

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
LEONARDO MARQUES DE JESUS PINTO**

**A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA  
COMO ÚLTIMA RAZÃO EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DAS  
DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES: análise para o indivíduo primário  
imputado de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de  
liberdade igual ou inferior a quatro anos**

**Juiz de Fora  
2017**

**LEONARDO MARQUES DE JESUS PINTO**

**A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA  
COMO ÚLTIMA RAZÃO EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DAS  
DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES: análise para o indivíduo primário  
imputado de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de  
liberdade igual ou inferior a quatro anos**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação do Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues.

**Juiz de Fora  
2017**

# FOLHA DE APROVAÇÃO

LEONARDO MARQUES DE JESUS PINTO

## **A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO ÚLTIMA RAZÃO EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES: análise para o indivíduo primário imputado de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

---

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

---

Prof. Dr. Leandro Oliveira Silva  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 10 de novembro de 2017

## RESUMO

O presente artigo científico visa a definir a possibilidade ou impossibilidade jurídica, no ordenamento normativo pátrio, de decretação da prisão preventiva como último recurso, com fulcro no artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 12.403/2011, em decorrência do descumprimento, pelo investigado ou acusado, imputado de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos, das demais medidas cautelares que lhe houverem sido anteriormente impostas pelo Juízo. Para tanto, será realizada análise sistemática da legislação processual penal, sob o espectro dos direitos fundamentais e das garantias individuais de liberdade positivados em nosso Estado Democrático de direito e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, decorrentes da Teoria do Garantismo Penal. Concluir-se-á pela inviabilidade, podendo ser os contornos aqui traçados utilizados como subsídios para uma solução proporcional e, portanto, justa, a fim de permitir interpretação técnica dos institutos processuais penais em discussão, alinhavada com os imperativos constitucionais.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Prisão preventiva. Presunção de inocência. Proporcionalidade. Garantismo penal.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	05
2. O GARANTISMO PENAL E A LIBERDADE COMO REGRA .....	08
3. AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS .....	12
3.1. A PRISÃO PREVENTIVA .....	16
4. A LÓGICA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL E A PROPORCIONALIDADE...20	
5. CONCLUSÃO.....	24
6. REFERÊNCIAS .....	25

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os seres humanos demonstraram suas necessidades de viverem agrupados uns aos outros, formando famílias, tribos, clãs, comunidades, sociedades e grandes nações. Por evidência, a maneira de se relacionarem dentro de seus respectivos grupos foi definida a partir da eleição, por eles próprios, de certos valores morais como sendo indispensáveis à boa convivência cotidiana, visando a evitar conflitos desgastantes.

Também foi sempre possível perceber que os valores morais escolhidos eram variáveis conforme critérios temporais e espaciais, de modo que tais coletividades passaram a se diferenciar entre si por seus costumes diversos, tradições e culturas peculiares. Com a evolução da ciência jurídica e o monopólio da atividade legislativa pelo Estado, muitas normas convencionais sociais passaram a ser captadas pelo Direito.

Dessa maneira, os comandos deontológicos meramente morais se tornaram normas jurídicas primárias, isto é, o legislador passou a estabelecer que a prática de certas condutas, previstas em lei como hipóteses de incidência, acarretaria sanções, entendidas aqui como consequências jurídicas (HART, 1994). Sendo assim, condutas meramente desaprováveis do ponto de vista moral passaram a constituir verdadeiros atos ilícitos. A eles, passou o poder público, por meio de sua atividade legiferante, a cominar sanções negativas. Surge, então, o Direito Penal como um dos mais fortes mecanismos oficiais de controle social.

Hodiernamente, com a evolução dos direitos fundamentais e das garantias individuais de liberdade dos indivíduos que compõem o Estado democrático de direito, sabe-se que o poder-dever estatal de aplicar sanções penais em face da prática de crimes somente poderá ser exercido através de um devido processo legal, por meio do qual sejam concretizados, ao acusado, o contraditório e a ampla defesa, dentre outras diversas garantias processuais penais.

Por outro lado, ao contrário do processo civil, o pedido, dentro de um processo penal, não está sujeito a um grau tão intenso de criatividade, isto é, limita-se, no mais das vezes, à aplicação de uma pena privativa de liberdade ao acusado da prática de um delito. Se, ao final do procedimento em contraditório, for julgada procedente a demanda criminal, esgotadas as vias recursais, poderemos estar diante de uma prisão (cerceamento de liberdade) penal. Contudo,

não é só esse tipo de prisão que se afigura possível em nossa legislação. Para além da prisão penal, podemos nos referir à prisão processual ou provisória, tema objeto desse trabalho.

No que diz respeito a esse tipo de constrição cautelar da liberdade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece, dentro do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), Capítulo 1 (“Dos direitos e garantias individuais e coletivos”), precisamente em seu artigo 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O constituinte originário, em mais uma oportunidade consagrou, neste dispositivo constitucional, a cláusula de reserva de jurisdição. Segundo ela, com as exceções próprias ao direito penal e processual penal militares, que aqui não nos interessam, somente o órgão jurisdicional poderá ordenar que alguém seja preso cautelar, provisória ou processualmente.

Portanto, ao lado da prisão em flagrante delito (regulamentada infraconstitucionalmente pelo Código de Processo Penal (CPP) – entre seus artigos 301 e 310, inclusive –, existem as prisões temporária (tratada pela Lei 7.960/1989 e que também não constitui escopo desse trabalho) e preventiva – que analisaremos detidamente em momento posterior, prevista nos artigos 311 a 316 do CPP –, as quais somente poderão ser decretadas por meio de ordem judicial (“ordem escrita e fundamentada de autoridade competente”).

