir a verificar a formal regularidade do flagrante, sendo obrigado a justificar ser o caso, ou não, de prisão preventiva, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, podendo ser decretada pelo magistrado tanto na fase de inquérito policial como em processo penal, desde que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Exige-se para sua imposição, em inteligência ao artigo 312, do Código de Processo Penal, o já mencionado pressuposto positivo do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Necessária, para tanto, probabilidade baseada em indícios graves de culpabilidade. Neste momento, incide a regra geral da cautelaridade, qual seja, não é imprescindível prova plena, bastando a prova indiciária baseada na possibilidade do acusado ser o autor do fato criminoso.

Além disso, deve haver o *periculum libertatis*, fundamentado na garantida da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na garantia de aplicação da lei penal. O clamor popular não autoriza a prisão preventiva, uma vez que se não pode aplica-la com base na gravidade abstrata do fato, sendo importante se verificar sua necessidade a fim de se evitar a prática de infrações penais.

Sob o postulado da proporcionalidade, rompeu-se o sistema bipolar de prisão e liberdade com a introdução legal de várias medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, assumindo esta um caráter subsidiário, podendo ser imposta somente em último caso e também em caso de descumprimento das demais medidas cautelares, mas desde que adequada e necessária.

A prisão preventiva passou a se sujeitar ao sistema geral cautelar estabelecido pelo artigo 282, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, passando a

ser exigida somente quando presentes seus requisitos e pressupostos a apontar para sua necessidade e adequação proporcional ao caso concreto, denotando-se seus fins legítimos à luz da preservação do processo.

Para a decretação da prisão preventiva, contudo, requer-se algo mais que simples necessidade. Exige-se que a medida seja imprescindível para a preservação do processo, o que a caracteriza como excepcional. Assim, mesmo se verificada sua urgência e necessidade a medida somente poderá ser aplicada na ausência de medida menos radical a ela alternativa passível de tutelar a eficácia da persecução penal.

A excepcionalidade da medida é evidenciada quando o legislador impede sua concessão de ofício na fase de investigação criminal, condicionando-a a situações mais adequadas de modo a restringi-la e tornar menos factível sua imposição. É o que se percebe da análise do artigo 313, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, que restringe sua admissão, por exemplo, para crimes dolosos com pena superior a quatro anos ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

4.5.1 Prisões decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível

Uma vez realizados breves apontamento sobre a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, merece particular análise a prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, tendo em vista a importância de se denotar a prevalência da cautelaridade preventiva, aliás, como já frisado.

Em sede de prisão provisória, seguindo tradição autoritária oriunda do período imperial, o sistema cautelar originariamente previsto no Código de Processo Penal de 1941 instituiu modalidades obrigatórias de custódia, entre as quais destaco, neste ponto, aquelas decorrentes da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível.

A decisão de pronúncia ao formar juízo sobre a presença de elementos bastantes para encaminhamento do julgamento ao Tribunal do Júri, implicava necessariamente a recomendação do réu à prisão, a não ser em caso de crime afiançável e desde que recolhida a fiança, em atenção ao artigo 408, do Código de Processo Penal de 1941, em sua antiga redação.

Já em caso de sentença condenatória recorrível, antes mesmo do trânsito em julgado e início da efetiva execução da pena imposta, deveria o réu se encaminhar ao cárcere, hipótese que se estendia, também, por ocasião de eventual interposição de recurso da defesa, nos termos do que determinavam os artigos 393, I e 594, do Código de Processo Penal de 1941, em suas antigas redações.

Após algumas flexibilizações, a obrigatoriedade da prisão decorrente de decisão de pronúncia e de sentença condenatória recorrível foi finalmente revogada pelas Leis 11.689/08 e 11.719/08, paradigma que, enfim, se consolidou com o novo sistema cautelar estabelecido pela Lei 12.403/11.

O artigo 594, do Código de Processo Penal, foi expressamente revogado, afastando por completo a necessidade imperiosa de prisão quando de sentença condenatória recorrível. No que se refere à prisão decorrente de pronúncia, o componente estritamente processual foi deixado de lado, porque o artigo 413, § 3º, do Código de Processo Penal, passou a prever que neste momento o Juiz decidirá, motivadamente, a respeito da manutenção, revogação ou substituição da prisão e, tratando-se de acusado solto, bem como sobre a necessidade, ou não, de sua decretação.

> No que diz com a prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, a mudança legislativa consolidou o entendimento de que esses dois atos processuais não mais podem constituir título autônomo de prisão cautelar. Antes, exigem que o juiz, ao pronunciar ou ao condenar o réu, promova uma análise sobre a liberdade deste, quer para mantê-la ou suprimi-la, quer para restaurá-la, o que fará à luz dos pressupostos e requisitos de validade da prisão preventiva indicados no artigo 312, do Código de Processo Penal.[62]

Enfim, consolidando a natureza cautelar da custódia, em mais um exemplo do rompimento do paradigma da prisão como auto de autoridade lastreado na presunção de culpa, saíram de cena estas espécies de prisão obrigatória decorrentes pura e simplesmente do momento processual a que correspondiam, restando a prisão preventiva, ou seja, ou o réu por força deste ato constritivo assim permaneceria em virtude do encarceramento se mostrar necessário e adequado à luz de seus pressupostos e requisitos, ou continuaria, ou seria colocado em liberdade, em caso contrário.

---

62 Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54.

5. ALGUNS PRINCÍPIOS RELACIONADOS

5.1 Dignidade da pessoa humana

A luta pelo direito, pelas liberdades, é inerente ao ser humano e tem por fundamento a dignidade da pessoa. Primeiro marco dessa batalha é a *Magna Carta Libertatis*, que limitou os poderes do Rei João Sem Terra, na Inglaterra do século XIII (1215). Como espelho lógico decorrente e melhorado, está a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já no século XVIII (1789), produto maior da Revolução Francesa, em que se postulava, novamente, nada mais que o renascimento da dignidade da pessoa humana.

A expressão dignidade da pessoa humana pode parecer vaga e de difícil definição, mas é de fácil entendimento e até aplicação ao caso concreto, tendo em vista a inata capacidade humana de percebê-la.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito constituído, entre nós, pela constituição da Constituição Brasileira em vigor desde 1988, especificamente nos termos de seu já mencionado artigo 1º.

Os Direitos e Garantias fundamentais, elencados sobremaneira no artigo 5º da Constituição Federal, têm, a rigor, como pano de fundo, como fundamento, a dignidade da pessoa humana, dignidade esta que precipuamente é o direito, o princípio tutelado em processo penal.

> Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade da pessoa humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, inexistiria *razão de ser* a tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana.
>
> Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

> O Processo Penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite a aplicação justa das normas sancionadoras. A regulação dos conflitos sociais, por mais graves e incômodos, depende do respeito aos vários direitos e garantias essenciais à formação do cenário ideal para punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, valorizando-se, acima de tudo, a dignidade humana.[63]

No tocante à prisão e liberdade, interessante frisar que com o surgimento do pensamento iluminista afloraram sistemas penitenciários focados no ser humano e em sua dignidade. Neste novo modelo, os castigos, tratamentos degradantes e torturas eram evitados, passando a se buscar uma reinserção do indivíduo em sociedade, com a progressividade no cumprimento de pena, o que deu azo às atuais penas alternativas às privativas de liberdade e consequente nas correlatas medidas cautelares alternativas ao cárcere provisório, rompendo-se a bipolaridade prisão e liberdade, à luz da proporcionalidade.

A prisão passa a figurar não como simples castigo, mas como realização de justiça, sendo seu cerne a dignidade da pessoa humana, direito fundamental inato limitador da ação do Estado. O ser humano firma-se como a medida de todas as coisas, limitando o agir estatal e, assim, as penas que eram exageradamente desproporcionais aos fatos passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento praticado. A legalidade, com taxatividade, a judicialidade e notadamente a proporcionalidade começam a se consolidar como os novéis vetores do sistema de punição.

> No conflito imanente à persecução penal – poder-dever de punir (e poder de coerção) de um lado, e direito à liberdade de outro lado – verifica-se que o sujeito passivo dessa relação, o acusado, da tradicional condição de mero objeto da lide, pessoa sobre a qual o Estado detinha ampla liberdade de extrair a "verdade" dos fatos, inclusive com o uso da tortura, passa, sob a batuta do princípio da dignidade da pessoa humana, a merecer tratamento na condição de titular de direitos e destinatário da proteção do próprio Estado que o submete à jurisdição criminal.
>
> Ser sujeito e não mero objeto do processo significa assegurar ao acusado posição jurídica que lhe permitia uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de autônomos direitos processuais, legalmente definidos, que hão de ser respeitados por todos os intervenientes no processo penal.[64]

---

[63] Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b, p. 84.

[64] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60.

O processo criminal sempre se preocupou com a questão da perda da liberdade antes de uma decisão definitiva e, também, do restabelecimento desta e, para tanto, evoluiu adotando as premissas da tutela da liberdade do acusado sob o paradigma da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da aplicação proporcional das medidas.

Firmou-se o Estado Democrático de Direito com fundamento na dignidade da pessoa humana, consolidando-se o sistema acusatório e a proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, entre os quais se destacam o direito à liberdade e à segurança, possibilitando-se, contudo, medidas cautelares pessoais, em especial a prisão, outras medidas a ela alternativas e a liberdade provisória, na forma prevista em Lei.

Enfim, por conta da dignidade da pessoa humana foi deixado de lado o paradigma autoritário baseado na presunção de culpa, alterando o antigo eixo no qual o réu era considerado mero objeto do processo, evoluindo para uma presunção de inocência ou de não culpabilidade como princípio informador do sistema de prisões, inclusive e precipuamente a provisória, protegendo-se o direito individual de liberdade na tentativa de consolidar a natureza cautelar de tal medida, especialmente lastreada na preservação da finalidade do próprio processo.

5.2 Devido processo legal

"Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (Artigo 5º, LIV, da Constituição Federal).

Enquanto princípio, o devido processo penal (*due process of law*), mais que um direito, é uma garantia constitucional contra possíveis abusos ou opressões do Estado sobre seus cidadãos. Atualmente, o devido processo legal é considerado a união dos princípios e regras penais e processuais penais, indicativo da regularidade do processo.

O primeiro corolário do devido processo penal digno de destaque é o princípio da reserva legal, inserido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*). Lembre-se que este princípio engloba a prévia definição e regulamentação do processo legislativo de elaboração da Lei, com enquadramento nos mandamentos constitucionais.

Em análise do artigo 5º da Constituição Federal, nota-se que no processo é fundamental a paridade de armas, objetivando igualdade substancial entre as partes, com plenitude de defesa ao acusado, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Possibilita-se o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente dos atos do processo, de ter defesa técnica por advogado, de se manifestar depois da acusação e de ter direito ao duplo grau de jurisdição, visando à reforma das decisões desfavoráveis por meio de regular recurso. Ao lado da plenitude de defesa está a plena contrariedade entre as partes em um embate substancial, e não meramente formal.

Todo réu tem direito a um processo prévio, normalmente antecedido de procedimento investigatório inquisitivo, estatuído em Lei e destinado a investigação, instrução e posterior julgamento, em prazo razoável, sem a possibilidade de reconhecimento da culpabilidade senão quando transitada em julgado, em sentença condenatória. Entretanto, ninguém pode ser sujeito a persecução penal sem a prática, em tese, de um crime (fato típico e ilícito) com

indícios suficientes de autoria e, tampouco, a ninguém pode ser imposta uma pena sem culpabilidade comprovada.

O devido processo legal

> [...] consubstancia-se, sobretudo, como igualmente assentado, numa *garantia* conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais*, mediante efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num *prazo razoável*.[65]

Especificamente sob o prisma da prisão provisória, bom frisar que à luz do artigo 5º, LXI, LXII, LXV e LXVI, da Constituição Federal, a garantia constitucional do devido processo legal desdobra-se no direito de que ninguém poderá ser preso salvo se for em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente, que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra deverão ser comunicados imediatamente ao Juiz competente, que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária e, finalmente, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

> Diante de determinações tão claras e incisivas, não se pode validamente duvidar da intenção do constituinte em submeter todas as modalidades de prisão cautelar à apreciação do Poder Judiciário, seja na forma prévia, seja pela imediata convalidação da prisão em flagrante, tanto com o exame de sua *legalidade* (relaxando a prisão ilegal), como pela análise de sua *necessidade*, com a obrigatória verificação concreta dos pressupostos da liberdade provisória.
>
> [...]
>
> Assim, em face dos referidos enunciados, infere-se que a restrição ao direito de liberdade do acusado deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação.[66]

---

65 Rogério Lauria Tucci, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Atualizada com a Lei da Prisão (Lei 12.403/2011). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

66 Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 29.

5.3 Presunção de inocência

5.3.1 Origem

O princípio da presunção de inocência tem como origem vetusto brocardo presente no direito romano já sob inspiração cristã, qual seja, o *"in dubio pro reo"*. Entretanto, não se pode negar que tal instituto já era de aplicação tradicional no sistema insular inglês do *"common law*, surgindo como um dos vetores essenciais que guiaram a reforma iluminista feita no sistema repressivo a partir do século XVIII.

O artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sob a inspiração liberal iluminista da revolução francesa instituiu que

> Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Assim, percebe-se que o princípio da presunção de inocência nasce formalmente com duas facetas, ou seja, uma voltada para consagração de um direito natural e inalienável do homem e outra onde se consolida o enfoque processual do instituto, por meio do qual ninguém estará obrigado a fornecer provas de sua inocência, a qual está aprioristicamente presumida.

Sob o enfoque estritamente processual, cumpre notar que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de medidas restritivas de liberdade pessoal de alguém antes que a culpabilidade seja formal e legalmente reconhecida, salvo em casos de absoluta necessidade, fixando-se neste ponto a viabilidade da prisão provisória, baseada no correto equacionamento entre, de um lado, o direito de segurança dos cidadãos e efetividade do estado em assegura-la e, de outro lado, o direito fundamental de liberdade do cidadão também consagrado sob o prisma iluminista liberal.

No *ancien régime*, imperava uma cultura autoritária baseada na presunção de culpa, onde o réu era mero objeto do processo, justificando-se a tortura com o objetivo de se buscar a verdade a qualquer preço, restringindo-se, para tanto, a liberdade de alguém a quem incumbia o encargo de desfazer a aparência de culpada, demonstrando sua inocência.

Porém, velho dilema se interpôs ao se evidenciar que a prisão em si, mesmo com os rigores do sistema repressivo, quer enquanto pena definitiva, quer enquanto custódia cautelar, não estaria a solucionar a contento o problema da criminalidade. O cárcere não estaria a cumprir as funções para as quais fora criado tornando-se fundamental restruturação sistêmica para tornar o *ius puniendi* estatal regular e mais efetivo.

> A essa exigência responderam prontamente as teorias iluministas que, revelando uma preocupação humanística com os direitos do homem, partiam da constatação elementar de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente.
>
> Daí a referência de MONTESQUIEU à estreita correlação entre a humanidade das leis criminais e liberdade do cidadão: *"quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberte ne l'est non plus"*, ideia mais desenvolvida na obra de BECCARIA, para quem *"um uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, nè la società può togliergli la pubblica protezione se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti, co'quali gli fu accordata"*.[67]

[67] Antonio Magalhães Gomes Filho. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 18-19.

5.3.2 Natureza jurídica

A presunção de inocência é reconhecidamente um direito fundamental, assumindo caráter de princípio em virtude da norma constitucional que o consagra, tendo em vista informar – a partir do postulado da dignidade da pessoa humana – todo o sistema de prisões, alterando o anterior paradigma por meio do qual o acusado era considerado como simples objeto do processamento.

Quanto mais ocorre atraso na entrega de uma sentença de mérito, notadamente aquela que condena alguém a uma pena definitiva, postergando-se a solução de um processo, mais se transporta para a prisão provisória e demais cautelares a ela alternativa toda natural tensão existente entre os direitos individuais da liberdade e da segurança, entrando em cena a presunção de inocência para modular tal conflito, destacando-se, desde já, não haver incompatibilidade entre estes dois institutos. Ao contrário, este princípio enquanto tal regula a verificação da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação daquelas medidas restritivas de direitos e liberdades.

Por ser direito fundamental, a presunção de inocência não pode ser considerada como verdadeira presunção, tecnicamente falando. A presunção é baseada em um raciocínio geral e abstrato; é a ilação feita pela Lei ou Juiz a partir de um fato sabido, com base nas regras de experiência comuns, antecipando a asseveração de probabilidade e certeza de um fato desconhecido. É um raciocínio indutivo fundamentado em consequências, ou melhor, em uma relação de causalidade entre o fato provado e o fato presumido que tem por base regras de experiência reconhecidas em normas legais ou aplicadas pelo julgador.

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, nada tem a ver com mera regra de presunção probatória originada em juízo racional de probabilidade de se verificar a inocência de alguém com lastro em fatos demonstrados. É muito mais do que isso. Configura verdadeiro estado de inocência do homem e do cidadão, nacional ou estrangeiro, estado que tem por lastro simplesmente a condição humana em sua dignidade e como situação reconhecida constitucionalmente impõe a observância em sede processual penal.

A presunção de inocência, enquanto direito fundamental, é inata à pessoa humana, caracterizando antecedente lógico de seu eventual envolvimento em persecuções ou processos penais, estendendo-se a todos os cidadãos e não somente àqueles sob custódia, devendo sua interpretação e significado terem por vetor o indivíduo e o estado em que este se coloca em relação do processo penal.

> Neste sentido, as ilações decorrentes da presunção de inocência, tradicionalmente, reunidas sob os três aspectos, como regra de juízo, como regra de tratamento e como limite à prisão cautelar, revelam o verdadeiro dever de tratamento do indivíduo como inocente, em suas dimensões interna e externa ao processo penal. Isto porque a violação a estes ditames é estendida a todos, o que leva à conclusão de que a presunção de inocência resta observada não somente quando ao juiz são prescritas normas sobre a atribuição do ônus da prova ou sobre a excepcionalidade na adoção de medidas cautelares, mas também quando, externamente a sociedade reconhece o significado de um devido processo legal, abstendo-se de pré-julgamentos e de uma exploração impiedosa destes.
>
> A presunção de inocência coloca-se, assim, sob uma perspectiva interna e externa ao processo penal, nos termos de Aury Lopes Júnior. Em seu primeiro aspecto, a presunção de inocência corresponde ao dever de tratamento orientado aos sujeitos processuais, mais intimamente relacionados ao imputado e, por isso, mais suscetíveis a incidir em violações a seu conteúdo essencial. A disciplina normativa do ônus da prova e as restrições à medidas cautelares permitem identificar, facilmente, os contornos dessa dimensão interna da presunção de inocência. Em seu segundo aspecto, os contornos não são tão expressos, já que a presunção de inocência espraia-se para a realidade externa, demandando uma proteção contra a exploração abusiva da mídia e a estigmatização do réu.[68]

[68] Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 118.

5.3.3 Aspectos

A Constituição Brasileira de 1988 consolidou a presunção de inocência como princípio formador do sistema de prisões, afastando a ideia do réu como simples objeto do processo e consequentemente presunção de culpabilidade que poderia recair sobre ele ao determinar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Inegavelmente, na nossa nova e atual Carta Magna este princípio ganhou versão ampliada ao se fixar o trânsito em julgado da sentença condenatória como condição resolutiva da inocência, diversamente daquilo que se pode observar em outras legislações importantes, uma vez que o artigo 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, reza que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa, ao passo que o artigo 7º, 2, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, determina que qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

Como se sabe, quanto mais ocorre atraso na entrega de uma sentença de mérito, mais se transfere a prisão provisória e demais cautelares a ela alternativa toda natural tensão existente entre os direitos individuais da liberdade e da segurança, sendo inegável, portanto, que a legislação brasileira estabelece uma maior garantia àquele do que as demais legislações apontadas.

Entretanto, com tal visão mais ampla da presunção de inocência surge sério problema em se modular o correto e mais razoável momento da prisão, sobrecarregando tal imposição em caráter provisório, com o estabelecimento de profundas dúvida jurisprudências a respeito da execução provisória da sentença condenatória especialmente quando confirmada por tribunal colegiado, tendo em vista a discussão sobre o efeito suspensivo do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça a fim de enfrentar a perfeita aplicação de Lei Federal e do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal a fim de enfrentar a perfeita aplicação da Constituição Federal ao caso.

O cerne ou fundamento de tal problemática repousa notadamente sobre a natureza recursal disponibilizada e estes institutos de direito processual na Constituição da República Federativa do Brasil atualmente ainda em vigência.

Muito embora tal matéria possa ser até melhor abordada em outro estudo mais específico, cumpre notar, aqui, que a natureza jurídica constitucionalmente estabelecida para a presunção de inocência procrastina sobremaneira a solução definitiva do processo, uma vez que acaba por impor três ou até quatro instâncias de análise da questão, o que subverte toda a lógica do devido processo legal em sua melhor concepção. Assim, no meu sentir, a justa e correta solução para o caso e que, com o devido respeito, colocaria uma pá de cal sobre o assunto seria transmudar a natureza recursal de tais institutos para um viés de ação constitucional rescisória, o que anteciparia temporalmente a solução final do processo, aumentado a segurança jurídica e social do sistema, mas sem perder a vista a possibilidade de uma análise mais ampla e definitiva por parte das Cortes Superiores, visando a pacificação, consolidação e unicidade do sistema como um todo harmônico.

O princípio da presunção de inocência é assim conceituado sob o enfoque de um direito fundamental do acusado de ser considerado abstratamente inocente, impedindo a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado. Porém, muito embora uma certa convergência entre as definições, o princípio da presunção de inocência é melhor concebido como princípio da não culpabilidade, em razão da preferência à referência à condição do réu no curso do processo e naquilo que concerne à disciplina probatória. Reflete-se, assim, a regra de que o acusado não deve ser considerado como previamente culpado, com preservação de seus direitos e garantias individuais.

> O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a-) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade invertendo-se o ônus da prova; b-) no momento da avaliação da prova, valorando-se em favor do acusado quando houver dúvida; c-) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência.[69]

[69] Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade possui relevantes nuances, pois, em uma primeira análise, no tocante à divisão de forças na esfera de provas, relacionando-se com a regra de julgamento em si. Desta forma, para se superar a aludida presunção o ônus da prova passa a ser da acusação, pois em ocorrendo qualquer dúvida quanto à matéria probatória fatalmente importará no decreto absolutório por parte do julgador. Além disso, o referido princípio abarca a disciplina processual que sujeita o réu, o qual invariavelmente para todos os efeitos e perante toda a gente deve ser havido como inocente até que sua culpa possa ser comprovada sob a égide da legislação vigente.

> A presunção de inocência impõe, desse modo, ao órgão acusador o ônus de comprovar as afirmações de responsabilidade penal feitas ao acusado, sob pena de, restando dúvida sobre o objeto da prova, resolver-se aquela a favor da defesa (*in dubio pro reo*). É dizer, o acusador afirma a existência de um fato criminoso, atribui sua autoria ao acusado, mas deverá comprovar, sob as regras do devido processo legal (*due process of law*) que integram a ideia do julgamento justo (*fair trail*), que essas afirmações encontram respaldo em provas consistentes, submetidas ao crivo do contraditório, de modo a não restar dúvida além do razoável (*beyond a reasonable doubt*) sobre fatos atribuídos ao acusado.[70]

Poder-se-ia argumentar não ser admissível nenhuma forma de restrição cautelar à liberdade por ofender o princípio da presunção de inocência, pois

> no solo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además inidôneo para provocar, como eseña la experiência, el desvanecimento de toda las garantias penales y procesales.[71]

Porém, a ideia mais radical de que um sistema baseado na presunção de inocência não poderia coexistir com quaisquer espécies de custódia anteriores à sentença condenatória definitiva, a rigor, se não sustenta, porque mesmo em ordenamentos onde a privação de liberdade é mais presente não se descarta a hipótese de prisão e/ou medidas restritivas de liberdade provisórias.

---

[70] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

[71] Luigi Ferraioli. **Derecho y razón.** Madrid: Trota, 1995, p. 555.

A prisão preventiva é perfeitamente compatível com a presunção de inocência ou de não culpabilidade, pois aquela é limite objetivo ao espectro de atuação desta, ao passo que esta caracteriza verdadeira garantia negativa a balizar a legislação na seara das medidas restritivas da liberdade de alguém, notadamente no tocante às exigências cautelares adequadas a autorizá-las.

Por conta da presunção de inocência a privação provisória da liberdade torna-se situação excepcional e circunscritas à hipóteses em que aquela possa comprometer o regular desenrolar e a efetividade da atividade processual, não se admitindo formas de antecipação de culpa e consequente imposição de pena como corolário automático da imputação, inviabilizando, desta forma, situações tais como as odiosas, nefastas e hoje revogadas prisões obrigatórias, incompatíveis com o estado democrático de direito fundado em tal princípio cardeal.

Sob a égide da presunção e inocência, nenhuma cautela provisória privativa ou restritiva de liberdade e/ou direitos correlatos pode ser imposta independentemente da verificação concreta do *periculum libertatis*, assumindo-se definitivamente uma função de cautelaridade baseada na preservação do próprio processo e que deve indicar a necessidade ou não de determinada medida.

A prisão provisória não pode ser considerada uma antecipação de pena, uma vez que enquanto providência cautelar deve estar sujeita a seus pressupostos e requisitos, devendo obedecer uma instrumentalidade hipotética ou qualificada.

O princípio da presunção de inocência e o próprio devido processo legal são fundamentais para contrabalancear a carga negativa que a prisão provisória significa para o acusado, pois a manutenção desnecessária da prisão não deixa de ser um ataque à dignidade da pessoa humana.

A prisão provisória passa a ter característica de exceção e, bem por isso, ninguém a ela deve ser submetido quando o ordenamento jurídico vigente como um todo tiver previsão de demais formas a ela alternativas e menos severas que ela e, sem prejuízo, capazes de dar conta do regular andamento do feito, preservando as finalidades da marcha processual, tanto que a liberdade provisória foi alçada pela Constituição Federal de 1988 e atualmente em vigor como um direito fundamental do indivíduo.

Em devido processo legal se busca um equilíbrio entre as medidas coercitivas utilizadas para se dar efetividade à apuração e punição aos delitos e os direitos e garantias do homem e do cidadão, não sendo demais lembrar que as medidas cautelares são produto do enfrentamento entre entres dois deveres precípuos do Estado Democrático de Direito, destacando-se não haver direitos absolutos em uma democracia.

Assim, as normas constitucionais que tratam do tema, notadamente o princípio da presunção de inocência, não podem ser interpretadas exclusivamente sob o foco da proibição de excesso, sendo essencial para tanto se fazer uso do postulado da proporcionalidade para se verificar o cabimento de certa medida mais ou menos extrema, caso a caso.

Importante notar entre as diversas medidas cautelares existentes, quer a prisão cautelar como *extrema ratio* da *ultima ratio* ou outra medida a ela alternativa, se tais violariam ou não a presunção de inocência, devendo se buscar mensurar, para tanto, certos parâmetros a fim de se obstar indesejáveis intervenções desproporcionais ao fundamental direito à liberdade, impedindo-se com justiça e eficácia a custódia cautelar indevida ou excessiva.

> Se certo é que existem garantias individuais elencadas na Constituição, que aconselham a não adoção de medidas que venham, antes da condenação, a restringir a liberdade do cidadão, também é certo que o crime atinge direitos individuais da vítima, muitas vezes constitucionalmente assegurados e, dependendo da ameaça à coletividade e ao bem comum (e aqui se insere o regular processamento visando à aplicação da lei), a própria Constituição autoriza a restrição da liberdade de forma cautelar.[72]

[72] Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43.

5.4 Proporcionalidade

5.4.1 Breves considerações iniciais

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o processo penal está fundamentado princípio da presunção de inocência e contextualizado nas determinações do devido processo penal.

As formas de prisão anteriores à condenação devem, à luz deste princípio fundamental, atender às finalidades processuais instrumentais dirigidas ao asseguramento da própria realização do processo e de seus resultados, não se podendo perder de vista, contudo, que as medidas cautelares em geral podem ter outro destino não exatamente instrumental, mas voltado para questões típicas de segurança pública à luz do risco de reiteração de atividades reconhecidamente criminosas.

Se, por um lado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso deve imperar o princípio da intervenção penal mínima, reservando a este ramo do direito natureza de *"ultima ratio"*, com incidência da proibição do excesso, tendo em vista a gravidade de suas consequências e os elevados custos sociais de sua implementação; por outro lado, não se pode deixar de lado a finalidade processual penal voltada para a preservação da eficácia da proteção penal, tanto que tal acolhida está na Constituição da República atualmente em vigor, conforme se pode observas em algum alguns direitos e garantias fundamentais estabelecidos em seu artigo 5º, tais como a garantia de ação privada subsidiária da pública nas hipóteses de inação do "Parquet" ou, ainda, a inafiançabilidade de alguns delitos.

Apesar de alguma resistência e críticas de teorias abolicionistas baseadas em garantismo extremado, bem como da aparente desproporção entre custos e vantagens da custódia anterior à condenação, praticamente todas as legislações democráticas modernas mantém em seu bojo regulamentação e adoção da prisão cautelar provisória.

Ora, muito embora se não devesse lançar mão de medida tão invasiva dos direitos e garantias fundamentais como a custódia cautelar, a rigor, bom dar conta que a sociedade tenha meios para proteger seus direitos violados pelo cometimento de crimes, preservando o bem geral de todos com o processamento daqueles que atingem direitos e garantais de outros cidadãos, salvaguardando, para tanto, a futura imposição de eventual punição e o regular andamento do feito.

Como se sabe, as medidas coercitivas estatais usadas para efetivação da apuração e punição dos delitos e os direitos e garantias dos indivíduos por estes processados possuem um delicadíssimo equilíbrio. Tais medidas cautelares são fruto do conflito entre o dever do Estado e preservar o direito à segurança de quaisquer cidadãos, entregando-lhes eficaz aparato de persecução dos crimes em geral e a garantia aos direitos fundamentais daqueles outros indivíduos que dele também fazem parte e acusados estão da prática de algum delito.

Inexistem direitos absolutos em quaisquer estados democráticos e, bem assim, as normas que os disciplinam não devem ser interpretadas obtusamente sob o enfoque da já referida proibição de excesso ou do acatamento ilimitado das garantias daquele indivíduo sujeito à investigação criminal, naquilo que costumeira e convencionalmente se denominou garantismo negativo.

A rigor, o aparato estatal pode fazer uso de mecanismos acauteladores para preservar a segurança e o processo em face dos que atacam direitos individuais de outrem e o bem geral de todos e, neste ponto, a prisão provisória assume natureza não somente de garantia processual, mas, também, de garantia social, proporcional à violação dos bens jurídicos legalmente tutelados e os fins do processo, nos casos estritamente previstos na legislação, naquilo que costumeira e convencionalmente se denominou de garantismo social ou garantismo positivo.

> Eis o problema. A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente. Assim sendo, não deve haver a prevalência de um só valor ou de um grupo de valores que uma determinada tradição dogmática tratou de conferir um alto grau de verossimilhança. É desejável que haja uma flexibilidade na escala hierárquica de valores constitucionalizados,

> mediante soluções históricas e contextualizadas que permitam o desenvolvimento dos princípios constitucionais e garantam a homogeneidade do projeto de sociedade, Estado e Direito positivado.
>
> [...] Por outro lado, é preciso considerar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de bens elevados a tal categoria em relação aos textos constitucionais anteriores, especialmente no referente à ordem social, o qual praticamente somente abriga disposições tutelares de bens não individuais. A simples positivação de tais valores indica senão a imposição de proteção penal, pelo menos a possibilidade de extensão do sistema penal para a guarida de tais bens. É por isso que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo).
>
> [...] Perfeita, pois, a análise de Alessandro Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, por parte do Estado), nesta quadra da história, fique restrita à proteção contra abusos estatais (aquilo denominado de garantismo negativo). No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, nesta quadra da história, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a ideia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direito – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é o único inimigo.
>
> [...] Como se sabe, a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.
>
> [...] Já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de "liberdades negativas", pela simples razão – e nisso consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil).[73]

À evidência, continuamente permanecerá o aparente conflito e tensão entre o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e o sistema geral de persecução penal, que engloba a investigação criminal e o processo penal propriamente dito, notadamente no tocante ao uso para tanto da custódia anteriormente à condenação, destacando-se que o melhor modo de se resolver a questão será por intermédio da adoção do postulado da proporcionalidade, pois por meio deste se buscará o cabimento balizado e modulado da medida extrema e excepcional, da *extrema ratio* da *ultima* ratio, caso a caso.

---

[73] Lenio Luiz Streck. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista clássico.** Disponível no site www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf.

A proporcionalidade surge como critério orientador e essencial ao estabelecimento de paradigmas racionais fundamentais ao Estado Democrático de Direito, funcionando, por um lado, como restrição das restrições quando atua no sentido da proibição do excesso e vedação do exercício arbitrário do poder, dando azo ao denominado garantismo negativo e, por outro lado, como legitimadora da ação estatal, visando a apuração e punição dos delitos, relacionando-se com o princípio da proteção eficiência da proteção penal, dando azo ao denominado garantismo social ou positivo.

A proporcionalidade converge com o objetivo do Estado Democrático de Direito de identificar, afirmar e realizar direitos fundamentais à sua organização política, jurídica e social, caracterizando verdadeiro critério de interpretação direcionado à plena proteção de tais direitos.

Pela lente da proporcionalidade busca-se solução menos excessiva para um dos interesses em conflito, potencializando-se o exercício dos direitos fundamentais. De uma forma ou de outra, seu escopo é consolidar a proibição do excesso, mitigando e erradicando intervenção mais gravosa que o possível a um caso em concreto, mas sem perder de vista a máxima efetividade dos direitos estabelecidos em favor de seu titular.

A proporcionalidade, a rigor, tem natureza jurídica mais próxima a um postulado do que do a um princípio, caracterizando-se como tal, no meu sentir.

> É que preferimos reservar aos *princípios* o papel de identificação de *normas jurídicas positivadas* em determinado ordenamento, ainda que implicitamente (há, de fato, princípios explícitos e implícitos, como reconhece a boa doutrina).
>
> A proporcionalidade, segundo nos parece, cumpre função diferente, a medida em que, na Constituição, não agasalha uma *norma jurídica*, ao menos explicitamente.
>
> Nada obstante, entendida no contexto da afirmação dos direitos e garantias fundamentais – base do Estado de Direito – ela surge como uma verdadeira pauta de interpretação, fornecendo critérios orientados para a aplicação do direito, sobretudo em casos em que esteja presente eventual tensão (conflito *concreto*) entre normas constitucionais. Em síntese, e como já dissemos em outro trabalho: **os princípios estão no texto (mesmo os implícitos); os postulados no contexto** (grifo nosso).[74]

[74] Eugênio Pacelli. **Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei 12.403/11.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32.

O postulado da proporcionalidade é fundamental na busca por um razoável balanço entre interesse contrapostos em tensão ou conflito, configurando-se em notória ferramenta destinada a este fim com ampla aplicação no Direito como um todo, assumindo, contudo, peculiar importância no Direito Penal e Direito Processual Penal, especialmente no que se refere à imposição de medidas cautelares. Sua incidência é relevante não somente quanto à medida extrema de prisão provisória, mas também no tocante a quaisquer outras cautelares que de alguma maneira mitiguem de forma mais ou menos intensa o direito fundamental de liberdade dos cidadãos.

A utilização da proporcionalidade é fundamental para se modular a incidência do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, essencial na preservação dos direitos em um Estado Democrático, uma vez que faz as vezes de critério orientador para a aplicação das medidas cautelares, aliás, as únicas permitidas à luz do aludido princípio, vedando-se que estas assumam, em qualquer hipótese, o caráter de antecipação de pena.

A maior importância do postulado da proporcionalidade no campo penal e processual penal advém da extrema relevância dos interesses envolvidos, ou seja, o direito estatal de persecução e punição daqueles que cometem delitos em contrapartida ao direito fundamental de liberdade, buscando-se, assim, uma intervenção penal proporcional com a concreta gravidade do dano ocasionado pela infração e em concordância com o quantum de reprovabilidade a ser relacionada ao comportamento do infrator.

A proporcionalidade, sem perder de vista a efetividade da proteção penal, preserva o direito de punir do Estado, ao limitar as restrições que tal ação pode causar aos direitos fundamentais dos cidadãos, salvaguardando-os ao evitar excessos em tais ingerências, orientando a escolha de uma ou mais medidas cautelares adequadas ao caso em concreto. Assume, porém, maior importância no tocante à prisão provisória, pois pode apontar exagero em sua utilização, levando à revogação da medida extrema ou até mesmo à sua substituição por uma ou mais medidas cautelares a ela alternativas e menos severas.

O postulado da proporcionalidade é pressuposto essencial e fundamental no equacionamento do latente conflito entre o direito à liberdade pessoal e o direito de segurança do indivíduo enquanto cidadão e membro de uma sociedade, direito esse garantido pela premente necessidade de investigação criminal eficiente e eficaz, porque em um Estado Democrático de Direito como o nosso se busca constantemente tanto a preservação da efetiva persecução penal quanto a proteção da liberdade do indivíduo, não se permitindo que aquela predomine sobre essa, sob pena de um retrocesso ao *ancien régime* onde prevalecia a presunção de culpa em detrimento do estado de inocência.

Entre nós, a proporcionalidade não está explicitamente prevista na Constituição da República, mas decorre do princípio nela previsto do devido processo legal, devendo ser utilizada pelo legislador para elaboração da norma jurídica relativa às medidas cautelares e também ao intérprete da Lei, servindo não só para limitar a atividade legislativa no tocante à restrições a direitos fundamentais, mas também como parâmetro direcionador ao magistrado para imposição de qualquer medida privativa ou restritiva a estes.

Consoante já anotado, as medidas cautelares de forma geral são instrumentos destinados a obter a antecipação de um provimento futuro definitivo, visando garantir meios para que tal possa ser eficaz e, nesta seara, o aludido postulado demanda uma medida restritiva de liberdade anterior à condenação final onde possa ser verificada uma justa proporção entre o resultado do processo e a providência de natureza cautelar.

O apelo à proporcionalidade é indispensável para se afastar abusos por parte dos órgãos encarregados da persecução penal, especialmente no que se refere à aplicação de medida cautelares restritivas de liberdade, autorizando, de outra banda, restrições excepcionais em nome da repressão à criminalidade mais aguda, organizada ou violenta.

O juízo de ponderação a ser realizado no seio da proporcionalidade requer um sacrifício de um direito que seja útil e necessário para o deslinde do impasse, de modo que este se possa resolver da maneira menos gravosa possível, não podendo se perder de vista que o ônus ocasionado não sobrecarregue o bônus que busca com tal deslinde.

Neste ponto, eclode a relevância das medidas cautelares menos danosas que a custódia, as quais podem substituir a medida extrema, se esta já houver sido decretada ou se apresentar como alternativa válida desde o princípio a obstar a imposição daquela nos casos em que ainda se não impôs sua decretação.

Então, se a prisão for desproporcional, de rigor, a imposição de medida cautelar a ela alternativa desde que preenchidos os requisitos legais, objetivando-se com isso que a limitação da liberdade de alguém apenas aconteça nas hipóteses de extrema necessidade, sempre com o menor sacrifício desta, sem prejuízo da efetiva realização do processo.

> Mais claramente: em relação às medidas cautelares processuais-penais, a observância da proporcionalidade é fundamental, pois se a adoção antecipada de providências que constituem o *resultado* do processo – depois de uma cognição completa dos elementos existentes nos autos e com o amplo debate contraditório entre os interessados –, é excepcional, deve também ser criteriosa, somente se legitimando após uma rigorosa ponderação dos interesses em jogo. Nesse aspecto, a concreta verificação da *justa medida* insere-se naquele sistema de freios e contrapesos que a doutrina processual reclama para a efetivação das cautelas em geral.
>
> Nem por isso, o recurso à proporcionalidade, como critério a ser observado na aplicação de medidas restritivas, é isento de objeções, lembrando-se que poderia atentar contra o princípio da separação de poderes, autorizando o juiz a invadir a esfera do legislador quando do exame da proporcionalidade de uma lei restritiva; ou ainda, invocando-se a ameaça aos princípios da segurança jurídica, que ficariam relativizados. A crítica mais contundente é de teor metodológico, relacionada à dificuldade de um controle objetivo sobre a racionalidade do emprego da proporcionalidade nos casos concretos.[75]

Assim, visando se afastar a indeterminação e o subjetivismo na aplicação da proporcionalidade buscou-se balizar seu significado e conteúdo com o estabelecimento de uma estrutura subdividida nos pressupostos da legalidade e da justificação teleológica, nos requisitos extrínsecos da motivação e da judicialidade e nos requisitos intrínsecos da adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

---

75 Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 26.

Precursor na elaboração e na conceituação da proporcionalidade ou da proibição do excesso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão proferida em 16 de março de 1971, apresentou o aludido preceito em termos sintéticos: "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental".

No processo de consolidação da proporcionalidade, os aspectos da necessidade, da adequação e o imperativo da prevalência do valor protegido nos interesses em confronto – proporcionalidade em sentido estrito – despontaram como requisitos intrínsecos a justificar e a autorizar as restrições estatais impostas aos direitos individuais. Ademais, apresentam-se como requisitos extrínsecos a judicialidade e a motivação, visto que as medidas restritivas impostas aos direitos individuais devem ser submetidas a um prévio controle jurisdicional e adotadas mediante decisões devidamente fundamentadas. A estes requisitos, somam-se como pressupostos a exigência de lei para imposição das restrições, e conformidade material e formal com a Constituição, em síntese: legalidade e justificação constitucional.[76]

[76] Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 65-66.

5.4.2 Pressupostos

5.4.2.1 Legalidade e justificação teleológica

O processo penal será efetivo e eficaz se preservar as garantias constitucionais dos indivíduos e ao mesmo tempo possuir mecanismos que possibilitem meios eficientes de investigação e descoberta da verdade e esse equilíbrio somente será alcançado, no mais das vezes, pela utilização da proporcionalidade.

A proporcionalidade, normalmente, rege as decisões de restrição a direitos do acusado para a formação da prova e para ser aplicada a determinada hipótese deve ser aplicada com critério, mormente com a observância, em primeiro plano, de seus pressupostos, quais sejam, a legalidade e a justificação constitucional ou teleológica.