Contudo, no que concerne especificamente à prisão preventiva, deve ser ela decretada pela autoridade jurisdicional apenas excepcionalmente, ou seja, somente quando não sejam suficientes as demais medidas cautelares, diversas da prisão, previstas no artigo 319, incisos I a IX e 320, bem como quando estejam presentes seus requisitos legais, estabelecidos nos artigos 312 e 313, todos os dispositivos do CPP.

Neste passo, surge o problema que se buscará solucionar ao final do presente artigo: será juridicamente viável a decretação da prisão preventiva como último recurso, com fulcro no artigo 282, § 4º, do CPP, em decorrência do descumprimento, pelo investigado ou acusado primário (imputado de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos), das demais medidas cautelares que lhe houverem sido anteriormente impostas pelo Juízo?

A dúvida surge exatamente porque a Lei 12.403/2011, que incluiu o citado parágrafo no dispositivo legal acima aduzido, não esclareceu se a decretação dessa prisão preventiva, substitutiva às demais medidas cautelares que se revelaram insuficientes, também deve estar adstrita aos parâmetros legais colacionados no artigo 313 do CPP. Tal questionamento se intensifica em face da inclusão do parágrafo único ao artigo 312 do CPP, estabelecendo expressamente o descumprimento das demais medidas cautelares em dispositivo destinado aos pressupostos ou fundamentos da debatida prisão processual, o que será detalhado alhures.

A doutrina especializada se divide entre: *i*) a inviabilidade da decretação de prisão preventiva do indivíduo primário que comete crime culposo ou crime doloso com pena máxima igual ou inferior a quatro anos e descumprimento das obrigações decorrentes das medidas cautelares diversas da prisão (já que estão taxativamente alocadas no artigo 313 do CPP as hipóteses de admissibilidade dessa gravosa cautelar); e *ii*) a viabilidade da decretação de prisão preventiva do indivíduo primário que comete crime culposo ou crime doloso com pena máxima não superior a quatro anos e descumprimento das obrigações decorrentes das medidas cautelares diversas da prisão, levando-se em consideração os comandos normativos ínsitos aos artigos 282, § 4º e 312, parágrafo único, ambos do CPP, o que representaria verdadeira exceção às já fixadas regras de cabimento das prisões preventivas.

Será utilizada a técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, baseada em doutrina especializada em direito processual penal, sob o espectro dos direitos fundamentais e das garantias individuais de liberdade positivadas em nosso Estado Democrático de direito e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, decorrentes da Teoria do Garantismo Penal. Também serão utilizados métodos de hermenêutica jurídica para a interpretação da legislação correlata, notadamente a CRFB/1988 e o CPP, a fim de arrimar a conclusão pela impossibilidade da decretação da prisão preventiva nas hipóteses delimitadas acima. Desta feita, será adotado o tipo de investigação jurídico-dogmático, enfatizando-se aspectos conceituais, doutrinários e legislativos sobre o tema objeto de estudo.

Dividir-se-á a estrutura do artigo nos seguintes tópicos, abaixo densificados: o garantismo penal e a liberdade como regra, em que se expõe o marco teórico; medidas cautelares pessoais e prisão preventiva, em que se apresentam os conceitos e seus requisitos fundamentais; a lógica constitucional-convencional e a proporcionalidade, onde se procura resolver, efetivamente, o problema proposto; conclusão, sintetizando-se o pensamento trabalhado.



## 2. O GARANTISMO PENAL E A LIBERDADE COMO REGRA

De acordo com a Teoria do Garantismo Penal, apresentada por Luigi Ferrajoli em sua clássica obra *Direito e Razão*<sup>1</sup>, os axiomas garantistas formulados expressam comandos deontológicos ou proposições prescritivas, o que significa dizer que não atestam o que se depreende da mera observação da realidade fenomênica, mas sim encerram opções política e de valores morais que devem orientar o sistema penal, em especial a aplicação do direito material através de seu direito processual. Enfim, indicam um modelo a ser almejado, embora difícil seja alcançá-lo.

Os axiomas que sustentam a Teoria do Garantismo Penal podem ser apresentados em dez assertivas, a seguir expostas: *i*) não há pena sem crime (princípio da retributividade); *ii*) não há crime sem lei (princípio da legalidade); *iii*) não há lei penal sem necessidade (princípio da necessidade); *iv*) não há necessidade sem lesividade (princípio da lesividade); *v*) não há lesividade sem ação (princípio da exterioridade); *vi*) não há ação sem culpa (princípio da culpabilidade); *vii*) não há reconhecimento de culpa sem jurisdição (princípio da jurisdicionariedade); *viii*) não há jurisdição sem acusação (princípio acusatório); *ix*) não há acusação sem provas (princípio do ônus probatório); *x*) não há provas sem defesa (princípio do contraditório e da defesa).

Em nosso ordenamento jurídico, pode-se verificar a adoção, expressa ou implícita, de diversos desses axiomas, o que demonstra que o direito penal e o processo penal brasileiros, pelo menos em tese, seguem a linha garantista. Por exemplo, na CRFB/1988, o artigo 5º, inciso XXXIX estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, abarcando os dois primeiros axiomas; o inciso LIII do citado dispositivo legal aduz que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, revelando o sétimo axioma; os incisos LV e LVI do mesmo artigo dispõem, respectivamente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, bem como que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, tratando dos dois últimos axiomas. Já o artigo 129, inciso I determina que a ação penal de iniciativa pública é de titularidade privativa do Ministério Público (ressalvada a

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição revista. Editora RT. São Paulo, 2002.

iniciativa privada subsidiária da pública), separando de uma vez por todas as funções de acusar e julgar, a teor do oitavo axioma.

Já o Código Penal, em seu artigo 18, consagra o sexto axioma: “Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”. Por fim, os terceiro, quarto e quinto axiomas, embora careçam de disposição legislativa, são amplamente aceitos pela doutrina especializada brasileira como componentes de uma teoria da norma penal, sob as denominações de princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima e lesividade, composto também pela exterioridade, em conjunto com a alteridade.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>2</sup>, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992, consagra diversas garantias individuais de liberdade (como regra) em sua normatividade. O artigo 5.4 estabelece que “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”, o que revela a preocupação com a presunção de inocência enquanto forma de tratamento desigual a partir de um critério justo. O artigo 7.3 enuncia que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”, o que poderia acontecer em caso de prisão preventiva desnecessária e, portanto, desproporcional, ou mesmo ilegal, em face da ausência de seus requisitos legais. Por fim, dentre tantas outras, o artigo 8.2 afirma que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”, enfim, rechaçando qualquer tentativa de violação ao princípio da não-culpabilidade.

A atividade jurisdicional é imprescindível à persecução penal, que, perante o magistrado, deve se concretizar com total respeito ao devido processo legal, no qual se incluem fundamentalmente as garantias processuais e materiais do acusado. Isso faz com que a presunção de inocência seja decorrência natural do modelo acusatório instituído, por meio do qual o órgão responsável pela função de acusar deverá se desincumbir plenamente de seu ônus probatório para que o juiz tenha a possibilidade de condenar de acordo com as provas constantes dos autos. Do contrário, se a acusação assim não o fizer, a inocência continuará sendo presumida e o único caminho plausível será o da absolvição.

---

<sup>2</sup> CADH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

Assim, a presunção de inocência demonstra ser não apenas uma garantia de liberdade e verdade, mas também de segurança (ou defesa social), fornecida pelo próprio Estado de direito, em face das penas arbitrárias (MONTESQUIEU *apud* FERRAJOLI, 2002). Cesare Beccaria, citado por Luigi Ferrajoli<sup>3</sup>, relacionando a presunção de inocência com a constrição cautelar da liberdade, assim se manifestou em sua mais célebre obra, enxergando naquela, para além de uma regra probatória, já expandida, uma verdadeira regra de tratamento do acusado no decorrer do processo penal que lhe aflige:

“(…) sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade: precisamente, a custódia de um cidadão até que seja julgado culpado deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível e não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime (…)”.

Já FERRAJOLI (2002) chega mesmo a sugerir um processo penal sem prisão preventiva, acreditando que ela é apenas um meio de se antecipar, sobre alguém que ainda não é comprovadamente culpado, os deletérios efeitos da pena privativa de liberdade, de maneira que afirmar seu caráter não penal ou meramente cautelar é apenas um subterfúgio retórico, de modo que o encarceramento preventivo ofende diretamente um dos princípios do garantismo penal, vale dizer, o da *nula poena sine iudicio*. Questiona<sup>4</sup>, ainda, com a peculiar criticidade,

“(…) se a custódia preventiva é realmente uma ‘injustiça necessária’, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado (…)”.

O princípio da presunção de inocência encontra guarita em nosso ordenamento jurídico na própria CRFB/1988, precisamente em seu artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>5</sup>. Casos há que a impossibilidade – muitas vezes fática, pelo grande número de feitos criminais que

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição revista. Editora RT. São Paulo, 2002, p. 444.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição revista. Editora RT. São Paulo, 2002, p. 446.

<sup>5</sup> Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter, recentemente, no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, entendido que é possível o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

tramitam perante a justiça brasileira, tantas outras jurídica, pelos próprios prazos legais que precisam ser cumpridos e também em virtude do complexo sistema recursal adotado – de se proferir um decreto condenatório de modo extremamente célere requer que a presunção de não culpabilidade<sup>6</sup>, como medida de tratamento do acusado, seja excepcionada.

Do contrário, isto é, se fosse sempre viável a rápida solução da contenda sem que outras garantias fundamentais fossem violadas, a prisão preventiva, por evidência, perderia sua utilidade, de modo a subsistir, na fase processual, tão somente a prisão penal. Contudo, diante do exposto, a custódia cautelar ainda se revela necessária, sendo medida excepcional e carente de fundamentação idônea pela autoridade jurisdicional, sempre orientada pelo postulado normativo da proporcionalidade, norma metódica, que estrutura a interpretação e a aplicação de outras normas, especialmente os princípios, que devem se diferenciar das regras (ÁVILA, 1999).

Cumprido salientar que norma é gênero, enquanto princípio e regra são espécies desta. As regras são aplicáveis na forma do tudo ou nada; os princípios não determinam, necessariamente, a decisão, tendo uma dimensão de peso. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas (cujo âmbito é determinado pela colisão com outros princípios) e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização. Interessante citar aqui a diferenciação de restrição e violação de direito fundamental. Se for constitucionalmente fundamentada a intervenção em certo direito, é restrição; se não for, é violação. As restrições podem ser indiretamente constitucionais, se for realizada por lei. (ALEXY, 2015).