O legislador, em regra, é limitado pela imposição constitucional de não violação de direitos fundamentais, mas como não existem direitos absolutos comumente permite-se a fixação de limites a estes, desde que a atuação do Estado se efetive por meio legal. Há, portanto, neste campo o pressuposto formal de necessidade de Lei, elaborada por quem de direito e com competência para tanto.

O artigo 5º, da Constituição da República do Brasil, promulgada aos 05 de outubro de 1988, prevê a inviolabilidade, em tese, do direito à liberdade, determinando especificamente que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de Lei, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, destacando, em seu inciso XXXIX, que não há crime sem Lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, naquilo costumeira denominado como princípio da legalidade penal, mas que também exprime o princípio da legalidade processual penal.

Por conta do princípio da legalidade processual penal não são admitidas quaisquer restrições a direitos fundamentais sem Lei previamente estabelecida e elaborada por órgão adrede previsto na Constituição, devendo sua imposição e interpretação ocorrerem em estrito, somente possuindo esta limitação sentido, por outro lado, se seu objetivo for precipuamente a efetivação de relevantes valores previstos constitucionalmente.

O princípio da legalidade processual penal engloba tanto a regulamentação legal dos direitos que incidem no desenrolar do processo como as intervenções do Estado na esfera jurídica de um indivíduo, disso decorrendo que as situações de cabimento e, inclusive, o conteúdo e a amplitude das limitações aos direitos fundamentais, em especial a liberdade, devem encontrar correspondência ou estarem previstas em Lei.

Em virtude da legalidade, exige-se tipicidade e taxatividade das medidas restritivas no campo penal e processual penal, não havendo espaço, portanto, para se lançar mão de medidas cautelares atípicas baseadas em provável discricionariedade do julgador para impor tais limitações, mesmo não existindo previsão legal expressa para tanto. Assim, preferencialmente a Lei que estabelecer medidas restritivas deve ser clara, com termos precisos e determinados, a fim de se minimizar abusos em sua aplicação, evitando-se, com isso, intervenção ilegítima violadora de direitos individuais fundamentais.

A intervenção em direitos fundamentais requer valores a serem protegidos com presença constitucional marcante de modo a os tornarem relevantes a ponto de poderem confrontar os valores intrínsecos nos direitos individuais limitados, do que se denota, em síntese, que "o princípio da proporcionalidade requer que toda a limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos" [77], naquilo que convencionalmente se denominou como justificação teleológica.

Sob o prisma da justificação teleológica, interessa se apurar a relação entre o meio escolhido, no caso a medida cautelar escolhida, e a finalidade visada, no caso a cautela instrumental ou final, sobressaltando a necessidade de se aferir a legitimidade dos fins perseguidos, pois se os fins forem ilegítimos não se adiantará a análise para a o estudo dos

---

[77] Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal.** Madrid: Colex, 1990, p. 99.

meios, devendo a medida ser apontada como inadmissível desde o início. Em outras palavras, os meios escolhidos devem ser legítimos na exata medida do fim que os sustenta.

Não podemos perder de vista séculos de evolução democrática na construção de garantias individuais àqueles que são parte em processo penal e que não podem ser deixadas de lado, sob pena de haver indevido retrocesso com assunção das mais diversas barbaridades autoritárias, consoante já ocorreu no *ancien régime*. Por outro lado, em razão da dinâmica da criminalidade e Estado modernos não se pode deixar de lado o escopo de se empregar maior eficiência da ação estatal na busca da verdade, preservação e apuração dos fatos com final responsabilização dos culpados e isenção dos inocentes.

Esta proteção deve ser fundamentalmente calcada em razões jurídicas alicerçadas nos princípios e valores do Estado Democrático de Direito e seu fundamento de dignidade da pessoa humana, deixando-se de lado arroubos oriundos de razões meramente políticas e sociais baseada em momentâneo e oblíquo clamor popular que levam, invariavelmente, à adoção de posturas extremas para a solução dos conflitos, tais como aquelas baseadas naquilo que convencionalmente se denominou de Direito Penal do Inimigo.[78]

Por esta corrente doutrinária o réu como violador das regras, das normas postas, é inimigo ao afrontar o Estado e, portanto, não mais pode se beneficiar dos direitos e garantias fundamentais, os quais perde em virtude de seu proceder, justificando-se, bem por isso, a violação dos direitos do cidadão nas mais variadas situações e profundidades.

Com todo respeito, tal entendimento não pode ser aceito em razão de levar a inimagináveis arbitrariedades fundadas em obtusa visão utilitarista, sem valores e geradora de perigosos precedentes submetidos a interesses políticos de ocasião, atuando mais de forma a sustentar a prevalência de um determinado grupo ou entendimento que detém ocasionalmente o poder, do que preocupado com o interesse público e a solução da questão da forma mais justa e com o maior respeito ao ser humano.

---

78 Günther Jakobs. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

Quanto à legitimidade do fim que justifica o intervencionismo em direitos fundamentais, em contraponto ao Direito Penal do Inimigo, cumpre observar postura liberal e mais restrita, fundamentando o agir estatal apenas quando um direito fundamental limitar outro, única hipótese da finalidade deste ser considerada legítima.

A eficiência estatal tem limite nos direitos individuais fundamentais do cidadão, não se podendo cometer exageros na resultante do equilíbrio entre o garantismo individual e a efetividade estatal. Como sói, o ser humano é a medida de todas as coisas e seus direitos fundamentais são importantes limites na atividade do Estado, visando se evitar arbítrios. O Estado surge, segundo a teoria tradicional mais aceita, de um pacto social dos indivíduos, que abrem mão de alguns de seus quereres em favor do interesse geral e da paz social, mas a perseguição do bem comum não pode aniquilar os direitos negativos contra o Estado, tal como a liberdade. A restrição de direitos fundamentais sob o pretexto de assegurar o que é melhor do ponto de vista coletivo levaria à aniquilação dos primeiros, em total inversão da teoria dos direitos fundamentais.[79]

Prosseguindo, Dworkin deixa claro que somente um direito fundamental pode fazer frente a outro direito fundamental, situação de confronto inadmissível quando se trata de um direito titularizado pela sociedade como um todo como acontece na razão de ordem pública. Assim, ensina este autor que há três hipóteses possíveis de restrição a direito fundamental; caso concreto que não envolva a essência do direito; contestação por outro direito fundamental e custo social elevado para a preservação daquele direito fundamental.

> Como destaca Carlos Bernal Pulido, esta vertente baseia-se em uma concepção marcadamente liberal, já que somente confere legitimidade às posturas estatais que restringem a liberdade unicamente por conta da própria liberdade, sendo praticamente impossível admitir ao legislativo a busca por outros objetivos de utilidade social. Ora, esta postura restritiva desconhece a relevância de bens e caráter coletivo e de outros bens jurídicos assegurados por princípios igualmente constitucionais, que ostentam legitimidade para fundamentar a intervenção estatal em direitos fundamentais.
>
> Neste sentido, deve-se partir para uma postura alternativa, de caráter amplo, que reconhece a possibilidade de intervenções estatais em direitos fundamentais assentadas em outros princípios que pertençam à mesma hierarquia dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, trata-se de atestar a legitimidade de outros princípios de índole constitucional, afastando a possibilidade de que os direitos

[79] Ronald Dworkin. **Taking rights seriously.** Cambrige: Harvard University Press, 2001.

> fundamentais venham a sofrer intervenção estatal ancorada em princípios ou em bens de inferior hierarquia no ordenamento jurídico.
>
> Esta linha argumentativa, não obstante mais abrangente que a anterior, peca por seu caráter extremamente formalista e por remeter, nos termo de Carlos Bernal Pulido, a uma "(...) interpretação demasiado estrita do princípio democrático". Assim, uma interpretação em consonância com o sistema de direitos e de garantias fundamentais, bem como com o Estado de Direito democrático, há de reconhecer a competência outorgada ao legislador ordinário para estabelecer todo e qualquer fim que este julgar legítimo para fundamentar uma intervenção em um direito fundamental, desde que este fim não encontre uma proibição na ordem constitucional. O raciocínio a ser formulado, portanto, é de ordem negativa: não se deve buscar a previsão expressa do fim no texto constitucional, ao contrário: deve-se admitir o fim legislativo, desde que este não se encontre expressa ou implicitamente proibido na Constituição.[80]

De qualquer maneira, não se pode negar que entre nós há justificação teleológica para a existência de medidas cautelares privativas e/ou restritivas, pois há um direito fundamental individual, no caso o direito à segurança (artigo 5º, "caput", da Constituição Federal), que pode fazer frente, confrontar outro direito individual, no caso, o direito à liberdade (artigo 5, "caput", da Constituição Federal).

Enfim, é possível a restrição de um para se preservar outro e, partindo desse pressuposto, de se observar a existência de autorização legal para tal ação invasiva, cujos limites e nuances estão em Lei especificados e, portanto, nesta exata medida devem ser observados e interpretados.

É fato que a Constituição Federal não estabelece parâmetros explícitos para se aferir a legitimidade dos fins que devem informar a custódia cautelar, mas tal se depreende dos princípios contidos no texto constitucional, como a presunção de inocência ou de não culpabilidade, que torna ilegítima qualquer encarceramento automático ou obrigatório, lastreada na gravidade abstrata de um delito e sem a comprovação de sua necessidade concreta, não podendo se perder de vista a imparcialidade do Juiz como outro princípio capaz de justificar ou não uma intervenção em direito fundamental.

---

80 Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 70-71.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, ao estabelecer o direito ao silêncio, evidentemente torna ilegítima, por falta de justificação teleológica, a imposição da prisão cautelar ou de quaisquer medidas cautelares pessoais a ela alternativas que busquem precipuamente a colaboração ou confissão de um acusado sob a falsa justificativa de sua necessidade para persecução ou investigação criminal.

Ainda, o estabelecimento de fiança é mais um exemplo onde se nota a exigência de justificação constitucional ou teleológica.

Nos termos do artigo 319, VIII, do Código de Processo Penal, a fiança, nos casos das infrações que a admitem, tem por escopo assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

A fiança não pode ser aplicada, visando outros fins além desses legalmente previstos, como para garantir a execução de outras cautelares, sendo vedado seu estabelecimento em valor excessivo capaz de impossibilitar por absoluto o direito à liberdade, por implicar, neste caso, violação dos princípios e das justificativas constitucionais para tal.

5.4.3 Requisitos extrínsecos

5.4.3.1 Judicialidade e motivação

Nos termos do artigo 5º, da Constituição da República do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, a prisão de qualquer pessoa e o local em que se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária e ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em inteligência dos dispositivos constitucionais em questão, emerge a judicialidade, estabelecendo-se que restrições a direitos fundamentais somente podem ser impostas por decisão judicial, cabendo apenas ao magistrado competente a utilização da proporcionalidade ao caso concreto específico.

A judicialidade remete ao regramento previsto na Constituição que determina a autuação exclusiva dos órgãos jurisdicionais no processo de limitações a direitos individuais fundamentais, garantindo a eficácia destes por meio do controle de incidência do postulado da proporcionalidade.

Cumpre notar, também, que eventuais restrições ao direito de liberdade de alguém devem ser resultantes não apenas de um provimento judicial puro e simples, mas de uma ordem sustentada por garantias mínimas previstas aos órgãos de jurisdição, especialmente a independência e a imparcialidade.

A independência refere-se à autonomia do Juiz para decidir, subordinado apenas à sua consciência e, logicamente, à Lei. Já a imparcialidade se relaciona com um aspecto mais intrínseco do processo, ou seja, pela necessária posição do julgador equidistante das partes, assumindo verdadeira condição de terceiro desinteressado e acima dos interesses em conflito, o que implica, a rigor, em um imperativo moral e ético a guiar os julgamentos em geral.

Em atenção ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, todas as modalidades de medidas restritivas de direitos fundamentais, em especial a prisão cautelar, devem ser submetidas ao exame e controle judicial prévio, salvo a prisão em flagrante delito, única exceção prevista por nossa Carta Magna, o que se justifica, nos termos da nova redação do artigo 310, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.403/11, por se caracterizar como medida efêmera, precária e transitória, perdurando somente até o recebimento e pormenorizada analise do respectivo auto pelo Juiz.

A rigor, a Constituição Federal buscou conciliar o aludido princípio com as exigências de segurança pública, a justificarem sua exclusiva mitigação em sede de cerceamento de direito individual fundamental por quem não está precípua, direta e regularmente investido de jurisdição.

A *contrario sensu*, o Projeto de Lei Complementar 07/16[81], então em trâmite pelo Congresso Nacional, em seu artigo 2º, acrescentando artigo 12-B à Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, pretendia instituir que

> Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o ofensor.

Ora, é de clareza solar a inconstitucionalidade daquilo que almeja ser um disposto legal vigente, tendo em vista violar o princípio da reserva de jurisdição, pois em sede de limitação de direitos fundamentais deve a interpretação ter por norte a proporcionalidade, sendo imprescindível a judicialidade, ausente na hipótese.

Aliás, a legislação infraconstitucional reserva apenas aos órgãos de jurisdição a imposição de prisão cautelar e de medidas cautelares a ela alternativas, salvo em algumas hipóteses de liberdade provisória mediante fiança, permitido tal concessão por autoridade policial, o que se justifica em interpretação conforme a constituição por se a tratar a referida

---

[81] Referido Projeto deu origem à Lei 13.505/17, havendo, contudo, veto presidencial a seu artigo 2º, na parte que acrescentava o artigo 12-B à Lei 11.340/06, dj. 09/11/17.

cautelar, neste ponto, de contracautela e providência substitutiva da prisão em flagrante, em inteligência dos artigos 322 e 323, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

No mais, não é demasiado lembrar que tal situação somente confirma a regra, pois a medida a ser em tese concedida pelo Delegado de Polícia tem por finalidade restabelecer *status quo ante* do direito fundamental de liberdade pura e simplesmente, não o restringindo, ao passo que naquele outro caso relativo ao PLC 07/16 a hipótese é preservação de direito fundamental de alguém (vítima) em detrimento do direito fundamental de outrem (acusado), o que somente pode ser feito com aplicação do postulado da proporcionalidade, atividade interpretativa reservada aos magistrados, fulminando de inconstitucionalidade, reitere-se, o referido projeto de lei.

> O certo é que, além da necessária participação judicial, não se decreta e muito menos se mantém qualquer prisão provisória sem a observância dos requisitos legais correspondentes a cada uma delas.
>
> Há, nesse particular, pontos comuns presentes em todas as modalidades de prisão *ad custodiam*, os quais dizem respeito à própria cautelaridade da medida. Assim, para além da sua validade normativo-formal (previsão legal), também se exige a validade material da medida, consistente em verificar-se, concretamente, a presença do pressuposto fundamental de qualquer cautela – o lastro probatório que demonstre a existência do crime e os indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) – e o requisito do *periculum in libertatis*, ou seja, a constatação do(s) motivo(s) justificador(es) da utilização da prisão provisória como meio idôneo e necessário à preservação do bem ameaçado, mediante o sacrifício da liberdade física do investigado ou acusado. Em outras palavras, é preciso, para a legitimação da medida cautelar, a presença tanto da urgência da cautela quanto da aparência jurídica de um futuro julgamento favorável a quem a postula.[82]

Passa-se, então, a se exigir fundamentação judicial para imposição de medida cautelar, em especial a prisão provisória, tendo em vista ser limitativa de direito fundamental, notadamente a liberdade, pois, neste caso, se basta um mero juízo de probabilidade quanto ao *fumus comissi delicti*, já no tocante ao *periculum libertatis* exige-se uma análise mais pormenorizada das circunstâncias indicativas da excepcional medida.

---

[82] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 81.

O dever de motivação das decisões judiciais que impliquem em restrição de direitos fundamentais decorre não apenas em função de uma interpretação lastreada no postulado da proporcionalidade, mas do próprio Estado Democrático de Direito, tanto que o artigo 93, IX, da Constituição Federal determinada que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

O órgão do Poder Judiciário ao decidir sobre a imposição de medida cautelar de natureza pessoal deverá indicar os fundamentos fáticos e jurídicos que a sustentam, explicitando sobre a existência dos pressupostos relacionados ao *fumus comissi delicti*, ou seja, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como deverá esclarecer a necessidade concreta da medida em função dos requisitos relacionados ao *periculum in mora*, ou seja, a necessidade de garantir a ordem pública ou a ordem econômica, a conveniência de preservar a instrução criminal, e/ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

> A respeito da motivação dos atos judiciais, em especial provimentos cautelares, Antonio Magalhães Gomes Filho, após lembrar que determinadas condições devem ser satisfeitas para que certo provimento acautelatório seja expedido, assevera ser necessário, para que tal ocorra " que o juiz realize uma efetiva cognição, ainda que sumária, superficial ou não exauriente sobre o direito afirmado pelo interessado no provimento", e, ao mesmo tempo, deve também o juiz constatar "a efetiva existência de um perigo para a incolumidade deste mesmo direito, em face da natural demora para a obtenção do provimento definitivo.
>
> Disso resulta, continua o autor, que "também a adoção dos provimentos cautelares deve vir adequadamente justificada, segundo as características da cognição realizada: com relação ao direito que fundamenta a cautela, trata-se de apresentar que mostrem a sua probabilidade, ao passo que em relação ao *periculum in mora* deve ser convenientemente demonstrada a sua efetiva ocorrência.[83]

A necessidade de motivação é inexoravelmente forma de controle da decisão, permitindo avaliação pormenorizada, visando a verificação da ocorrência ou não de eventual arbitrariedade. Permite tal regra, ainda, a efetivação do devido processo legal por meio de um pleno exercício do duplo grau de jurisdição, pois traz a lume a discussão do caminho adota para a decisão, facilitando sua análise, compreensão e eventual enfretamento, tanto pelas partes como pelos órgãos jurisdicionais superiores.

---

[83] Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2006, p. 72-73.

A imposição de medidas cautelares pessoais demandam fundamentação adequada, pois neste campo não possui o magistrado poderes discricionários, sendo relevante notar que a necessidade de indicação concreta de seus pressupostos e requisitos afasta a utilização de fórmulas genéricas de etilo, hipótese caracterizado de motivação aparente e, portanto, inexistente, o que macula de nulidade a decisão.

O magistrado deve mencionar de maneira clara, precisa e completa, mesmo que sintética, os fatos que o levaram a tornar necessária uma medida em detrimento de outra, permitindo-se até motivação implícita quanto à capitulação legal da infração, com o emprego da classificação realizada tanto no inquérito policial como na denúncia ou queixa.

Por força da excepcionalidade da prisão cautelar, que somente pode ser aplicada subsidiariamente se as demais medidas cautelares não forem necessárias ou adequadas, o juiz deve obrigatoriamente partir da medida de menor intensidade para as de maior grau, justificando motivadamente as razões da opção pela medida efetivamente imposta, não se exigindo, todavia, que se pronuncie exaustivamente sobre a inadequação ou insuficiência de cada medida possível. Por outro lado, especialmente no caso de decretação da prisão cautelar o magistrado deve explicitar, mesmo que forma sintética, mas completa, as razões pelas quais as demais medidas cautelares alternativas não prosperaram como capazes de eliminar a situação de perigo.

No mais, cumpre observar que a Lei 12.403/11, de forma inequívoca, exigiu motivação adequada tanto para a decisão impositiva de medida cautelar de natureza pessoal ao acusado, como para a decisão que relaxe prisão ilegal ou conceda ao acusado ou réu liberdade provisória, consoante inteligência do artigo 310 e artigo 315, ambos do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhes foi dada.

5.4.4 Requisitos intrínsecos

5.4.2.1 Adequação ou idoneidade

> De acordo com Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, o princípio da justificação teleológica compreende a análise dos *princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*. De forma sintetizada, pode-se dizer que a *idoneidade* diz respeito à finalidade da ingerência (isto é, da medida restritiva) na liberdade do acusado. A *necessidade*, por sua vez, merece ser analisada em comparação a outros possíveis meios alternativos, a fim de ver se a medida não pode ser, de alguma forma, evitada. Por fim, a *justificação teleológica* introduz, na ponderação de valores que há de ser realizada por conta da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, aqueles valores que deverão ser protegidos pela adoção da medida limitativa.[84]

A adequação é o primeiro subelemento da proporcionalidade, exigindo que a medida cautelar seja idônea a apropriada a atingir o fim que com que com se pretende atingir. Os meios e os fins buscados devem ser adequados entre si, implicando uma verificação se a medida é apta ao alcance da finalidade perseguida.

Em síntese, necessário analisar se a medida cautelar é idônea, adequada ou apropriada a arrostar o perigo objeto da cautela, destacando-se que as finalidades das medidas cautelares de natureza pessoal estão legalmente previstas no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, a saber, a necessidade para a aplicação da lei penal, para investigação ou para a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais. Ainda, não se pode ignorar que na análise da adequação não há como deixar de lado o que determina o artigo 282, II, do Código de Processo Penal, ou seja, a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente.

Referida concepção está de acordo com a característica fundamental e básica das medidas cautelares de natureza pessoal, qual seja, a instrumentalidade.

---

[84] Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2006, p. 71.

O juízo de adequação nada aponta sobre qual meio mais apto deva ou deveria prevalecer, uma vez que não dá conta sobre qual seria aquele com maior ou menor eficácia, determinando somente se um caminho é ou não útil e apropriado. A escolha da medida mais idônea para consecução da finalidade pretendida por representar a alternativa menos gravosa ao direito sacrificado, bem como para afastar a situação de perigo constitui questão relegada ao exame subsequente da sua necessidade.

No exame da adequação da medida cautelar de natureza pessoal é relevante precípua e fundamentalmente a relação de causalidade entre a medida preferencialmente aplicável e a situação de perigo a ser afastada, resultando, assim, a necessidade imperiosa de estabelecimento do fim a ser alcançado por meio da correta individualização do *periculum in mora.*

A adequação, a rigor, se caracteriza como um paradigma negativo, pois tem por objetivo a eliminação dos meios inadequados ou inidôneos a proporcionar a realização do fim almejado com a medida cautelar de caráter pessoal.

> Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo.[85]

Inegavelmente, a prisão preventiva é uma das medidas adequadas para arrostar a situação perigo relacionada quer à orem pública, quer à instrução criminal ou à aplicação da lei penal e, uma vez presentes seus pressupostos e requisitos, tal medida cautelar de natureza pessoal seria apta e elegível, em tese.

Entretanto, com o rompimento do odioso binômio prisão e liberdade aquela passou a ser a *extrema ratio* da *ultima ratio*, com aplicação subsidiária na hipótese de inadequação ou insuficiência das medidas a ela alternativas. Assim, em razão da excepcionalidade e subsidiariedade da prisão cautelar o magistrado obrigatoriamente deverá verificar a adequação

---

85 Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p 590.

das medidas, partindo das menos para as mais gravosas, sob pena de violação à progressividade das restrições das cautelares e o direito do acusado em sua individualização.

A adequação constitui claro paradigma de natureza pragmática, relacionado com o princípio da proibição do excesso constitucionalmente estabelecido, exigindo, ainda, "que as ingerências facilitem a obtenção do êxito perseguido em virtude de sua adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação". [86]

As medidas cautelares de natureza pessoal devem ter duração e intensidade idôneas ao fim almejado, ou seja, se a custódia for imposta exclusivamente para a conveniência da instrução criminal será caso de sua revogação logo após o término desta, o que denota a provisoriedade da medida. A par disso, a cautelar processual penal deve ser apta à individualização de seu sujeito passivo e à proibição de inapropriada extensão em sua incidência, tanto que em Portugal para a maioria das medidas de coação é imprescindível a prévia constituição do arguido sem a qual não se admite sua aplicação.

Além disso, as medidas cautelares de natureza pessoal devem ser qualitativamente adequadas para atingir a finalidade pretendida, devendo ser aptas intrinsecamente, reiterando-se que, no exame da adequação, deve ser analisada a relação de causalidade entre a medida cautelar e o *periculum libertatis*.

Se a situação de perigo for relacionada com a possibilidade de fuga do acusado, uma medida idônea para arrostá-la, por exemplo, seria o comparecimento periódico a juízo, ao passo que, entre outras, a proibição de frequência a determinados lugares e a proibição de manter contato com pessoa determinada seriam medidas inadequadas por não se prestarem à finalidade pretendida.

Já se a situação de perigo for relacionada com a investigação ou instrução criminal, uma medida idônea para arrostá-la seria a proibição de acesso ou frequência aos locais de

---

[86] Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el processo penal.** Madrid: Colex, 1990, p. 99.

trabalho, residência, lazer, estudo ou culto religioso de vítimas, testemunhas ou de seus familiares, ao passo que, entre outras, a internação provisória seria medida inadequada por não possuir relação de pertinência com o fim almejado.

Ainda, se a situação de perigo for relacionada com a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, seriam medidas adequadas para arrostá-la, por evitarem a prática de novas infrações penais, o recolhimento domiciliar, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica e a monitoração eletrônica, entre outras.

> Evidente que se, no exame do *periculum libertatis*, a cautelaridade já se apresentar em seu grau máximo (a fuga para o exterior é iminente; o imputado já ameaçou de morte a vítima ou testemunhas e está na iminência de realizar o mal pretendido; a gravidade concreta do crime, revelada por suas circunstâncias e especial modo de execução, evidencia o alto grau de periculosidade do agente, com prognóstico de reiteração criminosa), a prisão preventiva será potencialmente elegível desde logo, mas cumprirá ao juiz demonstrar porque as medidas cautelares dela diversas se mostram inadequadas para promover o fim de debelar a situação de perigo identificada.[87]

[87] Rodrigo Capez. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015, p. 321-322.

5.4.2.2 Necessidade ou subsidiariedade

À medida cautelar de natureza pessoal não basta ser idônea e adequada, devendo ser inclusive a menos gravosa entre as possíveis. Na análise da adequação, dentre as medidas permitidas, devem ser destacadas aquelas que se amoldam na relação de meio e finalidade. Já no juízo de necessidade, o magistrado deve eleger, em meio às medidas destacadas, aquela que impuser o menor gravame ao acusado.

No exame da necessidade, otimiza-se gradualmente as limitações aos direitos individuais, obrigando o Estado a recorrer preferencialmente às medidas menos invasivas de tais direitos dos indivíduos, observando-se, para tanto, o grau de eficiência da cautela em função da finalidade a ser alcançada e o grau de restrição do direito fundamental discutido, com prevalência da medida menos gravosa apenas quando aquela for de igual forma eficaz em vista da finalidade pretendida.

Preconiza-se, assim, a intervenção mínima, a alternativa menos gravosa e a proibição de excesso em meio às medidas potencialmente adequadas para se almejar os fins buscados. O subelemento da necessidade engloba uma escolha comparativa entre as medidas aptas a atingir o fim a que a providência cautelar se dispõe, devendo o Juiz identificar e eleger aquela que implique na menor restrição ao direito de liberdade, sem prejuízo do resultado concreto e da eficácia da restritiva, não se devendo, porém, ter em vista o mais eficaz, mas, sim, o suficientemente eficiente.

> No processo penal, isso deve levar a lei a prever outras medidas de restrição, que sejam menos gravosas do que a completa privação de liberdade, com ocorre na prisão preventiva, mas que possam satisfazer igualmente as exigências cautelares antes mencionadas. Do mesmo modo, cabe a juiz, na apreciação do caso concreto, adotar, dentre as alternativas existentes no ordenamento e idôneas ao fim pretendido, aquela que implique a menor restrição possível à liberdade do acusado.[88]

[88] Antonio Magalhães Gomes Filho. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 27.

Ainda, na análise da necessidade, não pode o julgador dar exagerada relevância à gravidade abstrata do crime, pura e simplesmente assim considerada, pois tal hipótese não é apta a lastrear situação de perigo da ordem pública por ocasião do *periculum libertatis*, requisito essencial para análise e imposição de quaisquer medidas cautelares de natureza pessoal.

> Quando se examina a eventual necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, depara-se, em certos casos, com uma zona de penumbra entre a gravidade abstrata e gravidade concreta do crime. Apresenta-se a delicada pergunta: as circunstâncias e o modo de execução do crime são normais e ínsitos ao tipo penal, ou o fato se reveste de particularidades graves e relevantes?
>
> Neste ponto, o juiz, além da exação na avaliação da situação fática, deve ter em mente que a exceção que autoriza a prisão preventiva por esse fundamento (circunstâncias do fato e especial modo de execução, reveladores do maior grau de periculosidade do agente) não pode ser distorcida e expandida, a ponto de se tornar a regra. Considerar qualquer conduta que simplesmente se subsuma no tipo penal como de especial gravidade, para justificar uma prisão preventiva, nada mais é do prender pela mera gravidade abstrata do crime e estabelecer, de forma inconstitucional, uma modalidade de prisão preventiva obrigatória.
>
> No exame da necessidade, é preciso, uma vez mais e sempre, ter presente a natureza real da situação de perigo e o grau de cautelaridade concretamente exigido, para aferir qual a medida idônea, eficaz e menos gravosa.[89]

[89] Rodrigo Capez. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015, p. 323-324.

5.4.2.3 Ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito

O subelemento da ponderação é o subelemento mais importante da proporcionalidade em sentido amplo, pois constitui seu fundamento precípuo, seu cerne, sua essência, sua razão de ser, pois somente a partir da análise das medidas cautelares sob seu prisma é que se poderá assentar se uma ação invasiva estatal de direitos fundamentais é proporcional ou desproporcional, tanto que razoavelmente a este arquétipo também se atribui a nomenclatura de proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação tem por objetivo impedir que a medida cautelar de natureza pessoal seja mais grave que a finalidade pretendida ou que a punição que provavelmente seria imposta em hipótese de eventual condenação, visando verificar, então, se o meio escolhido estaria ou não em razoável proporção com o fim visado.

A proporcionalidade requer uma justa medida entre os meios legais e os fins atingidos, buscando impedir as medidas desproporcionais e excessivas. Assim, este requisito aponta para uma indispensável ponderação, um contrapeso entre bens e valores em conflito, ou seja, a justiça de uma cautelar exige um balanço real e efetivo entre os bens que esta quer preservar e os direitos fundamentais que podem ser restringindos, impedindo que um se sobreponha sobre o outro.

> Em outros termos, a ponderação promovida no exame da proporcionalidade em sentido estrito avalia a importância da intervenção em um direito fundamental e os sacrifícios acarretados por esta medida a seu titular e aos demais integrantes da sociedade, comparando-a com a importância que se atribui à realização do objetivo colimado por esta intervenção, em outras palavras, as vantagens que decorrem desta limitação. Para realizar o exercício de ponderação, cabe ao intérprete comparar a intensidade de cada lado desta balança e estabelecer entre estes objetivos normativos uma relação de precedência condicionada, o que fornece a resposta sobre a constitucionalidade ou não da intervenção estatal em determinado direito fundamental.[90]

[90] Marianna Moura Gonçalves. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2011, p. 95.

Cumpre notar, sob o ângulo da ponderação, se o sacrifício a ser imposto ao direito individual é razoável e proporcional com a relevância do interesse do Estado que se busca resguardar, como maneira de se eleger a medida cautelar de natureza pessoal mais justa ao caso, de forma que se o sacrifício for excessivo aquela cautela imposta será considerada fatalmente inadmissível.

A ponderação situa-se no centro da conhecida tensão existente entre os interesses estatais e os interesse individuais – que se refletem em sede de processo penal nos interesses estatais referentes à persecução e as correlatas garantias do acusado – e de forma a resolvê-la, constituindo, assim, a pedra de toque no sentido de afastar restrições em excesso aos direitos e garantias individuais fundamentais, mas sem se perder de vista que "se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional".[91]

Por meio da proporcionalidade em sentido estrito é necessário se verificar qual o sacrifício que a medida cautelar de natureza pessoal irá impor no cotidiano do acusado, devendo, bem por isso, se debruçar sobre as peculiaridades do caso e a personalidade do réu e, também, em lógico e regular desdobramento, se deverá ter conhecimento sobre qual a quantidade de pena prevista para o crime objeto dos autos.

> Este subprincípio implica o entendimento de que há uma relação justa e adequada ente os benefícios obtidos com a medida e os meios empregados para leva-la a termo. No tocante à prisão cautelar (ou qualquer outra medida cautelar), estará ela, portanto, justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outras palavras, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do investigado ou acusado for razoável (ante os juízos de idoneidade e necessidade da cautela) e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao sujeito passivo da medida.
>
> Na dicção de BOVINO (1998, p. 153) trata-se de impedir 'que a situação do indivíduo ainda inocente seja pior do que a da pessoa já condenada, é dizer, de proibir que a coerção meramente processual resulte mais gravosa que a própria pena. Em consequência, não se autoriza o encarceramento processual, quando, no caso concreto, não se espera a imposição de uma pena privativa de liberdade de cumprimento efetivo. Ademais, nos casos que admitem a privação antecipada da liberdade, esta não pode resultar mais prolongada que a pena eventualmente aplicável. Se não fosse assim, o inocente se acharia, claramente, em pior situação que o condenado.
>
> [...]

[91] Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p 590.

> Daí por que o juiz, ao analisar pedido de prisão preventiva, ou mesmo se já preso o acusado, para manter a custódia de forma legítima, deverá avaliar, diante das circunstâncias concretas deduzidas na acusação e já recolhidas na instrução criminal, se a pena que resultará de eventual sentença condenatória justifica o encarceramento preventivo, porquanto é bem possível que a sanção criminal que se antevê aplicável ao caso concreto seja bem inferior ao máximo cominado em abstrato para o ilícito penal em apuração. Com efeito, aparenta irrazoável suprimir a liberdade de alguém a título de prisão-cautela, se essa pessoa, ao cabo do processo, não será efetivamente encarcerada a título de prisão-pena.[92]

Neste diapasão, a Lei 12.403/11 limitou a imposição de quaisquer medidas cautelares às infrações cuja pena cominada seja a privativa de liberdade, bem como a prisão preventiva originária aos casos em que tal pena cominada não exceder quatro anos. Assim, o legislador de antemão realizou ponderação em abstrato entre o interesse da persecução penal e o direito individual de liberdade, optando pela prevalência deste ao pressupor que a preventiva será sempre desproporcional na subsunção de tais fatos à norma processual predisposta.

Ora, a ponderação, no caso, decorre do fato da possibilidade de regime inicial aberto para o cumprimento de pena e a eventual substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, em inteligência aos artigos 33 e 44, ambos do Código Penal. A rigor, se a prisão preventiva fosse aceita em nestas situações as vantagens que poderiam ser alcançadas pela consecução de se debelar a situação de perigo decorrente do *periculum libertatis* não se coadunariam com os sacrifícios a que o réu estaria sujeito.

Por outro lado, interessante observar que mesmo nos casos em que a pena máxima cominada for superior ao limite previsto em Lei não se imporá necessariamente alguma medida cautelar, em especial a prisão provisória, pois se em perspectiva, analisando-se os reais elementos existentes no feito, se observar que, em caso de condenação, não ocorrerá a realização de pena privativa de liberdade, a custódia cautelar fatalmente restará desproporcional e inadmissível.

Destarte, não apenas a *extrema ratio* da *ultima ratio* estará sujeita ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, mas todas e quaisquer medidas cautelares de caráter

---

92 Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 96-97.

pessoal. Então, se a vantagem projetada em prognóstico indicado não sustentar o nível de limitação sugerido, resultando em ônus excessivo ao réu, tais medidas também deverão ser consideradas desproporcionais.

Por exemplo, a medida cautelar alternativa a prisão preventiva de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades, aparentemente uma das menos invasivas de direitos fundamentais, não deve ser imposta em intervalos que inviabilizem, entre outros, o exercício de profissão por parte do acusado, de maneira a comprometer sua subsistência, sob pena de desproporcionalidade, o que faz evidenciar, também, que o exame da ponderação não se restringe a um direito fundamental precipuamente protegido, mas a quaisquer outros que mesmo obliquamente possam ser afetados pela invasiva ação estatal.

> Em suma, para reprovação de uma medida cautelar pessoal no exame da proporcionalidade em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. A desproporcionalidade em sentido estrito, portanto, não atinge somente as intervenções graves. Uma intervenção leve, que careça de justificação adequada, será desproporcional em sentido estrito.[93]

[93] Rodrigo Capez. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015, p. 332.

6. PRISÃO PROVISÓRIA E A LEI 12.403/2011

6.1 Prisão em flagrante

6.1.1 Conceito e natureza jurídica

No *ancien régime,* a prisão em flagrante tinha sua razão de ser claramente vinculada à clássica concepção de certeza visual do crime, o que significava para alguém detido nesta situação assim remanescer até a final entrega da jurisdição, quer com uma decisão condenatória ou absolutória. Então, imperava a regra da presunção de culpa, traço de uma cultura autoritária dominante.

Com o passar do tempo, a concepção dominante foi sendo modificada, começando a prevalecer um novo princípio, qual seja, o da presunção de não culpabilidade, mais adequado com um Estado Democrático de Direito que se consolidava sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, mitigando-se, assim, a violação do direito individual à liberdade.

Entre nós, com o advento da "constituição cidadã", promulgada aos 05 de outubro de 1988, rompendo definitivamente anterior regime de exceção em vigor, foi estabelecido o estado de inocência como princípio modulador do sistema de prisões, deixando de ser o réu, portanto, simples objeto do processo.

Neste contexto, a prisão deixou de ser mero ato de autoridade. Sua natureza alterou-se paulatinamente, assumindo um viés de cautelaridade lastreado na preservação dos fins do processo em si. O cárcere passou a ter uma caraterística de excepcionalidade, deixando de ser a regra, uma vez que alguém jamais a ele poderia estar sujeito provisoriamente se o ordenamento possibilitasse medidas diversas e alternativas menos gravosas, mas, também, eficientes quanto às garantias e finalidades da marcha processual.

À luz deste novo paradigma, a liberdade provisória passa a constituir verdadeiro direito individual, não tendo mais razão de ser a sustentação da prisão em flagrante ou mesmo a decretação de prisão preventiva simplesmente ante a existência de uma acusação de qualquer natureza contra qualquer indivíduo. Desta forma, tendo em vista uma cautelaridade premente da prisão provisória, necessária a análise e presença de seus pressupostos e requisitos, quais sejam, o *"fumus boni juris"* e o *"periculum in mora"*.

A manutenção da prisão provisória evoluiu como medida excepcional, somente podendo ser imposta nos restritos termos previstos em Lei e se necessária para a preservação da sociedade e dos fins do processo, uma vez que ao se assegurar seu normal desenvolvimento fica garantida a efetivação de eventual punição futura, resguardando-se os valores sociais em geral e proporcionalmente os direitos e garantias individuais.

A natureza precipuamente cautelar da prisão provisória, especialmente a prisão em flagrante e a prisão preventiva, é consolidada, evidenciando-se, de um lado, se preservar a sociedade de ações ilegais futuras e, de outro lado, se resguardar a finalidade do engendrar processual e a eficácia da atividade estatal de dizer o direito.

Nos termos do artigo 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo em casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Já o artigo 306, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, determina que

> A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
>
> § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
>
> § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Etimologicamente, o termo flagrante é oriundo do latim *flagrans, flagrantis*, significando algo a queimar ou em chamas, exigindo, pois, tal situação atualidade e visibilidade.

A prisão em flagrante caracteriza-se como modalidade de prisão cautelar, sendo, a rigor, espécie de medida cautelar de segregação provisória do autor de um delito, com natureza inicial administrativa, podendo ser realizada por qualquer do povo ou por agentes policiais.

Por ter natureza jurídica de segregação provisória de alguém que comete um delito, com caráter inicial administrativo, exige-se por ocasião do flagrante somente a aparência de tipicidade, não sendo necessária qualquer valoração mais profunda sobre a ilicitude e a culpabilidade, caracterizando a tipicidade o *fumus comissi delicti*, o qual é patente e evidente ante a mencionada visibilidade da situação flagrancial. Já no tocante ao *periculum libertatis* é ele presumido quando se trata de delitos em pleno andamento, uma vez que evidente a lesão à ordem pública e à própria Lei.

O flagrante, em si, caracteriza-se como ato auto executório justificado pelas circunstâncias que o caracterizam e pelo interesse em interromper específica ação criminosa em andamento ou impedir seu agente logo em seguida, dando azo à apuração dos fatos, sendo seu fundamento a urgência, tanto que, como já frisado, permitido constitucionalmente, o que, por si só, já afasta quaisquer argumentos sobre eventual ilegitimidade ou ilegalidade desta modalidade de prisão.

Por outro lado, à luz das disposições vigentes, notadamente a legalidade e a reserva da jurisdição, muito embora a necessidade de urgência na resposta judicial à uma situação flagrancial, visando se consolidar a efetividade a ação estatal em impedir e investigar um fato criminoso, imprescindível a pronta análise judicial dos pormenores do flagrante.

Ora, tal atuar é necessário em virtude desta medida ser violadora de um direito fundamental (liberdade), sistemática essencial em um Estado Democrático de Direito que tem como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana, o que, de uma forma ou de outra, torna a prisão em flagrante uma medida notoriamente precária.

> Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial.
>
> Com esse sistema, o legislador consagrou o **caráter precautelar da prisão em flagrante**. Como explica BANACLOCHE PALAO, o flagrante – ou la *detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante.
>
> A instrumentalidade manifesta-se no fato de a prisão em flagrante ser um *strumenti dello strumento* da prisão preventiva, ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou, nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante.[94]

Se a liberdade é a regra e a custódia uma exceção, com prevalência do estado de inocência em respeito à liberdade individual, em detrimento de uma odiosa presunção de culpabilidade antes do trânsito em julgado de eventual condenação, não teria mais razão de ser a manutenção da prisão em flagrante lastreada em simples ato de autoridade e com força para determinar a permanência de alguém em custódia até final julgamento do feito, devendo doravante fundamentar-se em outro ato racionalmente motivado a partir de premissas claramente estabelecidas, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

A prisão em flagrante, portanto, foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, visando impedir a realização de um crime e a violação ao bem jurídico protegido, evidenciando a efetividade da ação estatal, assumindo, contudo, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa de maneira instantânea.

---

[94] Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50-51.