A proporcionalidade, entendida também como proibição do excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins, é vista como um princípio constitucional não escrito (BRANCO e MENDES, 2017). É composta por três subprincípios, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a análise de cada um desses três elementos pressupõe a aferição positiva do anterior. Ou seja, se a medida por inadequada, sequer serão avaliadas a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Já se a medida se revelar desnecessária, não se procederá à averiguação da proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>6</sup> Nesse trabalho, presunção de inocência e presunção de não culpabilidade são tratadas como expressões sinônimas.

O subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. O cumprimento do subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Noutras palavras, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa. Por fim, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo órgão jurisdicional (BRANCO e MENDES, 2017).

O entendimento do garantismo penal, incorporado em nossa ordem jurídica interna através dos diversos direitos fundamentais de presença obrigatória no processo (notadamente a presunção de inocência), a captação da natureza principiológica desse tipo de direito, bem como a compreensão do postulado normativo da proporcionalidade serão essenciais para resolvermos o problema inicialmente proposto.

### **3. AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS**

As medidas cautelares de natureza pessoal encontram guarita, em nosso ordenamento jurídico, no Título IX do CPP, que abarca seis capítulos sobre o tema: disposições gerais, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão domiciliar, outras medidas cautelares e, finalmente, liberdade provisória, com ou sem fiança. Desta feita, pode-se dizer que, no Brasil, há três grandes gêneros de medidas cautelares pessoais legalmente consagrados: as prisões provisórias ou cautelares, a liberdade provisória (com ou sem fiança) e as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP (LIMA, 2016). Essas últimas deveriam estar posicionadas, no texto da lei processual penal, antes das normas relativas às prisões, haja vista que não lhes são meras “alternativas”, senão precedentes às medidas encarceradoras, especialmente pela lógica constitucional-convencional apresentada no tópico anterior.

As medidas cautelares, como gênero, podem ser conceituadas como medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo penal, com o fito de assegurar-lhe a eficácia. Sendo assim, ensejam menores ou maiores sacrifícios da liberdade daquele que irá figurar ou que já figura no pólo

passivo da relação jurídico-processual. As modalidades de prisão provisória importam em grandes sacrifícios, ao passo que as demais medidas cautelares, positivadas nos incisos I a IX do artigo 319 e no artigo 320 do CPP, trazem danos sensivelmente menores (LIMA, 2016).

São elas as seguintes: *i*) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (a periodicidade do comparecimento a Juízo ficará a critério do magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso); *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 (o aparelho estatal deveria criar condições de fiscalizar o seu cumprimento, que, muitas vezes, acaba se baseando na autodisciplina e senso de responsabilidade); *iii*) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (tutela o interesse na proteção da vítima e de seus familiares, bem como das eventuais testemunhas do fato delituoso; observa-se que é possível a decretação da prisão preventiva em face do descumprimento desse comando judicial, conforme se extrai da condição estatuída no inciso III do artigo 313 do CPP); *iv*) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (evitando que o acusado desapareça do distrito da culpa); *v*) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (a fiscalização pode se dar através da monitoração eletrônica, por exemplo); *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 (com incidência no contexto tanto da investigação criminal quanto do processo penal, com vistas a evitar o embaraço da persecução penal); *vii*) - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável 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 (cautela que, embora no mais das vezes esteja atrelada à concessão de liberdade provisória quando da audiência de custódia<sup>7</sup>, pode também ser aplicada

---

<sup>7</sup> Trata-se de garantia decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu artigo 7º, § 5º, enuncia: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. No Brasil, embora ainda não haja previsão legal expressa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e alguns Tribunais de Justiça já expediram resoluções e provimentos visando a concretizar tal direito.

separadamente); e *ix*) monitoração eletrônica (já prevista em nossa legislação desde a promulgação da Lei 12.258/2010, que incluiu tal mecanismo de fiscalização para autorizar, no âmbito da execução penal, a saída temporária no regime semiaberto e também a prisão domiciliar); *x*) proibição de se ausentar do país, com a comunicação pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar-se as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no 24 (prazo de vinte e quatro) horas.

Não se olvide, ainda, do poder geral de cautela, cuja aplicação no campo do processo penal vem encontrando cada vez mais adeptos, em que pese respeitáveis vozes em contrário<sup>8</sup>, notadamente quando exercido em benefício do acusado, evitando-lhe a segregação cautelar, como se depreende do escólio de LIMA<sup>9</sup> (2016):

“(…) parece-nos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado (...).”

A Lei 12.403/2011 promoveu grande reforma no aludido Título do CPP, estabelecendo em seu artigo 282, *caput* que a aplicação das medidas cautelares deverá observar, de maneira geral, a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar o cometimento de novos ilícitos penais. Tal previsão indica que as medidas cautelares são acessórias e se referem a uma questão principal, normalmente por meio da qual se discute a responsabilidade penal de determinada pessoa, mérito da demanda penal.

Em verdade, a doutrina processualista penal afirma que, à semelhança do que se dá no processo civil com as tutelas provisórias, as quais exigem, em um juízo de cognição sumário e superficial, os requisitos do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito ou probabilidade do direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora e de dano ou risco ao resultado útil do

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal – Volume único*. 12ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal – Volume Único*. 4ª edição. Editora Juspodivm. Salvador, 2016, p. 1378.

processo), para aplicação das medidas cautelares no procedimento em contraditório criminal faz-se necessário observar a presença do *fumus comissi delicti* (a fumaça do cometimento do delito, ou seja, a boa probabilidade de que o Direito Penal subjetivo poderá ser exercido pelo órgão de persecução penal com vistas à posterior aplicação de uma pena privativa de liberdade) e do *periculum libertatis* (o perigo de manter o agente delituoso em plena liberdade, tendo em vista a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal, bem como de garantir a manutenção da ordem pública).