Assim, o magistrado não mais deve se restringir a verificar a formal regularidade do flagrante, sendo necessariamente obrigado a justificar ser o caso, ou não, de prisão preventiva, à luz de todos seus pressupostos e requisitos, ou seja, do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, em inteligência ao do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

> Também no tocante à prisão em flagrante, a despeito de caracterizar-se como um título autônomo de custódia cautelar, ou pré-cautelar como prefere, *inter alia*, CHIAVARIO (2000, p. 358), essa medida de cunho pessoal somente perdura como válida se incabível a liberdade provisória, com ou sem fiança. Tal é a ilação que se faz da leitura do artigo 5º, incisos LXV e LXVI, da Constituição Federal, ao disporem, respectivamente, que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" e que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.
>
> Na verdade, a prisão em flagrante perdura somente até o momento em que o juiz, ao receber o respectivo auto flagrancial, na dicção do artigo 310, irá: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.[95]

[95] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 82.

6.1.2 Fundamento, cabimento e relaxamento

> O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5º, LXV CF). Ressalte-se, no entanto, que, analisada e mantida pelo juiz, passa a ter conteúdo jurisdicional, tanto que a autoridade coatora é o magistrado que a sustentou, tão logo dela teve conhecimento.[96]

À luz do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, o Juiz de forma fundamentada, com motivação detalhada, visando se vislumbrar as razões do proceder decisório, facilitando, inclusive, o controle, quer pelas partes, quer pelas Cortes Superiores, deverá, entre outras opções relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312, também do Código de Processo Penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou, finalmente, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por ora, deixando de lado as situações relacionadas com a conversão do flagrante em preventiva e a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cujo estudo está reservado alhures, nos itens seguintes 6.3 e 7.2, respectivamente, neste momento o foco da análise será a abordagem do relaxamento da prisão em flagrante, com alguns de seus pormenores e possíveis desdobramentos.

Nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

---

[96] Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** Rio de Janeiro: Revista do Tribunais, 2011, p. 589.

Prossegue o artigo 302, do Código de Processo Penal, dando conta que

> Considera-se em flagrante delito quem:
>
> I – está cometendo a infração penal;
>
> II – acaba de cometê-la;
>
> III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
>
> IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

As duas primeiras hipóteses elencadas pelo mencionado dispositivo legal, especificamente em seus incisos, I e II, são conhecidas como flagrante próprio. No primeiro caso, evidencia-se a ideia de visibilidade, coincidindo com a possibilidade de alguém demonstrá-la por meio de prova direta, o que dá a tal situação flagrancial maior confiabilidade. Já no segundo caso, interessante notar a expressão "acaba de cometê-la", o que traz à lume um sentido de absoluta imediatidade, devendo, portanto, o autor do fato ser localizado imediatamente depois da prática do delito, sem qualquer intervalo de tempo. Assim, esta segunda situação se adequa perfeitamente ao conceito de flagrante propriamente dito, tendo em vista não haver lapso temporal entre a realização do evento típico e a custódia precautelar. Enfim, essas duas modalidades de flagrante se diferenciam, porque enquanto em uma delas o agente é surpreendido no decorrer do *iter criminis*, na outra o agente é flagrado ao recentemente ter cessado a prática da conduta descrita, do verbo nuclear inserido no tipo penal.

A terceira hipótese elencada pelo mencionado dispositivo legal, especificamente em seu inciso III, é conhecida como flagrante impróprio ou quase flagrante. Neste caso, a expressão "logo após" é menos intensa que aquelas utilizadas nas duas outras hipóteses anteriores, o que a caracteriza como mais frágil, sob o ponto de vista da legalidade, tendo em vista seu afastamento da realização do núcleo da figura típica penal, apontando alguma incerteza dos elementos que a legitimam. A expressão "logo após" engloba o lapso temporal necessário para os agentes de autoridade esclarecerem detalhes fundamentais dos fatos, notadamente no local de sua ocorrência, colhendo provas para sua elucidação, dando início, então, à perseguição de seu autor. Entretanto, fundamental frisar que tal lapso temporal se não

confunde com alguma medida específica de tempo, como por exemplo, em horas, uma vez que a busca pode até levar dias, desde que sem solução de continuidade.

Já a quarta e última hipótese elencada pelo mencionado dispositivo legal, especificamente em seu inciso IV, é conhecida como flagrante presumido ou ficto. Neste caso, a expressão "logo depois" possui o mesmo significado que o termo "logo após" utilizado na hipótese de flagrante impróprio, tendo, portanto, as mesmas características e fragilidade daquela, sob o ponto de vista da legalidade. Não é imprescindível, contudo, que ocorra perseguição, sendo suficiente para a prisão que alguém seja achado em situação suspeita.

Por outro lado, com relação aos pormenores em que tal prisão precautelar pode ser efetivada, interessante analisar situações que comumente são nominadas como flagrante compulsório, flagrante facultativo, flagrante preparado, flagrante esperado, flagrante fabricado, flagrante nos crimes habituais e permanentes e, ainda, o flagrante nos crimes de ação penal de iniciativa privada e nos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Em inteligência ao já mencionado artigo 301, do Código de Processo Penal a prisão em flagrante poderá ser efetivada por qualquer do povo, ao passo que as autoridades policiais e seus agentes deverão sempre realizá-la quando presentes suas hipóteses autorizadoras. Assim, percebe-se que as autoridades policiais e seus agentes compulsoriamente são obrigados a efetuar a prisão em flagrante, não havendo margem discricionária para análise sobre sua conveniência ou não, o que decorre logicamente do poder de polícia da função pública na qual são investidos. De outra banda, quaisquer do povo não investidos do poder de polícia poderão ou não efetuar a prisão em flagrante, tendo em vista não possuírem tal função precípua.

Entretanto, nos termos do artigo 2º, II, da Lei 9.034/95

> Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas.
>
> [...]

> II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Assim, as autoridades policiais e seus agentes poderão postergar a realização do flagrante para momento posterior, desde que mais adequado sob o ponto de vista da persecução penal e somente nos casos de organização criminosa, possibilitando-se o nominado flagrante protelado ou diferido em função da permanência destes crimes, mas logicamente se tal situação for demonstrada quando da efetivação da prisão precautelar. Enfim, trata-se de uma autorização legal, excepcionado as regras previstas nos artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal.

> *Flagrante preparado* ou *provocado* (também chamado de delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador): na definição de Damásio de Jesus, "ocorre crime putativo por obra de agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consume" (*Direito penal*, 123. Ed., Saraiva, 1988, v. 1, p. 176). Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. Neste caso, em face da ausência de vontade libre livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica. Esta é a posição pacífica do STF, consubstanciada na Súmula 145: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". [...]
>
> *Flagrante esperado*: nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. Esta á a posição do STJ: "Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador" (RSTJ 10/389). [...]
>
> *Flagrante forjado* (também chamado de fabricado, maquinado ou urdido): nesta espécie, os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no interior de um veículo substância entorpecente. Neste caso, além de, obviamente, não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade.[97]

[97] Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316-318.

Consoante determinação legal expressa do artigo 303, do Código de Processo Penal, nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, pois a consumação destes delitos com a subsunção da conduta à figura típica prevista nos respectivos tipos penais, notadamente seu núcleo consubstanciado no verbo, se protrai no tempo enquanto perdurar a atividade delituosa.

Já nos crimes habituais não há falar em prisão em flagrante, pois tai infrações penais para seu aperfeiçoamento necessitam da prática reiterada de determinados atos, como por exemplo, no crime de exercício ilegal de medicina. Desta forma, não se poderá precisar com a certeza necessária, no momento em que um dos atos componentes da cadeia da habitualidade estiver sendo realizado, se tal seria mero ato preparatório, de execução ou de consumação.

No tocante aos crimes de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, nada impede a prisão em flagrante, mas após sua efetivação com a captura ao autor do fato deverá a vítima autorizar a lavratura do respectivo auto de prisão em flagrante ou ratifica-la dentro do prazo da entrega da nota de culpa, sob pena de relaxamento.

Com relação a esses delitos – aqui incluindo, entre outros, as contravenções penais em geral, cujo flagrante é possível em virtude do artigo 302, do Código de Processo Penal, se utilizar da expressão "infração penal" – interessante notar, à luz do postulado da proporcionalidade, que

> Trata-se de uma questão que, atualmente, reveste-se de pouca relevância prática, pois esses delitos, na sua imensa maioria (e a quase totalidade daqueles de iniciativa privada), são considerados de menor potencial ofensivo, abrangidos, portanto, pela Lei 9.099/95.
>
> Determina o art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 que "ao autor do fato que, após a lavratura do termo (circunstanciado), for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante (...)".
>
> Logo, não existe prisão em flagrante em crime de menor potencial ofensivo, esvaziando a discussão (muito mais teórica do que prática) em torno dos crimes de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação.[98]

[98] Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

Nos termos do artigo 304, do Código de Processo Penal

> Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)
>
> § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.
>
> § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.
>
> § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)
>
> § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Por se tratar o flagrante de modalidade de prisão realizada sem o crivo judicial é extremante relevante sua formalização, diferenciando-se, assim, a captura em si do auto de prisão em flagrante.

O preso em flagrante deverá ser apresentado à autoridade competente, em regra o Delegado de Polícia da região em que o delito foi praticado. Normalmente, se o autor do delito se apresentar espontaneamente não será o caso de lavratura do auto de prisão em flagrante, pois a Lei não se refere a tal situação.

Mais a mais, de se destacar que a autoridade policial nada sabia sobre o caso até o advento da apresentação espontânea, quebrando eventual nexo de continuidade entre a prática do delito e a prisão, não demais lembrar que ante a natureza precautelar desta espécie de custódia não faria sentido sua efetivação quando o próprio autor do fato colabora com a sociedade ao procurar as autoridades estatais, viabilizando formal indiciamento.

Ao ser apresentado o preso à autoridade policial esta deverá lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante, observando todas as formalidades previstas no dispositivo legal retro mencionado. Porém, a autoridade poderá não ratificar a voz de prisão anteriormente emitida pelo condutor, relaxando o flagrante, deixando, portanto, de lavrar o auto, formalizando o ato.

Tal poderá ocorrer se a autoridade entender não estarem presentes as hipóteses de flagrante em si ou, ainda, se constatar *prima facie* e de forma clara a existência de alguma causa excludente de ilicitude, como por exemplo, a legítima defesa. Enfim, o juízo sumário administrativo poderá acontecer sempre em situações evidentes de ausência de um delito.

A autoridade policial tem o dever de comunicar ao preso o direito de ficar calado e de constituir advogado, nos termos do artigo 5º, LXII e LXIII, da Constituição Federal, bem como, à luz do já mencionado artigo 306, do Código de Processo Penal, informar imediatamente ao Juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra.

O preso tem direito a ser interrogado, ato que deverá observar, no que couber o previsto nos artigos 185 a 195, do Código de Processo Penal, ressaltando-se algumas adaptações necessárias em função da natureza inquisitiva do inquérito policial que fatalmente será iniciado a partir do auto de prisão em flagrante, aliás, uma das peças hábeis a tanto, ou seja, não se permitirão perguntas à partes, ao Ministério Público e à defesa.

O interrogatório é ato obrigatório, ou pelo menos, a possibilidade formal desta, não sendo o preso obrigado, contudo, a responder às perguntas a ele formuladas, tendo em vista o direito ao silencio que a Constituição da República lhe confere, direito esse, inclusive, a ele atribuído desde o momento da captura, uma vez que

> a prisão em flagrante, enquanto captura, é diversa da formalização que se segue, por meio do auto de prisão em flagrante delito. E, por isso, deve-se entender que o preso deve ser assim considerado desde o momento da captura, e não apenas na formalização do auto de prisão, sendo-lhe assegurados desde logo, todos os direitos constitucionalmente garantidos, entre eles o direito ao silêncio.[99]

[99] Marta Cristina Cury Saad Gimenez. **Direito ao silencio na prisão em flagrante.** In: Geraldo Prado(Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 435.

Ainda, deverá a autoridade policial, em até 24 horas, providenciar documento que informe ao preso a razão de sua prisão e a identidade de quem o prendeu (artigo 5º, LXIV, da Constituição Federal), entregando, portanto, a ele nota de culpa (artigo 306, § 3º, do Código de Processo Penal), bem como, caso o autuado não informe o nome de seu advogado deverá encaminhar cópia integral ao auto de prisão em flagrante à defensoria pública, preservando-se a ampla defesa.

Em igual prazo, o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz que deverá, precipuamente, tendo em vista a excepcionalidade e a natureza precautelar de tal custódia, analisar se a prisão foi efetivada de forma correta, quer de maneira intrínseca, ou seja, se estavam presentes ou não as situações de flagrante previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, quer de maneira extrínseca, ou seja, se todas formalidades legais previstas tanto na Constituição Federal como especialmente nos artigo 304 e 306, do Código de Processo Penal, foram observadas.

Não se verificando a observância de quaisquer dos requisitos intrínsecos ou extrínsecos, a prisão em flagrante deverá ser relaxada pelo magistrado, justificando tal situação em função da presunção de inocência e do resguardo do direito à liberdade, regra geral que atualmente deve prevalecer, entre nós, em detrimento da extrema medida de encaminhamento de alguém ao cárcere.

Sem prejuízo, em razão da natureza precautelar da prisão em flagrante e das características fundamentalmente cautelares de quaisquer outras medidas pessoais privativas ou restritivas de liberdade – salvo a prisão temporária – deverá o Juiz analisar ser o caso de conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes seus pressupostos e requisitos e se revelarem insuficientes ou inadequadas as medidas cautelares a ela alternativas ou de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Todavia, consoante já ressaltado, tais possibilidades outras do engendrar do julgador serão oportuna e detidamente analisadas alhures.

6.2 Prisão preventiva

6.2.1 Conceito e natureza jurídica

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência. Pode ser decretada pelo Juiz tanto na fase de inquérito policial como em processo penal, mas necessariamente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tendo em vista se caracterizar como espécie de prisão sem pena, não é demasiado asseverar que a preventiva é prisão provisória de natureza cautelar, a qual tem por objetivo garantir a harmonização da ordem pública, o sucesso da produção de provas e a efetividade da lei penal.

> Em *sentido amplo*, prisão preventiva é toda privação de liberdade efetuada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; é o gênero das prisões anteriores à sentença definitiva.
>
> Em *sentido estrito*, prisão preventiva é medida cautelar, processual penal, típica, pessoal, privativa de liberdade individual, consistente no encarceramento do indivíduo ante do trânsito em julgado da sentença condenatória, decretável pela autoridade judiciária competente, de ofício ou mediante provocação, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, estando devidamente preenchidos os pressupostos e requisitos legais e restando evidenciada sua necessidade, idoneidade e proporcionalidade, com o escopo de acautelar o processo criminal.
>
> A prisão é *medida excepcional*, que só ocorre em situação de real necessidade fundamentada. Visando ao desenvolvimento do processo criminal, sem aplicar punição antecipada ao réu ou ao indiciado, resta evidenciado seu caráter *rebus sic standibus*, ou seja, a manutenção da prisão preventiva fica condicionada à existência concreta dos requisitos autorizadores da custódia. Dessa forma, quando verificar a falta do motivo que ensejou a decretação, nos termos do artigo 316 do Código de Processo Penal: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.[100]

Com a evolução do instituto, no seio do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, a prisão preventiva deixou de ser obrigatória e baseada em mero ato de império decorrente de presunção de culpabilidade. Assim, sob o princípio da presunção de inocência a prisão preventiva assume natureza evidentemente cautelar, exigindo-se para sua para sua imposição o pressuposto positivo do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

---

[100] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207.

Para tanto, necessária uma probabilidade baseada em indícios graves de culpabilidade. Neste ponto, se faz presente a incidência da regra geral da cautelaridade por meio da qual não é imprescindível prova plena, bastando a prova indiciária baseada na possibilidade do acusado ser o autor do fato criminoso.

A par disso, deve estar evidenciado o *periculum libertatis*, o qual é lastreado na garantida da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na garantia de aplicação da lei penal. O clamor popular não autoriza a prisão preventiva, pois não se pode aplicá-la somente em função da gravidade abstrata do fato, sendo importante se verificar sua necessidade a fim de se impedir a ocorrência de futuro delitos.

Diante da nova sistemática introduzida pela Lei 12.403/11, rompeu-se o sistema bipolar de prisão e liberdade com a introdução legal de várias medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. Assim, a prisão preventiva passou a ter um caráter subsidiário, nos termos do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, podendo ser imposta somente em última hipótese e, também, em situação de descumprimento das demais medidas cautelares, mas desde que adequada e necessária.

A prisão preventiva passou a se sujeitar ao sistema geral cautelar introduzido pelo artigo 282, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, orientando-se pelo postulado da proporcionalidade, novo paradigma estabelecido, passando a ser exigida somente quando presentes seus requisitos e pressupostos a apontar para sua necessidade e adequação proporcional ao caso concreto, denotando-se seus fins legítimos à luz da preservação do processo.

A prisão preventiva, da mesma forma que as demais medidas cautelares de natureza pessoal a ela alternativas, deve ser aplicada, inclusive, na necessidade de se evitar a prática de infrações penais, sempre na garantia da ordem pública e com sua adequação à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Para a decretação da prisão preventiva, contudo, requer-se algo mais que simples necessidade. Exige-se que a medida seja imprescindível para a preservação do processo, o que a caracteriza como excepcional, aliás, conforme já frisado. Desta maneira, mesmo se verificada sua urgência e necessidade a medida somente poderá ser aplicada na ausência de medida menos radical a ela alternativa passível de garantir a investigação ou o processo penal.

Evidencia-se a excepcionalidade da prisão preventiva no impedimento legal de sua concessão *ex officio* na fase de investigação criminal (artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11), condicionando-a, no mais das vezes, a situações mais adequadas de modo a restringi-la e tornar menos factível sua imposição. É o que se percebe, também, quando o legislador de antemão – por entender ser hipótese de desproporcionalidade – proibiu a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal em geral e da custódia cautelar em particular para as infrações a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11).

Além disso, fazendo-se novamente um juízo *prima facie* do postulado da proporcionalidade, houve restrição da admissão da prisão preventiva, por exemplo, para crimes dolosos com pena superior a quatro anos ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (artigo 313, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/1).

Enfim,

> a reforma instituída com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, proporcionou mudanças significativas na regulamentação normativa de forma a deixar ainda mais evidente a importância e a excepcionalidade desta modalidade de prisão sem pena, que só terá cabimento quando não for possível a imposição de outras medidas cautelares menos severas (artigos 282, § 6º, e 283, § 1º, ambos do CPP).[101]

[101] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

6.2.2 Hipóteses de cabimento

Como sói, a Lei 12.403/11 alterou a bipolaridade então existente entre prisão e liberdade provisórias, acrescentando diversas medidas cautelares alternativas ao cárcere, mas, como poderia deixar de ser, estabeleceu, também, nova roupagem à prisão preventiva em si, modificando, para tanto, a redação de alguns dispositivos do Código de Processo Penal que merecem, no meu sentir, integral transcrição para uma melhor compreensão em posterior análise, a saber:

> Artigo 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.
>
> Artigo 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.
>
> Artigo 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;
>
> 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.
>
> Artigo 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.

A prisão preventiva consolidou-se como prisão de natureza cautelar, devendo observar, portanto, certos pressupostos e requisitos, adequando-se sua incidência ou não ao postulado da proporcionalidade, tendo em vista sua subsidiariedade, devendo ser aplicada apenas quando não adequadas ou suficientes as medidas cautelares a ela alternativas.

A prisão preventiva poderá ser decretada, tanto na fase de investigação como na fase do processo penal, a pedido do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, mas somente será possível sua decretação de ofício já no curso da ação penal corretamente instaurada.

E isso porque,

> quando já tiver sido instaurada a ação penal, o Juiz Criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é, nem se assemelha, a um interesse de parte. A relação, ou relações jurídicas, ou, enfim, a situação jurídica que define o processo penal é completamente distinta daquela(s) do processo civil. Não se busca naquele (processo penal) a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas de toda comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.
>
> Aliás, no que tange à possibilidade da prisão preventiva de ofício pelo juiz no curso do processo, nosso posicionamento alinha-se ao disposto no art. 311, CPP, estruturando-se a partir de limites e das possibilidades abertas pelo contexto de aplicação do princípio acusatório que rege o sistema processual brasileiro.
>
> Porém, no curso das investigações, o panorama se altera. Afinal, nessa fase da persecução, o juiz deve resguardar sua imparcialidade e ater-se ao papel de *tutor de garantias e da legalidade*, analisando e decidindo a partir da atuação da Polícia Judiciária e do Ministério Público, aos quais foram constitucionalmente atribuídas funções investigatórias. Destaque-se, inclusive, que o destinatário das investigações – e, logo, do inquérito – é o Ministério Público, sendo vedada ao juiz uma postura ativa no que tange aos atos e providências necessárias à apuração dos fatos.[102]

À luz da nova sistemática adotada pela Lei 12.403/11, a prisão preventiva poderá ser decretada autonomamente, ser decorrente da conversão do flagrante ou imposta em substituição à medida cautelar a ela alternativa, reiterando-se, uma vez mais, que a segunda hipótese será objeto de estudo a parte nesta obra (item 6.3), reservando-se a este tópico a análise das duas demais situações restantes.

---

[102] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120-121.

> Segundo dispõem o § 3º, do art. 282 do CPP, que se refere a todas as medidas cautelares previstas no Título IX, Livro I, do CPP, em que se encontra inserida a prisão preventiva, ressaltados 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.
>
> Embora não esteja expresso no texto da lei, a intimação neste caso tem por escopo proporcionar a manifestação da *parte contrária* sobre o pedido cautelar, estabelecendo, desta maneira, contraditório prévio à decisão que, todavia, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida poderá anteceder à manifestação da *parte contrária*, quando então deverá ocorrer o contraditório diferido, assim compreendido aquele que incidirá *após* a decisão judicial.[103]

Para além da prova da existência do crime e indícios suficientes quanto à autoria, da vinculação à garantia da ordem pública, da ordem econômica ou à tutela da eficácia do processamento, quer por conveniência da instrução criminal, quer para aplicação da lei penal, antecipando o juízo da proporcionalidade, o legislador balizou a aplicação da prisão preventiva, limitando e disciplinado hipóteses de cabimento, as quais deverão ser analisadas antes do debruçar pormenorizado de seus pressupostos e requisitos.

A prisão preventiva autônoma é a prisão preventiva genuína ou propriamente dita, exigindo tanto os elementos de urgência previstos no artigo 312, "caput" e parágrafo único, do Código de Processo Penal, como a presença das hipóteses estabelecidas no artigo 313, incisos e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

> A identificação e a atribuição de uma função *autônoma* à prisão preventiva são possíveis na medida em que se constata a possibilidade – e a efetividade – de seu manejo independente, desvinculado das hipóteses em que se faça aplicada/aplicável em reforço cautelar, *substituindo* medidas cautelares outras que não se mostraram eficazes em tutelar a efetividade do processo ou evitar a reiteração criminosa (art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, e art. 313, III, todos do CPP).
>
> Embora a Lei 12.403/11 destaque o caráter subsidiário da prisão preventiva, tal ênfase não pode ser interpretada enquanto determinante ao manejo prévio de outra cautelar, de modo que seu cabimento (da preventiva) só se faça possível se constatada a ineficácia da(s) cautelar(es) que anteceda(m).
>
> Fato é que, diante das condições pessoais do agente e das circunstâncias fáticas que componham determinado contexto, a prisão preventiva pode apresentar-se, de plano, como medida necessária, proporcional e, mesmo, a única adequada para o efetivo

---

[103] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

> cumprimento das finalidades acautelatórias à efetividade do processo e à ordem pública (ou econômica).[104]

A modificação efetuada pela Lei 12.403/11 no tocante às condicionantes de cabimento da prisão preventiva autônoma foi substanciosa, apresentando-se como expressão plena da natureza subsidiária e excepcional daquela, antecipando alguns paradigmas para sua aplicação, os quais são a ela exclusivos, não encontrando paralelo algum nas demais medidas cautelares de natureza pessoal a ela alternativas.

Em primeiro lugar, cumpre notar a condicionante objetiva relacionada a todas as medidas cautelares de natureza pessoal, qual seja, a limitação de sua aplicação às infrações às quais seja prevista pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.430/11.

Atualmente, para a decretação da prisão preventiva não mais se diferencia o delito em função da espécie de pena privativa de liberdade, ou seja, reclusão ou detenção. A rigor, foi estabelecido um patamar de gravidade abstrata do delito, fixando o dolo como norte, limitando o cabimento da custódia cautelar autônoma aos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima cominada superior a quatro anos.

Ainda, nas hipóteses de concurso de crime necessariamente dolosos, em atenção aos artigos 69, 70 e 71, do Código Penal, as repercussões no tocante à soma ou majoração das penas cominadas deverão ser levadas em conta para efeito da possibilidade de incidência ou não da prisão preventiva, não sendo demais frisar que as qualificadoras e as causas de aumento e diminuição também deverão ser levadas em conta para tanto, prevalecendo, assim, a correta adequação típica da conduta. Neste diapasão, as circunstâncias atenuantes e agravantes, por sua vez, em nada repercutem no critério objetivo para balizamento de decretação ou não de preventiva, tendo em vista que não alteram o trato da pena em razão de suas naturezas genéricas.

---

[104] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109-110.

> A maior inovação, portanto, foi a substituição do critério *reclusão-detenção* pelo critério *quantidade da pena*, indicado no inciso I do artigo 313 do CPP. Passa então a caber prisão preventiva, como regra, contra autores de **crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos**, o que afasta, em princípio, a possibilidade da cautela contra autores de crimes culposos e, evidentemente, de crimes com pena máxima igual ou inferior a esse patamar.
>
> O crime mais atingido pela novel legislação é o de furto, que, pelo novo critério, não permite mais a medida extrema, salvo se cometido na sua forma qualificada, em que a pena máxima salta de 4 para 8 anos, ou então se praticado em situação de concurso de crimes (material, formal ou continuado). Nestas últimas hipóteses, seguindo a mesma lógica que motivou a edição das súmulas nº 243 do STJ e 723 do STF, a pena será acrescida ou somada – de acordo com a regra própria prevista no Código Penal – de modo a, necessariamente, ultrapassar o limite máximo de 4 (quatro) anos.[105]

O limite imposto legalmente para cabimento da preventiva, fixando como parâmetro a natureza dolosa do crime e a quantidade de pena aplicada é correta, razoável e atende ao postulado da proporcionalidade, tendo em vista o surgimento de diversas outras medidas cautelares alternativas ao cárcere, as quais tem por escopo, exatamente, atender uma gama de delitos de menor gravidade.

Tal regra geral de manejo da prisão preventiva está de acordo com a legislação penal atualmente vigente, a qual permite substituições e regimes menos gravosos de pena para infrações penais apenadas com pena igual ou inferior a quatro anos. Assim, para tais delitos, em regra, a imposição da custódia cautelar seria desnecessária e, portanto, desproporcional.

Outra hipótese de balizamento e limitação da prisão preventiva está relacionada à reincidência. Evidentemente, se não trata de hipótese de autorização da preventiva com base exclusiva nesta circunstância agravante, uma vez que em se tratando a prisão preventiva de medida cautelar devem estar presentes, precipuamente, suas pressupostos e requisitos.

A par disso, é possível a prisão preventiva neste caso mesmo que a penas máxima do delito em questão não ultrapasse quatro anos, justificando, assim, o destaque de tal situação pelo legislador, que entendeu ser ela grave o suficiente para lastrear a custódia cautelar, independentemente do máximo da pena abstratamente prevista para infração penal, permitindo-se asseverar, desde já, que as hipóteses de cabimento devem ser analisadas isoladamente e não em conjunto. Então, muito embora a existência da primariedade e da

---

[105] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 199.

ausência de antecedentes desabonadores, será possível a decretação da medida cautelar extrema se identifica outra situação para sua incidência.

Entende-se que a reincidência deve ser operada em relação a crime doloso, ou seja, o réu condenado anteriormente por crime doloso torna a sê-lo por outro crime de igual natureza, desde que a condenação anterior não tenha sido alcançada pelo período de prescrição da reincidência de cinco anos, nos termos do artigo 64, I, do Código Penal.

Aqui, também claro está o uso do postulado da proporcionalidade pelo legislador, uma vez que evidente a simetria entre o disposto legal em questão e aqueles que impedem a substituição condicional da pena e/ou sua substituição por restritiva de direito nos casos idênticos de reincidência em delitos dolosos, consoante inteligência dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

Já com relação ao cabimento da prisão preventiva referente aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, interessante ressaltar que a possibilidade de prisão preventiva na salvaguarda de direitos individuais de pessoas vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade, inicialmente mulheres que tenham sido vítimas de violência doméstica ou familiar, acrescentando, agora, à esta hipótese a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou pessoa com deficiência, com finalidade de assegurar a execução de medidas protetivas de urgência.

Não se trata de espécie de prisão preventiva obrigatória e muito menos a decretação da custódia sem a satisfação de outro requisito – o que seria defeso por violação do princípio da presunção de inocência – mas de medida cautelar extrema que se revele a única necessária a garantir a execução de medidas protetivas de urgência a estes casos relacionadas.

O artigo 22, da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, determina que

> Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

À evidência, a Lei 12.403/11 não criou nova hipótese de prisão preventiva ao estabelecer espécie de vulnerabilidade doméstica utilizada para dar efetividade a medida protetiva anteriormente aplicada, devendo, pois, sempre se observar quando de eventual decretação nestes casos os pressupostos e requisitos das medidas cautelares de natureza pessoal em geral.

> Pensamos que, quando muito, estando presentes o *fumus comissi delicti* e alguma das situações de *periculum libertatis* do art. 312, e sendo o crime doloso, o inciso em questão somente serviria para reforçar o pedido e a decisão. Mas, para tanto, deve-se analisar ainda qual foi a medida protetiva decretada, para verificar a adequação da prisão em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade. Do contrário, incabível a prisão preventiva, a nosso juízo.
>
> No mesmo sentido, CÂMARA adverte que se devem conjugar tais normativas com o princípio da adequação e com a subsidiariedade da cautela máxima, não podendo o juiz impor uma cautela menos gravosa *e* a prisão preventiva com o intuito de garantir a execução daquela. Deverá fazê-lo gradativamente, adverte o autor, valendo-se a prisão preventiva somente quando o apenamento projetado permitir – por imposição da proporcionalidade – e quando a proteção de direitos da mulher não for conseguida com medida menos gravosa.[106]

A completar o quadro das hipóteses de cabimento da custódia cautelar previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal, aparece a possibilidade de decretação da prisão provisória quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

---

[106] Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102.

Tal possibilidade de prisão preventiva se assemelha com um mandado de condução coercitiva para que, verificada uma das hipóteses previstas no artigo 3º, da Lei 12.037/09, seja o preso identificado criminalmente. Porém, se não confunde com a derrogada prisão para averiguação, bem como com a prisão temporária, muito embora para tanto preveja o artigo 1º, da Lei 7.760/89, situação parecida ao possibilitar esta última medida quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Neste caso, como não poderia deixar de ser em se tratando de medida cautelar, é fundamental a presença de seus pressupostos e requisitos, muito embora o *periculum libertatis* esteja limitado a uma situação de perigo circunscrita à falta de identidade civil, mas, bem assim, para sua adequação proporcional o legislador determinou a imediata colocação do imputado em liberdade logo depois de sua identificação, salvo se, em avaliação judicial, for necessária a manutenção da prisão por outro motivo diverso do presente ou a imposição de outra medida cautelar a ela alternativa.

A par da prisão preventiva autônoma ou prisão preventiva por excelência o legislador estabeleceu a hipótese de prisão preventiva decorrente de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares a ela alternativa.

Em inteligência aos artigos 282, § 4º e 312, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, no caso do descumprimento das medidas cautelares alternativas o magistrado poderá, de ofício, substituí-la por outra, efetivar a imposição cumulativa de mais de uma medida alternativa ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Nesta situação, a prisão preventiva exerce uma função eminentemente substitutiva ou subsidiária, visando garantir o acautelamento da investigação ou do processo, não assegurados pela medida a ela alternativa inicialmente aplicada. A prisão preventiva poderá ser aplicada excepcionalmente, em atenção ao artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, desde que cabível por inadequado ou insuficiente a substituição ou cumulação da medida cautelar descumprida por outra(s) menos gravosa(s).

O descumprimento da obrigação decorrente da medida cautelar alternativa não implicará, automaticamente a utilização da *extrema ratio*, mas tal será possível, desde que fundamentadamente persistam o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Sua utilização justifica-se após frustradas as tentativas possíveis de se assegurar o processamento por meios menos traumáticos, o que não significa, contudo, o necessário esgotamento de todas as cautelares antes que se chegue à custódia. Enfim, a recalcitrância do investigado no cumprimento de suas obrigações é que acaba por dar conta da inevitabilidade da medida extrema.

A prisão preventiva decorrente do descumprimento de medida cautelar a ela alternativa não depende do patamar máximo de pena privativa de liberdade cominado para a infração penal em questão ou da condição de reincidente em crime doloso do investigado ou acusado, sendo válido, portanto, para qualquer espécie de delito, uma vez que as medidas cautelares necessitam de credibilidade, respeitabilidade, utilidade e eficiência.

Ora, a possibilidade de decretação de prisão preventiva no caso de descumprimento de medida cautelar a ela alternativa não é hipótese de fundamento, mas de cabimento, ou seja, o legislador apenas buscou garantir a efetividade da medida anteriormente imposta, não havendo exigência de conjuração de quaisquer outras circunstâncias autorizadoras, salvo, logicamente, dos pressupostos e requisitos inerentes a quaisquer medidas cautelares de natureza pessoal.

> Conforme justifica ANDREY BORGES DE MENDONÇA: “Buscou-se uma válvula de escape para manter e estabelecer um mínimo de eficácia a todo o sistema de medidas cautelares criado pela nova legislação. Realmente se não fosse possível a aplicação da prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas alternativas, de nada adiantaria estabelecer um amplo leque de medidas cautelares à disposição do juiz para neutralizar o *periculum in mora* se, uma vez aplicadas e descumpridas, nada pudesse fazer. Sim, porque se o réu pudesse livremente descumprir as medidas alternativas à prisão sempre que a pena fosse igual ou inferior a quatro anos, sem que o magistrado tivesse qualquer instrumento para a proteção dos bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I, seria o mesmo que estabelecer e aceitar a completa ineficiência e ineficácia do sistema. Sem a possibilidade de existir a prisão preventiva como ameaça constante ao réu em caso de descumprimento das medidas alternativas, seria negar a própria eficácia às medidas alternativas à prisão, concedendo ao réu uma ‘faculdade’ de cumprir ou não as referidas medidas toda vez que a pena fosse igual ou inferior a quatro anos. Seria aceitar que o réu poderia solenemente desconsiderar a decisão do juiz e a medida alternativa imposta sem que existisse qualquer instrumento hábil para força-lo a não violar os bens jurídicos do

> art. 282, inc. I (necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação criminal e para evitar a prática de infrações penais)".[107]

A prisão preventiva é baseada em fatos que podem mudar ao longo do engendrar da investigação e do processo. Portanto, tal medida extrema, aliás, como quaisquer cautelares em geral, é passível de revogação, em atenção ao disposto no artigo 282, § 5º e artigo 316, ambos do Código de Processo Penal.

Por outro lado, embora haja a possibilidade de revogação da prisão preventiva há momentos em que o juiz deve se manifestar fundamentadamente sobre sua subsistência, uma vez que a prisão preventiva é a única modalidade de prisão provisória possível de ser decretada no curso da ação penal, nos termos do artigo 283, do Código de Processo Penal.

Assim, rompendo-se o paradigma da presunção de culpabilidade com a consolidação da presunção de inocência, não mais é admitido em nosso Estado Democrático de Direito quaisquer espécies de prisão provisória, devendo o magistrado, portanto, por ocasião da sentença condenatória definitiva de mérito e da pronúncia justificar sua manutenção, imposição ou revogação, conforme dispõe o artigo 387, § 1º, e artigo 413, § 3º, ambos do Código de Processo Penal.

> Sempre que o magistrado proferir sentença condenatória, impondo regime prisional, sem qualquer benefício alternativo, deve pronunciar-se, expressamente, a respeito da custódia cautelar do réu.
>
> Se estiver preso, durante a instrução, como regra, continuará nessa situação até o trânsito em julgado da decisão. Se estiver solto, visualizados os requisitos do art. 312 do CPP, deve ser decretada a sua prisão. Nada impede, ainda, que esteja preso e, proferida a decisão condenatória, não mais persistam os motivos da preventiva, permitindo a sua soltura. Enfim, cada caso deve ser analisado concreta e pormenorizadamente.[108]

A decisão a respeito da prisão preventiva, em quaisquer de suas modalidades deverá ser sempre motivada, nos termos do artigo 315, do Código de Processo Penal e artigo 93, IX, da Constituição Federal, justificando-se a fundamentação para uma correta verificação no

---

[107] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

[108] Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106.

caso concreto a respeito da modulação e aplicação dos pressupostos e requisitos que informam todo o sistema de medidas cautelares e previstos nos artigos 282 e 312, ambos do Código de Processo Penal.

> A decretação deve ser fundamentada de forma efetiva, não bastando mera referência quanto à gravidade genérica do delito ou à aplicação da lei penal. É necessário demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da custódia, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.
>
> A fundamentação deve ser baseada em motivos concretos e sólidos com razões fáticas e jurídicas justificadoras para a medida. Não é ilegal a **prisão preventiva** que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar (HC 68596/RJ – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – 6ª turma – 6/11/2007). O decreto prisional deve ser necessariamente fundamentado, não bastando mera referência quanto à gravidade genérica do delito ou à aplicação da lei penal. É dever do magistrado demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da custódia do paciente.[109]

A fundamentação da decisão a respeito da prisão preventiva é essencial para análise quanto à sua necessidade, adequação e proporcionalidade para acautelamento da persecução e do impedimento à reiteração criminosa, o que se deve verificar concretamente através de seus pressupostos da prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (*fumus comissi delicti*), bem como de seus requisitos de decretação, visando a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*).

Em outras palavras, a prisão preventiva e as medidas cautelares em geral deverão sempre ser aplicadas, observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e/ou para evitar a prática de infrações penais, não se podendo perder de vista a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

---

[109] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

6.2.3 Pressupostos

6.2.3.1 Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria

As medidas cautelares tem por característica a antecipação de um resultado que somente se alcançaria após longo debate, em contraditório visando a solução do conflito, assumindo natureza excepcional, devendo, portanto, se subordinarem a determinados pressupostos e requisitos, sem os quais não se legitimaria essa inversão na ordem natural dos acontecimentos.

Os pressupostos que norteiam as medidas cautelares, em geral, são dois. Em uma análise inicial daquilo que se convencionou como *fumus boni iuris*, necessária a apuração da probabilidade do direito alegado, atividade a ser realizada por meio de elementos concretos e objetivos, sendo imprescindível também a verificação de sua conformidade com o ordenamento jurídico para se possibilitar a concretude de sua decretação.

A probabilidade da existência de uma situação de fato com capacidade para esvaziar a atividade jurisdicional é algo mais que a simples possibilidade da ocorrência desta hipótese. O possível envolve aquilo que quase jamais acontece. Por sua vez, o provável alcança algo com maiores possibilidades de ocorrer do que não, estando muito mais próximo da certeza do que o meramente possível.

A análise da probabilidade da ocorrência de qualquer direito envolve a verificação de elementos da relação substancial subjacente, objetivando se constatar eventual nexo desta com a tutela cautelar requerida. Entretanto, a certificação da verossimilhança do alegado para o deferimento da medida cautelar almejada situa-se em um plano sumário mais distante daquele exauriente que se exige para a tutela principal definitiva, justificando-se, assim, para tanto o juízo de mera probabilidade e jamais de certeza.

A tutela jurisdicional penal tem o escopo precípuo dizer o direito, subsumindo o fato à figura típica, com fixação final de pena. A medida cautelar, por sua vez, instrumenta tal tutela, visando a completa efetivação da providência definitiva. Assim, pode o Estado até mesmo praticar atos coercitivos contra alguém, como por exemplo, a prisão preventiva.

A prisão preventiva tem por escopo salvaguardar o próprio êxito da punição do crime, com a tutela imediata do bem jurídico violado, evitando-se as consequências do atraso na prestação jurisdicional para o caso em concreto. Acautela-se para preservar futura execução da sanção penal, sempre de acordo com sentença condenatória definitiva. Baseia-se a prisão preventiva eventualmente imposta na probabilidade de condenação a fim de se não frustrar seu cumprimento e efetiva execução.

A prisão preventiva tem por pressuposto o *fumus boni juris*, melhor designado como *fumus comissi delicti,* tendo em vista que como em termos de investigação penal o que se deve levar em conta é a aparência de um crime, nesse âmbito pareceria inadequado se falar em bom direito, sendo mais própria a utilização de uma expressão melhor relacionado com um fato típico e antijurídico.

A decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal, exige o já mencionado pressuposto positivo do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, exigindo-se probabilidade do direito invocado baseado em elementos indiciários graves de culpabilidade. Necessário ressaltar que nesta fase aplica-se a regra geral do sistema cautelar, não se exigindo prova plena, sendo suficiente para o édito da custódia cautelar a existência de simples indícios, bastando a plausibilidade de ser o investigado ou acusado o autor do delito em tese a ele imputado, sendo, então, evidente uma gradação desta prova indiciária.

> Segundo Badaró, "é necessário, com relação ao *fumus boni iuris*, que haja **prova** da '**existência** do crime e **indício** suficiente de autoria'. Assim, quanto à materialidade delitiva é necessário que haja prova, isto é certeza de que o fato existiu. Neste ponto, há uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que para a caracterização do *fumus boni iuris* há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter **certeza**, não bastando a mera **probabilidade**. Já quanto ao outro elemento, relativo à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha **certeza** da autoria, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de **'indício suficiente'**, isto é, a **probabilidade** de autoria. Cabe destacar que, neste ponto, a expressão foi utilizada no sentido de uma simples 'prova leve' ou

> uma prova semi-plena de autoria. A cognição do juiz, portanto, não será sumária, mas exauriente. Para a decretação da prisão preventiva deverá haver **certeza** do cometimento do crime e **probabilidade** de que a pessoa em relação a quem se pede a prisão seja o seu autor.[110]

De qualquer maneira, deve haver certeza da materialidade de um delito cuja existência deve estar provada indubitavelmente. Já com relação à autoria não há necessidade de uma prova isenta plenamente de dúvida, bastando elementos probatórios a apontar para simples aparência de autoria caracterizadora de indício provável, não se exigindo certeza, mas, sim, probabilidade, não se adequando o *fumus comissi delicti* à mera possibilidade.