Além disso, têm-se como características das medidas cautelares a cumulatividade e a substitutividade, previstas também no § 4º do artigo 282 do CPP. Isto é, como o que se quer é, ao fim e ao cabo, assegurar a finalidade do processo, pois de nada valeria, por exemplo, a prolação de uma sentença penal condenatória em prejuízo de um foragido que não pudesse sentir os efeitos do exercício *jus puniendi*, caso as medidas cautelares se mostrem frágeis ou insuficientes, será permitido ao magistrado, de ofício ou a requerimento, alterar a medida cautelar aplicada ou mesmo impor outra em conjunto com a primeira.

Com o advento da reforma legislativa promovida pela Lei 12.403/2011, obteve-se o fim do que podemos denominar raciocínio binário no que atinava à aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal no âmbito do processo penal brasileiro. Vale dizer, antes da inserção das medidas cautelares alternativas à prisão em nosso sistema, o Juízo permanecia sempre diante de uma bipolaridade plenamente capaz de conduzir a uma solução desarrazoada e, portanto, injusta.

Isso ocorria porque, sem as demais medidas cautelares diversas da prisão, ao magistrado restavam apenas duas possibilidades, de modo que sua decisão poderia ser classificada como um pensamento “tudo ou nada”: ou se impunha a completa segregação do indivíduo por meio da decretação da prisão preventiva, ou se concedia a liberdade provisória, com ou sem fiança, mediante o compromisso de comparecimento aos atos processuais, a prévia permissão pelo órgão jurisdicional para mudança de residência e a impossibilidade de se ausentar por mais de 08 (oito) dias da residência sem comunicação à autoridade judicial acerca de onde poderia ser encontrado (LIMA, 2016).

Ora, verifica-se, portanto, que não havia respaldo legal para uma decisão equilibrada por parte do Juízo competente, do ponto de vista da restrição da liberdade de locomoção daquele que



figurasse como acusado na relação processual penal. Ou era ela desproporcionalmente suprimida (a proporcionalidade aqui tratada em sua vertente da proibição do excesso, haja vista que a medida poderia ser adequada, necessária – vez que não haveria outra tão eficaz – mas desproporcional em sentido estrito, levando-se em conta os princípios colididos) ou era ela desproporcional e praticamente plena, comprometendo-se a eficácia do provimento jurisdicional ao final do procedimento em contraditório. Nesse último ponto, falamos no postulado normativo da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente aos bens jurídicos relevantes para as searas do direito penal e do direito processual penal.

Desta feita, as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP possuem duas formas básicas de adoção, exercidas em sentidos opostos, mas com a finalidade única de garantir a eficácia do processo penal: a primeira, de contracautela (prevista no artigo 321 do CPP<sup>10</sup>), quando, orientado pela adequação e pela necessidade, o magistrado tiver de conceder a liberdade provisória em face da ausência dos requisitos, pressupostos e condições de decretação da prisão preventiva; a segunda, de cautela (prevista no próprio artigo 282, § 3º, do CPP<sup>11</sup>), independentemente de qualquer situação anterior de prisão processual – em flagrante, temporária ou preventiva –, mas sim requeridas autonomamente ou mesmo aplicadas *ex officio*, seja no curso da investigação criminal, seja ao longo do processo penal já inaugurado pelo recebimento da denúncia.

### **3.1. A PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva é espécie de medida cautelar das mais gravosas, se não aquela que mais restringe a liberdade do acusado, já que, em princípio, não tem um prazo determinado para cessar, sendo sua decretação medida de última razão no desenrolar no procedimento penal em contraditório. Encontra previsão legal expressa nos artigos 311 a 316 do CPP e deve obedecer a uma série de requisitos, fundamentos ou pressupostos e condições ou hipóteses de aplicação. Para parte da doutrina, a prisão preventiva somente poderá ser decretada durante o processo penal, não sendo cabível em fase de investigação policial. Entretanto, com a clara redação

---

<sup>10</sup> “Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.”

<sup>11</sup> “Art. 282. (...) § 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.”

dada pela Lei 12.403/2011 ao artigo 311 do CPP<sup>12</sup>, tal forma de constrição cautelar da liberdade será cabível tanto na fase administrativa quanto judicial da persecução penal.

Além disso, poderá ser decretada de ofício pelo magistrado (o que se pode considerar ofensivo ao sistema acusatório e principalmente ao princípio da imparcialidade, que deve reger toda a atividade jurisdicional) ou a requerimento do Ministério Público, do querelante (nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, haja vista que aos delitos de ação penal privada são cominadas penas privativas de liberdade incompatíveis com as condições da prisão preventiva), do assistente da acusação ou mediante representação da autoridade policial (o que reforça a possibilidade de sua decretação em fase de inquérito). Finalmente, o artigo 312 do CPP traz o que podemos denominar de requisitos e fundamentos ou pressupostos da prisão preventiva, conforme se depreende da transcrição abaixo realizada:

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

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

Os requisitos da prisão preventiva são a “prova da existência do crime” e o “indício suficiente de autoria”, os quais, juntos, compõem o já mencionado *fumus comissi delicti*, isto é, um juízo de probabilidade de que o delito fora praticado por determinada pessoa. Por sua vez, os fundamentos ou pressupostos da prisão preventiva são, não cumulativamente, a necessidade de “garantia da ordem pública, da ordem econômica”, de “conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal”. O parágrafo único do dispositivo legal em comento encerra o último pressuposto ou fundamento para a decretação da prisão preventiva, a qual poderá ser decretada em caso de descumprimento das demais medidas cautelares anteriormente impostas. A existência de um deles configura o *periculum libertatis*, ou seja, o risco de manter o autor delituoso em liberdade plena, havendo necessidade de sua segregação cautelar para garantir a eficácia da cognição jurisdicional exauriente que lhe sobrevenha.