Indícios suficientes não são meros indícios, mas indícios veementes, significando convicção razoável e provável de que o investigado ou acusado possa ser o autor da infração penal ou que dela, pelo menos, tenha de alguma forma participado, não sendo demais lembrar que, todavia, tais indícios admitem necessariamente uma gradação.

> A prisão preventiva somente poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (CPP, art. 312). Ora, se há prova do crime e indícios de autoria, qual a razão para não ser oferecida denúncia? Como afirmar a existência de tais indícios para a decretação da prisão preventiva, se eles não são suficientes para lastrear o oferecimento da acusação formal? Na verdade, está-se diante de uma autêntica gradação de prova indiciária sob o influxo do princípio do *in dubio pro societate*. Os indícios para a conversão do flagrante em preventiva não são tão rigorosos quanto os exigidos para o oferecimento da denúncia, mesmo porque a prisão cautelar decretada no curso das investigações pode ser imposta inclusive para assegurar a sua eficácia e garantir novos acréscimos indiciários e indispensáveis à peça acusatória. [...]. Desta forma, nada impede que o Ministério Público requeira a conversão do flagrante em preventiva, diante da urgência e necessidade da medida bem como dos indícios de autoria, mas ainda não reúna todos os elementos para dar início, no prazo máximo de dez dias, sob pena de relaxamento daquela prisão, à persecução penal em juízo. Diferente, porém, a hipótese de inquérito policial relatado. Aqui, se o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia e requerer a devolução dos autos para diligências complementares, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva, pois, se concluídas as investigações ainda restarem indícios insuficientes de autoria, tanto que a denúncia deixou de ser oferecida, não seria razoável admitir a possibilidade de prisão provisória do indiciado.[111]

---

[110] Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 98-99.

[111] Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339-340.

Além do já mencionado pressuposto positivo, informa todo o sistema cautelar, em especial a prisão preventiva, o pressuposto negativo previsto no artigo 314, do Código de Processo Penal, ou seja, verificada hipótese de excludente de ilicitude ou de culpabilidade não há falar em *fumus comissi delicti*, pois nestes casos evidentemente não haverá probabilidade do direito invocado por inviabilidade do direito de punir.

Ora, se existir prova razoável de que o investigado ou acusado tenha praticado o fato típico sob o manto de uma das causas de exclusão de antijuridicidade previstas no artigo 23, do Código de Processo Penal, ou seja, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não há falar em prisão preventiva, tendo em vista a ausência de probabilidade de ilicitude da conduta. Então, mesmo não se exigindo prova plena da excludente, diante da gravidade da custódia cautelar, a dúvida beneficia o réu, impedindo a incidência da medida extrema.

> Resta claro, pela inequívoca redação do artigo 314 do CPP, que **não caberá prisão preventiva quando o agente houver praticado o crime** – independentemente de sua natureza ou gravidade – **em situação que, em juízo de verossimilhança, configure uma das excludentes de ilicitude** previstas no artigo 23 do Código Penal, haja vista que, em qualquer destas situações, faltará um componente do pressuposto inerente a toda cautela (*fumus comissi delicti*), i.e., a prova da existência de um crime, cujo conceito inclui a ilicitude do comportamento.[112]

[112] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 201.

6.2.4 Requisitos

6.2.4.1 Garantia da ordem pública e da ordem econômica

Para a concessão de quaisquer medidas cautelares fundamental a verificação da presença daquilo que se convencionou denominar *periculum in mora*. Necessário, portanto, se perceber a urgência resultante do perigo na demora em se obter a tutela jurisdicional definitiva, urgência essa decorrente não do mero perigo genérico, mas de concretude provável e razoável do dano em ocorrendo demora na intervenção estatal representada pela tutela cautelar.

Em processo penal, comumente tal requisito é conhecido como *periculum libertatis*, estando tais conceitos ou circunstâncias autorizadoras previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e ou garantia da aplicação da lei penal – , os quais, muito embora elencados especificamente para o decreto ou não da preventiva informam todo o sistema, tendo em vista suas nítidas características cautelares, quer do ponto de vista processual geral, quer do ponto de vista extraprocessual e social.

Esses arquétipos têm por objetivo designar situações de fato necessárias de proteção e sem as quais prisão preventiva alguma poderá ser decretada ou imposta, mas, destaque-se, tais hipóteses ensejadoras da custódia cautelar são alternativas em não cumulativas, bastando, portanto, uma delas para justificativa da medida.

O primeiro deles é a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, objeto de estudo específico neste item desta obra.

Muito embora discuta-se na doutrina a manutenção do conceito garantia da ordem pública, criticando-se sua manutenção por ser ele considerado vago e dissociado de uma função cautelar precípua, a rigor, outra alternativa não tinha o legislador, uma vez que este arquétipo é utilizado, inclusive, por países mais avançados do ponto de vista civilizatório do

que o nosso e que resguardam com muito mais acuidade os direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos, em especial o direito à liberdade.

O legislador poderia ter esclarecido, definido ou detalhado melhor o que viria a ser o abrangente conceito de ordem pública e ordem econômica, mas preferiu mitiga-lo, acrescentando-lhe apenas a ideia de evitabilidade de reiteração criminosa. Deixou, acertadamente a meu ver, a cargo do poder judiciário a interpretação da conceituação no caso concreto, com a utilização do postulado da proporcionalidade, o que reforça o estado democrático de direito, tendo em vista a necessidade pormenorizada de motivação das decisões judiciais, evitando-se, assim, indesejável ingerência legislativa neste setor, o que poderia causar perigosos direcionamentos interpretativos gerados previamente e em detrimento, portanto, da natural evolução dos conceitos e dos costumes relacionados às práticas delitivas em uma sociedade, afinal, em permanente mudança. Enfim, qualquer interferência, aqui, poderia dar margem a um cerceamento indevido da prisão cautelar.

> Apesar do justificável questionamento a respeito da natureza da pretensão cautelar com fundamento na proteção da ordem pública ou da ordem econômica, tais requisitos prisionais podem, em certo sentido, serem preservados, com manutenção da natureza cautelar quando a prisão tiver o escopo de assegurar o resultado útil do processo, de forma a impedir que o réu possa continuar a cometer crime, e resguardando o princípio da prevenção geral. [...]. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, apesar de rechaçar a cautelaridade no que diz respeito à ordem pública simplesmente em vista da gravidade do fato ou da violência empregada, tem entendido que pode haver motivação quanto a este requisito, havendo assim cautelaridade quando esta "**envolve, em linhas gerais, as seguintes circunstâncias principais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; b) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e c) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal". (HC 89238/SP, rel. Min. Gilmar Mendes,29.5.2007)**.[113]

Antes de mais nada, bom frisar que a condição garantia da ordem econômica foi incluída no artigo 312, do Código de Processo Penal, pelo artigo 86, da Lei 8.884/94, Lei Antitruste, nada mais sendo do que uma repetição do conceito garantia da ordem pública ou, quando muito, espécie deste gênero, levando em conta, em linhas gerais uma significativa lesão econômica e suas repercussões na ordem financeira, prejudicando a livre concorrência,

---

[113] Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 105-106.

relacionando-se, portanto, aos chamados “crimes de colarinho branco”, ou seja, delitos econômicos, financeiros e tributários.

A garantia da ordem pública implica na ausência de perturbação na paz pública, impedindo que alguém cometa outros crimes para manutenção da tranquilidade social, salvaguardando a credibilidade da justiça em virtude da gravidade do delito e de sua repercussão. Em outras palavras envolve elementos fundamentais como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira peculiar de execução e condições pessoais negativas do autor do delito.

O simples clamor social, a repercussão negativa do fato e a gravidade abstrata do crime, por si só, não são hábeis a justificar a custódia cautelar, a qual deve ser baseada na gravidade concreta do crime e a possibilidade também concreta de reiteração criminosa, com aferição da periculosidade do agente a partir das circunstâncias em que o crime foi cometido.

A garantia da ordem pública busca, no mais das vezes, impedir a reiteração criminosa, resguardando a sociedade de maiores danos, afastando de seu convívio alguém que pela maneira de execução do crime aponte uma periculosidade elevada. A possibilidade de cometimento de outros crimes somente justificará a decretação ou manutenção da prisão preventiva se demonstrada sua possibilidade concreta de ocorrência em razão da potencial periculosidade do autor do fato apontar para que ele, solto, volte a delinquir.

O magistrado deve demonstrar fundamenta e empiricamente a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, enquanto medida excepcional que é.

A gravidade do delito, reiterando-se, deve estar demonstrada concretamente. Assim, por exemplo, o roubo é um crime grave, mas somente a análise pormenorizada de suas circunstâncias assim evidenciará, uma vez que nem sempre o será no caso em concreto, aliás, consoante ocorre nos casos popularmente conhecidos como “trombada”, em que há uma linha muito tênue a ser verificada para se apurar se o crime foi de roubo ou de furto, ou seja, se a abordagem à vítima foi realmente arrebatamento violento ou mero apossamento clandestino com violência simplesmente dirigida ao objeto que se pretendia subtrair.

Ainda, a gravidade de um delito poderá estar relacionada à suas consequências geradas, como no caso do tráfico de drogas, no qual a quantidade apreendida costumeiramente coloca em maior risco a paz social ou, também, hipóteses relacionadas à organizações criminosas, que ordinariamente são claros fatores de intranquilidade na sociedade e em todos os níveis, desde a vida em comum, chegando até a atingir, infelizmente, o espaço das cadeias e presídios.

> A maneira destacada de execução tem o condão de gerar a excepcionalidade, criando o crime *anormal*, apto a evidenciar variados aspectos da criminalidade. A ousadia do agente, associada à premeditação, bem como aos mecanismos cruéis ou frívolos de execução, terminam por causar repulsa social além da conta. Normalmente, a destacada maneira de execução é capaz de provocar a repercussão social negativa.
>
> [...]
>
> As condições pessoais negativas referem-se à personalidade, aos antecedentes e à conduta social, elementos que serão, de todo modo, levados em conta por ocasião da aplicação de eventual pena (art. 59, CP). Na interligação, entre os princípios constitucionais penais e processuais penais, não se deve olvidar a individualização da pena em consonância com a individualização das medidas cautelares. Não há dúvida causar maior preocupação, no contexto da garantia da ordem pública, o agente ser reincidente em crime doloso, ter antecedentes criminais, personalidade sádica, perversa ou maldosa, além de péssima conduta social. Indiscutivelmente, tais elementos, constroem o liame necessário para se evitar a periculosidade do indiciado ou do acusado.[114]

Como já ressaltado, aliás, o clamor público não é fundamento suficiente para imposição da prisão preventiva cautelar como garantia da ordem pública, pois, na verdade, visa satisfazer sentimento de justiça, gerando insegurança jurídica. Além disso, desvirtua a custódia cautelar, uma vez seu objetivo não é antecipar penal alguma, mas apenas assegurar a efetivação do processo, violando, assim, o princípio da presunção de inocência, comprometendo o direito fundamental de liberdade.

> A garantia da ordem pública não resta caracterizada apenas pela comoção social causada nem pela gravidade genérica do delito. A justificativa em garantir a ordem pública na decretação da prisão preventiva ocorre quando ficar demonstrada, com base nos elementos concretos, a crueldade, revelada pelo *modus operandi* do crime e a habitualidade da conduta, bem com a necessidade de fazer cessar a reiteração criminosa. As condições pessoais do acusado quando favoráveis não são aptas, por si só, a impedir a prisão preventiva (conforme já decidiu o STF:" Circunstância de o paciente ser primário e ter bons antecedentes não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP. Ordem denegada." – (HC 91407/SP – rel. Min. Ellen Grace – j.

[114] Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 91-92.

> 10/06/2008); já quando desfavoráveis são acatadas como justificativas da prisão preventiva.[115]
>
> [...]
>
> Conforme orientação doutrinária e jurisprudencial pacífica não é fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva o singelo clamor popular ou a necessidade de serem preservadas a credibilidade e respeitabilidade do Poder Judiciário. Porém, quando isso for conciliado com a prova da materialidade, com os indícios suficientes de autoria a demonstração dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não há de se ter dúvida na decretação da prisão preventiva.[116]

De uma forma ou de outra, a necessidade e a adequação passam a orientar qual seria o escopo da prisão preventiva e das medidas cautelares pessoais em geral, do que se depreende, em uma primeira análise, que quaisquer delas somente poderão ser impostas à luz da técnica da cautelaridade, visando a preservação dos fins do processo. Todavia, em processo penal a imposição notadamente da custódia cautelar nem sempre cumpre uma instrumentalidade estrita, assumindo, no mais das vezes, uma função extraprocessual, o que se percebe exatamente quando de sua decretação para a garantia da ordem pública ou quando da aplicação para se evitar a reiteração criminosa, ganhando um viés de cautelaridade social.

Iniciado o processamento penal, as cautelares poderão assumir, além de sua natureza precipuamente instrumental, uma missão destinada a questões típicas de segurança pública, não se podendo subestimar, então, neste tema que se trata de providência caracterizada pela urgência na sua aplicação, sob risco de perecimento da efetividade da medida. As medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, consoante os termos da Lei 12.403/11, apenas podem ser impostas afim de se evitar a prática de infrações penais, delimitando-se, pois, o indeterminado conceito de garantia da ordem púbica, a impossibilitar interpretações muito mais abertas, sendo essencial, então, a demonstração da necessidade da medida para a garantia do processo.

> Quais seriam as causas suficientes a causar a intranquilidade social, legitimando, assim, a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública – e, portanto, proteção da comunidade? Pensamos que a resposta, em apaziguamento às incertezas, remete o intérprete/aplicador, primeiramente, ao disposto no art. 282, I (parte final), CPP, tomando enquanto *disposição geral* de manejo das cautelares pessoais, o que inclui a prisão preventiva sem afetar sua excepcionalidade. Do mencionado dispositivo extrai-se, portanto, o cabimento da custódia cautelar "para evitar a prática de infrações penais", o que, partindo-se do pressuposto de que já

[115] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.
[116] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215-216.

teria havido uma infração que justifique seu manejo, nada mais representa que a viabilidade de aplicação das medidas para *impedir a reiteração criminosa*. E isso em contextos, circunstâncias e condições pessoais de investigados ou acusados que se apresentem excepcionais análise do intérprete aplicador, as quais devem ser examinadas segundo suas particularidades. Assim, é e deve ser porque o Direito incide no mundo dos fatos, em suas infinitas possibilidades, não se admitindo que fique restrito a abstrações, até mesmo sob pena de esvaziar-se de sentido. [...]. Por óbvio que a força dos fatos capaz de caracterizar uma *probabilidade* de reiteração criminosa – e, assim, tornar *real* o risco à ordem pública, a gerar intranquilidade na comunidade em que tenham ocorrido – não se aufere da *gravidade abstrata do(s) crime(s)* ou de lucubrações (especulações) que convirjam no sentido da *possibilidade* de reiteração criminosa. A excepcionalidade a que se refere deve ser extraída dos elementos reais que componham o caso concreto e, caso se apure o atendimento às condicionantes do art. 313, bem como ao revisto no art. 312, CPP, é de se concluir pelo cabimento da prisão preventiva. [...] O que se deve, porém, restar definitivamente assentado é que a expressão *ordem pública* precisa, necessária e indispensavelmente, ser delimitada em seus contornos mínimos, de modo a permitir uma aplicação minimamente segura da hipótese de prisão que ela consagra. [...]. De outra sorte, não há como negar a consistência dos argumentos que recusam a natureza *cautelar* a semelhante modalidade de preventiva. Porém, sua marcada coerência está intrinsecamente relacionada a uma noção de *instrumentalidade* tomada de empréstimo da processualística civil, mais precisamente de seu *sistema cautelar*. [...]. O processo penal envolve fatos e direitos bem diversos daqueles que usualmente marcam as relações e os interesses postos em debate no processo civil, não se podendo confundir as instâncias, apesar de seus pontos de interseção. O processo penal guarda inafastável relação com interesses públicos, em regra indisponíveis, que demandam *cautelas* diversas das que se fazem possíveis e aplicáveis em tutela aos direitos discutidos no âmbito do processo civil. Noutras palavras, embora a prisão preventiva para garantia da ordem pública não se preste à cautela da efetividade do processo condenatório (relação *horizontal* de cautelaridade – *intraprocessual*), não se pode negar sua função acautelatória dos interesses públicos que nele estão em jogo, ainda que indiretamente (relação *vertical* de cautelaridade – *extraprocessual*). Daí por que entendemos legítima a previsão de cabimento da custódia preventiva em garantia à *ordem pública* como medida cautelar hábil a impedir a reiteração criminosa, até que – e se – aplicada, ao final, a pena privativa de liberdade (ainda que substituível ou passível de suspensão – *sursis*), por decisão condenatória que transite em julgado ao final de um devido processo penal. E não há de se confundir as funções preventivas (*finais*) da pena com a *cautela* (meio) que se pretende com a prisão preventiva, principalmente porque se dão em diferentes momentos, a partir de juízos de natureza diversa. Justamente em razão do exposto é que há de se ter e se assegurar redobrado controle em relação aos motivos expostos para justificar a medida, com a demonstração racional dos elementos fáticos e jurídicos que atestem sua *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade*. Também aqui, evidentemente, a decisão deve construir-se orientada por uma projeção racional da pena privativa de liberdade aplicável ao final do processo. E isso por ser inconcebível, ao menos em linha de princípio, que uma medida cautelar supere em gravidade – qualitativa ou quantitativa – a pena que, em última análise, possa advir de uma sentença condenatória transitada em julgado. Sem esse controle ou extrapolados os limites que por ele se definem, aí sim, em razão desse *excesso* não *aplicável* ao final do processo, se estará diante de uma antecipação de pena, em frontal violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).[117]

[117] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101-103.

6.2.4.2 Conveniência da instrução criminal

Interessante notar que muito embora a lei utilize a expressão conveniência da instrução criminal tendo em vista a natureza excepcional com que se reveste notadamente a custódia cautelar, tal expressão deve ser interpretada mais como necessidade e não como simples conveniência desta.

> E, vale acrescentar: além de a tutela a que se dirige a prisão preventiva na hipótese em comento não se restringir à *instrução criminal* (à fase de produção de provas no processo), abrangendo toda persecução, a palavra *conveniência* não transmite a real limitação que se impõe à decretação da prisão preventiva. Como se infere do disposto no art. 282, I, CPP, o manejo de toda e qualquer cautelar – mas, especialmente da preventiva – requer juiz de *necessidade*, que se faça demonstrada na exposição racional dos motivos determinantes à aplicação da(s) medida(s). A observação se faz relevante uma vez que, nesse âmbito, não há margens à *discricionariedade*.[118]

Na verdade, este conceito se refere à indispensabilidade na decretação da medida para fins de possibilitar um bom andamento do processo, ou seja, havendo outros meios para assegurar seu regular desenvolvimento não há falar na imposição da custódia cautelar.

O *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, no caso, está relacionado ao fato do acusado estar influenciando a colheita de probatória, impedindo que se chegue à verdade real se ele permanecer em liberdade. De toda sorte, tal situação de perigo é limitada, referindo-se apenas à atuação do acusado em virtude da produção de provas, ou seja, se estiver ele em atitude contemplativa, permitindo o desenrolar da investigação não haverá fundamento para que sua prisão seja decretada.

Trata-se de limitar a liberdade do acusado, buscando preservar a prova a ser coletada durante a instrução do processo de suas eventuais influências deletérias. Assim, uma vez encerrada a instrução não deve subsistir a prisão preventiva se decretada exclusivamente sob este fundamento.

---

[118] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

Todavia, deve ser demonstrado com dados concretos que o acusado, uma vez em liberdade, poderá suprimir elementos de prova indicativos de sua culpabilidade, intimidando vítimas ou testemunhas, destruindo provas documentais ou qualquer evidência do delito, tentado aliciar jurados, etc. Assim, justificam a decretação da prisão preventiva na conveniência da instrução criminal, entre outras possibilidades, proteger a integridade da testemunha ou vítima, impedir a adulteração, ocultação, destruição ou supressão de provas relevantes e obstar a influência, suborno ou conluio sobre corréus, jurados ou peritos.

> Além da prisão preventiva que tenha por finalidade assegurar a aplicação da lei penal, a custódia atrelada ao que a lei designou *conveniência da instrução criminal* (art. 312, CPP) também expressa o caráter instrumental que é da essência das cautelares, de um modo geral – o que, como já dito, na processualística penal se faz excepcionado pela prisão preventiva para garantia da ordem púbica ou da ordem econômica. Assim, também nesse caso – prisão preventiva por *conveniência da instrução criminal* –, está-se diante de uma cautelar *endopersecutória*, justamente por se apresentar como *instrumento* de tutela do próprio processo – ou mesmo da investigação! –, assegurando o desembaraço de seu curso.[119]

[119] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

6.2.4.3 Garantia da aplicação da lei penal

> É a cautela final, que visa impedir a fuga do indiciado ou acusado para garantir o resultado do processo. O perigo de fuga deve ser baseado em razoável probabilidade consubstanciada em fatos e circunstâncias concretas de subtração do acusado do procedimento persecutório criminal. A fuga do agente para caracterizar fundamento da prisão preventiva deve possuir algumas características: a-) a fuga tem que ser anterior à decretação da prisão; b-) a fuga tem que ser ilegítima. O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a fuga do réu do distrito da culpa é causa suficiente, por si só, para justificar a decretação da prisão preventiva como forma de garantia do cumprimento da pena.[120]

O *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, no caso, está relacionado ao fato do acusado inviabilizar a efetiva execução e pena a ser a ele imposta, sendo necessária a custódia cautelar em nome da efetividade do processo penal, envolvendo, no mais das vezes, um juízo arriscado sobre uma possível condenação que poderá ou não acontecer.

> A garantia de aplicação da lei penal também é limitada. Vincula-se, precipuamente, à potencial fuga do agente, evitando qualquer eficiência punitiva estatal. Não se trata de presunção de fuga, as de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto pode evidenciar essa potencialidade de desparecimento do cenário processual. Há indicativos: a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça. Em suma, é preciso visão fática do intuito do réu de se furtar à aplicação da lei penal.[121]

Dentre algumas hipóteses autorizadoras da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, entre outras, merecem, também, destaque a fuga do acusado logo após a prática do delito e não possuir ele residência fixa no distrito da culpa.

A simples condição de foragido, mantendo-se em local incerto e não sabido (l.i.n.s.), é circunstância de fato concreta a evidenciar o estado real de fuga do acusado.

---

120 Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214.

121 Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96-97.

Assim, clara está a possibilidade do acusado que se encontra nesta situação em se furtar à aplicação da lei penal, justificando, portanto, a custódia cautelar, visando a efetividade do processo penal.

Por sua vez, a não comprovação de residência fixa ou de ocupação lícita no distrito da culpa, não havendo nada, enfim, que o ali o radique, sem demonstrar a impossibilidade de fazê-lo por condições particulares do autor do fato, como por exemplo, ser morador de rua e/ou estar em condição de desemprego, associada eventualmente a outros fatores concreto, é condição mais que suficiente a demonstrar sério risco para decisão final do processo em virtude da provável evasão do réu, autorizando, então, a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal.

> Dependendo da demonstração fundamentada quanto à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, certo é que a decretação da custódia preventiva para esse fim requer análise e exposição contextualizada das circunstâncias e condições do investigado ou processado que evidenciem suas manobras no sentido de frustrar a aplicado da lei penal. Noutros termos: sua decretação requer seja demonstrado risco real de fuga.[122]

[122] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

6.3 Conversão do flagrante em preventiva

6.3.1 Análise do instituto sob o prisma da persuasão racional e proporcionalidade

Nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.403/2011

> Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
>
> I - relaxar a prisão ilegal; ou
>
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
>
> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
>
> Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Entre as novidades introduzidas pela Lei 12.403/2011, como das mais relevantes e fundamentais, ao lado da instituição das medidas cautelares alternativas à custódia, que rompeu o indesejável binômio prisão/liberdade, está a previsão necessária de análise pormenorizada da prisão em flagrante, visando seu relaxamento, conversão em preventiva ou concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. A rigor, tal previsão é consequência lógica do novo paradigma legal estabelecido à luz do princípio da presunção de inocência.

Incialmente, consoante, aliás, já salientado, o regime original do Código de Processo Penal ainda vigente indicava uma presunção de culpabilidade e, assim, a prisão em flagrante, baseada em mero ato de império, de autoridade, era bastante para legitimar o aprisionamento de alguém até final solução do feito, salvo se afiançável a infração penal ou se, mitigando tal presunção de culpa, se concluísse que o fato fora praticado sob alguma exclusão de antijuridicidade.

Entretanto, tal sistema autoritário foi sendo relativizado, passando a manutenção da prisão em flagrante depender da verificação de alguns dos conceitos informadores da prisão preventiva, mas, ainda, com forte resquício do princípio da presunção de culpa, com nítida inversão do ônus da prova para privação de liberdade, uma vez que se exigia do acusado a comprovação da ausência dos aludidos motivos ensejadores da medida extrema.

Já com a nova ordem constitucional de 1988 o sistema de prisões provisórias e de cautelares processuais penais de natureza pessoal em geral passou a ser lastreado no princípio da presunção de não culpabilidade.

Inevitavelmente, a Lei 12.403/2011, e em especial o artigo 310, do Código de Processo Penal, reorientou a legislação infraconstitucional sob este novo paradigma da presunção de inocência.

A prisão em flagrante tornou-se uma prisão precautelar e precária e a prisão preventiva uma prisão cautelar propriamente dita, com necessidade para sua decretação ou manutenção da verificação dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A prisão em flagrante foi mantida constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, LXI, por ser necessária única e exclusivamente para impedir a continuidade da ação criminosa, não sendo suficiente, porém, para manter o réu em custódia durante todo o processo, uma vez que, nos termos do artigo 5º, da Constituição da República, ninguém poderá permanecer preso ou ser levado ao cárcere se possível a liberdade provisória, denotando-se ser a liberdade a regra e a prisão uma exceção, a rigor, medida excepcional e extrema, justificando-se, assim, a necessidade de um controle jurisdicional imediato do flagrante.

Em um primeiro momento, o Juiz deverá analisar a formalidade do flagrante e relaxá-lo se considerá-lo ilegal, conforme já demonstrado no item 6.1 desta obra. Todavia, mesmo em se verificando patente a ilegalidade do flagrante com eu consequente relaxamento nada impede que o juiz decrete a prisão preventiva, desde que presente pelo menos um dos motivos dela ensejadores, nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Neste caso, as nulidades do flagrante ficam superadas com a superveniência de seu relaxamento pelo decreto de prisão preventiva, que passa a ser o novo título justificador da custódia cautelar. Assim, por se tratar de prisão preventiva genuína, autônoma e propriamente dita, há necessidade premente da observância das hipóteses de seu cabimento, em especial se encontrar a infração penal no rol previsto no artigo 313, do Código de Processo Penal.

> A não observância das formalidades do auto de prisão em flagrante não gera nulidade no inquérito policial ou processo-crime, originando apenas a invalidade do auto com consequente relaxamento da prisão em flagrante. A alegação da ilegalidade do decreto de prisão em flagrante, por ocorrência de vícios formais, torna-se preclusa com a prolação da sentença que condena o réu, amparada em provas colhidas durante a instrução. [...]. Sobrevindo decretação da custódia cautelar, resta superado eventual constrangimento ilegal decorrente do auto de prisão em flagrante. Nada impede que o juiz, ao reconhecer a nulidade da prisão em flagrante, possa decretar a prisão preventiva do acusado, desde que demonstre a necessidade da custódia cautelar. Cabe ressalvar que situações semelhantes entre réus não podem obrigar o juiz a relaxar a prisão em flagrante, até porque cada acusado deve ser examinado de maneira individual e de acordo com os fatos e as circunstâncias do caso concreto.[123]

Superada a análise da formalidade do flagrante, deverá o juiz verificar ser hipótese ou não de conversão do flagrante em preventiva, desde que se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Como se não trata de decretação de prisão preventiva propriamente dita, mas somente conversão de prisão em flagrante já existente em outra modalidade de prisão, não há falar na incidência das hipóteses de cabimento relacionadas no artigo 313, do Código de Processo Penal. Ou seja, será possível a conversão mesmo que não presentes tais situações, como em infrações cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, mesmo que não relacionadas a violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência ou, inclusive, nos casos em que o réu não for reincidente em crime doloso.

> Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz verifica a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva (CPP, art. 312 e parágrafo único). Ocorre que presentes tais requisitos, o crime não se encontra dentre as hipóteses permissivas dessa espécie de prisão (CPP, art. 313 e parágrafo único). Com efeito, segundo a nova lei, só cabe prisão preventiva para crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos (CPP, art. 313). Nos demais, mesmo que demonstrada a necessidade e urgência, a medida não poderá ser imposta. Imaginemos a hipótese, por exemplo, de um sujeito preso em flagrante por praticar, na presença de uma criança de 9 anos, ato

[123] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205-206.

> libidinoso a fim de satisfazer lascívia própria (CP, at. 218-A). Há indícios de ameaça à vítima e testemunhas, pondo em risco a produção da prova. O juiz constata a necessidade de decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a quatro anos. E agora? Entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que existente um dos motivos previstos na lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo. É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva, não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a quatro anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do CPP. Conforme se denota da redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, basta a demonstração da presença de um dos requisitos ensejadores do *periculum in mora* (CPP, art. 312), bem como a insuficiência de qualquer outra providência acautelatória prevista no art. 319. Não se exige esteja o crime no rol daqueles que permitem tal prisão.[124]

O juiz poderá converter o flagrante em preventiva ou impor medida cautelar a ela alternativa de ofício, sem necessidade de se ouvir qualquer interessado, nem o Ministério Público, nem a defesa, não ocorrendo, aqui, qualquer nulidade, muito embora seja recomendável tal procedimento, aliás, nos termos do que já ocorre por ocasião da audiência de custódia, o que será analisado mais detidamente alhures (item 6.5.1).

A possibilidade da concessão de medidas cautelares de natureza pessoal quando da análise do flagrante por parte do Juiz decorre do fato da não aplicabilidade no caso do artigo 311, do Código de Processo, impeditivo da imposição de ofício da preventiva pelo magistrado quando se estiver na fase de investigação policial, uma vez que disposto se refere somente aos casos de prisão preventiva propriamente dita, tanto que o próprio artigo 310, do Código de Processo Penal, ressalva alguma faz neste sentido.

Mesmo se isso não bastasse, justifica-se a imposição de ofício de medidas cautelares pelo magistrado quando da verificação do auto de prisão em flagrante em virtude das evidências circunstanciais que surgem diante dos veementes indicativos de autoria das provas, bem como porque o Juiz atua como guardião da legalidade da situação, em salvaguarda, inclusive dos direitos e garantias fundamentais, em nada inovando, no caso. Na verdade, neste ponto o julgador atua exclusivamente a verificar, sob a lente da proporcionalidade, se uma situação de fato consolidada se adequa ou não aos princípios e à legislação vigente, em especial a presunção de inocência.

---

[124] Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 334-335.

> Com efeito, a apreciação judicial acerca da validade da prisão é absolutamente válida e inclui aspectos mínimos ligados à valorização jurídico-penal do fato. Obviamente, o âmbito dessa análise judicial é bastante delimitado, considerando-se que durante a prisão em flagrante a qualidade dos elementos informativos dependerá sempre da natureza da infração penal. [...]. Por isso, nem sempre se poderá concluir que a decisão judicial acerca da tipicidade aparente do fato, só por ter sido tomada sem provocação do interessado, implicaria riscos de violação à imparcialidade do julgador, fundamento radical e último do princípio acusatório.[125]

De toda sorte, o ponto mais importante é a decretação ou não de algumas das medidas cautelares de natureza pessoal possíveis, não sendo demais lembrar que a prisão preventiva jamais poderá ser imposta, sob a égide do postulado da proporcionalidade, se for possível, adequada e suficiente a aplicação de medida cautelar de natureza pessoal a ela alternativa, tendo em vista, em inteligência ao artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, a subsidiariedade e excepcionalidade da medida extrema, ou melhor, da *extrema ratio* da *ultima ratio*.

A decisão em questão deve ser pormenorizadamente fundamentada, uma vez que limita direitos fundamentais, objetivando uma perfeita percepção das razões de decidir e a correta aplicação ou não do postulado da proporcionalidade, possibilitando-se pleno controle, quer pelas partes, quer pelos órgãos superiores, o que se coaduna com o Estado Democrático de Direito e, no caso, com o princípio da presunção de inocência, porque somente assim se poderá perceber a exata dimensão da cautelaridade do conteúdo decisório por meio da perfeita adequação da medida ao caso em análise.

A conversão da medida jamais poderá ser automática, devendo em sua fundamentação se observar o *fumus comissi delicti* e notadamente o *periculum libertatis*, demonstrando-se de forma razoável a existência de um perigo decorrente do estado de liberdade do autor do fato.

> Mas, mesmo que se tenha uma situação de perigo a ser cautelarmente tutelada, é imprescindível que o juiz a analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, anteriormente explicados, se não existe medida cautelar diversa, que, aplicada de forma isolada ou cumulativa, revele-se adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo.
>
> [...]
>
> Com a nova redação do art. 319 do CPP e a consagração de diversas medidas cautelares diversas da prisão preventiva, deverá o juiz verificar se o risco apontado

[125] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 132.

> não pode ser tutelado por alguma delas. [...]. Enfim, um leque de opções está ao alcance do juiz para tutelar o risco de liberdade do imputado, devendo a prisão preventiva ser – efetivamente – reservada para situações de real excepcionalidade.[126]

Uma vez verificada estar em termos a prisão em flagrante, não sendo o caso de manutenção da prisão do investigado, tendo em vista ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, deverá o magistrado conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (situação a ser melhor e detidamente analisada alhures no item 7.2 desta obra), em especial se ausente o *fumus comissi delicti*, por razoavelmente demonstrada causa de exclusão de antijuridicidade, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 14.403/2011.

> Portanto, ao consagrar o entendimento supracitado, o legislador tornou a prisão em flagrante em uma "subcautela", verdadeira "precautelar", como alude parte da doutrina, ao determinar que o magistrado deva decidir de forma fundamentada, aduzindo a presença dos elementos ou de circunstâncias autorizadores da prisão preventiva, de modo que venha efetivamente a decretá-la ou de outra parte, conceder ao preso liberdade provisória ou devolver-lhe imediatamente sua liberdade.[127]

---

126 Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-76.

127 Edilson Mougenot Bofim. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

6.4 A prisão domiciliar

Consoante o artigo 317, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.43/2011

> A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Prossegue, o artigo 318, do Código de Processo Penal Brasileiro, com a redação dada pelas Leis 12.403/2011 e 13.257/16, determinando que

> Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
>
> I - maior de 80 (oitenta) anos;
>
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
>
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
>
> IV - gestante;
>
> V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
>
> VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
>
> Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Para deferimento da prisão domiciliar devem estar presentes quaisquer das hipóteses previstas no dispositivo legal retro mencionado, destacando-se que deve haver prova idônea de tal fato, não bastando a mera alegação ou simples deduções ou presunções dela decorrentes.

Ainda, é de fundamental importância ressaltar que o legislador efetivou posteriormente ampliação da possibilidade de concessão de tal espécie da medida extrema, redimensionado algumas das situações permissivas.

Ora, enquanto o artigo 318, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, limitava o deferimento à gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, a Lei 13.407/2016, alterou o dispositivo em comento, passando a exigir, para tanto, apenas a demonstração da gestação, independentemente de seu período. Além disso, incluiu no rol permissivo mulheres com filhos com até doze anos de idade incompletos e homens, casos sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de filho, também, com até doze de anos de idade incompletos.

Na verdade, a prisão domiciliar é modalidade de prisão preventiva, sendo medida substitutiva e não alternativa da *extrema ratio*, possuindo uma carga mais efetiva de limitação dos direitos fundamentais do que as previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, tanto que diversamente destas e da mesma forma que aquela possibilita detração penal, hipótese que, inclusive, será melhor explorada oportunamente nesta obra no item 7.1.

> Não se deve confundir prisão domiciliar com o recolhimento domiciliar noturno previsto no art. 319. V, do CPP. Esse último consiste em medida cautelar alternativa diversa da prisão preventiva e pode ser aplicado a qualquer pessoa, mesmo não enquadrada nas hipóteses do art. 318 do CPP. A prisão domiciliar, por sua vez, é prisão preventiva cumprida no domicílio do agente, ou seja, o juiz verificou que nenhuma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Diploma Processual seria suficiente para garantir o juízo e decretou a medida excepcional da prisão preventiva. Entretanto, dadas as características peculiares e excepcionais do sujeito previstas nos incisos do mencionado art. 318, a restrição da liberdade poderá ser cumprida no próprio domicílio do agente. Aqui não se trata de recolhimento somente durante o período noturno, mas em período integral, já que se cuida de prisão preventiva e não de medida cautelar alternativa. Deve-se observar que tal modalidade se encontra disciplinada no Capítulo IV do Título IX, ao passo que as cautelares previstas no art. 319 se encontram no Capítulo V do mesmo título.[128]

[128] Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

6.5 Questões controvertidas

6.5.1 O Juízo de garantias e a audiência de custódia

Na esteira do afirmado quando da análise dos sistemas processuais, surge o projeto de Código de Processo Penal - PLS 156/09, o qual busca colocar o sistema pátrio definitivamente na preponderância acusatória em que vige o princípio dispositivo, pois afasta o juiz de direito da condição de senhor da prova, vedando sua iniciativa probatória ao destacar um juiz diverso daquele que vai julgar para acompanhar a fase investigativa, no bojo da qual, provas deverão ser requeridas e prisões analisadas. Porém, este juiz ficará equidistante das partes, restando-lhe fundamentalmente sua precípua função de garante das regras do jogo, deixando à polícia a função de investigar, aliás, especialmente sua, porém sob a fiscalização do Ministério Público.

De se destacar, também, a preocupação de se preservar a inocência e evitar arbitrariedades, determinando que o interrogatório na fase policial deva ter as mesmas garantias judiciais, com acompanhamento de advogado e, não sendo isto possível, este ato deverá ser postergado para a etapa judicial da persecução.

O juiz fará as perguntas posteriormente às partes e para fins de esclarecimento, visando com isso manter sua equidistância e imparcialidade, o que é, a rigor, discutível.

Quanto à atividade probatória em si, o juiz somente poderá atuar de maneira subsidiária às partes, ou seja, somente poderá determinar prova sobre algum ponto que já tenha chegado ao seu conhecimento por meio da atividade probatória das partes.

O PLS 156/09 tem como grande novidade a indicação dos princípios fundamentais do processo penal, entre quais se destaca o dispositivo/acusatório e exatamente por isso, mesmo sendo pouco provável imediata entrada em vigor, é interessante seu estudo, até porque pode servir de base para eventuais alterações no atual Código de Processo Penal, que o colocariam definitivamente nesta estrutura.

Ao assumir o alicerce acusatório o Projeto deixa claro ser com ele incompatível qualquer iniciativa do juiz no curso da investigação e também a assunção de funções probatórias próprias da acusação (artigo 4º do Projeto). Com isso se pretende afastar o juiz das

partes, a fim de se evitar ativismo judicial exacerbado, comprometedor da imparcialidade do magistrado.

Porém, a grande mudança de paradigma está na criação da figura do "juiz de garantias", à luz do artigo 15 do Projeto e a quem incumbe a função precípua de controle da legalidade da investigação e salvaguarda dos direitos e garantias individuais, destacando-o daquele magistrado que analisará a acusação, presidirá a instrução processual e finalmente decidirá a questão.

Definitivamente, a intervenção do juiz na fase preliminar será pautada pelo garantismo e não para assegurar a boa eficiência investigatória, pois o enfoque deixa de ser a preservação de provas, mas sim o resguardo da liberdade jurídica e a inibição de eventuais abusos.

Entre outras competências atribuídas ao magistrado, nos termos do artigo 15, do PLS 156/09, merecem ser ressaltadas receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º, da Constituição da República, receber o auto de prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543 e, notadamente, zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença, bem como decidir sobre a prisão provisória ou outra medida cautelar.

Possivelmente já sob sua inspiração, visando adequar nosso sistema a uma realidade preponderantemente acusatória, surgiu a referida Lei 12.403/11, dando nova roupagem às medidas cautelares, lei essa que constitui inegável avanço no devido processo legal, pois possibilita efetivar a presunção de inocência, preservando os diretos e garantias fundamentais do ser humano.

Assim, como se sabe, o auto de prisão em flagrante delito é encaminhado em até 24 horas ao juiz (CPP, art.306, §1º), que imediatamente deve analisá-lo (CPP, art. 310), não só em seus meros aspectos formais, mas também e notadamente nos substanciais, avaliando se presentes estão os pressupostos (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria) e requisitos (ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal) da custódia cautelar, permitindo-se com maior exatidão a concessão de liberdade provisória, a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou ainda o estabelecimento de outras medidas cautelares diversas da privação de liberdade, com destaque a essa alternatividade das medidas cautelares em atenção ao princípio da presunção de inocência.

Nesse diapasão, na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais e em atenção ao princípio da presunção de não culpabilidade, foi implantada a denominada audiência de custódia, nos termos da Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, fruto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240, ambas do Supremo Tribunal Federal, assim considerada, então, etapa necessária do devido processo legal. Regulamentou-se o artigo 7. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que determina que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento ao processo.

A audiência de custódia tem por objetivo precípuo consolidar a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, efetiva-se ainda mais a excepcionalidade e subsidiariedade da prisão provisória, pois além do encaminhamento do auto de flagrante ao Juiz deverá o próprio preso lhe ser apresentado, permitindo, além da verificação de sua integridade física, a pronta análise do flagrante – já em consonância com a Lei 12.403/2011 – com relaxamento da prisão ilegal ou conversão do flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do *fumus comissi delicti*/*periculum libertatis*, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Muito embora alguma polêmica existente quando do início da implementação da audiência de custódia, hoje não há dúvida de que tal ato é privativo do Juiz, não lhe fazendo as vezes a prévia apresentação do preso à autoridade policial.

Como se sabe, atualmente o flagrante tem natureza evidentemente precautelar, fazendo o Delegado de Polícia uma análise precária da legalidade do ato, podendo quando muito estabelecer, em casos restritos, a liberdade provisória com fiança, que aqui assume nítida característica de contracautela.