---

<sup>12</sup> “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”.

Faz-se necessário notar que Aury Lopes Júnior<sup>13</sup>, analisando criticamente o dito *periculum libertatis*, conclui que somente a conveniência da instrução criminal e a garantia da lei penal “são medidas verdadeiramente cautelares”. Isso porque, nos dizeres, de Piero Calamandrei<sup>14</sup>, traduzidos pelo processualista penal brasileiro, “os procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito material, a finalidade imediata é assegurar a eficácia do procedimento definitivo”. E continua com os seguintes ensinamentos:

“(...) a tutela cautelar é, quando comparada com o direito material, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da Justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são instrumentos do direito material que através deles se atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para atuação do direito (material); são, portanto, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, instrumentos do instrumento”.

Logo, para Aury Lopes Júnior, com quem concordamos, “só é cautelar aquela medida que se destina a esse fim (servir ao processo de conhecimento, em sua cognição exauriente). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”. Sendo assim, “as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais”. Afiguram-se indevidamente como medidas de segurança pública. Finalmente, tratamos do artigo 313, CPP, alvo maior de análise da presente pesquisa:

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

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

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

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

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal – Volume único*. 12ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2015, p. 646-655.

<sup>14</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, cit., o. 21-22.

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.”.

A prisão preventiva, uma vez presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, somente terá aplicação nos limites estabelecidos pelos incisos do artigo 313 do CPP, os quais também são alternativos, não cumulativos. Vale dizer, de nada adiantará a presença dos requisitos e fundamentos, caso a situação concreta não espelhe alguma das hipóteses de aplicação acima verificadas. Os incisos III e IV abordam, sucessivamente, espécie de vulnerabilidade doméstica, em que a prisão preventiva é usada para dar eficácia à medida protetiva de urgência aplicada, bem como hipótese em que a identificação do suspeito, cível e criminal, afigura-se impossível diante de conduta a ele atribuível, devendo ser interpretada de acordo com o artigo 5º, inciso LVIII, da CRFB/1988<sup>15</sup>, regulamentado pela Lei 12.037/2009. Inobstante as críticas que possam ser elaboradas a esses incisos, o presente trabalho neles não se irá ater.

Já os incisos I e II tratam, respectivamente, de casos que envolvem crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos e de reincidentes (nos termos do artigo 63 do Código Penal – CP<sup>16</sup>), o que, a princípio, excluiria a possibilidade de decretação da prisão preventiva em processos que versam sobre delitos culposos e dolosos sancionados com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos, perpetrados por indivíduos primários.

Ocorre que a Lei 12.403/2011 previu, nos artigos 282, § 4º e 312, parágrafo único, ambos do CPP, que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. O problema está em sabermos se tal hipótese de aplicação de decretação da prisão preventiva é autônoma e desconectada dos incisos do artigo 313 do CPP ou se deve ela ser compreendida em consonância com pelo menos uma das condições neles positivadas, sob o espectro dos direitos fundamentais e das garantias individuais de liberdade positivados em nosso Estado

---

<sup>15</sup> “Art. 5º, LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;”.

<sup>16</sup> “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”.

Democrático de direito e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, decorrentes da Teoria do Garantismo Penal, sendo esse o principal escopo de nossa investigação jurídico-dogmática.

Em derradeiro, cabe nos referirmos aos artigos 314, 315 e 316 do CPP, que finalizam as disposições sobre o tema. Se houver indícios suficientes, em um juízo também de probabilidade, de que o agente praticou o crime sob a proteção de alguma das causas excludentes de ilicitude, previstas no artigo 23 do CP, o magistrado, em homenagem ao *in dubio pro reo*, não decretará a prisão preventiva. Aliás, a decisão interlocutória simples que tratar sobre o assunto deverá ser plenamente motivada, o que já decorreria do próprio processo constitucional e dos direitos fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico<sup>17</sup>. Como toda medida cautelar, cuja precariedade decorre da sumariedade da cognição empreendida pelo magistrado, a prisão preventiva poderá ser revogada e novamente decretada à medida que razões (requisitos e fundamentos, especialmente) desapareçam e ressurjam na realidade concreta.

#### **4. A LÓGICA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL E A PROPORCIONALIDADE**

Como visto alhures, a prisão preventiva, enquanto modalidade mais drástica de constrição cautelar da liberdade do indivíduo a quem se imputa a prática de um crime, deve ser encarada como medida de última razão, isto é, deve ser orientada por um critério de subsidiariedade, de modo que somente tenha espaço no instante em que se verificar que absolutamente todas as demais medidas cautelares diversas foram insuficientes para resguardar a eficácia do provimento jurisdicional final, notadamente, uma sentença condenatória.

Ocorre que o magistrado não poderá lançar mão desse último recurso do qual dispõe em toda e qualquer hipótese, exceto quando presente uma das condições já analisadas, previstas no artigo 313 do CPP. O rol ali encartado é taxativo e, uma vez estabelecendo exceções à liberdade de alguém presumidamente inocente, deve ser interpretado restritivamente, não admitindo qualquer ampliação, senão através de alteração legislativa expressa do dispositivo legal citado.

---

<sup>9</sup> “Art. 93, inciso IX, CRFB/1988. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...);”.

A inclusão legislativa, operada pela Lei 12.403/2011, do § 4º ao artigo 282 do CPP, ainda nas disposições gerais do Título IX (que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória), estabelecendo que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, não tem o condão de ampliar as condições em que se admite tal espécie de prisão provisória, mas tão somente de orientar a conduta do órgão jurisdicional diante de situações assim, em que, presente alguma das hipóteses de aplicação do artigo 313 do CPP, primeiro aplica as medidas cautelares menos gravosas, substitui, cumula, vale-se até mesmo do poder geral de cautela em benefício do acusado (evitando-lhe a segregação cautelar) e, por fim, diante da insuficiência de todos os seus cuidados anteriores, por desrespeito absoluto do réu, vê-se compelido a decretar a prisão preventiva para garantir a eficácia de sua decisão futura.

Sendo assim, é imprescindível que procedamos a uma interpretação sistemática entre os dispositivos legais do CPP anteriores e posteriores à aludida reforma legislativa para que não subvertamos a lógica constitucional-convencional de proteção às garantias individuais de liberdade, incorrendo em inconstitucionalidade. Noutras palavras, o comando normativo trazido pelo artigo 282, § 4º deve ser lido em conjunto com aquele já existente nos incisos do artigo 313, sendo todos interpretados como partes de uma codificação, a qual necessita de coordenação, unidade e, principalmente, compatibilidade material com as normas constitucionais.

Lado outro, mister se faz entender que a prisão preventiva, exceção ao princípio da presunção de inocência, deve ter sua aplicação orientada pelo postulado normativo da proporcionalidade, explicado no segundo tópico desse trabalho. Enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, a culpabilidade do agente não se presume, sendo esse um direito fundamental clássico nas constituições hodiernas. Por outro lado, por mais que se possa questionar o papel do Direito Penal enquanto mecanismo de controle social, afigura-se o interesse da coletividade na repressão à prática de ilícitos penais que comprometam a segurança pública, outro direito fundamental albergado na CRFB/1988<sup>18</sup>, o qual poderia restar

---

<sup>18</sup> “Art. 5º 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 termos seguintes: (...)”.

prejudicado caso os efeitos da decisão judicial definitiva não pudessem ser sentidos por aquele que viola norma proibitiva ínsita ao tipo penal incriminador.

Essa colisão entre direitos fundamentais, que possuem natureza principiológica, precisa ser submetida aos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de que possamos atestar a inconstitucionalidade da decretação da prisão preventiva nas hipóteses de descumprimento das demais medidas cautelares anteriormente impostas pelo juízo, por parte de acusado, primário, de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 anos. Tal conclusão permitirá reforçar o equívoco em interpretar o acréscimo legislativo do § 4º ao artigo 282 do CPP como uma autorização genérica ao órgão jurisdicional para decretar a prisão preventiva nessas hipóteses, ao arrepio das condições já delimitadas nos incisos I e II do artigo 313 do CPP.

Ora, a decretação de prisão preventiva em face do descumprimento das medidas cautelares por parte do acusado, primário, de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade inferior a quatro anos é adequada à proteção da segurança pública (enquanto decorrência da capacidade de a decisão judicial fazer com que seus efeitos sejam sentidos pelo acusado em momento futuro)? Sim, pois estando preso cautelarmente, diminuir-se-ão os riscos de fuga e de eliminação de provas essenciais à definição da sorte do réu no processo penal que lhe aflige. Superado tal obstáculo, passemos à máxima da necessidade.

Não há nenhum meio menos gravoso para o indivíduo que se revele igualmente eficaz (adequado) na consecução dos objetivos pretendidos? Aqui, podemos adotar duas linhas de pensamento. Para aqueles que entendem que o rol previsto nos artigos 319 e 320 do CPP é *numerus clausus*, esgotadas todas as medidas cabíveis ao caso concreto, não teria o magistrado, à sua disposição, outro meio menos gravoso capaz de acautelar o provimento jurisdicional final. Sendo assim, poderíamos concluir pela necessidade da prisão preventiva em tais situações. Já para os que entendem cabível no processo penal o poder geral de cautela, o órgão jurisdicional deveria se valer de sua criatividade para impedir que o indivíduo processado fosse levado ao cárcere, fixando medidas menos gravosas, casuisticamente pertinentes, capazes de garantir a eficácia de posterior sentença. Nesse caso, a prisão preventiva em tais hipóteses seria desnecessária e, por consequência, desproporcional e inconstitucional. Porém, optamos aqui por levar a discussão para a última máxima, a da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de desenvolvermos mais o raciocínio.