Com a modificação do paradigma da antecipação de culpa para a presunção de inocência, na audiência de custódia não será apenas verificada a legalidade do ato, a integridade física do preso e/ou a eventual existência de tortura ou maus tratos possivelmente decorrentes da prisão.

Neste momento, notadamente, será avaliada a existência dos requisitos da cautela, possibilitando-se ao Juiz a escolha de uma das alternativas previstas no artigo 310, do Código de Processo Penal, à luz do postulado da proporcionalidade, as quais por implicarem em limitação de direitos fundamentais, são de competência exclusiva do Juiz, tendo em vista a legalidade e a judicialidade, ou, em outras palavras, o princípio da reserva de jurisdição.

Mesmo se isso não bastasse, *ad argumentadum tantum*, na audiência de custódia poderá ser imposta, logicamente, a medida cautelar de prisão preventiva, *extrema ratio* da *ultima ratio*, desde que presentes, claro, seus pressupostos e requisitos, medida essa que, como sói, nos termos do artigo 5º, LXI e artigo 283, do Código de Processo Penal, somente poderá ser imposta por ordem escrita da autoridade judiciária competente, o que encerra definitivamente, no meu sentir, qualquer discussão a esse respeito.

Seguindo o norte traçado pelo Conselho Nacional de Justiça, especificamente no Estado de São Paulo, a audiência de custódia foi implantada a partir dos Provimentos Conjuntos da Presidência 03/15 e 04/15, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça, ampliados pela Resolução 740/2016, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Os diplomas legais em questão consideraram as já referidas Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a apresentação sem demora de toda pessoa presa a um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, bem como o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, o qual propõe a alteração do art. 306, do Código de Processo Penal, para prever a condução do preso em flagrante delito ao juiz de direito em 24 horas, para a decisão acerca da concessão de liberdade, conversão em prisão preventiva ou substituição por outra medida cautelar. Ainda, consideraram a finalidade de implantar ferramenta para controle judicial mais eficaz da necessidade de manutenção da custódia cautelar e de busca pelo equacionamento dos problemas carcerários face à parcela significativa de prisões provisórias no contingente dos estabelecimentos penais.

A audiência de custódia foi implementada de forma gradativa pelo Poder Judiciário de São Paulo, começando pela Capital, nos dias úteis e durante o expediente forense, prosseguindo nestes termos para os demais municípios do Estado, culminando com sua efetivação nos plantões judiciários, quer ordinários de finais de semana, quer especiais ou extraordinários realizados continuamente durante o recesso forense, tanto na Capital como no

interior. Hoje, a audiência de custódia é uma realidade diária, sem solução de continuidade e em todo Estado de São Paulo, para os casos de prisão em flagrante delito.

No Estado de São Paulo, em atenção ao determinado de forma pormenorizada pela Resolução CNJ 213/15 e na medida do possível, a apresentação do preso em flagrante deverá ocorrer, até 24 horas após sua prisão, para participar da audiência de custódia (artigo 1º, Provimento conjunto 03/15, TJSP), o que torna mais efetiva a análise do flagrante do que o mecanismo disposto atualmente no artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal, uma vez que além da análise em si do auto de prisão em flagrante com seus pormenores legais e probatórios, inclusive, poderá o Juiz entrevistar-se com o preso, o que possibilita um juízo mais pleno sobre os pormenores da custódia e sobre sua eventual manutenção ou não, quer com liberdade provisória pura e simples, quer com imposição de medida ou medidas alternativas ao cárcere.

Assim, nos termos do artigo 6º, do Provimento Conjunto 03/15, TJSP, na audiência de custódia, o Juiz competente informará o autuado sobre seu direito constitucional de ficar calado e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local de residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão, não devendo ser feitas ou admitidas perguntas que antecipem a instrução própria de eventual processo de conhecimento. Porém, se não pode impedir que o réu, dando azo à sua autodefesa, manifeste-se sobre os pormenores que entender sobre sua prisão, o que dará mais dados fáticos ao julgador, além dos já existentes nos atos, para decidir de forma mais ampla a respeito da medida mais adequada e necessária e proporcional à situação de perigo que se pretende tutelar, ou seja, a liberdade provisória pura e simples, uma das medidas cautelares alternativas ou, em último caso, a prisão preventiva. Além disso, se não pode perder de vista que alguns elementos subjetivos acrescentados pelo réu *prima facie* poderão justificar até o relaxamento do flagrante ante a falta do *fumus comissi delicti*, por exemplo, por atipicidade da conduta.

Então, após a entrevista com o acusado, consoante o artigo 6º, §§ 2º e 3º, do Provimento Conjunto 03/15, TJSP, o Juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, e, a seguir, dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, fundamentadamente, nos termos do

artigo 310, do Código de Processo Penal. Desta forma, a audiência de custódia efetiva plenamente o sistema acusatório, pois possibilita a prévia manifestação e requerimento das partes, viabilizando o contraditório, com aplicação quase que em absoluto do previsto no artigo 282, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Penal.

Sob o prisma da presunção de não culpabilidade, a custódia assume uma natureza indubitavelmente cautelar, impossibilitando-se decisões abstratas, as quais, portanto, devem ser relacionadas a situações fáticas concretamente demonstradas, devendo ser respeitado o princípio acusatório, a ampla defesa e o contraditório. Desta forma, o artigo 13, da Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, estabelece a apresentação do preso à autoridade judicial no prazo de 24 horas também nos casos de cumprimento de mandados de prisão cautelar, o que se justifica, reiterando-se, para se permitir uma reanálise completa dos pormenores da custódia em função da possibilidade de entrevista com o acusado, o qual poderá acrescentar detalhes fundamentais para verificação da adequação ou não da medida. Todavia, no Estado de São Paulo ainda não foi implantada a audiência de custódia nestas hipóteses, cujo calendário para tanto ainda está a ser definido, nos termos do artigo 13, da Resolução 740/16, TJSP.

No mais, interessante notar que, intrinsecamente, a não realização da audiência de custódia, nos casos em que há previsão normativa de implantação já efetivada, é causa de nulidade do auto de prisão em flagrante por lhe faltar elemento essencial acarretador, até, de cerceamento de defesa. Entretanto, no meu sentir, uma vez convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva, fica convolada a nulidade, caracterizadora, então, de mera irregularidade, uma vez que o réu permanece no cárcere por força não mais de uma precautelar precária, mas, sim, em razão de uma medida cautelar amplamente fundamentada em virtude de seus pressupostos e requisitos, com a conclusão de ser ela a única capaz, no caso, de arrostar a situação de perigo, suplantando, assim, eventuais vícios anteriores. De toda sorte, quando muito seria de se aceitar uma renovação da possibilidade da audiência de custódia, tendo em vista que neste momento pode o acusado, como já frisado, adicionar nuances essenciais para uma reapreciação da proporcionalidade ou não da medida ao caso em concreto.

6.5.2 Prisão provisória e colaboração premiada

Etimologicamente prova significa verificação, exame, demonstração ou reconhecimento por experiência da existência de algo ou de alguma coisa. O ato de provar, em apertada síntese, é o processo pelo qual se demonstra a certeza ou a verdade do fato que a parte alega no processo, ato este que é desenvolvido através de instrumentos pelos quais se pretende evidenciar aquela mencionada verdade ou certeza e aos quais se define como meios de prova, havendo, ainda, algumas maneiras através das quais se viabilizam tais instrumentos, comumente denominados de meios de obtenção de prova. A par disso, há o objeto ou finalidade e o resultado da prova, ou seja, aquilo que deva ser provado, enfim, todos os fatos sobre os quais versa o processo e o produto extraído da análise dos instrumentos de prova efetivamente oferecidos a demonstrar ou não a verdade de uma determinada hipótese. Ainda, cumpre notar as atividades atinentes ao procedimento probatório, desdobradas em proposição, admissão, produção e valoração da prova.

> Valemo-nos da lição de Malatesta, para quem *verdade* é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto *certeza* a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva (*A lógica das provas em matéria criminal, v. 1, p.22*). Como ensina Carrara, "a certeza está em nós; a verdade está nos fatos" (*Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, v. 2, p. 291*). É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que *sua* noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um "juízo não verdadeiro". Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma "certeza incerta", o que é um contrassenso. Para haver uma condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade (juízo que enumera motivos convergentes e divergentes acerca da ocorrência de um fato, prevalecendo os primeiros).[129]

---

[129] Guilherme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal Comentado.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 356.

O artigo 4º, da Lei 12.850/13, conhecida como Lei da Organização Criminosa, estabelece que

> O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1o Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2o Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 3o O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4o Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. § 6o O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7o Realizado o acordo na forma do § 6o, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8o O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. § 9o Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações. § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor. § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Muito embora a colaboração premiada não seja novidade em nosso ordenamento, pois já apareceu em diversas legislações, tais como, crimes hediondos, crime organizado, crime do colarinho branco e crimes tributários, extorsão mediante sequestro, lavagem de dinheiro e tóxicos, havendo, inclusive, uma regra geral para proteção ao réu colaborador prevista nos artigos 13 e 14, da Lei 9.807/99, somente com a aludida Lei 12.850/13 se passou a ter uma ampla disciplina deste instituto jurídico.

> A Lei 12.850/2013 não define o que vem a ser colaboração premiada, ficando a cargo da doutrina a conceituação. Assim, esta tarefa nos incumbe neste momento. Analisando-se seu estatuto jurídico verifica-se que se cuida de meio de obtenção de prova [ou técnica especial de investigação], de caráter utilitarista e eficientista, formalizada, na presença de seu defensor, em acordo escrito entre o investigado (ou acusado) e o Ministério Público (conjuntamente ou não com a Autoridade Policial), ou em situações muito peculiares entre investigado e a autoridade policial com posterior manifestação ministerial, e a posteriori homologada pelo juiz mediante estrita análise de regularidade, legalidade e voluntariedade, em que o investigado (ou acusado), uma vez "renunciado" o seu direito ao silêncio, confessa sua autoria ou participação em uma, algumas ou todas a infrações penais relacionadas à Organização Criminosa ou confessa ser integrante desta, e fornece voluntariamente e imotivadamente ao Estado elementos de informação (até então desconhecidos) determinantes na obtenção em um ou mais dos resultados previstos em lei, a fim de conquistar por meio de uma sentença (após análise discricionária do juiz) alguns dos benefícios penais previstos na legislação pertinente (suavização de sua punição, perdão judicial ou mesmo não ser denunciado), caso seja condenado com lastro em outras provas (e não somente com base na confissão complexa do acusado).[130]

Sem aprofundar demasiadamente análise sobre a colaboração premiada, uma vez que tal extrapolaria em muito o objeto deste estudo, cumpre frisar que este instituto, enquanto causa de perdão judicial, redução ou substituição de pena daquele que tenha efetiva e voluntariamente colaborado com a investigação criminal e com o processo penal, terá obviamente importantes e evidentes reflexos nas medidas cautelares, influenciando o magistrado ao decidir sobre qual ou quais medidas seriam as mais suficientes e adequadas para tutelar a situação de perigo que se pretende evitar, sempre à luz do postulado da proporcionalidade.

Por outro lado, enquanto meio de obtenção de prova, a colaboração premiada se não pode confundir, quer com a custódia provisória, quer com as medidas cautelares alternativas à prisão, as quais tem nítida função de meio de tutela da prova.

---

130 Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação. Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12850/2013.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 209.

A colaboração premiada, em que pese algumas discussões e polêmicas a respeito, é legítimo e legal instrumento na busca verdade. É válido e importante meio de eficiência estatal na apuração dos fatos e pacificação social, entrelaçando-se, em muitos momentos, com a prisão provisória do futuro colaborador. Porém, tal situação, mesmo que legítima, não pode prevalecer desarrazoada e desproporcionalmente sobre o direito fundamental individual da liberdade, transmudando a natureza da prisão provisória em meio para a obtenção de prova.

Assim, ninguém pode ser mantido no cárcere, fundamentalmente, para ser convencido a realizar a colaboração premiada, notadamente se ausentes os pressupostos e requisitos da medida cautelar, uma vez que, então, estar-se-ia antecipando a culpa, em nítida violação do princípio da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, enfim, do Estado Democrático de Direito.

A produção de prova deve ser operada nos estritos limites estabelecidos em Lei, sendo esta a exata compreensão do princípio da busca da verdade real, não se justificando a desconsideração dos direitos e garantias individuais para além da legalidade e proporcionalidade. Em outras palavras, a prova assim produzida será ilícita, não podendo ser processualmente efetivada.

> Por vezes, também em modelos que trabalham com a regra da excepcionalidade da prisão, o seu uso acaba sendo direcionado a obter do preso o maior número de informações possíveis para viabilizar uma acusação. A custódia cautelar passa a ser, de *meio de tutela da prova*, a *meio para obter a prova*. A captura é, dessa forma, "...ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar" (FERRAJOLI, 2002, p. 623), prática, já comum no Século XIX, a que CARRARA denominava *segreta*, uma espécie de *tortura mascarada*, pois se valia de "meios de aflições morais do desespero de não ver jamais o término de um estado de isolamento tornado horrível", o qual fazia "o inocente confessar não menos que o culpado" (CARRARA 1924, p. 377).[131]

[131] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11.

6.5.3 Prisão e o trânsito em julgado da sentença condenatória

Como já ressaltado neste estudo (item 4.5.3), as prisões obrigações decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível foram revogadas pelo novo paradigma adotado à luz do princípio da presunção de inocência. Então, tais prisões permaneceram, mas apenas como prisões cautelares que são, devendo o Juiz, nestes momentos processuais, sustentar sua decretação, manutenção ou revogação, sempre em virtude de seus pressupostos e requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Entretanto, mesmo em um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e na presunção de não culpabilidade, remanesceu discussão a respeito da execução provisória automática de sentença condenatória confirmada por acórdão em segundo grau, mas passível de recurso especial (STJ) e/ou recurso extraordinário (STF), tendo em vista a ausência de efeito suspensivo a esses recursos, nos termos do artigo 637, do Código de Processo Penal e artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90.

Inicialmente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o entendimento doutrinário e jurisprudencial era praticamente pacífico no sentido de ser possível a execução provisória de acórdão proferido por órgão judiciário colegiado, ainda que, entre nós, a presunção tenha por definição a não consideração da culpa de alguém até o trânsito em julgado da condenação penal, trânsito em julgado este definido na decisão definitiva não mais passível de quaisquer recursos previstos em Lei e caracterizadora da coisa julgada formal. Então, a Súmula 267, do Superior Tribunal Justiça, vaticinava que "a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão"[132] e, ainda, nos termos da Súmula 716, do Supremo Tribunal Federal, foi estabelecido que "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória." [133]

[132] DJ. 29/05/2002.
[133] DJ. 13/10/2003.

Em resumo, prevalecia o entendimento segundo o qual, em razão da ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, era possível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração dos pressupostos e requisitos informadores da prisão preventiva.

Desta forma, inclusive para os casos de réu solto durante toda a instrução probatória, impunha-se a prisão como automático efeito de um acórdão condenatório estabelecido por órgão colegiado de segundo grau, mesmo sem o trânsito em julgado em virtude do ajuizamento de recurso especial e/ou extraordinário.

Referido posicionamento a respeito da execução provisória de sentença penal condenatória, todavia, foi modificado, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, em julgado de fundamental relevância, HC 84.078/MG, quando o plenário do pretório excelso, por maioria de votos, estabeleceu, em novo paradigma, que o réu não poderia ser recolhido ao cárcere em decorrência de acórdão passível de recurso especial ou extraordinário, salvo a título de cautelar custódia.

Noutras palavras, a execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória passou a ser entendida como violadora do princípio da presunção de inocência, ressalvados os casos em que presentes quaisquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva estabelecidas no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Aqui, não é por demais ressaltar que este enfoque teria sido consolidado pelo artigo 283, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, ao determinar que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

> Sob a força de tal entendimento, só se afigurava viável execução provisória quando pendente de julgamento Recurso Especial (STI) ou Extraordinário (STF), se o acusado-recorrente estivesse preso em razão de prisão preventiva, acertada e fundamentadamente decretada.

> Essa maneira de pensar é compatível com o vigente Estado de Direito, e encontra amparo no art. 5º, LVII, da CF, de onde se extrai que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado definitivo de sentença ou acórdão penal condenatório proferido em seu desfavor. Se a presunção de inocência só é destruída pelo trânsito em julgado de condenação criminal, não há como admitir prisão para execução provisória da pena enquanto pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário, salvo quando decretada prisão preventiva, e a razão é simples: não ocorreu o trânsito em julgado e, portanto, persiste a presunção de inocência.[134]

Por fim, nos idos de 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal, em novo julgamento de suma importância, HC 126.292/SP, reformulou uma vez mais seu posicionamento sobre a questão.

Doravante, passou a se readmitir a execução provisória da pena ainda que na pendência de recurso especial e/ou extraordinário, redimensionando-se a possibilidade de prisão cautelar ao se dar nova interpretação conforme a constituição ao já mencionado artigo 283, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 12.403/11.

---

134 Renato Marcão. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 657.

6.5.4 Jurisprudência

A seguir, decisão do plenário do STF que reconheceu o "estado de coisas inconstitucional" quanto ao sistema carcerário ante a não realização da audiência de custódia:

> AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. **Estão obrigado juízes e tribunais,** observados os artigos 9.3 do pacto dos direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento da prisão.[135]

Ainda, quanto à audiência de custódia (item 6.5.1) vale a reprodução a seguir:

> Habeas Corpus, com pedido de liminar - Tráfico ilícito - Conversão da prisão em flagrante em preventiva - Alegação de ilegalidade decorrente da falta de realização de audiência de custódia - Impossibilidade de concessão da ordem - Prisão em flagrante concretizada durante o fim de semana, o que justifica a impossibilidade de concretização da mencionada medida, pois, à época, sua implementação na comarca (Tupã) estava limitada aos dias úteis (conforme cronograma de afetação previsto na Resolução nº 740/2016-TJSP) - Questão que, de todo modo, se encontra superada, pois o paciente foi conduzido, na mesma data, ao plantão judiciário de primeira instância, ocasião em que o e. juízo a quo deliberou pela conversão do flagrante em prisão preventiva - Decisão que está motivada e atende às exigências legais (CF, arts. 5º, LXI, e 93, IX; CPP, arts. 283, 310 e 315) - Circunstâncias do caso concreto e condições pessoais do paciente (notícia de prisão pela prática de mesma infração penal) que evidenciam a presença dos requisitos da custódia cautelar (artigo 312, caput, do mesmo codex) e recomendam a manutenção de seu encarceramento - Medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319) que se mostram inadequadas e insuficientes, in casu - Pretendida substituição da prisão provisória por domiciliar - Inviabilidade, ausente demonstração da presença dos requisitos legais (CPP, art. 318) - Constrangimento ilegal não verificado - Ordem denegada.[136]

> Habeas Corpus Tráfico de drogas Alegação de que: 1) houve excesso de prazo no oferecimento da denúncia; 2) o paciente não foi submetido a audiência de custódia, ato processual indispensável; 3) não estão presentes os requisitos para a decretação da custódia cautelar Prazo para oferecimento da denúncia que não é peremptório Pedido prejudicado diante do oferecimento da inicial acusatória, que ensejou a instauração de ação penal que tramita de forma regular Não submissão do paciente à "audiência de custódia" que não caracteriza, por si só, a invalidade da prisão, notadamente em face do encaminhamento do auto de prisão em flagrante à autoridade judicial na mesma data da prisão Paciente detido na posse 61 porções de maconha e 21 porções de cocaína Custódia cautelar justificada para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal Presença, também, dos requisitos relativos à "existência do crime e indício de autoria" (art. 312, 'in fine', do CPP) "Writ" denegado.[137]

---

[135] STF, ADPF 357 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Melo, j. 09/09/2015.
[136] TJSP, HC 2192283-26, Rel. Des. Juvenal Duarte, j. 26/10/17.
[137] TJSP, HC 2166604-24, Rel. Des. Otavio Rocha, j. 18/10/17.

> "Habeas corpus" buscando o relaxamento ou a revogação da prisão preventiva, sob o argumento da caracterização de nulidade diante da não apresentação e oitiva do paciente na audiência de custódia, bem como de que não se encontram presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Alternativamente, requer a aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere. 1. Dados empíricos do caso a indicar que a custódia cautelar afigura-se necessária para garantia da ordem pública. 2. A não realização da audiência de custódia, por si só, não é razão para a desconstituição da prisão provisória. A bem da verdade, "a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso..." (HC nº 363.278, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura). 3. A decretação da prisão preventiva é ato que, sob a óptica processual, guarda independência em relação à prisão em flagrante, de sorte que eventual vício formal nesta não afeta a higidez da primeira. 4. Ordem denegada.[138]

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (TENTADO). NÃO APRESENTAÇÃO DO PRESO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DENULIDADE.PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DEAPLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais" (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016). Ademais, a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem. 2. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da aplicação da lei penal. 3. In casu, o paciente tentou, em duas oportunidades, empreender fuga por ocasião da abordagem policial, reputando o Sodalício estadual necessária a sua segregação cautelar para a garantia de aplicação da lei penal. 4. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública. 5. Ordem denegada.[139]

Sobre a prisão provisória e colaboração premiada (item 6.5.2), colacionam-se os seguintes julgados:

> Habeas corpus. Organização Criminosa. Fraude em certames e licitações. Art. 2º, caput, c.c. art. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/13. Pedido de liberdade provisória concedido pelo Juízo a quo em favor do paciente. Substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares, tendo em vista a realização do acordo de "colaboração premiada". Alvará de soltura expedido. Perda do objeto. Writ prejudicado.[140]

> AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL ANTE A SUPERVENIÊNCIA DE ILEGALIDADES NA HOMOLOGAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

---

138 TJSP, HC 2192283-26, Rel. Des. Laerte Marrone, j. 19/10/17.
139 STJ, HC 363278/SP, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, j. 18/08/16.
140 TJSP, HC 2091773-39, Rel. Des. Reinaldo Cintra, j. 28/07/16.

1. O critério para o conhecimento de habeas corpus com pedido de superação da Súmula n. 691 do STF é a demonstração de que a coação ilegal apontada pela defesa é teratológica e excepcional, ou seja, decorre de "flagrante ilegalidade ou contrariedade a princípios constitucionais ou legais na decisão questionada". 2. O Plenário do STF, nos autos do HC n. 127.483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ao analisar a idoneidade de novo acordo de colaboração premiada com réu que já descumprira acordo anterior, esclareceu que, no acordo de colaboração premiada, a homologação judicial, prevista no art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, sendo de todo inadequada a emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. O referido acórdão enfatizou a inadmissibilidade da impugnação do acordo de colaboração premiada por coautores ou partícipes do colaborador, ressaltando que restava apenas a possibilidade de, em juízo, "confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor". Salientou a irrelevância de descumprimento de anterior acordo de colaboração, sob o argumento de que o inadimplemento "se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza". 3. O fato de a Lei n. 12.850/2013 não oferecer critérios de rescisão do acordo de colaboração premiada, bem como o ineditismo das questões trazidas pela defesa, a ponto de não haver outro precedente além do supracitado sobre os temas ventilados, força a conclusão de que, no caso vertente, não há como constatar-se constrangimento ilegal que, pela sua envergadura, possa ser classificado como teratológico. 4. Agravo regimental não provido.[141]

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, "i", da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do

[141] STJ, HC 392452/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13/07/17

> Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas "as medidas adequadas para encorajar" formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para "mitigação da pena" (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada.[142]

Finalmente, no tocante ao tema da prisão e o trânsito em julgado da sentença condenatória, lembrem-se – em atenção ao discutido no item 6.5.3 deste estudo – os aludidos HC 84.078/MG (2009) que determinou não ser possível, salvo a título cautelar, a execução provisória de sentença condenatória recorrível e o HC 126.292/SP (2016) que restabeleceu anterior entendimento em sentido contrário, permitindo a execução provisória automática de acordão condenatório, ainda que pendente recursos especial ou extraordinário, bem como alguns outros julgados do pretório excelso, reiterando este último entendimento:

[142] STF, HC 127483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/15.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.[143]

[143] STF, HC 84078/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/09.

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 59, inciso LVII da Constituição Federal.[144]

Nos termos do decidido pelo Tribunal Pleno, a 'execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal' (HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-22016). Na mesma direção, ao indeferir tutela cautelar nas ADC's 43 e 44, o Plenário conferiu interpretação conforme ao art. 283, CPP, para o fim de' assentar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.[145]

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVTI, da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.[146]

---

144 STF, HC 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/16.

145 STF, HC 135.644 AgR/RI, 1ª T., Rel. Min. Edson Fachin, j. 28/10/16.

146 STF, ARE 964.246 RG/ SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10/11/16.

7. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA

7.1 Medidas cautelares alternativas

7.1.1 Disposições gerais

À luz do artigo 319, do Código de Processo Penal, com a redação da pela Lei 12.403/2011

> São medidas cautelares diversas da prisão:
>
> I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
>
> 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;
>
> III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
>
> IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
>
> V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
>
> 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;
>
> 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;
>
> 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;
>
> IX - monitoração eletrônica.

Por sua vez, o artigo 320, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, acrescenta que

> A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Entre as novidades introduzidas pela Lei 12.403/2011, como das mais relevantes e fundamentais, ao lado da previsão necessária estabelecida pelo artigo 310, do Código de Processo Penal, de análise pormenorizada da prisão em flagrante, está a instituição das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, rompendo o indesejável binômio prisão/liberdade.

Ora, tal instituição é a consolidação da presunção de inocência, firmando a natureza cautelar das medidas invasivas de direitos fundamentais, que passaram a ser aceitas somente em razão da presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, visando assegurar o resultado prático e útil do processo.

Através dela foi possível a efetivação do postulado da proporcionalidade para se modular o melhor equacionamento na natural tensão entre o direito à liberdade e a eficiência da investigação estatal para dizer o direito, modulando-se entre um leque considerável de medidas mais ou menos invasivas de tais direitos aquela que melhor se relaciona com o escopo cautelar a ser buscado, quer cautela instrumental, no tocante à garantia para instrução criminal, quer cautela final, no tocante à garantia para aplicação da lei penal.

As medidas cautelares em questão são fundamentalmente alternativas e não substitutivas da prisão preventiva, a qual passa a ser excepcional e subsidiaria, uma vez que esta somente será possível quando não necessária e suficientes aquelas. A exata incidência de tais medidas será mensurada a partir da percepção da situação de perigo a que se pretende arrostar.

As medidas cautelares passam a ser relevantes quando adequadas ao fim que se pretende atingir, necessárias quando utilizada aquela menos gravosa a impedir a situação de perigo que provavelmente arruinará a finalidade do processo e proporcionais desde que não atinjam objetivo mais grave que a própria finalidade pretendida ou que a punição que provavelmente seria imposta em hipótese de eventual condenação, devendo verificar, então, se o meio escolhido estaria ou não em razoável proporção com o fim visado.

Em outras palavras, fundamental se analisar se a medida cautelar é idônea, necessária e ponderada a arrostar o perigo objeto da cautela, não sendo demais lembrar que as finalidades das medidas cautelares de natureza pessoal estão legalmente previstas no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, a saber, a necessidade para a aplicação da lei penal, para investigação ou para a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, não podendo se perder de vista, nos termos do artigo 282, II, do Código de Processo Penal, a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente.

Interessante notar, neste ponto, que, muito embora a lei não empregue a expressão "garantia da ordem pública' utilizada pelo artigo 312, do Código de Processo Penal, quando da disciplina prisão preventiva, não significa a impossibilidade do emprego das medidas cautelares alternativas nos casos envolvendo tal situação de perigo, uma vez que se lança mão de termo bem mais específico e claro, ou seja, "necessidade para se evitar a prática de infrações penais", nos casos expressamente previstos.

À luz da proporcionalidade, possibilitou-se a imposição de medidas cautelares menos gravosas gradativamente, desde que eficazes em arrostar a situação de perigo, devendo sua incidência ser verificada na exata proporção desta. Assim, antecipando o juízo específico de proporcionalidade limitou-se a incidência da prisão preventiva, a mais gravosa das medidas, nos termos do artigo 313, do Código de Processo Penal, condicionantes de cabimento que, por sua vez, se não aplicam às demais cautelares, tendo em vista serem estas menos restritivas aos direitos fundamentais, tanto que o legislador nada especificou neste sentido.

Na verdade, a única restrição legal visionária de eventual desproporcionalidade no tocante às medidas cautelares alternativas à prisão preventiva é a prevista no artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, que determinada não se aplicarem elas à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Ainda, bom lembrar também o pressuposto negativo previsto no artigo 314, do Código de Processo Penal, que se aplicada a qualquer tempo, inclusive e logicamente, às medidas alternativas, pois relacionado com o *fumus comissi delicti*, condição fundamental para o processamento em quaisquer situações.

Assim, não se pode impor restrição mais gravosa quando possível outra medida igualmente eficaz ao fim que se busca, ou seja, a uma das situações de necessidade. Para situações mais graves devem existir medidas mais restritivas. Já para situações menos graves serão adequadas medidas menos graves a restringir em menor grau a liberdade, as quais, visando uma proporcionalidade capaz de arrostar a situação de perigo poderão ser impostas, em modulação conforme o caso, de forma isolada ou cumulativa, consoante inteligência do artigo 282, § 1º, do Código de Processo Penal.

Concretamente, caberá ao magistrado analisar qual medida será a mais proporcional ao caso, quer a prisão preventiva, de um lado, quer alguma das medidas cautelares alternativas de outro, as quais deverá ser impostas da menos para a mais invasiva, observando-se, de toda sorte, o caráter subsidiário da prisão preventiva, que somente poderá ser decretada se as demais não se mostrarem adequadas ou suficientes para a finalidade proposta, nos termos do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Já em caso de descumprimento de qualquer das medidas cautelares alternativas impostas, conforme já também analisado no item 6.3 deste trabalho, o Juiz poderá, em qualquer hipótese ou fase processual e a qualquer momento, inclusive de ofício ou a requerimento da acusação, substituir a medida, impor outra em cumulação, restando, em último caso, em razão de seu caráter excepcional, a prisão preventiva, nos termos do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Quanto à possibilidade de decretação das medidas cautelares de ofício por parte do Juiz, não é demais lembrar, nos termos do já analisado alhures neste estudo, que na fase de

investigação criminal, em atenção ao princípio acusatório, a concessão somente poderá ocorrer em virtude de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, conforme o disposto no artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal, mas quando da hipótese de análise da prisão em flagrante a conversão poderá ser feita diretamente pelo Juiz, independentemente de pedido de quem quer que seja (neste sentido, ver item 6.3 desta obra).

Prosseguindo, o artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, consolida o Estado Democrático de Direito, o devido processo legal e o sistema acusatório, ao estabelecer que o contraditório quando da concessão das medidas cautelares de natureza pessoal em geral, quer a prisão preventiva, quer quaisquer das medidas a ela alternativas, pois, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida – sopesando as garantias correlatas ao direito à liberdade e a efetividade da ação estatal na apuração dos fatos e em entregar corretamente a jurisdição ao caso concreto –, determina que se intime a parte contrária para manifestação sobre eventual pedido de imposição de quaisquer dessas medida restritivas de direitos individuais.

A prisão preventiva e as medidas a ela alternativas possuem natureza evidentemente cautelar, com característica de provisoriedade precípua, justificando-se exatamente na alteração do estado das coisas que ocorrem no decorrer do processo, assumindo o fator tempo fundamental relevância em suas análises.

Desta forma, o artigo 282, § 5º, do Código de Processo Penal, consolidou o entendimento que o Juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem. Aqui, deve-se atentar para a proporcionalidade da medida afim de afastar a situação de perigo que a fundamente, sempre no correto equacionamento e modulação da tensão existente entre a preservação dos direitos individuais de liberdades e os direitos coletivos e individuais de segurança, bem como o dever do estatal de efetivamente apurar uma situação de fato assim disposta.

Necessário frisar, ainda, que, nos termos do artigo 42, do Código Penal Brasileiro, somente caberá detração penal nas hipóteses de prisão provisória. Portanto, não há falar em detração penal da pena a ser eventual e futuramente imposta do tempo que o autor do fato

ficou sujeito à imposição e cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva.

Ora, não há falar nestas situações em detração penal, tendo em vista que, muito embora uma certa carga restritiva de tais medidas alternativas, se não confundem elas com a prisão, sendo medidas destas diversas, onde o indivíduo fica absolutamente privado de sua liberdade de ir e vir, o que não ocorre nas demais cautelares, mesmo naquelas mais invasivas e limitadoras de tal direito.

Importante reiterar, então, que a impossibilidade de restrição da detração penal às medidas cautelares diversas e alternativas à prisão provisória se não confunde com a permissão da incidência de tal instituto nos casos de imposição e cumprimento de prisão domiciliar, uma vez que tal medida é substitutiva da prisão preventiva, constituindo mera modalidade desta, tanto que a nesta hipótese há uma carga restritiva considerável do direito de liberdade, não podendo o indivíduo a ela sujeito sequer deixar seu domicílio constantemente, salvo quando assim autorizado em casos especiais, diferentemente, por exemplo, do que ocorrer na medida alternativa de recolhimento noturno, onde o ir e vir é bem menos mitigado.

Enfim, cada uma das medidas cautelares alternativas à prisão se destinam a impedir proporcionalmente as situações de perigo descritas no artigo 282, do Código de Processo Penal, na salvaguarda adequada e suficiente do processo, assumindo em alguns momentos uma natureza de cautela instrumental, em outros uma natureza de cautela final e até, nos casos expressamente previstos, uma natureza de cautela especial ou extraordinária, o que se poderá perceber mais detalhadamente em suas nuances e vicissitudes quando da análise, a seguir, de cada uma delas.

7.1.2 Espécies e situações de cabimento

7.1.2.1 Comparecimento periódico a Juízo

Essa medida não é intrinsecamente nova em nosso sistema penal e processual penal, pois na realidade já funcionava como condição para vários benefícios, tais como o *sursis* processual (artigo 89, § 1º, IV, da Lei 9.099/95), o *sursis* (artigo 78, § 2º, *c*, do Código Penal) ou livramento condicional (artigo 132, § 1º, da Lei de Execução Penal).

Entretanto, doravante passa a assumir a natureza de medida cautelar, significando espécie de limitação à liberdade a ser imposta proporcionalmente para crimes compatíveis com tal necessidade, ressaltando-se que por ser branda, representando uma menor restrição a este direito individual, deve mormente ser aplicada aos delitos de menor gravidade.

> Vale salientar que essa obrigação não se confunde com a que já é prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, qual seja, de comparecimento a todos os atos processuais, bem assim com a que se fez alusão logo acima – condição do *sursis* processual. Com efeito, enquanto o comparecimento periódico a juízo, para informar e justificar suas atividades é uma medida cautelar autônoma (que pode ser acumulada com outra ou outras), o compromisso de comparecimento aos atos processuais é obrigação a que se sujeita o acusado para poder substituir a prisão em flagrante pelo regime de liberdade provisória; por sua vez, a medida positivada na Lei 9.099/95 é mera condição para a validade da suspensão condicional do processo.[147]

O comparecimento deve ser sempre pessoal e obrigatório, sob pena de cumulação, substituição da medida por outra ou revogação, com possibilidade de imposição até da prisão preventiva, em último caso.

Referido comparecimento deve ser periódico, ficando a critério do Juiz o estabelecimento de sua frequência, adequando-a às circunstâncias do caso, podendo ser mensal, bimestral, trimestral, etc.

---

[147] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 145.

Ainda, o comparecimento deves ser sempre perante o Juízo, diversamente do que ocorre em outras legislações, como por exemplo Portugal (artigo 198, CPPP), Itália (artigo 282, CPPI) e Alemanha (§ 116.1 da StPO), nas quais tal ato pode se efetivar com apresentação a outras autoridades.

O objetivo precípuo desta medida é a constatar se o investigado ou acusado permanece à disposição do Juízo, prestando-lhe contas, inclusive, a respeito de suas atividades profissionais e sociais, possibilitando um monitoramento de sua vida cotidiana, certificando-se de seu paradeiro.

Então, evidentemente esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva cumpre a finalidade de cautela instrumental, pois pode ser imposta, observando-se a necessidade para a investigação ou instrução criminal ou de cautela final, com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal. Contudo, não há possibilidade de sua incidência como cautela especial ou extraordinária, para evita a prática de infrações penais, tendo em vista a ausência de previsão específica para tanto, à luz da regra geral prevista no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011.

> A princípio é possível impor que alguém compareça periodicamente a juízo com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal (cautela final). Tal se daria se o escopo da medida fosse manter atualizado o endereço do acusado, ou de não permitir que, por longo período, fique o Juízo sem notícia sua e, o que seria pior, sem saber onde localizá-lo. Também seria possível que essa medida tivesse a finalidade, ainda que mediata, de uma cautela instrumental, assegurando a realização de meios de prova: seria mais fácil encontrar e intimar o acusado para atos processuais cuja realização exija sua presença. Nesse último caso, é certo que o acusado poderá se recusar a participar de atos probatórios cujo resultado puder lhe ser incriminador, como, por exemplo, reconhecimento pessoais, fornecimento de parâmetros gráficos para perícia de comparação de escritos etc. Todavia, o *nemo tenetur se ipsum accusare* permite que o acusado, se quiser, não participe do ato autoincriminador, mas não impede que, voluntariamente, aceite a realização do meio de prova. Em tal contexto, a medida alternativa do inc. I do *caput* art. 319 poderá facilitar que o acusado seja encontrado, intimado e compareça a juízo, ainda que tenha o direito de, perante o juiz, validamente, negar-se a praticar o ato probatório, sem que de tal recusa se possam extrair elementos de convicção que lhe sejam desfavoráveis.[148]

---

148 Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 236-237.

7.1.2.2 Proibição de acesso a determinados lugares

Essa medida de 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 não é, intrinsecamente, nova em nosso sistema penal e processual penal, uma vez que, a rigor e de certa forma, utilizada já era como condição para alguns benefícios, como por exemplo, o *sursis* (artigo 78, § 2º, *a*, do Código Penal) ou livramento condicional (artigo 132, § 2º, da Lei da Execução Penal) e, também, como pena alternativa (artigo 47, IV, do Código Penal), impropriamente, na verdade, pois a tendência natural seria gerar a impunidade.

Todavia, doravante passou a ostentar, inclusive, a natureza de medida cautelar, objetivando impedir o cometimento de novas infrações em circunstâncias semelhantes a anteriormente praticada, evitando o acesso ou frequência do investigado ou acusado a lugares que possam forjar condições favoráveis para a reiteração criminosa específica ou semelhante.

> Necessário distinguir o *acesso* da *frequência*. O acesso é a simples ação de entrar ou ingressar em um determinado local, não tendo a expressão qualquer conotação de reiteração ou repetição; já a frequência traduz a ideia de repetição sistemática de um fato ou comportamento, no caso, a repetição sistemática habitual do investigado ou acusado num lugar específico. Fácil perceber que a vedação de simples *acesso* é situação mais gravosa, por impedir uma única presença no local vedado, enquanto que na proibição de *frequência*, um único ingresso não caracterizará descumprimento da medida cautelar. Assim, dependendo das "*circunstâncias relacionadas ao fato*", bem como do grau ou intensidade do risco de cometimento de novas infrações, o juiz poderá determinar a proibição de frequência, ou, em caso cuja necessidade cautelar seja mais intensa, até mesmo a proibição de acesso, isto é, de um único ingresso em tal local.[149]

Não há qualquer explicitação legal sobre quais lugares devem ser objeto da restrição, podendo ser, portanto, quaisquer lugares, públicos ou privados, desde proporcionalmente relacionados com a situação de perigo que se pretende arrostar.

---

149 Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 239.

A restrição pode ser relacionada com diversas espécies de crime, como por exemplo, para evitar crimes contra a vida, integridade física, patrimônio, etc., podendo referir-se especialmente a lugares onde se serve bebidas alcoólicas, como bares e correlatos, como nos crimes praticados com violência, ou ainda estádios de futebol, estabelecimentos noturnos e outros.

A restrição deve ser especificada e individualizada, não podendo ser muito abrangente, envolvendo, por exemplo, bairros ou cidades inteiras, sob pena de excesso em virtude de restrição a outros direitos fundamentais como trabalho e moradia, tornando-se desproporcional e, portanto, inconstitucional.

Ainda, bom ressaltar que há previsão expressa de uma finalidade específica para esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva, a qual assume, assim, a natureza de uma cautela especial ou extraordinária para tanto, à luz da regra geral prevista no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011; não sendo demais lembrar a existência de correlata medida protetiva de urgência relacionada aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 22, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), consistente na proibição o agressor de frequentar determinados ligares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

> Por não ter uma clara finalidade de proteger o processo ou a jurisdição penal, e muito menos de assegurar a presença do réu no processo, essa providência se assemelha a uma medida de defesa do próprio acusado e da sociedade, assumindo, com menor onerosidade, mas com similar preocupação, função homóloga à desempenhada pela prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica. De observar, no entanto, que a terminologia aqui empregada é mais moderna, além de ajustada ao que prevê, para as cautelares em geral, a nova redação ao artigo 282, inciso I, parte final, do CPP.
>
> A maior dificuldade relativa a essa medida cautelar diz respeito à fiscalização de seu cumprimento, que demandaria visitas periódicas ao local cujo comparecimento é vedado ao acusado, por pessoas encarregadas judicialmente desse mister. Daí por que se mostra aconselhável a cumulação desta medida cautelar com a de monitoração eletrônica (inciso IX do artigo 319 do CPP), sempre útil nas hipóteses em que se deve fazer um acompanhamento das atividades e dos deslocamentos do investigado ou do acusado.[150]

[150] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 146.

7.1.2.3 Proibição de contato com pessoa determinada

Essa medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva não é especialmente nova em nosso sistema penal e processual penal, uma vez que já fora utilizada, inicialmente, pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), relacionada com os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nos termos do artigo 22, III, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), surgiu a medida protetiva que obrigava o agressor a se manter afastado da ofendida, de seus familiares e de testemunhas, estabelecendo-se um limite mínimo de distância entre estes e o agente, caracterizando, assim, medida particular imprescindível, visando impedir a prática de novos delitos correlatos e a intranquilidade da vítima.

Doravante, nos termos da nova sistemática processual penal adotada pelo paradigma estabelecido pela Lei 12.403/2011, foi instituída, no bojo do Código de Processo Penal, esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva de proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Assim, tal medida assume um caráter inegavelmente geral, abarcando variadas hipótese, em especial aquelas nas quais autor e vítima se conhecem, podendo, por isso, continuarem seus conflitos, mesmo depois da persecução penal já ter sido instaurada.

> É preciso, entretanto, que esta medida se justifique por circunstâncias relacionadas com o fato que deu ensejo à instauração da investigação policial ou processo penal de onde se extrai a necessidade de sua aplicação.
>
> Não se trata de imposição aleatória, sem qualquer vinculação com o passado. É imprescindível a existência de nexo entre a conduta pretérita e o comportamento futuro que agora se busca evitar, reduzindo as oportunidades de contato entre os envolvidos, por iniciativa do investigado ou acusado, daí referir a lei que sua aplicação só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima.[151]

[151] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 374-375.

Esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva cumpre a finalidade de cautela instrumental, pois pode ser imposta, observando-se a necessidade para a investigação ou instrução criminal ou de cautela final, com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal.

Todavia, em tese não haveria possibilidade de sua incidência como cautela especial ou extraordinária, para evita a prática de infrações penais, tendo em vista a ausência de previsão específica para tanto, à luz da regra geral prevista no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011. Mas, no caso, não há como negar a possibilidade oblíqua de tal incidência, muito embora a ausência de previsão legal em particular, uma vez que se não pode afastar esta probabilidade se intrinsecamente for decorrente de circunstâncias relacionadas aos fatos, o que, em situações semelhantes, é aquilo que normalmente acontece.

> O legislador não estabeleceu a *forma de contato* que poderá ser proibida. A toda a evidência, o contato pessoal é o mais importante. Mas, principalmente em termos de desenvolvimento tecnológico, não deverá se excluir o "contato virtual" ou "à distância". Por meio de ligações telefônicas, MSN, Skype, Voip, *e-mail* e redes sociais, o mundo virtual tem possibilitado contatos intensos, reiterados e com uma frequência de dezenas de vezes ao longo de um mesmo dia. Não raro, tais formas de comunicação são utilizadas para a prática de ofensas, ameaças, incitações à violência...Assim sendo, em determinadas situações, impedir o contato pessoal, mas não vedar o contato visual, poderá ser totalmente ineficaz, pois, o que não será possível conseguir pessoalmente, poderá se atingir por meios telepresenciais.
>
> No que diz respeito ao contato pessoal, o legislador não estabeleceu qualquer *delimitação espacial*. Por certo, em cada decisão o magistrado deverá, concretamente, estabelecer o limite desse contato, normalmente, prevendo uma certa distância de não aproximação, como, por exemplo, 200 metros ou 1 quilômetro. Também é possível que seja estabelecida a proibição de contato delimitando-se determinados locais, como, por exemplo, no local de trabalho da vítima, durante sua jornada laborativa.[152]

[152] Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 242.

7.1.2.4 Proibição de se ausentar do Juízo da culpa

Essa medida de proibição de se ausentar da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução não é, também, novel em nosso sistema penal e processual penal, pois já utilizada como condição para alguns benefícios, por exemplo, o *sursis* (artigo 78, § 2º, *b*, do Código Penal) ou o livramento condicional (artigo 132, §§ 1º e 2º, da Lei da Execução Penal).

Doravante, esta medida passou a ostentar a natureza de medida cautelar, objetivando, em primeiro lugar, a conveniência para a investigação ou instrução criminal, finalidade especificada legalmente no artigo 319, IV, do Código de Processo Penal.

Seu fundamento é evitar que o investigado ou acusado se ausente da Comarca e, com isso, não possa ser localizado para a intimação de futuro ato investigatório cuja presença seria necessária, mas, a rigor, tal medida será pouco efetiva se visar somente esta finalidade, uma vez que, sendo seu destinatário o acuado ou investigado, poderá ele se recusar a participar do ato instrutório, tendo em vista o direito constitucional de não se produzir provas contra si.

Neste diapasão, não é tarefa fácil apontar a eficiência desta medida cautelar em questão à luz da finalidade específica predefinida legalmente, exceto em alguns casos, como o exame de dependência toxicológica, o reconhecimento pessoal ou acareação, mas nunca é demais lembrar que o réu, na verdade, tem o direito e não a obrigação de acompanhar o processamento do feito, podendo se afastar a seu alvitre, salvo se tal comportamento implicar em fuga do Juízo da culpa.

> Este item merece uma explicação a mais, em face da alteração do texto do Projeto 4.208/01 durante sua tramitação no Congresso Nacional. Deveras, na redação do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, o inciso IV do artigo 319 permitia a imposição da cautela de "IV – proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução". O Senado Federal (onde o PL 4.208/01 se transformou no PLC 111, de 2008, sob a relatoria do Senador José Eduardo Cardozo), acertadamente complementou tal dispositivo, acrescentando, à proibição de ausentar-se *da comarca*, também a proibição de ausentar-se *do país*. O inciso IV, portanto, na redação final do substitutivo do Senado, restou assim redigido: "IV – proibição de ausentar-se da Comarca ou do País, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;"

> O único reparo a essa nova redação foi a supressão do motivo principal para tal providência cautelar, qual seja, "para evitar fuga", o qual constava expressamente da versão aprovada na Câmara dos Deputados. O fato é que, ao voltar para sua casa original, o PL 4.208/01 acabou recebendo, nesse particular, uma terceira redação, dando origem ao atual inciso IV do artigo 319.[153]

Ora, sem necessidade de aprofundamento sobre os eventuais motivos que levaram o legislador pátrio a excluir da redação original do dispositivo em comento a expressão "para se evitar fuga", a interpretação histórica do processo legislativo é bastante para reforçar o entendimento que a proibição de ausência do Juízo da culpa atende, precipuamente, a finalidade de se garantir a aplicação da Lei Penal.

Pela regra geral prevista no artigo 282, do Código de Processo Penal, e, também pela técnica da cautelaridade, resta evidente que quaisquer medidas cautelares poderão possuir o caráter, quer de cautela instrumental, quer de cautela final, dependendo tal incidência, única e exclusivamente, de sua natureza e condições intrínsecas relacionadas ao caso, destacando-se somente a chamada cautela especial para se evitar a prática de infrações penais à imprescindibilidade de autorização legal para tanto, até porque a natureza cautelar de tal finalidade é discutível por boa parte da doutrina, sendo, então, denominada de cautela extraordinária.

Desta forma, irrelevante se o legislador destacou apenas uma das finalidades de cautelas possíveis para a hipótese presente, uma vez que a outra permanece intacta em função da natureza cautelar da medida, sob pena de seu desvirtuamento, o que se faz deduzir que tudo não passou, uma vez mais, de imprecisão legislativa, ou melhor, mais um desserviço do Congresso Nacional à sociedade.

Prosseguindo, necessário frisar que esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva poderá ser fixada com ressalvas, possibilitando proporcionalmente na preservação de direitos fundamentais correlatos, por exemplo, a ausência da Comarca para realização de atividades laborativas constantes ou permanentes, de trato continuado e que se exerçam em outra localidade.

---

153 Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 150-151.

> Caso seja necessário que o investigado ou acusado se ausente da comarca, deverá formular requerimento prévio, devidamente instruído, e encaminhar ao juiz competente que antes de decidir deverá determinar a abertura de vista dos autos ao Ministério Público a fim de que se manifeste.
>
> Na hipótese de afastamento da comarca sem autorização prévia, mas por alguma razão emergencial, motivo de força maior, como é caso a necessidade de prestar socorro imediato a terceira pessoa ou mesmo buscar atendimento médico-hospitalar específico, logo após a violação deverá o agente antecipar-se em justificar o descumprimento ao juiz competente, por petição instruída com documentos, sempre que possível, a fim de que não se exponha à possibilidade de suspensão cautelar da medida restritiva até que aguarde audiência de justificação prévia à revogação definitiva.[154]

Por outro lado, reforçando a falta de técnica legislativa já mencionada neste item, merece destaque o artigo 320, do Código de Processo Penal, o qual determina que a proibição de se ausentar do País será comunicada pelo Juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Em verdade, este referido dispositivo legal seria um mero complemento da proibição de se ausentar do País originalmente prevista no artigo 319, IV, do Código de Processo Penal, mas, em razão da atual redação legal deste, passou a conter, implicitamente, verdadeira previsão legal da proibição de *ausência do País*, que o lado da proibição de *ausência da Comarca* fazem parte da proibição de *ausência do Juízo da culpa*.

Neste ponto, desnecessário frisar ser possível a aplicação de quaisquer dessas espécies de medidas cautelares para as duas finalidades ordinárias previstas no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, tendo em vista possuírem ambas as mesmas características, ressaltando-se, porém, ser premente na proibição de se ausentar do País a cautela final, buscando se evitar a fuga do Juízo da culpa.

Ainda, especificamente com relação ao artigo 320, do Código de Processo Penal Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, interessante destacar que

---

[154] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 374-375.

> A atual disposição contempla, principalmente, a medida cautelar prevista no art. 319, IV (proibição de se ausentar da Comarca). Não sendo permitido deixar o local onde vive, por óbvio, não cabe ao indiciado ou réu ausentar-se do País. Por isso, em boa hora deixa-se claro ser adequada a comunicação às autoridades federais que fiscalizam as saídas do território nacional, recolhendo-se o passaporte, em 24 horas, após a intimação, sob pena de desobediência.[155]

Sem prejuízo,

> Necessário observar que o simples recolhimento do passaporte não é suficiente para evitar a saída do país, visto que é factível que tal ocorra com a utilização de meio de transporte que não seja avião, e, mesmo que a opção seja a fuga por via aérea é possível embarcar para países do Mercosul apenas com a apresentação de documento oficial de identidade (RG, *v.g.*), daí a imprescindibilidade da comunicação pelo Juízo às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, como forma de tentar assegurar a aplicação da lei penal.[156]

Enfim, bom lembrar que a mera tentativa de retirada de outro passaporte já será bastante para caracterizar o descumprimento desta medida cautelar diversa e alternativa à prisão, o que, também, poderá ocorrer se o investigado ou acusado intimado da obrigação de entrega deixar de fazê-lo no prazo legal estabelecido, hipótese em que será possível ao magistrado verificar a adequação da medida, substituindo-a ou cumulando-a com outra, sendo possível, em último caso, a decretação da prisão preventiva.

---

155 Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 129.

156 Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

7.1.2.5 Recolhimento noturno

Essa medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos não é, como sói, intrinsecamente nova em nosso sistema penal e processual penal, pois já utilizada de forma similar no regime aberto, na modalidade prisão albergue domiciliar (artigos 36, § 1º, parte final, do Código Penal, 93 e 151 a 153, da Lei de Execução Penal), na pena restritiva de direitos de limitação de final de semana (artigos 43, VI, e 48, do Código Penal) ou no livramento condicional (artigo 132, §2º, *b*, da Lei da Execução Penal).

Doravante, esta medida passou a ostentar a natureza de medida cautelar, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do investigado ou do acusado, que deverá manter sua rotina de vida intacta, a fim de manter seu emprego, sujeitando-se somente ao recolhimento na residência durante a noite e nos dias de folga.

Evidentemente, o trabalho e a residência fixos são condições fundamentais para se possibilitar a concessão desta medida.

> Se o agente estiver ativado em trabalho noturno a restrição não poderá ser imposta, por representar medida desnecessária, inadequada e limitadora da subsistência do increpado e de seus eventuais dependentes. É indispensável, ademais, que exista nexo entre o delito praticado e a restrição, sem o que não estará evidenciada a necessidade e adequação da medida.[157]

Já se o acusado ou investigado possuir mais de uma residência deverá o Juiz especificar apenas uma como habilitada para o cumprimento da cautela, proibindo-se o deslocamento noturno entre as eventuais diversas residências, salvo com autorização judicial prévia e específica.

---

[157] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

> Vale registar que o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga não se confunde com a prisão domiciliar de que tratam os artigos 317 e 318 do CPP, embora em ambas as hipóteses se tenha como propósito obviar a prisão preventiva. A prisão domiciliar prevista no Capítulo IV é justificada por razões humanitárias. [...]. Já o recolhimento domiciliar noturno, positivado no Capítulo V (artigo 319, inciso V) cinge-se aos critérios de idoneidade e suficiência da medida, como alternativa à prisão preventiva, para salvaguarda do direito ameaçado pela completa liberdade do acusado. Em outras palavras, tanto uma quanto outra das mencionadas medidas cautelares assentam-se em pressupostos fáticos inerentes a toda medida dessa natureza – *fumus comissi delicti* – e se mostram úteis e suficientes como alternativas à prisão *ad custodiam*. A primeira, porém, pode ser compreendida como uma espécie de prisão preventiva atenuada, já que impõe ao acusado a obrigação de manter-se dentro de sua residência, salvo autorização judicial expressa (artigo 317). A segunda é, efetivamente, uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial, já que se lhe permite trabalhar durante o dia, recolhendo-se à residência apenas à noite o nos períodos de folga. Dito ainda de modo mais simples, a prisão domiciliar a que faz menção o artigo 317 está mais para a prisão preventiva enquanto o recolhimento domiciliar referido no artigo 319, inc. V, está mais para liberdade provisória.[158]

Esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva cumpre a finalidade de cautela instrumental, pois pode ser imposta, observando-se a necessidade para a investigação ou instrução criminal ou de cautela final, com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal. Por outro lado, não há possibilidade de sua incidência como cautela especial ou extraordinária, para evita a prática de infrações penais, uma vez que não há previsão específica para tal escopo, nos termos da regra geral prevista no artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011.

> Todavia, concretamente, é difícil imaginar uma efetiva finalidade cautelar, instrumental ou final, para medida do inc. V. Não se imagina em que o recolhimento domiciliar noturno possa auxiliar na investigação ou na instrução. Poder-se-ia objetar que, sem sair de casa durante a noite, o acusado não poderia destruir prova, ameaçar testemunhas, corromper peritos etc...Mas não poderia fazer tudo isso no período diurno? Ou mesmo durante a noite, por interposta pessoa? De outro lado, será no mínimo ingênuo acreditar que o recolhimento noturno poderá justificar uma cautela final, por impedir ou mesmo dificultar a fuga. Quem pretender se furtar da aplicação da lei penal, também poderá, sem esforços muito maiores, fugir durante o dia.[159]

---

158 Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 154.

159 Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 246.

7.1.2.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica

Esta medida cautelar alternativa diversa da prisão preventiva de suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, prevista no artigo 319, V, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, se não confunde com a perda de função pública enquanto efeito da sentença penal condenatória (artigo 92, I *a* e *b*, do Código Penal), bem como com a pena de interdição temporária de direitos (artigo 43, V, do Código de Processo Penal e artigos 154 e 155, da Lei de Execução Penal).

> Trata-se de medida destinada a regular aquelas situações em que o acusado, permanecendo desimpedido de exercer sua função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, possa vir a praticar nova infração penal, valendo-se dessa função ou atividade. [...]. Obviamente que a providência indicada neste inciso é útil apenas para aquelas infrações penais que decorrem do exercício de uma função pública (pensemos, por exemplo, em atos de corrupção ativa e passiva, ou em prevaricação) ou de atividade econômica ou financeira (gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira, por exemplo), não servindo, portanto, para evitar outros crimes não relacionados a tias circunstâncias laborativas.[160]

De uma forma ou de outra, é necessária a existência de nexo de causalidade entre o delito praticado e a medida cautelar em questão, não sendo necessário, contudo, que o delito tenha sido realizado no exercício efetivo das funções, mas apenas que em razão delas.

Interessante notar que, no caso, há previsão expressa de uma finalidade específica para esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva, a qual assume, assim, a natureza de uma cautela especial para evitar reiteração criminosa, consoante previsão legal do artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011. Assim, uma das razões para a imposição dessa medida cautelar é a persistência do investigado ou acusado na continuidade de negócios escusos, mas

[160] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155.

> Parece claro que a medida de suspensão poderá ser extremamente valiosa e até mesmo imprescindível para o êxito de determinada investigação ou instrução criminal, com vistas a preservar e garantir a fidelidade da prova.[161]

Ora, pela regra geral prevista no artigo 282, do Código de Processo Penal, e, também pela técnica da cautelaridade, quaisquer medidas cautelares poderão assumir o caráter de cautela instrumental ou de cautela final, dependendo tal incidência, única e exclusivamente, de sua natureza e condições intrínsecas relacionadas ao caso, destacando-se somente a chamada cautela especial para se evitar a prática de infrações penais à imprescindibilidade de autorização legal para tanto, até porque a natureza cautelar de tal finalidade é discutível por boa parte da doutrina, sendo, pois, relacionada como cautela extraordinária.

Então, no meu sentir, perfeitamente possível a incidência desta medida cautelar, não só como cautela extraordinária, visando a se evitar a prática de infrações penais, mas também e notadamente como cautela instrumental por conta de sua condição precípua e daquilo que comumente acontece.

> Finalmente, é de se observar que, enquanto as demais medidas alternativas à prisão são coercitivas, impondo graus variados de restrição da liberdade de locomoção, a medida de "suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira" (art. 319, *caput*, VI) é uma medida interditiva, que suspende o exercício de direitos específicos do investigado ou acusado. Isso não significa, contudo, que necessariamente seja uma medida de menor gravidade. Podendo "incidir sobre aspectos tão significativos da vida de relações do indivíduo", é extremamente difícil afirmar, em abstrato, que os gravames que pode causar sobre o indivíduo serão menos intensos que os das medidas coercitivas, mormente aquelas de menor restrição, como, por exemplo, a simples proibição de ausentar-se do país.
>
> De qualquer forma, por se tratar de uma medida de *suspensão temporária* de função ou atividade, é importante que o juiz, ao decretar a medida, estabeleça um prazo máximo de sua duração, sem prejuízo de que, ao término, possa prorrogar a medida. A preocupação em se fixar um prazo de duração se justifica para impedir que uma medida interditiva, de suspensão de direitos específicos do acusado, distintos da liberdade transforme-se em uma *proibição indefinida* do exercício da função ou atividade.[162]

---

[161] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

[162] Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 253.

7.1.2.7 Internação provisória

Antes de mais nada, bom ressaltar que há previsão expressa de uma finalidade específica para esta medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva, a qual assume, portanto, natureza de uma cautela especial ou extraordinária para evitar a reiteração criminosa, nos termos do estabelecido pelo artigo 282, I, do Código de Processo Penal.

A medida cautelar diversa e alternativa à prisão preventiva de internação provisória, prevista no artigo 319, VII, do Código de Processo Penal, somente pode ser decretada, logicamente, nos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo seu pressuposto a existência de laudo pericial dando conta da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, laudo esse que deverá ser realizado consoante o disposto no artigo 159, do Código de Processo Penal.

> A medida indicada neste inciso visa a prevenir a possível reiteração delitiva na hipótese em que o acusado apresente quadro psíquico de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade e represente, em face do modo com que teria cometido o crime – mediante violência ou grave a ameaça – um perigo para a sociedade. Não há distinção assinalada entre quem já era, por assertiva pericial, inimputável ou semi-imputável ao tempo do crime e aquele outro que teve a enfermidade psíquica supressora ou redutora de sua imputabilidade desenvolvida após a infração penal. Essa diferenciação perde a relevância desde que se tenha a medida ora analisada como efetivamente de cunho cautelar, destinada a proteger a ordem pública, potencialmente ameaçada pelo comportamento perigoso do acusado, assim definido em prova pericial. A situação hipotética renderia ensejo à decretação de prisão preventiva – presentes, evidentemente, os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal –, substituível, porém, pela internação provisória do acusado, providência menos gravosa.[163]

A medida em questão supre lacuna em relação à prisão provisória de pessoas portadoras de algum tipo de doença mental, pois a medida de segurança provisória anteriormente existente fora extinta com o advento da Lei de Execução Penal e, assim, a única possibilidade até então existente para situações correlatas era a prisão preventiva, a qual muito embora em tese, nestes casos, devesse ser cumprida em estabelecimento adequado a pessoas em tais condições, na prática acabava sendo efetiva em cárceres comuns, tendo em vista a precária capacidade operacional do sistema.

---

[163] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 156.

Então, como se não mais trata de prisão preventiva, tal possibilidade de encarceramento indevido foi mitigada, pelo menos em tese, destacando-se que a medida de internação provisória se apresenta como medida subsidiária e alternativa àquela e desde que suficiente e adequada à proteção do bem ameaçado pela liberdade do acusado, afim de se evitar a reiteração criminosa.

Assim, a medida de internação provisória deve ser cumprida necessariamente em hospital psiquiátrico ou estabelecimento equivalente com condições adequadas para tratamento médico, não se podendo descartar, portanto, o componente material de se objetivar, também, a facilitação da recuperação ou cura psiquiátrica completa do acusado ou investigado.

Ainda, bom frisar que dependendo do caso o magistrado poderá se valer de seu poder geral de cautela e determinar a internação do acusado antes mesmo da realização do exame pericial, uma vez que pode ser inadequada a manutenção no cárcere comum de alguém com evidentes sinais de enfermidade mental, bastando, para tanto, de documentos médicos hábeis a esta finalidade e devidamente juntados aos autos.

Por fim, muito embora não seja possível a detração nos casos de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, em um caso não há como negar tal direito, em que pese a péssima técnica legislativa empregada pelo artigo 319, do Código de Processo Penal, ou seja, quando se tratar de hipótese relacionada à internação provisória.

> A crítica que se faz consiste no fato de o legislador ter colocado, no mesmo dispositivo, liberdade provisória com fiança ou outra restrição, e liberdade provisória mediante internação provisória. Não há como estar em liberdade provisória internado em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A inserção da internação provisória como medida restritiva que acompanha a liberdade provisória (CPP, art. 321) constitui uma contradição em si mesma. Daí porque, contornando essa falta de visão sistemática a elaboração do rol de medidas previstas no art. 319 do CPP, é forçoso reconhecer o direito à detração penal para o réu internado provisoriamente, uma vez que o art. 42 do CP é absolutamente claro ao admitir o benefício tanto para a prisão quanto para a internação provisória.[164]

[164] Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 338.

7.1.2.8 Monitoração eletrônica

Esta medida cautelar alternativa e diversa da prisão preventiva de monitoração eletrônica, não é uma novidade em nosso sistema processual penal, uma vez que a Lei 12.258/2010 institui a possibilidade de utilização de meios eletrônicos de controle de pessoas que cumpram pena privativa de liberdade, especificamente em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (artigos 122 a 125 c/c o artigo 146-B, II, todos do Lei de Execução Penal), bem como aos que se encontrarem no regime aberto e prisão domiciliar (artigo 117, c.c. o artigo 146-B, IV, ambos da Lei de Execução Penal).

Esta medida alternativa à prisão preventiva instituída pelo artigo 319, IX, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, cumpre a finalidade de cautela instrumental, pois pode ser imposta, observando-se a necessidade para a investigação ou instrução criminal ou de cautela final, com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal.

É notório não ser possível sua incidência como cautela extraordinária, para evitar a prática de infrações penais, uma vez que ausente previsão específica para tanto, em consonância com a regra geral estabelecida pelo artigo 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

> Há três principais finalidades associadas ao uso de monitoramento eletrônico: detenção, restrição e vigilância.
>
> Como forma de detenção, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado para assegurar que o indivíduo permanece em determinado lugar; como forma de restrição, o seu uso destina-se a assegurar que o indivíduo não entre em áreas ou locais proibidos, ou se aproxime de certas pessoas; pode, ainda, servir como meio de vigilância, de modo a permitir o permanente acompanhamento de pessoa portadora do equipamento (BLACK e SMITH, 2003).[165]

[165] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 164.

A medida cautelar de monitoramento eletrônico, prevista no artigo 319, IX, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, pode se transformar em uma das medidas cautelares mais eficazes para corretamente se equacionar a natural tensão entre a eficácia estatal na persecução penal e a garantia dos direitos fundamentais, possibilitado uma solução perfeitamente proporcional à finalidade almejada e à situação de perigo que se pretende com ela evitar, desde que possa ser efetivamente otimizada a utilização das tecnologias relacionadas.

> Segundo EDMUNDO OLIVEIRA, o monitoramento eletrônico "evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os delinquentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, a pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as má condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida 'normal' aos olhos do empregador e junto da família.[166]

[166] Renato Marcão. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 383.

7.2 Liberdade provisória

7.2.1 Conceito e natureza jurídica

Inicialmente, interessante relembrar que à luz do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, entre outras possibilidades já analisadas nesta obra, ou seja, relaxar a prisão ilegal (item 6.1) e converter a prisão em flagrante em preventiva (item 6.3), quando presentes os requisitos constantes do artigo 312, do Código de Processo Penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá fundamentadamente conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Prosseguindo, estabelece o artigo 321, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que

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

Nos primórdios, vigorava o princípio da presunção de culpa e, assim, alguém deveria responder preso a um processo notadamente se preso em flagrante, do que se denotava uma antecipação de culpa. Sob a égide deste Estado autoritário praticamente nada interessava ou se questionava. Enfim, a prisão provisória era obrigatória.

Atualmente, inverteu-se tal paradigma, passando a liberdade a ser a regra e a prisão provisória a exceção, em razão de sua natureza precipuamente cautelar em virtude do Estado Democrático de Direito vigente e sob o foco da presunção de inocência.

Então, provisória deve ser a prisão, ao passo que a liberdade por ser a regra não necessita ser legitimada, não se adequando plenamente a ela este adjetivo. Melhor seria o

emprego de expressões do tipo liberdade fiscalizada, liberdade vigiada, liberdade condicionada ou liberdade vinculada, os quais melhor definem a essência desta situação processual penal.

> A liberdade provisória é o direito de aguardar o processo criminal em liberdade, com o sem o pagamento de fiança, até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a efetivação da sanção penal imposta através do processo de execução penal e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva, consagrando o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. [...]. A liberdade provisória é *medida judicial*, pois pode ser revogada a qualquer tempo, desde que desapareçam os pressupostos autorizadores da concessão da medida ou quando ficar caracterizada a possibilidade de prisão preventiva ou em razão de futura condenação com prisão ou absolvição. É *contracautela*, pois como medida cautelar visa colocar em liberdade pessoa presa em flagrante, não se cogitando da sua incidência quando se tratar de prisão preventiva ou temporária, que somente admitem revogação.[167]

A liberdade é um estado natural da pessoa humana e com a evolução do processo civilizatório passou a caracterizar um direito individual, sendo que a demora na prestação jurisdicional ocasiona natural tensão entre ele e o direito à segurança e a efetividade estatal nas investigações, o que possibilita a utilização de medidas cautelares a fim de se preservar a ordem pública, a instrução criminal e aplicação da lei penal.

A medida cautelar extrema, a *ultima ratio*, é a medida de prisão, que entre nós pode ocorrer em flagrante, com natureza precautelar, e como prisão preventiva, quer em conversão desta precautela, quer propriamente dita, mas, de uma forma ou de outra, o retorno ao *status quo ante* natural de liberdade não tem outra natureza jurídica senão o de restituição de liberdade, pura e simplesmente.

O fundamento da liberdade provisória está baseado no artigo 5º, LXVI, da Constituição da República, ou seja, ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como e notadamente no próprio princípio da presunção de inocência, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante passou a assumir uma natureza precautelar, devendo o Juiz analisar o cabimento da custódia. Porém, enquanto medida cautelar, deve o magistrado, por primeiro, perceber a validade e legalidade

---

[167] Ana Flávia Messa. **Prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

do flagrante, culminando em seu fatal relaxamento se ausentes seus requisitos intrínsecos, mas também e precipuamente se presentes os pressupostos da cautelaridade, não prevalecendo a prisão, por exemplo, se for o caso de atipicidade da conduta, restituindo-se a liberdade ao réu, mas sem qualquer contracautela.

Prosseguindo, superada a análise formal do auto de prisão em flagrante, deverá o Juiz converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, do Código de Processo Penal, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

> Com a nova redação do art. 319, foi estabelecido um sistema polimorfo, com amplo regime de liberdade provisória, com diferentes níveis de vinculação ao processo, estabelecendo um escalonamento gradativo, e que no topo esteja a liberdade plena e, gradativamente, vai-se descendo, criando restrições à liberdade do réu no curso do processo pela imposição de medidas cautelares diversas, como o dever de comparecer periodicamente, de pagar fiança, a proibição de frequentar determinados lugares, a obrigação de permanecer em outros nos horários estabelecidos, a proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização judicial, o monitoramento eletrônico, o recolhimento domiciliar noturno. Quando nada disso se mostrar suficiente e adequado, chega-se à *ultima ratio* do sistema: a prisão preventiva.[168]

De uma forma ou de outra, deve o Juiz, à luz do postulado da proporcionalidade perceber qual seria a medida mais suficiente e adequada para arrostar a situação de perigo, restando a prisão preventiva como *extrema ratio*, com prevalência da liberdade como regra, reservando-se a medida de liberdade provisória como contracautela alternativa ao flagrante, visando impedir a decretação daquela.

> A liberdade provisória é medida que se sobrepõe à prisão provisória, cautelar, sendo compatível com a prisão em flagrante legal. Não se aplica, em razão mesmo de incompatibilidade essencial – em substituição à prisão preventiva e à prisão temporária (uma vez ausente qualquer um de seus requisitos, devem ser revogadas), bem como à prisão em flagrante ilegal (que deve ser relaxada).[169]

No *ancien régime*, a liberdade era fundamentalmente provisória, uma vez que o flagrante antecipava a culpabilidade do agente, que deveria normalmente assim responder ao processo. Sob a égide do Código de Processo Penal de 1941, em sua estrutura original, a

---

168 Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

169 Edilson Mougenot Bofim. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

liberdade provisória era instrumento de recuperação do flagrante, mediante a imposição de algumas condições, daí a nomenclatura usual de liberdade provisória vinculada.

Atualmente, nos termos do artigo 321, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o Juiz deverá conceder a liberdade provisória, impondo, observados os critérios constantes do artigo 282, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319, todos do Código de Processo Penal.

Paralela e contrariamente, se presentes os requisitos da prisão preventiva esta será excepcionalmente decretada em virtude de sua subsidiariedade, mas se estes motivos posteriormente não mais se fizerem presentes, tendo em vista a provisoriedade desta cautelar será ela revogada, restituindo-se a liberdade plena ao réu, o que se não confunde com a hipótese específica e restrita de liberdade provisória.

> Em um contexto no qual a liberdade é a regra (presunção de inocência), só se pode falar em liberdade *provisória* – com toda inconveniência do adjetivo, frise-se a partir de uma *situação* prévia que a excepcione (a liberdade). Esse é o caso da prisão em flagrante, consideradas todas as circunstâncias que a autorizam, relativamente à demonstração da existência de crime e à emergência de indicativos verossímeis quanto à sua *autoria* (amplamente considerada em termos de concurso de pessoas). Assim, a não ser nos casos imediatamente posteriores a situações cuja evidência enseja o aprisionamento em flagrante, recusa-se pertinência ao uso da já impertinente expressão liberdade *provisória*. [...]. E todo esse esforço argumentativo só se justifica porque a infeliz expressão teima em se fazer empregada pelo texto constitucional e por nossa legislação ordinária, sendo ainda necessária para impedir que o intérprete possa ser induzido a erro pelo texto do art. 321, CPP, que sugere a possibilidade de se falar em liberdade *provisória* mesmo nas hipóteses de prisão preventiva decretada ou substituída em momento diverso ao da análise judicial do flagrante, que se rege pelo art. 310, CPP. A interpretação do art. 321, CPP, portanto, se faz vinculada – e restringida – às previsões do art. 310, CPP, no que tange à liberdade provisória.[170]

Neste diapasão, tendo em vista não mais ser a prisão em flagrante uma antecipação de culpa, não se admitindo, bem por isso, quaisquer hipóteses de prisão obrigatória, à luz do princípio da presunção de não culpabilidade, são inadmissíveis quaisquer vedações legais abstratas à liberdade provisória, uma vez que a cautelaridade das medidas privativas e

---

[170] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 124.

restritivas deste direito fundamental se impõe, exigindo-se uma análise contextualizada de circunstâncias fáticas, condições pessoais do autor do fato e sem se perder de vista a necessidade, adequação e proporcionalidade das cautelas possíveis em função das situações de perigo que se pretende arrostar.

> É inconstitucional qualquer lei que proíba o juiz de conceder a liberdade provisória, quando ausentes os motivos autorizadores da prisão preventiva pouco importando a gravidade ou a natureza do crime imputado. Nesse sentido, em boa hora, a Lei 11.624/2007 revogou a proibição de liberdade provisória para os crimes hediondos, prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90. Mencione-se que o art. 44 da Lei 11.343/06 proíbe expressamente a liberdade provisória para o tráfico de drogas e assemelhados. No entanto, entendemos que ele é inconstitucional, havendo ainda posicionamento no sentido de que a Lei 11.464/2007, que é geral, derrogou parte do art. 44 da Lei 11.343/06. [...]. Vale, ainda, notar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, na data de 2-5-2007, a inconstitucionalidade de três dispositivos do Estatuto do Desarmamento (ADIn 3.112). Por maioria de votos, foram simulados dois dispositivos que proibiam a concessão de liberdade, mediante o pagamento de fiança, no caso de porte ilegal de arma (parágrafo único do art. 14) e disparo de arma de fogo (parágrafo único do art. 15). Também foi considerado inconstitucional o art. 21, que negava liberdade provisória aos acusados de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal de arma de e *tráfico internacional de arma*.[171]

> Finalizando, o Supremo Tribunal declarou inconstitucional a vedação à liberdade provisória, constante da Lei de Drogas, em decisão tomada pelo Pleno. Em verdade, colocou fim a mais um excesso do Legislativo, que de tempos em tempos, cisma em não compreender os preceitos constitucionais garantistas da Constituição de 1988. [...]. STF: "O Tribunal, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão 'e liberdade provisória', constante do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006. [...]. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para eu sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar. [...] O tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei" 9HC 104.339-SP, Pleno, m.v., rel. Min. Gilmar Mendes, 10.05.2012).[172]

---

171 Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 350-351.

172 Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 25-26.

7.2.2 Modalidades

7.2.2.1 Liberdade provisória com e sem fiança

> A expressão *liberdade provisória* deve ser entendida como a liberdade que se concede com a imposição de alguma cautelar que se faça necessária após a prisão em flagrante. No caso de o intérprete entender que o só fato da existência do flagrante não é suficiente para a imposição de qualquer cautelar, não se poderá falar, rigorosamente, em liberdade provisória, mas, apenas, em restituição de liberdade. Tal como ocorre, aliás, com o *relaxamento* da prisão ou com a *revogação* da preventiva (sem substituição por outra cautelar).[173]

A par disso, a liberdade provisória pode ser estabelecida com ou sem fiança. No regime original do Código de Processo Penal de 1941, vigia o sistema bipolar de prisão/liberdade, sendo a fiança praticamente a única condição atrelada ao restabelecimento do mencionado direito fundamental mitigado em função da prisão em flagrante delito.

Antes de mais nada, interessante frisar que não há falar em prisão em flagrante e consequentemente em liberdade provisória, nos casos em que à infração penal em questão não for cominada, pelo menos pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 283, § 1º, do Código de processo Penal, ou, ainda, e, consequentemente, se a referida infração for de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 69, da Lei 9.099/95. Neste caso, o autor do fato será simplesmente conduzido à Delegacia de Polícia, onde será lavrado termo circunstanciado da ocorrência, com obrigação de comparecimento oportuno ao Juizado Especial competente para processar e julgar o delito respectivo.

A liberdade provisória será efetivada sem imposição de fiança, em primeiro lugar, na hipótese prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato sob o manto de causa excludente de ilicitude. Neste caso, a liberdade provisória deverá ser concedida mediante termos de comparecimento a todos os atos do processo, única obrigação a ser imposta ao autor do fato.

---

[173] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134.

Além disso, a liberdade provisória poderá ser efetivada sem fiança quando o Juiz, analisando os pressupostos e requisitos inerentes à técnica da cautelaridade, à luz da proporcionalidade, entender que outras medidas cautelares diversas da prisão são pura e simplesmente as únicas suficientes e adequadas para obstar a situação de perigo que se pretende evitar.

A liberdade provisória poderá, também, ser efetivada independente de fiança quando o Juiz, em atenção ao disposto no artigo 350, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, entender que o preso não tem meios para honrá-la, impondo-lhe, então, obrigatoriamente as condições previstas nos artigos 327 e 328, do Código de Processo Penal, sem prejuízo, é claro, da possibilidade de imposição, se necessário, de outras medidas cautelares alternativas elencadas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Ainda, se não pode perder de vista os casos de inafiançabilidade, hipótese em que tal cautela é expressamente vedada, o que não impede, em si, a concessão de outras cautelas alternativas, em razão do novo paradigma implementado pela Lei 12.403/11, que rompeu definitivamente com a odiosa bipolaridade prisão/liberdade.

Por outro lado, a liberdade provisória poderá ser concedida mediante fiança, isolada ou acumuladamente, com quaisquer outras medidas cautelares alternativas à prisão.

> Não há liberdade *mediante* fiança, uma vez que não se paga pela liberdade (CPP, art. 350), ainda que seja ela (a fiança) restituída *sob cautela*, diante de prisão em flagrante legal, ou que se dê em substituição à prisão preventiva anteriormente decretada (art. 282, § 5º, e art. 315, CPP). Ou seja, a fiança *não* é condicionante da liberdade, como o foi outrora, nas originárias disposições do Código de Processo Penal.[174]
>
> A fiança é uma contracautela, uma garantia patrimonial, uma caução real prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas também é utilizada como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado.[175]

---

[174] Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 136.

[175] Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182.

O artigo 323, do Código de Processo Penal, determina que

> Não será concedida fiança:
>
> I - nos crimes de racismo;
>
> II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
>
> III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Como sói, a inafiançabilidade nada mais caracterizada a não ser a própria proibição de imposição de fiança, sendo insuficiente para impedir a restituição de liberdade ao preso em flagrante, mesmo que com a imposição de outras medidas cautelares, tendo em vista, consoante já analisado alhures, o novo paradigma adotado, rompendo-se com o princípio autoritário da presunção de culpa ante a efetivação do Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência.

Assim, basta ressaltar, no tocante à inafiançabilidade, que a nova redação do artigo 323, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.403/11, apenas e praticamente repetiu a pretensa sistemática utilizada pela Constituição da República, tentado passar a ideia de que a vedação de fiança seria equivalente à vedação e liberdade provisória nos casos de crimes considerados graves. Esta premissa, a rigor, é verdadeira falácia, verdadeiro equívoco, pois apenas permite que os presos em flagrante por tais crimes possam ter sua liberdade restituída com menores gravames do que aqueles prováveis autores de infração penais menos graves.

> Ademais ainda que a Constituição efetivamente defina crimes inafiançáveis (art. 5º, XLIII), o próprio texto constitucional consagra a liberdade provisória sem fiança no art. 5º, LXVI. E mais: a própria Constituição determina que ninguém será preso senão em caso de flagrante delito competente. Logo, a fundamentação implica demonstração de necessidade da medida, pois, se fosse obrigatória, seria um ato judicial automático sem a necessidade de qualquer fundamentação. Isso sem falar na presunção de inocência, incompatível com qualquer espécie de prisão obrigatória, até porque nem sequer cautelar seria, mas sim uma verdadeira pena antecipada. Deve-se considerar, assim, que **o juízo de necessidade da prisão cautelar é concreto, pois implica análise de determinada situação fática, pois é da essência das prisões cautelares o caráter de medidas situacionais. O juízo de necessidade não admite uma valoração *a priori,* no sentido kantiano, de antes da experiência, senão que demanda uma verificação *in concreto***.[176]

[176] Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

Diante de um flagrante por crime inafiançável, ausentes os requisitos para sustentar a custódia cautelar, o Juiz poderá conceder liberdade provisória sem fiança, mas com imposição de medidas cautelares alternativas suficientes e adequadas para tutelar a situação de perigo. Enfim, não há falar em execução antecipada de pena, não se admitido, portanto, que alguém permaneça preso somente em virtude da vedação de fiança a um respectivo delito.

Já a vedação à concessão de fiança estabelecida pelo artigo 324, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, refere-se a situações subjetivas e, portanto, concretas, sendo mais compatíveis com a presunção de inocência. Assim, é perfeitamente lógico e aceitável que se negue esta cautela àqueles que a tenham quebrado anteriormente no mesmo processo. Ainda, bom notar que em caso de prisão civil a concessão de fiança seria absolutamente contrária à natureza dessa custódia, uma vez que possibilitaria o paradoxo do agente em vez de adimplir a prestação alimentar preferir honrar apenas a contracautela. No mais, a vedação de fiança na hipótese da presença dos requisitos da prisão preventiva apenas reforça a ideia da cautelaridade do sistema em adequação á presunção de inocência, evidenciando-se a proibição à prisão obrigatória.

A fiança, no sistema original do Código de Processo Penal ainda hoje vigor, era condicionante da liberdade provisória, pura e simplesmente. Atualmente, com a nova redação do artigo 319, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.403/2011, consagrou-se a fiança autônoma, que pode ser aplicada até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória enquanto medida cautelar alternativa à prisão.

Então, a fiança no novo sistema estabelecido pela Lei 12.403/2011 tem duas dimensões de atuação, ou seja, pode ser aplicada no momento da concessão da liberdade provisória, caracterizando uma condição a ela vinculada, verdadeira contracautela para obstar a imposição de prisão preventiva, ou somente como medida cautelar diversa.

Assim, a fiança, medida cautelar alternativa e diversa da prisão, pode ser aplicada, 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 (artigo 319, VIII, do Código de Processo Penal).