O legislador, ao fixar as condições de decretação da prisão preventiva, notadamente nos incisos I e II do CPP, já nos oferece a resposta sobre ser ou não proporcional em sentido estrito a decretação de prisão preventiva em face do descumprimento das medidas cautelares por parte do imputado, primário, de crime culposos ou dolosos punido com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos. Vale dizer, o próprio legislador realizou o juízo de proporcionalidade ao fixar como hipóteses de aplicação da medida cautelar mais gravosa em nossa ordem jurídica casos que envolvam “crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos” ou agentes delituosos “reincidentes”. Isso porque ao compararmos, nessas específicas hipóteses, os direitos fundamentais colidentes, perceberemos que a presunção de inocência é sensivelmente mais abalada do que a segurança pública (atingível pela capacidade de a decisão judicial fazer com que seus efeitos sejam sentidos pelo acusado em momento futuro).

Crimes culposos possuem um grau de reprovabilidade pequeno, haja vista que indicam a falibilidade do homem, incapaz de observar seus deveres de cuidado por imprudência, imperícia ou negligência. Não há a intenção de lesar um bem jurídico-penal, nem se verifica aceitação indiferente ao risco de lesão. Não por acaso, admitem substituição da pena privativa de liberdade aplicada por penas restritivas de direitos, independentemente do *quantum* fixado na sentença. Além disso, cominam-se-lhes sanções notadamente mais brandas do que para os crimes dolosos. Portanto, a não decretação de prisão preventiva não interfere tanto a segurança pública, por sua vez atingível pela capacidade de a decisão judicial fazer com que seus efeitos sejam sentidos pelo acusado em momento futuro.

Já os ilícitos penais dolosos, quando sancionados com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 anos também se mostram menos reprováveis em um universo composto de delitos extremamente mais prejudiciais à segurança coletiva, sendo agraciados com benefícios penais como, dentre outros, as transações civil e penal, a suspensão condicional do processo, a suspensão condicional da pena e a substituição por restritivas de direitos. Aury Lopes Júnior arremata:

“Ademais, é importante sublinhar que o art. 313, I, do CPP, apenas procurou estabelecer coerência e harmonia com o art. 44 do CP. Com a Lei 9.714/98, a pena privativa de liberdade do réu condenado por crime cometido sem violência ou grave ameaça deve ser substituída por restritivas de direitos. Ora, se o réu, nestes casos, ainda que ao



final do processo venha a ser condenado, não será submetido a prisão, como justificar uma prisão cautelar? Como legitimar uma prisão preventiva nos casos em que, ainda que condenado ao final, o réu não será preso? Foi para resolver esse grave paradoxo que o art. 313, I, estabeleceu esse limite de pena. Portanto, nada de novo, apenas uma questão de sistematização e harmonia entre os Códigos Penal e Processual Penal.”.

Resta claro, portanto, que a decretação de prisão preventiva em face do descumprimento das medidas cautelares por parte do acusado, primário, de crime culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 anos é adequada à proteção da segurança pública (enquanto decorrência da capacidade de a decisão judicial fazer com que seus efeitos sejam sentidos pelo acusado em momento futuro, pode ser até mesmo necessária em algumas ocasiões, mas jamais será proporcional em sentido estrito, levando-se em consideração a grande restrição que sofrerá o princípio da presunção de inocência em situações muito pouco graves, estando tal interpretação completamente viciada pela pecha da inconstitucionalidade.

## 5. CONCLUSÃO

Pretendeu-se nesse artigo analisar a viabilidade jurídica de decretação da prisão preventiva, como última razão, em face do reiterado descumprimento das medidas cautelares precedentes, por parte de acusado primário, imputado de crime culposo ou doloso ao qual se comina pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 anos. Para tanto, valemo-nos do estudo do garantismo penal, já incorporado em nosso ordenamento jurídico, não só através da CRFB/1988, como também por meio do teor da CADH. Deu-se especial destaque para o princípio da presunção de inocência, bem como para a lógica constitucional-convencional, que devem orientar a atuação do órgão jurisdicional em matéria de medidas cautelares em processo penal. Por fim, mas não menos importante, o postulado normativo da proporcionalidade se mostrou essencial à confirmação da impossibilidade de direito do acima questionado.

Desta feita, fica estabelecido que as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, além de outras oriundas do poder geral de cautela *pro reo*, devem sempre preceder à aplicação da prisão provisória, de modo a torná-la excepcionalíssima, evitando-se o encarceramento preventivo como medida de polícia, bem como a estigmatização ou rotulação social daqueles que sofrerão verdadeira pena antecipada, muitas vezes não confirmada em

cognição exauriente, no prolatar da sentença, por vezes absolutória, por outras tantas, aplicadora de penas não privativas de liberdade.

Em suma, não há, nem poderá haver, a partir de uma interpretação equivocada dos artigos 282, § 4º e 312, parágrafo único, desvirtuada das condições ou hipóteses de aplicação encerradas nos incisos do artigo 313, todos do CPP, autorização genérica para decretação de prisão preventiva ao contumaz descumpridor de obrigações decorrentes das imposições de medidas cautelares diversas, quando for ele indivíduo primário, imputado de delito culposo ou doloso punido com pena privativa de liberdade não superior a 4 anos. Do contrário, para além da violação de uma regra expressa da legislação processual penal, estar-se-á ferindo de morte um princípio constitucional quase imbatível e que a todos nós serve, qual seja, a presunção de inocência.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. São Paulo, 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo n.º 215, p. 151-179. Rio de Janeiro, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, cit., XIX, p. 47-48.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 05 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 04 de outubro de 2017.

CADH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição revista. Editora RT. São Paulo, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 2ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal – Volume Único*. 4ª edição. Editora Juspodivm. Salvador, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal – Volume único*. 12ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Livro digital. 12ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, *Del' esprit des loi*, cit. X11, 1-2, p. 430-431.