> Assegurando o comparecimento do acusado do processo, a fiança tem natureza tipicamente cautelar. Assume a função de cautela processual na medida em que o acusado é obrigado a comparecer aos atos do processo, incluindo atos probatórios. Também poderá ser uma cautela final, assegurando a aplicação da lei penal, quer porque os valores ou objetos dados em fiança poderão ser utilizados para o pagamento da pena de multa ou de prestação pecuniária (CPP, art. 336), quer porque exercerá pressão psicológica para o comparecimento do acusado para o início do cumprimento da pena, em caso de condenação transitada em julgado, evitando com isso o perdimento da fiança (CPP, art. 344).[177]

Para atender suas finalidades intrínsecas, quer de cautela instrumental, quer de cautela final, em inteligência dos artigos 327 e 328, ambos do Código de Processo Penal, a fiança obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento, bem como não poderá mudar de residência sem permissão da autoridade processante, ou ausentar-se mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

A fiança poderá ser concedida na fase de investigação quando da análise da prisão em flagrante, caracterizando verdadeira contracautela, possibilitando-se neste caso e bem por isso a concessão de ofício pela autoridade policial, mas somente nos casos de infrações penais cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos (artigo 322, "caput", do Código de Processo Penal), excepcionando, assim, o legislador a reserva de jurisdição, com enquadramento legal do postulado da proporcionalidade a algumas situações que entendeu ser tal medida necessária e adequada.

Nos demais casos, nos termos do artigo 322, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que ressaltou a constitucional judicialidade em casos de limitação de direitos fundamentais, poderá a fiança ser concedida pelo Juiz, quer na fase de investigação, quer na fase judicial, mesmo naquelas infrações em que a autoridade policial tem atribuição para tanto, uma vez que a competência judicial é subsidiária, permitindo a efetivação nos casos em que a autoridade policial não o fez e, inclusive, o redimensionamento da medida.

---

177 Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**. In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 257.

Neste ponto, é bom não se perder de vista que, em um Estado Constitucional Democrático de Direito como o nosso, nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ter sua análise afastada ao Poder Judiciário, o que possibilita a concessão de fiança pelo magistrado, mesmo de ofício, na fase processual. Não é demais lembrar, ainda, que, na fase de investigação e em razão do sistema acusatório, não poderá o Juiz agir de ofício nestes casos, salvo, aliás, como já analisado alhures (item 6.3), nas situações de análise do flagrante, tendo em vista que aqui se está a atuar na preservação da legalidade do ato e em função dos direitos e garantias fundamentais individuais.

A fiança, conforme todas as demais medidas cautelares alternativas diversas à prisão, poderá ser aplicada de forma cumulativa, visando uma completa proporcionalidade para tutelar a situação fática de perigo, merecendo, inclusive, previsão específica do legislador neste sentido (artigo 319, § 4º, do Código de Processo Penal), podendo, ainda e enquanto tal, ser prestada até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória (artigo 334, Código de Processo Penal).

A fiança consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar (artigo 330, do Código de Processo Penal).

Nos termos do artigo 325, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.401/2011

> O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
>
> I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;
>
> II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.
>
> § 1o Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:
>
> I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
>
> II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
>
> III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Prosseguindo, o artigo 326, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, dispõe que

> Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Quando imposta em dinheiro, o legislador se preocupou em antecipar o Juízo de proporcionalidade da fiança, ampliando as possibilidades de fixação de seu valor, estabelecendo, sem prejuízo critérios para melhor adequação à tutela da situação de perigo que se pretende arrostar.

> A Lei 12.403/11 revitalizou a fiança, e, principalmente, estabeleceu um vasto campo de aplicação e a possibilidade de fixação de valores elevados, suficientes para, à luz da gravidade do crime e das condições econômicas do imputado, minimizar os riscos de fuga. Valores elevados não apenas desestimulam a fuga, mas, principalmente, criam uma situação econômica completamente desfavorável, dificultando muito que o imputado tenha condições financeiras para fugir e se manter assim por longos períodos. Ademais, a fuga dará causa ao perdimento da integralidade do valor. Destarte, ao mesmo tempo em que pode ser dispensada a fiança para aqueles imputados que não tiverem condições econômicas para suportá-la (art. 350), mas submetendo-os a outras medidas cautelares do art. 319 (e também dos arts. 327 e 328, conforme o caso), ou reduzida em até 2/3, também poderá ter o valor aumentado em até mil vezes. Com isso, em situações graves e se o imputado tiver excepcionais condições econômicas, a fiança poderia, em tese, ser fixada em 200.000 salários mínimos, ou seja, uma cifra astronômica. É claro que dificilmente se chegará a um valor desses, mas existe a possibilidade jurídica de fixar uma fiança em limites econômicos que realmente tenham relevância para o imputado, à luz da gravidade do crime e de sua riqueza.[178]

A fiança, além da finalidade precípua de cautela instrumental ou final, em inteligência dos artigos 282 e 319, VIII, ambos do Código de Processo Penal, possui uma finalidade de cautela especial oblíqua, visando ao pagamento das custas, da indenização, da prestação pecuniária e da multa, mas razoável e proporcionalmente somente se o réu for condenado (artigo 336, do Código de Processo Penal), devendo, em caso da fiança ser tornada sem efeito, em caso de absolvição ou declarada extinta a ação penal, ser o valor, atualizado, restituído ao acusado (artigo 337, do Código de Processo Penal).

---

[178] Aury Lopes Jr. **Prisões Cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

Enquanto medida cautelar alternativa e diversa da prisão que é a fiança tem característica de provisoriedade, podendo ser alterada ou revogada, dependo da modificação das situações de fato que a sustentam, possibilitando, assim, ser ela reforçada, tornada sem efeito, cassada, quebrada ou declarada perdida.

Quando o valor prestado se mostrar insuficiente, nos termos das situações previstas no artigo 340, do Código de Processo Penal, deverá a fiança ser reforçada para se preservar sua finalidade cautelar. Em caso contrário, não havendo tal reforço, em atenção ao mencionado dispositivo legal, a fiança será julgada sem efeito e o réu será recolhido à prisão. Igualmente, se for reconhecido não ser cabível a fiança na espécie ou ainda se tratar de delito inafiançável, em caso de inovação da figura típica, será a fiança cassada. Porém, tanto em um caso como noutro o réu somente será efetivamente recolhido à prisão se presentes os devidos pressupostos e requisitos da custódia cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris/fumus comissi delicti* e o *periculum in mora/periculum libertatis*.

Ainda, nos termos do artigo 341, do Código de Processo Penal, será julgada quebrada a fiança quando o acusado regularmente intimado para o ato do processo deixar de comparecer, sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com fiança; resistir injustificadamente a ordem judicial e/ou praticar nova infração penal. Neste caso, à luz do artigo 343, do Código de Processo Penal, o quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade de seu valor, cabendo ao Juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou decretação da prisão preventiva, destacando-se que a decisão deve se pautar, notadamente, pelos critérios de necessidade e adequação, não se olvidando jamais da subsidiariedade da custódia cautelar, a qual, por ser medida extrema, somente deve ser aplicada em último caso.

Por fim, consoante o artigo 344, do Código de Processo Penal, ocorrerá a perda do valor total da fiança se, condenado, o réu não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, apresentação essa que não necessita ser espontânea, bastando que o réu não se oculte, não resista ou embarace a captura.

7.3 Controvérsias

7.3.1 Agente político e a suspensão do exercício de função pública

Nos termos do artigo 53, da Constituição Federal

> Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. § 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. § 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. § 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida

Ainda, o artigo 86, da Constituição Federal, determina que

> Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções: I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. § 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão. § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções

Os mencionados dispositivos da Constituição da República estabelecem a chamada inviolabilidade ou imunidade formal, quer em relação ao Presidente da República, quer quanto a membros do Congresso Nacional, imunidades essas que são estabelecidas em variados níveis, desde o foro por prerrogativa de função até a vedação à prisão provisória.

Antes de mais nada, de se ressaltar que os Governadores dos Estados não são alcançados por aludidas imunidades, uma vez que não há previsão expressa neste sentido na Constituição da República. Assim, não é demais lembrar que, em razão da reserva legal constitucional estabelecida à União para legislar sobre direito penal e direito processual penal (artigo 22, I, da Constituição Federal), é vedado às Constituições Estaduais outorgarem a estas autoridades a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, prisão temporária e/ou prisão preventiva. Neste sentido, aliás, entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal (ADI 978/PB).[179]

Por outro lado, de se destacar que em atenção aos artigos 27, § 1º e 32, § 3º, da Constituição Federal, há aplicação da imunidade parlamentar estabelecida no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, aos membros das Assembleias Legislativas dos Estados Federados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Já no tocante aos prefeitos e vereadores, não se firmaram maiores polêmicas sobre o tema, sendo praticamente pacífico o entendimento de que a imunidade em questão lhes não aproveita em virtude da clara ausência de previsão constitucional para tanto.

Interessante notar que a vedação constitucional com relação ao Presidente da República é absoluta, não podendo ele ser custodiado cautelarmente em quaisquer hipóteses, mas no tocante aos membros do Congresso Nacional referida vedação é relativa, podendo eles serem presos, desde que em flagrante delito por crime inafiançável.

Deixando de lado algumas outras reflexões sobre o tema da inafiançabilidade, pois, inclusive, já objeto deste estudo (itens 4.1 e 7.2), no caso, bom frisar que os crimes inafiançáveis, no meu sentir, restritos não estão àqueles definidos enquanto tais, nos termos do artigo 5º, XLII e XLIII, da Constituição Federal. Seu conceito deve ser ampliado à luz das hipóteses de inafiançabilidade previstas no artigo 324, do Código de Processo Penal quer as

[179] STF, ADI 978/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/10/95.

subjetivas (relacionadas ao acusado), quer as objetivas (relacionadas à prisão em si). Neste sentido, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao reputar legítima a imposição, por autoridade judiciária, da prisão em flagrante de parlamentar investido de imunidade formal (AC 4.039/DF) .

De uma forma ou de outra, a Constituição Federal firmou regra vedando sempre a prisão do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional, ressalvado quanto aos parlamentares a possibilidade da custódia, desde que em flagrante por crime inafiançável, impondo regra que contém um claro Juízo político discricionário, antecipando eventual Juízo de ponderação, sendo vedado, portanto, qualquer relativização do comando constitucional.

> De acordo com Robert Alexy, "se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível". O constituinte originário, ao dispor somente sobre a possibilidade de prisão em flagrante de parlamentar, por óbvio não ignorava as diversas modalidades de prisão cautelar então existentes. [...]. Também não ignorava que, no processo penal, é permanente a tensão entre o direito de liberdade e o direito à segurança da coletividade e que, nas hipóteses estrita e legalmente previstas, aquele direito individual deve ceder em face do interesse coletivo em se garantir o resultado ou os meios do processo. A Constituição Federal, todavia, fez explícita opção por vedar a prisão cautelar do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. O conflito entre o direito individual à liberdade e os interesses da persecução penal, portanto, já foi objeto de sopesamento por parte do constituinte originário, de modo que não é dado ao intérprete, a pretexto de realizar ponderações de valores, contornar a vedação constitucional. Virgílio Afonso da Silva, embora tratando de questão diversa (dignidade da pessoa humana e vedação da tortura e de tratamento degradante – art. 5º, III, CF), bem esclarece que quando a própria Constituição, em normas com estrutura de regra, define condutas absolutamente vedadas em determinado âmbito, impõe-se uma barreira intransponível, ou seja, imune a relativizações a partir de sopensamentos, no conteúdo essencial desse direito fundamental. [...]. Assim, a regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra.[180]

A regra constitucional determinante de vedação à prisão dos membros do Congresso Nacional (salvo os casos de prisão em flagrante por crime inafiançável) deve prevalecer, mesmo após o novel sistema da custódia cautelar estabelecido pela Lei 12.403/2011.

---

180 Rodrigo Capez. **Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 136-137.

A nova sistemática da custódia cautelar consolidou a presunção de inocência, dando natureza jurídica precautelar à prisão em flagrante ao firmar, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, que este deve ser encaminhado ao juiz competente para que, fundamentadamente, se relaxe a prisão ilegal, se converta o flagrante em preventiva quando presentes seus pressupostos e requisitos e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou se conceda liberdade provisória, com ou sem fiança.

A regra constitucional em questão, como sói, deve ter interpretação restritiva, cumprindo-se exatamente aquilo que ela determina, restando ao texto infraconstitucional uma interpretação conforme. No caso, por razões de caráter estritamente político, entendeu o constituinte originário possibilitar a prisão em flagrante de parlamentares por crimes inafiançáveis, alcançando a regra a natureza intrínseca de tal prisão como precautela, ou seja, enquanto resposta imediata, visando a cessação da atividade criminosa.

A partir daí, já sob a nova sistemática da custódia cautelar, em atenção à presunção de não culpabilidade, deve o Juízo competente analisar a precautela, consoante já mencionado. Então, em se tratando, por exemplo, de membros do Congresso Nacional, o Juízo competente para tal análise será o Supremo Tribunal Federal, o qual deverá agir verificando a regularidade do flagrante, intrinsecamente e especialmente se a situação se apresentar sob o manto de uma figura típica a evidenciar a presença de um crime.

Assim, a prisão poderá ou será fatalmente decretada, devendo o expediente ser imediatamente encaminhado à casa legislativa respectiva para autorizar ou não o encarceramento. Somente em caso positivo, os autos retornarão à Corte Suprema, que poderá substituir a custódia por medida cautelar alternativa ou, em último caso, determinar a prisão preventiva. Todavia, jamais poderá o Poder Judiciário flexibilizar a regra constitucional e fora desta hipótese determinar prisão de outra natureza, quer temporária, quer preventiva propriamente dita. Neste sentido, aliás, também já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao reputar legítima a imposição, por autoridade judiciária, da prisão em flagrante de parlamentar investido de imunidade formal (AC 4.039/DF).

A prisão em flagrante que outrora justificava, por si, a manutenção de alguém no cárcere, autoritária e automaticamente, agora deve dar azo, ou não, a uma custódia precipuamente cautelar, que somente pode ser mantida se presentes seus pressupostos e requisitos, ou seja, o *fumus comissi delicti* e *periculum in mora*, desde que, é claro, exista autorização da casa legislativa a que pertencer o parlamentar investido de imunidade formal. Ainda, se não pode perder de vista o caráter subsidiário da prisão preventiva, a qual somente será imposta se insuficientes e inadequadas as medidas a ela alternativas introduzidas em nosso sistema pela Lei 12.403/2011, solução final do problema da bipolaridade prisão/liberdade, pois permitiu ao intérprete ajustar a medida mais proporcional ao caso.

Como medidas alternativas à custódia, as demais cautelares diversas da prisão com ela se não confundem, uma vez que menos restritivas a direitos fundamentais, especialmente a liberdade de ir e vir. Desta forma, podem perfeitamente ser aplicadas, neste aspecto, aos parlamentares investidos de imunidade formal, tendo em vista a interpretação restrita que se deve dar à regra da vedação em análise. Ou seja, podem ser impostas mesmo em casos que não tratam de prisão em flagrante por crime inafiançável e, inclusive, em forma originária ou propriamente dita, independentemente de autorização da casa legislativa respectiva.

Portanto, aos parlamentares investidos de imunidade formal é possível a incidência das medidas cautelares alternativas à prisão não só quando da análise do flagrante em consonância com o artigo 310, do Código de Processo Penal, mas, também, como medida autônoma, nos estritos termos do artigo 319, do Código de Processo Penal.

Sob outro prisma, restar saber se as medidas cautelares alternativas ao cárcere, nos casos em que limitam ou impedem o exercício do mandado eletivo, especialmente a que prevê a suspensão do exercício de função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, nos termos do artigo 319, VI, do Código de Processo Penal, violam o princípio democrático, podendo, ou não, serem impostas a tais agentes políticos, com ou sem autorização da casa legislativa a que pertença o parlamentar investido de imunidade formal.

Em linhas gerais, bom reiterar o já analisado neste estudo (item 7.1.2.6), dando conta que a medida cautelar alternativa e diversa da prisão de suspensão do exercício da função

pública, nos termos da regra geral prevista no artigo 282, do Código de Processo Penal, possui finalidade instrumental e final, ou seja, podendo ser aplicada como garantia da investigação ou instrução criminal e da aplicação da lei penal. No mais, tendo em vista a previsão expressa no dispositivo em questão (artigo 319, VI, do Código de Processo Penal) possui, também, finalidade especial ou extraordinária, podendo ser imposta para evitar a reiteração criminosa.

Além disso, ressalte-se que agentes políticos são agentes públicos membros dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), titulares de cargos estruturais da organização estatal e formadores da manifestação de vontade do Estado, os quais, portanto, exercem alguma função estatal, quer com mandato eletivo ou não, a todos compreendendo, assim, a medida cautelar alternativa e diversa da prisão de suspensão de função pública, pelo menos em tese.

Deixando de lado os agentes políticos membros do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo Municipal, uma vez ser praticamente pacífico o entendimento de aplicação desta medida cautelar a seus membros, salvo o Presidente da República que possui imunidade absoluta, a questão é controvertida no tocante aos detentores de mandado eletivo titulares de imunidade formal, nos termos dos artigos 27, § 1º, 32, § 3º e 53, § 2º, da Constituição Federal (Senadores e Deputados em geral).

O Artigo 15, da Constituição Federal, determina que

> É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

À luz do mencionado dispositivo legal, não há falar em medida cautelar processual penal que implique em suspensão de função pública relacionada a direitos políticos

provenientes de mandado eletivo, os quais somente podem ser impostos em caso de condenação criminal com trânsito em julgado, preservando-se, pois, a presunção de inocência.

Por outro lado, com relação aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8429/92, inclusive à luz do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, há possibilidade da aludida suspensão cautelar dos direitos políticos, independentemente do trânsito em julgado da decisão, sendo este o cerne da questão.

Ora, há atos de improbidade administrativa capitulados nos artigos 9º a 11, da Lei 8.429/92, que também tipificam crimes e nestes casos exclusivos, portanto, poderá haver a suspensão cautelar da função pública relacionada a direitos políticos, não se exigindo, assim, o trânsito em julgado de sentença condenatória, tendo em vista que, aqui, a Justiça Penal estará a exercer sua função precípua de controle social, visando obstar comportamentos indesejáveis e que a demora na prestação jurisdicional poderiam tornar irreparáveis.

O livre exercício de um direito político, da mesma forma que o de um direito fundamental, não poderá justificar ou salvaguardar a prática de ações ilegais, sendo admissível a suspensão cautelar de tais direitos nas hipóteses de crimes com correlato ato de improbidade administrativa, objetivando a preservação dos meios ou do resultado de um processo crime que poderá resultar na condenação de um parlamentar, desde que, logicamente, presentes seus pressupostos e requisitos a medida seja proporcional ao caso.

Em síntese, salvo os casos de prisão em flagrante e de sustação do andamento de ação penal contra parlamentar por crime ocorrido após a diplomação (artigo 53, §§ 2º e 3º, da CF), nos quais é atribuída à casa legislativa respectiva a competência para resolver *prima facie* a questão, as investigações e os processos criminais contra tais autoridades deverão tramita judicialmente sem qualquer interferência do Poder Legislativo, notadamente no tocante às medidas cautelares alternativas à prisão, inclusive quando impliquem em suspensão de direitos políticos, desde que relacionadas a crimes que também caracterizem atos de improbidade administrativa. Aliás, assim já decidiu a Suprema Corte (AC 4.070/DF).

Neste sentido, finalmente, cumpre ressaltar ensinamento de Rodrigo Capez:

> Há crimes contra a administração pública (peculato, corrupção passiva, concussão), contra as finanças públicas (arts. 359-A e seguintes do Código Penal), contra a Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93) e de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), dentre outros, que também tipificam atos de improbidade administrativa. Logo, quando, fundamentadamente, houver demonstração de que uma mesma conduta, além de crime, configura ato de improbidade administrativa, poderá ser determinada, na própria ação penal, a suspensão do exercício da função de titular de mandato eletivo, independentemente da propositura da ação civil de improbidade. [...]. Em face da relevância dos fins do Direito Penal, e determinando a Constituição Federal que o agente seja responsabilizado em ambas as esferas, não há razão para se negar, pelos mesmos fatos, a possibilidade de afastamento cautelar do agente na esfera penal, limitando-se-a à esfera civil (art. 20 da Lei nº 8.492/92). Se por um lado, o eleito tem o direito político de exercer seu mandato, por outro, o mandato parlamentar, tanto quanto o exercício de um direito fundamental, não pode constituir instrumento de salvaguarda para a prática de ilícitos. O afastamento de parlamentar dotado de imunidade formal, portanto, pode ser objeto de sopesamento para se determinar se no caso concreto, o grau de satisfação dos princípios colidentes (assegurar os meios ou os fins do processo penal, ou garantir a ordem pública) justifica o grau de afetação do direito constitucional ao exercício do mandato. [...]. Além de respeitar o princípio da legalidade, a suspensão do exercício do mandato ou tem caráter instrumental (cautelar) e visa resguardar os meios ou o resultado do processo criminal que poderá culminar na condenação do parlamentar, ou te caráter material e visa resguardar a ordem pública, razão por que também encontra fundamento de validade no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (princípio da proteção judicial efetiva). Não se divisa, assim, ofensa ao princípio democrático, uma vez que a suspensão cautelar do exercício de mandato parlamentar encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 15, V). Evidente que, para não importar, por via oblíqua, em cassação do mandato e perda de direitos políticos, é mister grande exação no controle da provisoriedade desse afastamento cautelar. [...]. Como já exposto, por força da interpretação sistemática do art. 15, V, da constituição Federal, não é qualquer infração penal que permite a aplicação do art. 319, VI, do Código de Processo Penal, mas sim a prática de crime que também configure ato de improbidade administrativa. Registre-se que, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.492/92, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, o que permite alargar o seu espectro para além dos crimes contra a administração pública. Determinantes hão de ser a gravidade do crime e o fato do agente valer-se das facilidades que o exercício do mandato lhe proporciona para, v.g., interferir na higidez da investigação ou da instrução criminal, ou para reiterar na prática de infrações penais. [...]. Outrossim, a Constituição Federal prevê, no art. 53, § 3º, que, recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá sustar o andamento da ação penal. Como desdobramento do sistema de freios e contrapesos, o Legislativo, ao sustar a ação penal, por via de consequência também sustará os efeitos da medida cautelar de suspensão do exercício da função pública.[181]

---

181 Rodrigo Capez. **Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 151-154.

7.3.2 Condução coercitiva

Como já analisado, de certa forma, neste estudo (itens 4.4 e 5.4.2), o princípio da legalidade envolve por um lado a noção da supremacia da Lei e por outro a de reserva legal, destacando-se que, nos termos do artigo 5º, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.

O processo penal é um limitador do *ius puniendi* estatal, destacando-se que, nos termos do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, no processo penal deve existir uma observância estrita da legalidade e da tipicidade processual para quaisquer limites impostos ao direito fundamental da liberdade.

Em processo penal, diversamente do processo civil, não há o chamado poder geral de cautela. As medidas cautelares são apenas aquelas taxativamente previstas em lei, não sendo possível a imposição de medidas atípicas, mesmo que sob a justificativa de serem favoráveis ao réu, pois, de qualquer maneira, sempre implicarão em alguma restrição a direitos fundamentais de alguém.

O princípio da legalidade, então, está a atrelar a análise da condução coercitiva de suspeito para prestar declarações em fase de investigação policial, tendo em vista não ser possível se dissociar tal questão do chamado poder geral de cautela em processo penal, uma vez que não há previsão legal específica para tanto.

A condução coercitiva, a rigor, é medida cautelar invasiva e limitadora de direitos fundamentais, visando a garantia da investigação criminal, estando sua análise atrelada ao postulado da proporcionalidade, especificamente no pressuposto da legalidade e no requisito extrínseco da judicialidade, e, evidentemente, ao poder geral de cautela em processo penal.

A legislação brasileira determina a condução coercitiva, na fase judicial, dos ofendidos, nos termos do artigo 201, § 1º, do Código de Processo Penal, das testemunhas, nos termos do artigo 218, do Código de Processo Penal, dos acusados, nos termos do artigo 260, do Código de Processo Penal, dos peritos, nos termos do artigo 278, do Código de Processo Penal e até do adolescente infrator, nos termos do artigo 187, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em comum, mencionados dispositivos legais têm como fundamento o desatendimento do comando da autoridade para participação em algum ato processual cuja presença do indigitado for entendida como de fundamental importância, mas, em momento algum, há qualquer previsão legal específica para aplicação da medida de condução coercitiva exclusivamente pela autoridade de polícia judiciária, durante a fase preliminar da persecução penal.

Muito embora objeto de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal (ADPF 395 e 444), a recente jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça (RHC 25475/SP), como do Supremo Tribunal Federal (HC 107644/SP), tem assentado entendimento no sentido de ser possível aos Delegados de Polícia a imposição da medida de condução coercitiva, em inteligência dos artigos 144, § 4º, da Constituição Federal e artigo 6º, do Código de Processo Penal, os quais destinam à autoridade policial atribuições para apuração de infrações penais, tendo em vista a teoria dos poderes implícitos, oriunda do direito norte-americano, uma vez que a Constituição Federal, ao outorgar a determinado órgão estatal certa incumbência, automática e implicitamente, também lhe confere os poderes necessários para sua execução.

Porém, posicionamento relativamente diverso tem sido construído doutrinariamente ao se conceber admissível a medida de condução coercitiva, inclusive na fase de investigação criminal, desde que determinada pelo Juiz em atendimento de regular requerimento.

Aliás, neste sentido, interessante assinalar o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o artigo 260, do Código de Processo Penal e, portanto, especifica e notadamente a condução coercitiva do réu para o interrogatório em Juízo:

> Atualmente, somente o juiz pode determinar a condução coercitiva, visto ser esta uma modalidade de prisão processual, embora de curta duração. E a Constituição é taxativa ao preceituar caber, exclusivamente, à autoridade judiciária a prisão de alguém, por ordem escrita e fundamentada (art. 5º, LXI). O delegado, quando necessitar, deve pleitear ao magistrado que determine a condução coercitiva do indiciado/suspeito ou de qualquer outra pessoa à sua presença. Lembremos que nem mesmo a edição da Lei 11.419/2006 (informatização do processo judicial) alterou tal situação, vale dizer, é imprescindível a intimação pessoal, no processo criminal, ao menos de réus e testemunhas, visto poder gerar, caso não atendida, a condução coercitiva.[182]

Por outro lado, no meu sentir, não há como equacionar a questão da condução coercitiva à margem do poder geral de cautela do juiz em processo penal e, portanto, da legalidade, da judicialidade, enfim, da proporcionalidade, tendo em vista que tal medida não deixa de ser uma cautelar invasiva de direito fundamentais e, enquanto tal, não pode prevalecer em sede de investigação policial na clara ausência de previsão legal específica para tanto.

Então, cumpre notar lição de Rodrigo Capez que, assim, nos demonstra, com o brilhantismo e precisão costumeiros:

> A *ratio* da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.
>
> Ocorre que, mesmo quando não configurada a prévia recalcitrância, tornou-se usual a determinação judicial de imediata condução coercitiva de investigado à repartição policial, a pretexto de momentâneo perigo à produção de provas, notadamente quando se cumprem simultaneamente outros mandados de prisão e de busca e apreensão. Invoca-se ainda, a necessidade de se evitar que os vários investigados combinem versões entre si.
>
> Essa medida, além de desarticular o exercício da ampla defesa, ao impedir que o investigado posa contar com prévia e aprofundada orientação jurídica a respeito de uma imputação que no mais das vezes desconhece, é de duvidosa constitucionalidade, haja vista que o imputado tem o direito de permanecer em silêncio.

---

182 Guilherme de Souza Nucci. **Código de Processo Penal Comentado.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 597.

Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se o imputado goza do privilégio contra a autoincriminação?

Não bastasse isso, excluída a hipótese de recalcitrância em atender ao chamamento de autoridade, não existe previsão legal para a condução coercitiva, ainda que fundada em suposto perigo para a investigação, sendo vedada a invocação do poder geral de cautela.

Desta feita, ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor ao investigado a condução coercitiva, ao arrepio do art. 260 do Código de Processo Penal e do princípio da taxatividade, ao argumento de que se trataria de uma medida mais benéfica que a prisão temporária ou preventiva.

Mais uma vez, não há espaço para aplicações analógicas, ainda que a pretexto de favorecer o imputado.[183]

183 Rodrigo Capez. **Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 422.

7.3.3 Fixação e excesso de prazo na prisão cautelar e nas medidas a ela diversas

> Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.[184]

A partir desta parêmia, bem como inspirado no artigo 5º, n. 3, da Convenção Europeia para Proteção de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e artigo 7º, n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabeleceu que

> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A demora na conclusão do processo é de todo inaceitável e quanto mais esta se consolida mais se transfere para as medidas cautelares a natural tensão entre o direito de segurança e o interesse estatal na solução dos conflitos de um lado e os direitos fundamentais dos indivíduos de outro.

Evidentemente, uma justiça rápida deve ser sopesada com a preservação dos direitos e garantias dos acusados em geral, sendo este equacionamento a grande dificuldade dos sistemas processuais modernos, notadamente aqueles Estados Democráticos de Direito fundados na dignidade da pessoa humana e no princípio da presunção de inocência.

> Embora a referência seja mais voltada para a duração do processo, é de incluir-se também a garantia de que ninguém possa ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido por lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos – e aqui a garantia não se limita apenas ao indivíduo acusado – têm o direito de que o processo se decida em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo irrazoável.[185]

---

184 Rui Barbosa. **Oração aos moços.** Ed. Ridendo Castigat Mores (eBooksBrasil.com), Rocket Edition de 2000 a partir do HTML em **www.jahr.org**, p. 43.

185 Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 164.

> A questão é assaz relevante, principalmente em sede de persecução penal que transcorra com investigado ou réu preso, uma vez que não se pode admitir que prisões preventivas convertam-se em antecipação de pena, sob o risco de franca violação – a antessala da banalização! – do princípio da não culpabilidade.[186]

> A prisão cautelar – exceto a temporária – não tem prazo definido em lei, razão pela qual, decretada a preventiva, mantem-se durante todo transcurso do processo. Impõe-se, portanto, o célere ritmo dos atos processuais, sob pena de se perpetuar a segregação cautelar, a ponto de representar o cumprimento antecipado da pena, situação afrontosa ao princípio constitucional da presunção de inocência.[187]

Ora, em não havendo prazo fixado em lei, partindo-se da premissa constitucional (artigo 5º, LXXVIII, CF), a prisão cautelar deve ser regida por critérios de razoabilidade e até de proporcionalidade.

> Vale lembrar que em alguns países a lei indica, para cada fase da persecução penal (investigação, instrução e julgamento em primeiro grau, recursos), um prazo máximo de duração da cautela, além do prazo global; em outros se trabalha apenas com prazos globais máximos. Na Itália, por exemplo, os prazos de duração da prisão provisória são aumentados de acordo com a gravidade do crime, oscilando desde três meses, quando se trate de delito para o qual a lei estabeleça a pena de reclusão ão superior a sei anos, até seis anos, na hipótese de crime cuja pena seja de prisão perpétua ou de reclusão superior a vinte anos (artigo 303 do *Codice di Procedura Penale*), sendo de relevar que esses prazos são contabilizados, automaticamente, em cada uma das sucessivas etapas da persecução penal. Também em Portugal adota-se tal previsão escalonada por fases da persecução penal. O artigo 215º do Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido seis meses sem que tenha sido deduzida acusação; dez meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; dezoito meses em que tenha havido condenação em primeira instância e dois anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado. Esses prazos podem ser prorrogado, na forma dos itens 2 e 3 do artigo em comento, até o limite de quatro anos, para alguns crimes que o próprio CPP, em seu artigo 209, especifica, desde que haja complexidade relativa ao número de acusados ou de ofendidos, ou em razão do caráter organizado do crime. Na Espanha (artigo 504 da *Ley de Enjuciamento Criminal*), os prazos oscilam de três meses, para os crimes mais leves, até dois anos, para aqueles punidos com pena superior a três anos, podendo haver prorrogações que levem o prazo máximo ao total de quatro anos. Na Alemanha (§ 121 da StPO), prevê-se um prazo bem menor, de seis meses, para a duração máxima da prisão provisória, deixando-se aberta, porém, a possibilidade de ultrapassar-se tal prazo por dificuldade de particular, pela complexidade das investigações ou por "outro motivo importante".[188]

---

186 Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa. **Prisão preventiva e liberdade provisória.** A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 116.

187 Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 107.

188 Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 164.

Sem se aprofundar sobre qual sistema seria o mais efetivo, ou seja, se aquela lastreado na fixação legal de um parâmetro específico para o prazo de encarceramento ou se aqueloutro baseado em um prazo razoável equacionado a partir de critérios de ponderação dos interesses em conflito, o que importa notar é que cada um deles possui virtudes e vicissitudes, sendo relevante, neste estudo, um leve debruçar sobre os paradigmas nos quais nosso sistema estabelece a razoabilidade de duração de um processo e, consequentemente, da custódia e demais medidas cautelares a ela alternativas.

Entre nós, a jurisprudência tem estabelecido prazos globais para o término da instrução a partir da soma dos prazos para cada ato processual, estabelecendo um prazo máximo para o encerramento da instrução e consequentemente para duração razoável da prisão cautelar.

Tal prazo não é considerado peremptório, pois não fixado especificamente em Lei e, também, construído a partir de parâmetros mutáveis a partir de cada processamento. Então, foram estabelecidos critérios de ponderação para verificação da razoabilidade do prazo, tanto da instrução criminal como da custódia, ou seja, os pormenores de cada caso, a complexidade do litígio e a gravidade do delito, a conduta das partes, do acusado e, também, das autoridades responsáveis pela condução do processo.

> Avalia-se se o delito em questão possui pena de duração extensa, a ponto de comportar a lentidão do trâmite processual, bem como se o acusado, por suas condições pessoais (primariedade e bons antecedentes) tem aptidão para receber pena mínima. Ilustrando, caso o réu seja reincidente e tenha cometido um latrocínio (pena de reclusão, de 20 a 30 anos), uma prisão cautelar de seis meses é proporcional à eventual futura sanção penal. Por outro lado, mesmo sendo reincidente, com maus antecedentes, mas autor de lesão corporal simples, inexiste motivo para a segregação cautelar, tendo em vista a curtíssima duração da pena (detenção, de três meses a um ano). Ligando-se a razoabilidade à proporcionalidade, pode deduzir-se se o tempo de prisão cautelar merece ser considerado abusivo ou não.[189]

A prisão provisória, em geral, pode durar o necessário para a instrução do processo, mas não poderá se prolongar indefinidamente por atos meramente procrastinatórios e, mesmo que se trate de crime grave, e com instrução complexa, o excesso injustificado e não atribuível à defesa será causa idônea ao relaxamento da custódia.

---

[189] Guilherme de Souza Nucci. **Prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 108.

Assim, verificado o excesso de prazo sem qualquer razoável justificativa de rigor a revogação da preventiva. Neste caso, não se aplica o artigo 316, do Código de Processo Penal, não podendo a medida ser novamente imposta, tendo em vista que tal implicaria em nítida antecipação de pena e, portanto, de culpa, violando-se o princípio da presunção de inocência.

Neste caso, é imprescindível que a entrega da jurisdição aconteça em duração razoável, pois ultrapassado este limite haverá constrangimento ilegal violador da presunção de não culpabilidade e, então, mesmo encerrada a instrução é possível se reconhecer o excesso de prazo, em razão da garantia prevista no artigo 5ª, LXXVIII, da Constituição Federal, ainda mais se a custódia não estiver concreta e adequadamente fundamentada.

Já no tocante às medidas cautelares alternativas à prisão, muito embora não sejam tais notadamente invasivas como a custódia, não há negar sua carga restritiva de direitos fundamentais, devendo, desta forma, também observarem a razoabilidade quanto ao prazo para sua duração, podendo, em princípio, da mesma forma que a *extrema ratio* perdurarem até a sentença se nada justificou sua revogação, podendo durar após a condenação, desde que devidamente justificada em fatos concretos.

> Obviamente que a medida cautelar não poderá durar após decisão de arquivamento do inquérito policial, de rejeição de denúncia e de anulação do processo, ou após sentença absolutória (e de absolvição sumária) ou de extinção da punibilidade, porquanto passaria a faltar pressuposto de toda cautela, o *fumus comissi delicti*, na pendência do recurso da acusação. Também não vemos como possível decretar uma cautela pessoal diversa da prisão se a sentença embora condenatória, impôs tão somente pena de multa ao réu, ou, tendo imposto pena privativa de liberdade, o condenado já permaneceu preso preventivamente por mais tempo do que o *quantum* fixado na sentença. Em ambas as hipóteses, terá deixado de existir o requisito exigido para a aplicação de medidas cautelares em geral – cominação de pena privativa de liberdade – positivado no artigo 283, § 1º do CPP e interpretado à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme. Salvante tais hipóteses, não vemos motivos para desautorizar a permanência de qualquer das medidas previstas nos artigos 319 e 320 do CPP até o trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que, evidentemente, permaneça inalterado o quadro fático motivador da imposição da providência cautelar.[190]

[190] Rogério Schietti Machado Cruz. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 172.

7.3.4 Jurisprudência

Quanto ao tema agente político e a suspensão do exercício de função pública, vale a reprodução – em atenção ao item 7.3.1 desta obra – dos mencionados julgados AC 4.039/DF e AC 4.070/DF, além do HC 89.417/RO, que tratou especificamente da questão da imunidade formal de parlamentar membro de Assembleia Legislativa:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SENADOR DA REPÚBLICA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DE PRISÃO PREVENTIVA. INAFIANÇABILIADE. CABIMENTO DA PRISÃO CAUELAR (ART. 53, DA CF). DECISÃO REFERENDADA. A Turma, por votação unânime, referendou a decisão proferida pelo Relator, por seus próprios fundamentos, e determinou que, juntado o comprovante do cumprimento da ordem, sejam os autos imediatamente remetidos ao Senado Federal, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão, como prevê o art. 53, § 2º, da Constituição da República, nos termos do voto do Relator.[191]
>
> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO.[192]
>
> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA E NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

---

191 STF, AC 4039/DF, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 25/11/15.

192 STF, AC 4070/DF, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 05/05/16.

> 1. A atração do caso ao Superior Tribunal de Justiça Tribunal é perfeitamente explicada e adequadamente fundamentada pela autoridade coatora em razão da presença de um Desembargador e de um Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado nos fatos investigados na ação penal, todos interligados entre si, subjetiva e objetivamente. Conexão entre os inquéritos que tramitaram perante o Superior Tribunal de Justiça, que exerce a vis atractiva. Não configuração de afronta ao princípio do juiz natural. Decisão em perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. 2. Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. 3. Habeas corpus cuja ordem se denega.[193]

Já no tocante ao tema da condução coercitiva, colacionam-se – em atenção ao discutido no item 7.3.2 deste estudo – os aludidos RHC 25.475/SP (STJ) e HC 107.644/SP (STF) que estabelecem entendimento no sentido de ser possível esta medida em fase de investigação criminal, mesmo que imposta por Delegado de Polícia:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CONDUÇÃO DE SUSPEITO À DELEGACIA. POSSIBILIDADE. 1. De acordo com os relatos e informações constantes dos autos, percebe-se claramente que não houve qualquer ilegalidade na condução do recorrente à delegacia de polícia para prestar esclarecimentos, ainda que não estivesse em flagrante delito e inexistisse mandado judicial. 2. Isso porque, como visto, o recorrente em momento algum foi detido ou preso, tendo sido apenas encaminhado ao distrito policial para que, tanto ele, quanto os demais presentes, pudessem depor e elucidar os fatos em apuração. 3. Consoante os artigos 144, § 4º, da Constituição Federal, compete "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares" , sendo que o artigo 6º do Código de Processo Penal estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito. 4. A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução.[194]
>
> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO

193 STF, HC 89417/RO, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22/08/06.
194 STJ, RHC 25475/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10/06/14.

> JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à clausula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal. VI – O uso de algemas foi devidamente justificado pelas circunstâncias que envolveram o caso, diante da possibilidade de o paciente atentar contra a própria integridade física ou de terceiros. VII – Não restou constatada a confissão mediante tortura, nem a violação do art. 5º, LXII e LXIII, da Carta Magna, nem tampouco as formalidades previstas no art. 6º, V, do Código de Processo Penal. VIII – Inexistência de cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pelo paciente e do pedido de diligências, aliás requeridas a destempo, haja vista a inércia da defesa e a consequente preclusão dos pleitos. IX – A jurisprudência desta Corte, ademais, firmou-se no sentido de que não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência probatória que repute impertinente, desnecessária ou protelatória, sendo certo que a defesa do paciente não se desincumbiu de indicar, oportunamente, quais os elementos de provas pretendia produzir para levar à absolvição do paciente. X – É desprovido de fundamento jurídico o argumento de que houve inversão na ordem de apresentação das alegações finais, haja vista que, diante da juntada de outros documentos pela defesa nas alegações, a magistrada processante determinou nova vista dos autos ao Ministério Público e ao assistente de acusação, não havendo, nesse ato, qualquer irregularidade processual. Pelo contrário, o que se deu na espécie foi a estrita observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório. XI – A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a garantia da instrução criminal e preservação da ordem pública, ante a periculosidade do paciente, verificada pela gravidade in concreto do crime, bem como pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Ademais, o paciente evadiu-se do distrito da culpa após a condenação. XII – Ordem denegada.[195]

Por derradeiro, no que se refere ao tema <u>fixação e excesso de prazo na prisão cautelar</u> (item 7.3.3), seguem os seguintes julgados:

---

[195] STF, HC 107644/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/09/11.

HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. DURAÇÃO IRRAZOÁVEL QUE SE PROLONGA SEM CAUSA LEGÍTIMA. CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE OFENSA EVIDENTE AO "*STATUS LIBERTATIS*" DA PACIENTE. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO. PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO COAUTOR REQUERENTE.
EXCESSO DE PRAZO SEM JUSTA CAUSA LEGÍTIMA: EVIDENTE OFENSA AO "*STATUS LIBERTATIS*" DO PACIENTE.
1. **O excesso de prazo na duração da prisão cautelar – tratando-se, ou não, de delito hediondo – não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata devolução do *"status libertatis"* ao indiciado ou ao réu**.
2. **A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo**. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.(grifamos).[196]

HABEAS CORPUS. TRAFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. LIMINAR DEFERIDA PARA RELAXAMENTO DA PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DO EXCESSO DE PRAZO.
1. É de geral conhecimento que, por reiterados julgados dos tribunais superiores, tem-se adotado o critério da razoabilidade para justificar alguns excessos de prazo para a conclusão de processos de acusados que se encontram presos.
2. **Sem embargo, absolutamente irrazoável e totalmente injustificável o excesso de prazo da prisão cautelar do paciente, para a prática de um único ato, a denúncia, a importar na manutenção de alguém preso por nove meses, sem acusação formalizada**.
3. A Convenção americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente entre nós por força do Decreto nº 678, de 06/11/92, confere à pessoa acusada em processo criminal o "[...] *direito a ser julgada dentro de um prazo razoável* [...]", dispositivo esse (art. 7º, item 5). Mas ainda, o mesmo preceito legal assegura à pessoa presa o direito a "*ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções* judiciais", o que vem reforçado no item 1 do art. 8º, onde se outorga à pessoa submetida à persecução penal o "*direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente*".
4. O tema, a propósito, tem sido objeto de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), inclusive de processos em que se apontava o Brasil como responsável pelo constrangimento ilegal decorrente do descumprimento do direito à razoável duração do processo. A corte, para aferir a razoabilidade ou a irrazoabilidade do prazo excedido pelo Estado reclamado, considera a ocorrência de fatores como: (a) as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; (b) a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado; (c) a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas administrativas ou judiciais.
5. Incontroversa, assim, a indigitada coação ilegal, porquanto a prisão cautelar do paciente perdura por tempo bem superior ao máximo que a lei permite, mesmo no caso de tráfico ilícito de entorpecente, a hipótese dos autos (grifamos).[197]

[196] STF, HC 105.437/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/10/2012.
[197] STJ, HC 284.158/MG, Rel. Min . Rogério Schietti Cruz, j. 19/12/2013.

PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA OU DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT PREJUDICADO EM PARTE E, NA PARTE REMANESCENTE, ORDEM DENEGADA. I – A superveniência de sentença condenatória emanada do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP constitui novo título para a custódia cautelar do paciente e torna prejudicado o pedido de revogação da decisão que decretou a prisão preventiva em virtude da ausência de seus requisitos autorizadores. II – A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não procede a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou a defesa contribuem para eventual dilação do prazo. Precedentes. III – Não merece censura a decisão do magistrado de piso que concedeu a liberdade provisória a dois corréus e negou o benefício a outros dois, por entendê-los em situação fática distinta. IV – Writ prejudicado em parte e, na parte remanescente, denegada a ordem.[198]

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. 2. No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva destacou que o paciente já ostenta condenação anterior por roubo majorado e responde a ação criminal por receptação, evidenciando sua reiterada atividade delitiva. Assim, faz-se necessária a segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública. 3. A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória, mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal. 4. No caso em exame, a apelação foi recebida no gabinete do Desembargador relator em 14/6/2016, que abriu vista ao Ministério Público em 5/7/2017, estando o feito novamente concluso ao relator desde 8/8/2017, ou seja, vem tendo regular andamento. Logo, não há que se falar, por ora, em excesso de prazo para o julgamento do recurso. 5. Ademais, esta Corte tem reiterada jurisprudência de que a análise do excesso de prazo para o julgamento da apelação deve levar em consideração o quantum de pena aplicada na sentença condenatória. (Precedentes). 6. Na presente hipótese, o paciente foi condenado a uma pena total somada de 12 anos e 2 meses. Está dentro dos limites da razoabilidade, portanto, o prazo de 3 meses desde o aviamento do recurso de apelação até a presente data. 7. Ordem denegada. .[199]

[198] STF, HC 118.227/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/03/2014.
[199] STJ, HC 410.940/CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 17/10/2017.

CONCLUSÃO

A prisão provisória evidencia-se como medida excepcional, somente podendo ser decretada nos estritos parâmetros da legalidade e quando necessária para a defesa social e os fins do processo, pois se assegurando seu desenvolvimento regular fica resguardada a aplicação futura de pena, garantindo-se os valores sociais como um todo, mas sem se perder de vista os direitos e garantias individuais.

Apesar de algumas críticas e a aparente desproporção entre o custo e vantagem da prisão cautelar, especialmente em face do princípio da presunção de inocência todas as legislações atuais trazem previsões para sua adoção, o que, também, assentado está na Declaração Universal dos Direitos do Homem e igualmente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Não há como negar que existe delicado balanço entre as medidas coercitivas utilizadas pelo Estado para eficácia de sua atuação na efetivação da segurança aos cidadãos e os direitos e garantias individuais a eles assegurados nas Constituições. A rigor, tais medidas cautelares são fruto da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito, de um lado a proteção do conjunto social e manutenção da segurança coletiva e de outro a garantia e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

Busca-se o equilíbrio entre o garantismo e a eficácia, ou em outras palavras, entre os direitos individuais do cidadão contra eventuais atrocidades do Estado e o direito do Estado, da coletividade, da sociedade civil organizada, à segurança, preservando-os contra as atrocidades de alguns cidadãos.

Mesmo sendo a prisão provisória uma garantia processual e até social, para alguns até sem a característica cautelar, pois oriunda de um poder autônomo ou de disposição do órgão judiciário, sem nexo de causalidade com futura execução de pena, devem ser coibidos eventuais abusos e/ou desvirtuamentos, uma vez que se tal prisão é medida excepcional se não pode permitir que seja direcionada a obter o maior número de informações possíveis para

viabilizar a acusação, transmudando-se erroneamente sua natureza de meio de tutela de prova para meio de obtenção de prova.

Com o advento do iluminismo, os indivíduos passaram a ter direitos e garantias para contrapor ao Estado, surgindo os princípios da legalidade, do devido processo, da presunção de inocência e, no caso específico da prisão provisória, da excepcionalidade. A par disso, a proporcionalidade na imposição da sanção que foi a mola mestra de tal pensamento, assume no tocante à custódia cautelar peculiar importância, pois somente a utilização de tal postulado poderá equacionar tensão existente entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança.

No sistema original do Código de Processo Penal de 1941, prevalecia a máxima da presunção de culpa em detrimento da presunção de inocência, não existindo uma tutela efetiva da liberdade, não caracterizando exagero dizer ser a prisão a regra e a liberdade a exceção. O réu buscava se livrar da culpa tanto solto, nos casos de infração de menor reprovabilidade, como preso, nos demais casos, mas em ambos a culpa era presumida. Se houvesse a prisão em flagrante o réu permaneceria preso até o final do processo, invariavelmente.

A Constituição Brasileira de 1988 consolidou a presunção de inocência como princípio formador do sistema de prisões, modificando o antigo eixo no qual o réu era considerado como mero objeto do processo, ao recair sobre ele aura de presunção de culpabilidade, em franca violação à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, tal presunção definitivamente modificou a prisão como mero ato de autoridade, de império, assumindo definitivamente uma função de cautelaridade baseada na preservação da finalidade do próprio processo, caracterizando o cárcere uma exceção de maneira que alguém jamais a ele poderia estar sujeito provisoriamente se existissem no ordenamento outras medidas menos severas e, também, eficazes de controle do bom andamento da marcha processual.

Se a prisão não é mais a regra, passando a prevalecer o princípio da presunção de inocência como salvaguarda do direito individual da liberdade, rechaçando-se a inaceitável presunção de culpa antes do trânsito em julgado da sentença, não teria sentido a manutenção da prisão em flagrante sob a justificativa da inafiançabilidade oriunda da gravidade do delito,

até porque a fiança não mais seria mais a única possibilidade de alguém responder ao processo em liberdade, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

A prisão e a liberdade provisória, originalmente, não poderiam ser caracterizadas como medidas cautelares, pois seu fundamento não se apoiava em juízo concreto de adequação e necessidade da medida, mas em mero ato de autoridade.

Entretanto, a manutenção da prisão provisória, à luz da consolidação do Estado Democrático de Direito e da presunção de inocência, evolui como medida excepcional em atenção à dignidade da pessoa humana, somente podendo ser decretada nos estritos parâmetros da legalidade e quando necessária para a defesa social e os fins do processo, pois se assegurando seu desenvolvimento regular fica resguardada a aplicação futura de pena, garantindo-se os valores sociais como um todo, não se podendo perder de vista os direitos e garantias individuais.

Firma-se a prisão provisória com natureza precipuamente cautelar, preocupada de uma banda em preservar a sociedade de ações ilícitas invasivas futuras e de outra em garantir os fins do processo e a efetividade da ação estatal na distribuição da justiça e, para tanto, não se pode mais basear em simples ato de império, mas em outro racionalmente motivado a partir de premissas claramente preestabelecidas. A custódia cautelar passa a ser exigida somente quando presentes seus requisitos e pressupostos a apontar para sua necessidade e adequação proporcional ao caso concreto.

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, buscou equacionar os sistemas penal e processual penal, com previsão de medidas alternativas ao cárcere, colocando à disposição do magistrado um sem número de meios capazes do asseguramento do processo e de seus resultados, sem com isso impor o aprisionamento à pessoa humana, com os malefícios que aludida situação sabidamente causa ao acusado ainda não definitivamente condenado. Finalmente, equacionou em definitivo o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade com a legislação infraconstitucional pátria, ajustando-a a um sistema acusatório lastreado na legalidade, no devido processo legal e na excepcionalidade da prisão provisória,

adotando a proporcionalidade como parâmetro viável a solucionar o conflito premente entre os direitos fundamentais da liberdade e da segurança.

Adotando-se o princípio da proporcionalidade, rompeu-se o odioso binômio da prisão/liberdade, ou seja, ou o indivíduo restava preso, às vezes compulsoriamente por força da casual gravidade do delito independentemente dos casos de flagrante, ou era colocado em liberdade provisória nos restritos casos em que a Lei admitia. A partir de então, em coerência com o pensamento adotado para sanções definitivas alternativas começaram a ser admitidas várias medidas cautelares diversas à prisão cautelar, além da liberdade provisória pura e simples e sempre em atenção às condições específicas do criminoso e às peculiaridades do caso concreto.

Quaisquer providências cautelares devem estar fundadas em seus pressupostos e requisitos, sendo necessário haver prova da materialidade de um delito e indícios suficientes de sua autoria com relação a alguém, muito embora não se possa negar a existência de uma gradação desta prova indiciária. Além disso, deve haver o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, não podendo a cautela ser aplicada com base na gravidade abstrata do fato. Ou melhor, ao se determinar que as medidas cautelares somente podem ser impostas "para se evitar a prática de infrações penais", a nova lei delimitou o indeterminado conceito de "garantia da ordem púbica", impossibilitando interpretações muito mais abertas, sendo fundamental, enfim, a demonstração da necessidade da medida para a garantia do processo (artigo 282, I, do Código de Processo Penal).

Para decretação das medidas cautelares pessoais não se pode justificar a necessidade de sua aplicação somente com base em simples conjecturas a respeito de mera possibilidade de reiteração criminosa, de fuga ou de riscos abstratos de interferência na instrução criminal, sendo imprescindível real probabilidade, efetivamente, algo mais concreto em relação a tais situações fáticas.

Sem prejuízo, a medida deve ser a mais adequada e idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo, ou seja, a eficácia da medida deverá ser alcançada pelo meio menos gravoso. Se o gravame for mais rigoroso que o necessário, se exceder o suficiente para

garantia da investigação penal eficiente haverá desproporcionalidade e, portanto, eventual recolhimento à prisão será abusivo (artigo 282, II, do Código de Processo Penal).

Especificamente para a decretação da custódia cautelar a legislação passou a requerer algo mais que mera necessidade. Exige-se a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo, medida essa que, assim, transmudou-se em excepcional, isto é, se mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta quando não existir alguma outra medida alternativa menos radical capaz de tutelar a efetividade da investigação criminal.

É conveniente ressaltar que a maior novidade da Lei 12.403/11 foi a introdução de diversas medidas alternativas à custódia cautelar, consoante se pode observar no artigo 319, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, rompendo o binômio prisão/liberdade, no qual era consagrado um critério de tudo ou nada. Agora, o legislador privilegiou a dignidade da pessoa humana e o estado democrático de direito, lançando mão do postulado da proporcionalidade para, em atenção à presunção de inocência, evitar excessos.

Se houver uma providência cautelar menos gravosa e que seja suficiente e bastante para se alcançar os fins garantidores do processo, a custódia será sem justa causa, em nítido constrangimento ilegal. A privação completa da liberdade do indivíduo passa a constituir a *extrema ratio* da *ultima ratio*, tornando-se a prisão provisória medida de natureza subsidiária, a ser utilizada em último caso, quando não cabível sua substituição por outra prevista, nos termos do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

A concessão de liberdade provisória passa a ser obrigatória e não mais facultativa quando ausentes os pressupostos e requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, rompendo-se definitivamente com o sistema punitivo original de antecipação de culpa do Código de Processo Penal de 1941, consolidando a natureza cautelar da medida com sua instrumentalidade em função de tutelar a eficácia do processo principal e seu destino.

O princípio acusatório, como não poderia deixar de ser, também foi explicitamente contemplado no novo sistema cautelar adotado pela Lei 12.403/11, mais precisamente no artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal. Afastou-se qualquer iniciativa judicial na decretação de medidas cautelares de natureza pessoal na fase de investigação ou persecução

criminal. Exige-se a provocação do magistrado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público para tal imposição nesta fase. A opção pelo afastamento do juiz do conhecimento parece clara, visando impedir que ele autue indevidamente em situações típicas e precipuamente relacionadas à investigação do fato criminoso, a não ser quando a tanto provocado.

Se na teoria geral do processo as providências cautelares têm função instrumental, caracterizando um instrumento a serviço do instrumento com missão de tutelar a eficácia do processo principal, vinculando-se geralmente a ele, tal exatamente não ocorre em processo penal.

A imposição de medidas cautelares nem sempre cumpre a instrumentalidade propriamente dita, voltando-se, em algumas ocasiões, para uma função extraprocessual, o que se denota nas hipóteses de decretação da prisão provisória para a garantia da ordem pública (artigo 312, do Código de Processo Penal) ou quando da aplicação das medidas cautelares em geral para se evitar a reiteração criminosa (artigo 282, I, do Código de Processo Penal), ganhando ares de uma chamada cautelaridade social, por assim dizer.

Iniciado o processamento penal, as cautelares poderão assumir, além de sua natureza precipuamente instrumental, uma missão destinada a questões típicas de segurança pública, não se podendo subestimar, portanto, neste tema que se trata de providência caracterizada pela urgência na sua aplicação, sob risco de perecimento da efetividade da medida.

A prisão cautelar se justifica como instrumento de garantia da eficácia da investigação criminal se existir situação de risco real previsto em lei. Não é suficiente o perigo genérico, exigindo-se uma demonstração provável da alteração da situação de fato capaz de esvaziar a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente inútil.

Se a aplicação da medida cautelar, em especial a prisão, puder trazer consequências mais danosas do que o próprio provimento final buscado, tal cautela perderia sua justificação, ressaltando-se uma natureza precipuamente punitiva e, assim, a proporcionalidade emerge como o real parâmetro de sua legitimação, de sua essência.

Somente as medidas cautelares pessoais propriamente ditas são compatíveis com a presunção de não culpabilidade, tendo em vista sua natureza eminentemente conservativa, ao passo que as demais medidas que impliquem em antecipação dos efeitos da condenação penal, quer parcial ou totalmente, não são aceitas constitucionalmente, tendo em vista a natureza satisfativa, ainda que em caráter provisório.

A tutela cautelar visa minimizar eventuais malefícios que o tempo pode causar ao processo e à prestação jurisdicional, sendo espécie da chamada tutela de urgência. Tem natureza conservativa, pois visa assegurar a utilidade e a eficácia da tutela jurisdicional definitiva. Em outras palavras, busca preservar uma situação capaz de satisfazer em definitivo a pretensão inicial, evitando sua ineficácia em virtude de provável demora do processo.

As medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11, são alternativas à prisão provisória. Não se trata de hipótese na qual aquela poderia ser imposta, sendo, contudo, substituída por medida de menos gravosa. Desde o início, presentes o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* será possível a imposição de medida cautelar alternativa, o que dá conta que a prisão provisória não é a mais adequada e proporcional ao caso.

Em razão do caráter instrumental da tutela cautelar, depreende-se seu aspecto de provisoriedade. As medidas cautelares permanecem enquanto forem ainda necessárias ou enquanto ausente a tutela definitiva que se busca, condicionando-se sua duração limita pelo decurso de tempo imprescindível para se atingir o pronunciamento jurisdicional principal e definitivo.

Como a liberdade tornou-se regra fundamental do novel sistema cautelar, passando a prisão provisória a ser medida excepcional, não há falar em concessão de cautelares atípicas para favorecer o acusado, pois tais medidas restringiriam seu direito constitucional de liberdade mais do que permitido em lei, tendo em vista que não sendo o caso de imposição de quaisquer das medidas restritivas legalmente admitidas outra alternativa não restaria senão a restituição ao indivíduo de sua liberdade, plena ou provisória.

Na medida em que a liberdade provisória passa a constituir um direito individual, cai por terra a obrigatoriedade de manutenção da prisão em flagrante ou de decretação da prisão preventiva meramente em virtude da existência de acusação contra alguém. Passa a ser necessária, em razão da essência cautelar da prisão, a verificação dos pressupostos e requisitos do *"fumus boni juris"* e do *"periculum in mora"*.

Se a prisão não é mais a regra, passando a prevalecer o princípio da presunção de inocência em atenção à liberdade individual, rejeitando-se a inadmissível presunção de culpabilidade ante do trânsito em julgado do édito condenatório, não teria mais sentido a manutenção da prisão em flagrante baseada em mero ato de autoridade e com força para determinar a manutenção de alguém no cárcere até o final do processo, devendo doravante fundamentar-se em outro racionalmente motivado a partir de premissas claramente estabelecidas, tendo em vista a natureza proeminente cautelar que passou a ter a custódia sob a nova ordem constitucional.

A prisão em flagrante, assim, foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, buscando obstar um crime e a violação ao bem jurídico tutelado, evidenciando a efetividade da ação estatal, assumindo, contudo, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa de forma automática. O juiz, então, não mais deve se restringir a verificar a formal regularidade do flagrante, sendo obrigado a justificar ser o caso, ou não, de prisão preventiva, nos termos do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

No tocante à prisão e liberdade, interessante frisar que com o surgimento do pensamento iluminista afloraram sistemas penitenciários focados no ser humano e em sua dignidade. Neste novo modelo, os castigos, tratamentos degradantes e torturas eram evitados, passando a se buscar uma reinserção do indivíduo em sociedade, com a progressividade no cumprimento de pena, o que deu azo às atuais penas alternativas às privativas de liberdade e consequente nas correlatas medidas cautelares alternativas ao cárcere provisório, rompendo-se a bipolaridade prisão e liberdade, à luz da proporcionalidade.

A prisão passa a figurar não como simples castigo, mas como realização de justiça, sendo seu cerne a dignidade da pessoa humana, direito fundamental inato limitador da ação do

Estado. O ser humano firma-se como a medida de todas as coisas, limitando o agir estatal e, assim, as penas que eram exageradamente desproporcionais aos fatos passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento praticado. A legalidade, com taxatividade, a judicialidade e notadamente a proporcionalidade começam a se consolidar como os novéis vetores do sistema de punição.

O processo criminal sempre se preocupou com a questão da perda da liberdade antes de uma decisão definitiva e, também, do restabelecimento desta e, para tanto, evoluiu adotando as premissas da tutela da liberdade do acusado sob o paradigma da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da aplicação proporcional das medidas.

Sob o enfoque estritamente processual, cumpre notar que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de medidas restritivas de liberdade pessoal de alguém antes que a culpabilidade seja formal e legalmente reconhecida, salvo em casos de absoluta necessidade, fixando-se neste ponto a viabilidade da prisão provisória, baseada no correto equacionamento entre, de um lado, o direito de segurança dos cidadãos e efetividade do estado em assegura-la e, de outro lado, o direito fundamental de liberdade do cidadão também consagrado sob o prisma iluminista liberal.

Quanto mais ocorre atraso na entrega de uma sentença de mérito, notadamente aquela que condena alguém a uma pena definitiva, postergando-se a solução de um processo, mais se transporta para a prisão provisória e demais cautelares a ela alternativa todo natural conflito existente entre os direitos individuais da liberdade e da segurança, entrando em cena a presunção de inocência para modular tal conflito, destacando-se, desde já, não haver incompatibilidade entre estes dois institutos. Ao contrário, este princípio enquanto tal regula a verificação da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação daquelas medidas restritivas de direitos e liberdades.

A prisão preventiva é perfeitamente compatível com a presunção de inocência ou de não culpabilidade, pois aquela é limite objetivo ao espectro de atuação desta, ao passo que esta caracteriza verdadeira garantia negativa a balizar a legislação na seara das medidas restritivas da liberdade de alguém, notadamente no tocante às exigências cautelares adequadas a autorizá-las.

Por conta da presunção de inocência a privação provisória da liberdade torna-se situação excepcional e circunscritas à hipóteses em que aquela possa comprometer o regular desenrolar e a efetividade da atividade processual, não se admitindo formas de antecipação de culpa e consequente imposição de pena como corolário automático da imputação, inviabilizando, desta forma, situações tais como as odiosas, nefastas e hoje revogadas prisões obrigatórias, incompatíveis com o estado democrático de direito fundado em tal princípio cardeal.

A prisão provisória não pode ser considerada uma antecipação de pena, uma vez que enquanto providência cautelar deve estar sujeita a seus pressupostos e requisitos, devendo obedecer uma instrumentalidade hipotética ou qualificada.

O princípio da presunção de inocência e o próprio devido processo legal são fundamentais para contrabalancear a carga negativa que a prisão provisória significa para o acusado, pois a manutenção desnecessária da prisão não deixa de ser um ataque à dignidade da pessoa humana.

A prisão provisória passa a ter característica de exceção e, bem por isso, ninguém a ela deve ser submetido quando o ordenamento jurídico vigente tiver previsão de demais formas alternativas e menos severas que ela e, sem prejuízo, capazes de dar conta do regular andamento do feito, preservando as finalidades da marcha processual.

Em devido processo legal se busca um equilíbrio entre as medidas coercitivas utilizadas para se dar efetividade à apuração e punição aos delitos e os direitos e garantias do homem e do cidadão, não sendo demais lembrar que as medidas cautelares são produto do enfrentamento entre entres dois deveres precípuos do Estado Democrático de Direito, destacando-se não haver direitos absolutos em uma democracia.

Assim, as normas constitucionais que tratam do tema, notadamente o princípio da presunção de inocência, não podem ser interpretadas exclusivamente sob o foco da proibição de excesso, sendo essencial para tanto se fazer uso do postulado da proporcionalidade para se verificar o cabimento de certa medida mais ou menos extrema, caso a caso.

Importante notar entre as diversas medidas cautelares existentes, quer a prisão cautelar como *extrema ratio* da *ultima ratio* ou outra medida a ela alternativa, se tais violariam ou não a presunção de inocência, devendo se buscar mensurar, para tanto, certos parâmetros a fim de se obstar indesejáveis intervenções desproporcionais ao fundamental direito à liberdade, impedindo-se com justiça e eficácia a custódia cautelar indevida ou excessiva.

As formas de prisão anteriores à condenação devem, à luz deste princípio fundamental, atender às finalidades processuais instrumentais dirigidas ao asseguramento da própria realização do processo e de seus resultados, não se podendo perder de vista, contudo, que as medidas cautelares em geral podem ter outro destino não exatamente instrumental, mas voltado para questões típicas de segurança pública à luz do risco de reiteração de atividades reconhecidamente criminosas.

Inexistem direitos absolutos em quaisquer estados democráticos e, bem assim, as normas que os disciplinam não devem ser interpretadas obtusamente sob o enfoque da já referida proibição de excesso ou do acatamento ilimitado das garantias daquele indivíduo sujeito à investigação criminal, naquilo que costumeira e convencionalmente se denominou garantismo negativo.

A rigor, o aparato estatal pode fazer uso de mecanismos acauteladores para preservar a segurança e o processo em face dos que atacam direitos individuais de outrem e o bem geral de todos e, neste ponto, a prisão provisória assume natureza não somente de garantia processual, mas, também, de garantia social, proporcional à violação dos bens jurídicos legalmente tutelados e os fins do processo, nos casos estritamente previstos na legislação, naquilo que costumeira e convencionalmente se denominou garantismo social ou positivo.

À evidência, continuamente permanecerá o aparente conflito e tensão entre o princípio da presunção de inocência e o sistema geral de persecução penal, notadamente no tocante ao uso para tanto da custódia anteriormente à condenação, destacando-se que o melhor modo de se resolver a questão será por intermédio da adoção do postulado da proporcionalidade, pois por meio deste se buscará o cabimento balizado e modulado da medida extrema e excepcional, da *extrema ratio* da *ultima* ratio, caso a caso.

A proporcionalidade surge como critério orientador e essencial ao estabelecimento de paradigmas racionais fundamentais ao Estado Democrático de Direito, funcionando, por um lado, como restrição das restrições quando atua no sentido da proibição do excesso e vedação do exercício arbitrário do poder, dando azo ao denominado garantismo negativo e, por outro lado, como legitimadora da ação estatal, visando a apuração e punição dos delitos, relacionando-se com o princípio da proteção eficiência da proteção penal, dando azo ao denominado garantismo social ou positivo.

Pela lente da proporcionalidade busca-se solução menos excessiva para um dos interesses em conflito, potencializando-se o exercício dos direitos fundamentais. De uma forma ou de outra, seu escopo é consolidar a proibição do excesso, mitigando e erradicando intervenção mais gravosa que o possível a um caso em concreto, mas sem perder de vista a máxima efetividade dos direitos estabelecidos em favor de seu titular.

O postulado da proporcionalidade é fundamental na busca por um razoável balanço entre interesse contrapostos em tensão ou conflito, configurando-se em notória ferramenta destinada a este fim com ampla aplicação no Direito como um todo, assumindo, contudo, peculiar importância no Direito Penal e Direito Processual Penal, especialmente no que se refere à imposição de medidas cautelares. Sua incidência é relevante não somente quanto à medida extrema de prisão provisória, mas também no tocante a quaisquer outras cautelares que de alguma maneira mitiguem de forma mais ou menos intensa o direito fundamental de liberdade dos cidadãos.

A utilização da proporcionalidade é fundamental para se modular a incidência do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, essencial na preservação dos direitos em um Estado Democrático, uma vez que faz as vezes de critério orientador para a aplicação das medidas cautelares, aliás, as únicas permitidas à luz do aludido princípio, vedando-se que estas assumam, em qualquer hipótese, o caráter de antecipação de pena.

O postulado da proporcionalidade é pressuposto essencial e fundamental no equacionamento do latente conflito entre o direito à liberdade pessoal e o direito de segurança do indivíduo enquanto cidadão e membro de uma sociedade, direito esse garantido pela premente necessidade de investigação criminal eficiente e eficaz, porque em um Estado

Democrático de Direito como o nosso se busca constantemente tanto a preservação da efetiva persecução penal quanto a proteção da liberdade do indivíduo, não se permitindo que aquela predomine sobre essa, sob pena de um retrocesso ao *ancien régime* onde prevalecia a presunção de culpa em detrimento do estado de inocência.

O apelo à proporcionalidade é indispensável para se afastar abusos por parte dos órgãos encarregados da persecução penal, especialmente no que se refere à aplicação de medida cautelares restritivas de liberdade, autorizando, de outra banda, restrições excepcionais em nome da repressão à criminalidade mais aguda, organizada ou violenta.

O juízo de ponderação a ser realizado no seio da proporcionalidade requer um sacrifício de um direito que seja útil e necessário para o deslinde do impasse, de modo que este se possa resolver da maneira menos gravosa possível, não podendo se perder de vista que o ônus ocasionado não sobrecarregue o bônus que busca com tal deslinde. Neste ponto, eclode a relevância das medidas cautelares menos danosas que a custódia, as quais podem substituir a medida extrema, se esta já houver sido decretada ou se apresentar como alternativa válida desde o princípio a obstar a imposição daquela nos casos em que ainda se não impôs sua decretação.

Então, se a prisão for desproporcional, de rigor, a imposição de medida cautelar a ela alternativa desde que preenchidos os requisitos legais, objetivando-se com isso que a limitação da liberdade de alguém apenas aconteça nas hipóteses de extrema necessidade, sempre com o menor sacrifício desta, sem prejuízo da efetiva realização do processo.

O processo penal será efetivo e eficaz se preservar as garantias constitucionais dos indivíduos e ao mesmo tempo possuir mecanismos que possibilitem meios eficientes de investigação e descoberta da verdade e esse equilíbrio somente será alcançado, no mais das vezes, pela utilização da proporcionalidade.

A intervenção em direitos fundamentais requer valores a serem protegidos com presença constitucional marcante de modo a os tornarem relevantes a ponto de poderem confrontar os valores intrínsecos nos direitos individuais limitados, do que se denota, em

síntese, que o princípio da proporcionalidade requer que toda a limitação a esses direitos tenda à consecução de fins legítimos.

A manutenção da prisão provisória evoluiu como medida excepcional, somente podendo ser imposta nos restritos termos previstos em Lei e se necessária para a preservação da sociedade e dos fins do processo, uma vez que ao se assegurar seu normal desenvolvimento fica garantida a efetivação de eventual punição futura, resguardando-se os valores sociais em geral e proporcionalmente os direitos e garantias individuais.

Por ter natureza jurídica de segregação provisória de alguém que comete um delito, com caráter inicial administrativo, exige-se por ocasião do flagrante somente a aparência de tipicidade, não sendo necessária qualquer valoração mais profunda sobre a ilicitude e a culpabilidade, caracterizando a tipicidade o *fumus comissi delicti*, o qual é patente e evidente ante a mencionada visibilidade da situação flagrancial. Já no tocante ao *periculum libertatis* é ele presumido quando se trata de delitos em pleno andamento, uma vez que evidente a lesão à ordem pública e à própria Lei.

Por outro lado, à luz das disposições vigentes, notadamente a legalidade e a reserva da jurisdição, muito embora a necessidade de urgência na resposta judicial à uma situação flagrancial, visando se consolidar a efetividade a ação estatal em impedir e investigar um fato criminoso, imprescindível a pronta análise judicial dos pormenores do flagrante.

A prisão em flagrante, assim, foi mantida em razão de sua necessidade como resposta imediata, visando impedir a realização de um crime e a violação ao bem jurídico protegido, evidenciando a efetividade da ação estatal, assumindo, contudo, natureza jurídica precautelar para não mais se antecipar a culpa de maneira instantânea.

Já a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência. Pode ser decretada pelo Juiz tanto na fase de inquérito policial como em processo penal, mas necessariamente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tendo em vista se caracterizar como espécie de prisão sem pena, não é demasiado asseverar que a preventiva é prisão provisória de natureza cautelar, a qual tem por objetivo garantir a harmonização da ordem pública, o sucesso da produção de provas e a efetividade da lei penal.

Com a evolução do instituto, no seio do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, a prisão preventiva deixou de ser obrigatória e baseada em mero ato de império decorrente de presunção de culpabilidade. Assim, sob o princípio da presunção de inocência a prisão preventiva assume natureza evidentemente cautelar, exigindo-se para sua para sua imposição o pressuposto positivo do *fumus comissi delicti*, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O simples clamor social, a repercussão negativa do fato e a gravidade abstrata do crime, por si só, não são hábeis a justificar a custódia cautelar, a qual deve ser baseada na gravidade concreta do crime e a possibilidade também concreta de reiteração criminosa, com aferição da periculosidade do agente a partir das circunstâncias em que o crime foi cometido.

A garantia da ordem pública busca, no mais das vezes, impedir a reiteração criminosa, resguardando a sociedade de maiores danos, afastando de seu convívio alguém que pela maneira de execução do crime aponte uma periculosidade elevada. A possibilidade de cometimento de outros crimes somente justificará a decretação ou manutenção da prisão preventiva se demonstrada sua possibilidade concreta de ocorrência em razão da potencial periculosidade do autor do fato apontar para que ele, solto, volte a delinquir.

Entre as novidades introduzidas pela Lei 12.403/2011, como das mais relevantes e fundamentais, ao lado da instituição das medidas cautelares alternativas à custódia, que rompeu o indesejável binômio prisão/liberdade, está a previsão necessária de análise pormenorizada da prisão em flagrante, visando seu relaxamento, conversão em preventiva ou concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. A rigor, tal previsão é consequência lógica do novo paradigma legal estabelecido à luz do princípio da presunção de inocência.

Inevitavelmente, a Lei 12.403/2011, e em especial o artigo 310, do Código de Processo Penal, reorientou a legislação infraconstitucional sob este novo paradigma da presunção de inocência.

A prisão em flagrante tornou-se uma prisão precautelar e precária e a prisão preventiva uma prisão cautelar propriamente dita, com necessidade para sua decretação ou manutenção da verificação dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Já as medidas cautelares em geral passaram a ser relevantes quando adequadas ao fim que se pretende atingir, necessárias quando utilizada aquela menos gravosa a impedir a situação de perigo que provavelmente arruinará a finalidade do processo e proporcionais desde que não atinjam objetivo mais grave que a própria finalidade pretendida ou que a punição que provavelmente seria imposta em hipótese de eventual condenação, devendo verificar, então, se o meio escolhido estaria ou não em razoável proporção com o fim visado.

Enfim, se não pode perder de vista a precisa e acurada lição de Cesare Bonesama, Marquês de Beccaria:

> Se a prisão constitui somente uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão preso deve ficar na prisão apenas o tempo preciso para a instrução do processo. [...]. O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime.[200]

[200] Cesare Beccaria. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.55.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

2. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto**. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Européia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

3. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

4. ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 42.

5. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

6. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

7. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de medidas atípicas**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 31, n. 113, pg. 71-82, set. 2011.

8. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011.** In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 205-297.

9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

10. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **O Supremo e a inafiançabilidade ou: por que prenderam o Deicídio**. In: Portal Justificando, 26 de novembro de 2015: Disponível em www.justificando.com.

11. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014.

12. BARRA, Eládio Escusol. **Manual de derecho procesal penal**. Madrid: Colex, 1993.

13. BATTAGLIO, Silvia. **"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale. Rivista italiano adi diritto e procedura penale**. Milano, p. 189-208, 2000.

14. BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Ed. Ridendo Castigat Mores (eBooksBrasil.com), Rocket Edition de 2000 a partir do HTML Disponível em: www.jahr.org. Acesso em: 20 fev. 2012.

15. BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática da monografia para os cursos de Direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

16. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

17. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar.** São Paulo: Malheiros, 2005.

18. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158-159.

19. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz. 3**. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-12.

20. BOFIM, Edmilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011.

21. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011). Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas.** Revista do Advogado, São Paulo, v. 31, n. 113, pg. 112-121, set. 2011.

22. CALAMANDREI, Piero. **Eles juízes, vistos por nós advogados**. Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

23. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

24. CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Acervo FADUSP, 2015.

25. CAPEZ, Rodrigo. **Prisão Cautelar e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2017.

26. CARNELUTTI, Francesco. **As funções do processo penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: Apta, 2004.

27. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. Tiragem. São Paulo: Pillares, 2009.

28. CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade**. Acervo FADUSP, 2015.

29. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Botelim IBCCrim — Ano 16 — n° 188, p. 11-13 —Julho 2008.

30. _____. **Lei no 12.403/2011: Mais uma Tentativa de Salvar o Sistema Inquisitivo**

31. **Brasileiro**. RDP n° 73, p. 84-86 — Abr-Maio/2012 — Parte Geral - Doutrina.

32. _____. **Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade**. Revista de Estudos Criminais n° 33, p. 07-09 — Abr-Jun./2009 — Prefácio.

33. _____. **O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro**. Boletim IBCCrim — Ano 15 — 175, p. 11-13 - Junho 2007.

34. _____. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa, Brasília - Ano 46 - n° 183, p. 103-115 — Julho-Set./2009 — Parte Geral – Doutrina.

35. _____. **Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema Do CPP, de Todo Inquisitorial.** In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

36. CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei n. 12.403/11 (Lei das medidas cautelares pessoais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

37. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale Penale**. Padova: CEDAM, 2010.

38. DAMASKA, Mirjan. **Aspectos Globales de Las Reformas del Proceso Penal**. Artigo consultado em http://www.dplf.org (página weg da `Fundación para el debido processo legal').

39. DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

40. DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** Acervo FADUSP, 2006.

41. DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

42. DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

43. DEU, Teresa Armenta. **Sistemas procesales penales. La justicia penal em europa y América**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

44. DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes**. História e Prática do Habeas Corpus. Direito Constitucional e Processual Comparado**. 03. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

45. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambrige: Harvard University Press, 2001.

46. ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

47. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código do Processo Penal Anotado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

48. FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

49. FERRAIOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trota, 1995.

50. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Bird; ANJOS, Margarida dos (Coords.). **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** Curitiba: Positivo, 2009.

51. FEITOZA, Denilson. **Reforma Processual Penal. Leis 11.689/2008, 11.680/2008 e 11.719/2008. Uma abordagem sistêmica.** Niterói: Impetus, 2008.

52. FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

53. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.); MAÑAS, Carlos Vico; CHOUKR, Fauzi Hassan; BETANHO, Luiz Carlos; MORAES, Mauricio Zanoide de; FELTRIN, Sebastião Oscar; BICUDO, Tatianja Viggiani; NINNO, Wilson. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

54. FRANCO, Paulo Alves. **Prisão, Liberdade Provisória, Fiança e Medida Cautelar no Processo Penal.** Campinas: Servanda, 2012.

55. FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **A nova prisão e as novas cautelares no processo penal: texto comentado da Lei 12.403/11: medidas cautelares.** São Paulo: Malheiros, 2011.

56. GIMENEZ, Marta Cristina Cury Saad. **Direito ao silêncio na prisão em flagrante.** In: PRADO, Geraldo (Coord.). Processo penal e democracia – estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

57. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação. Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12850/2013**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

58. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011.** In: Fernandes, Og (Org.). Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.04.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pg. 15-51.

59. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O livre convencimento do juiz no projeto de código de processo penal: primeiras anotações.** Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, p. 08-09, julho 2009.

60. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** Acervo FADUSP, 1989.

61. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto o. 156/2009 do Senado Federal**. In Revista de Informação Legislativa: Brasília a 46 n. 183 julho/set. 2009.

62. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prisão Preventiva e Garantias Constitucionais - A proporcionalidade como princípio constitucional da prisão cautelar.** In: Strozake, Juvelino José (Org.). Questões Agrárias: julgados comentados e pareceres, São Paulo: Ed. Método, 2002, pg. 248-253.

63. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2a ed. São Paulo: RT, 2013.

64. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coação no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 2011

65. GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade**. Acervo FADUSP, 2011.

66. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidade y derechos fundamentales em proc. penal**. Madrid: Codex, 1990.

67. GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

68. GRECO FILHO, Vicente (1943). **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. atual., e ampl. com a colaboração de João Daniel Rassi. São Paulo: Saraiva, 2010.

69. GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). Edições Especiais. Revistos dos Tribunais, 100 anos. Doutrinas Essenciais. Processo Penal, v. 4. Processos em Espécie: Processo Comum; Processos especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

70. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malhereiros, 1993.

71. GRINOVER, Ada Pelegrini et al., **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

72. ISASCA, Frederico. **A prisão preventiva e restantes medidas de coacção.** In PALMA, Maria Fernanda (Coord.). Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004. p. 104.

73. JAKOBS Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas. 2003.

74. JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

75. KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 404p. (Ensino Superior).

76. LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil, VIII, Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1998

77. LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. **Prisão Temporária. Análise e perspectivas de uma leitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Acervo FADUSP, 2006.

78. LANGBEIN, Jonh H.. **The orings of adversary criminal trial**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

79. LIMA, Marcellus Polastri. **Da Prisão e da Liberdade Provisória na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

80. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

81. LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

82. MAIA, Clarisse, NETO, Flávio. COSTA, Marcos, ROCCO, Marcos Bretas. **História das Prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

83. MAYA, André Machado**. Imparcialidade e Processo Penal. Da prevenção de competência ao juiz de garantias**. São Paulo: Atlas, 2014.

84. MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

85. MARCÃO, Renato Flávio. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

86. MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica. Teses, Monografias e Artigos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

87. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Forense, 1960.

88. MARQUES, José Frederico**. Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Bookseller, 1997.

89. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

90. MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

91. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.

92. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18 ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2007.

93. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, (1689-1755). **O espírito das leis**: as formas de governo: a divisão dos poderes; Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

94. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

95. MOURA, Maria Thereza de Assis. **A prova por indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

96. NEVES, Roberto de Souza. **Dicionário de Expressões Latinas Usuais**: 15.000 adágios, provérbios e máximas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

97. NIEVA FENOLL, *Jordi*. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Edisofer, 2012.

98. NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

99. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

100. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

101. NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

102. NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal.** 2. ed. rev. atual. com a obra O valor da confissão como meio de prova no processo penal. Sã Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

103. OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. **Direito Processual Penal Principiológico.** Revista da Escola Paulista da Magistratura, Ano 15, n. 1, junho 2015.

104. PACCELI, Eugênio; DA COSTA, Domingos Barroso. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. A Reforma da Lei n.12.403/11.** São Paulo: Atlas, 2013.

105. PITOMBO, Cleunice V. B. **Força probante dos indícios e sentenças condenatória.** Boletim IBBCRIM, São Paulo, ano 21, n. 242, p. 7-8, jan. 2013.

106. POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) Na Reforma da 2011 do Código Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

107. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

108. REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5. ed. rev. e res. São Paulo: Saraiva, 1994.

109. ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

110. SABINO JÚNIOR, Vicente. **Jean-Jacques Rousseau e o Contrato Social**. São Paulo: *José* Bushatsky, 1978.

111. SAMPAIO, Denis. **Um exemplo de limitação ao livre convencimento do julgador no processo penal - Façamos uma importação correta**. In: Revista Empório do Direito: São Paulo, abril/2015: Disponível em www.emporiododireito.iusbrasil.com.br

112. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Itália**. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Livro em Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014

113. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão: Brasil e Portugal**. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Orgs.). Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2014.

114. SCARANCE FERNANDES, Antônio**. O sigilo financeiro, in: Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latim, 2006.

115. SILVA, César Dario mariano da. **Provas ilícita**. São Paulo: Atlas, 2010.

116. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista clássico. Disponível no site www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf.

117. TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

118. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

119. TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, 1991.

120. TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

121. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

122. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

123. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Atualizada com a Lei da Prisão (Lei 12.403/2011). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

124. VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

125. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 85, pg. 447-494, jul/ago 2010.

126. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **O poder instrutório do juiz no processo penal**. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). Temas relevantes de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012.