

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

ANDRE DELGADO FREIRE

**PRISÃO PREVENTIVA: HIPÓTESES JUSTIFICADORAS E SUA APLICAÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA.**

JUIZ DE FORA – MG
2016

ANDRE DELGADO FREIRE

**PRISÃO PREVENTIVA: HIPÓTESES JUSTIFICADORAS E SUA APLICAÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada pelo acadêmico André Delgado Freire, matriculado sob o nº 200934002, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para colação de grau.
Orientador: Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

JUIZ DE FORA - MG

2016

ANDRE DELGADO FREIRE

**PRISÃO PREVENTIVA: HIPÓTESES JUSTIFICADORAS E SUA APLICAÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada pelo acadêmico André Delgado Freire, matriculado sob o nº 200934002, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para colação de grau.

Orientador: Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Aprovado em ___/___/___

Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes (orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

JUIZ DE FORA – MG

2016

AGRADECIMENTOS

Meu eterno amor, gratidão e admiração ao meu pai, Wilhelm, e mãe, Rogéria, que, através do exemplo e do respeito sábio às escolhas individuais de seus filhos, me ensinaram o mais importante. No exemplo cotidiano e mudo, lições mais consistentes e valiosas do que as que conseguiram ensinar os mestres eloquentes do Direito. Como diriam na saudosa caserna, a palavra convence, mas o exemplo arrasta. Vocês me arrastaram até aqui. Obrigado.

RESUMO

Diante do princípio da presunção de inocência, consagrado como cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988, a prisão de qualquer indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser situação excepcional, só aceitável quando estritamente necessária. Nesse sentido, a atual sistemática das medidas cautelares no processo penal, notadamente no que diz respeito à prisão preventiva, estabelece os pressupostos, requisitos e fundamentos aptos a autorizar o encarceramento provisório do suspeito. Esses elementos nem sempre são interpretados de forma pacífica e a jurisprudência se mostra vacilante quando de sua aplicação. Pretendemos contribuir para a correta delimitação dos conceitos – especialmente no que tange à “ordem pública” – e analisar o instituto da prisão preventiva, na teoria e na prática jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; medidas cautelares; prisão preventiva; fundamentos; presunção de inocência.

ABSTRACT

In view of the principle of presumption of innocence, enshrined as immutable clause in the Federal Constitution of 1988, the imprisonment of any individual before the final judgment, making the sentence unappealable, should be an exceptional situation, acceptable only when strictly necessary. Accordingly, the current system of precautionary measures in criminal proceedings, notably with regard to preventive detention, establishes the legal basis, requirements and conditions able to authorize provisional detention of the suspect. These elements are not always peacefully interpreted and the judges and courts have been wobbly when applying them. We intend to contribute to the correct delimitation of the concepts - especially with regard to "public order" - and analyze the institute of preventive detention, in theory and in legal practice.

KEYWORDS: Imprisonment; precautionary measures; preventive detention; legal basis; presumption of innocence.

SUMÁRIO:

Introdução.....	8
1. Conceito e modalidades de prisão.....	11
2. Prisão preventiva.....	16
2.1. Conceito, natureza e características gerais.....	16
2.2. Evolução do tratamento legal.....	23
2.3. Pressupostos, requisitos legais e fundamentos.....	27
2.3.1. Pressupostos.....	27
2.3.2. Requisitos Legais.....	28
2.3.3. Fundamentos (hipóteses justificadoras).....	31
2.3.3.1. Garantia da ordem pública.....	33
2.3.3.2. Garantia da ordem econômica.....	41
2.3.3.3. Conveniência da instrução criminal.....	43
2.3.3.4. Segurança da aplicação da lei penal.....	45
2.3.3.5. Descumprimento injustificado das medidas.....	47
cautelares diversas da prisão	
3. Medidas cautelares diversas da prisão.....	50
4. Conclusão.....	56
5. Bibliografia.....	59

INTRODUÇÃO

O que autoriza o Estado a encarcerar um cidadão presumidamente inocente? Como legitimar o cerceamento da liberdade de um indivíduo sem que contra ele haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado? Quão comum é essa situação no Brasil? Essas e outras perguntas, buscaremos responder neste trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra, em seu artigo 5º, inciso LVII, o direito à presunção de inocência, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ou seja, todos são inocentes, até que se prove o contrário. Trata-se de presunção relativa, *juris tantum*, passível de ser ilidida pela prova do fato típico, ilícito e culpável e de sua autoria, a ser realizada pela acusação, através do devido processo legal, respeitado o contraditório.

Após a conclusão do procedimento penal, com a produção probatória e alegações da acusação e defesa, o juiz profere sentença, absolutória ou condenatória. No primeiro caso, o inocentado retorna ao *status quo ante*, sendo-lhe devolvidos os bens porventura apreendidos e imediatamente restituída sua liberdade, caso tenha estado preso durante o processo. Se condenado, superada estará a presunção inocência que militava em seu favor, pois provada restará sua culpa. Deverá cumprir a pena imposta na sentença.

Se a pena imposta houver sido privativa de liberdade, será o condenado recolhido ao cárcere para o cumprimento da sanção, prisão-pena, decorrente de condenação transitada em julgado, essa indiscutivelmente em conformidade com a Constituição (art. 5º, XLVI, *a*), sem embargo das teses que defendem a abolição dessa modalidade de sanção penal¹.

¹ Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011.

Até aí, tudo manso e pacífico. Embora se entenda a pena como um mal necessário, apta a realizar suas funções retributiva, preventiva geral e especial e (na prática, nem sempre) ressocializadora, não se discute ser ela inconstitucional. É o meio encontrado pela sociedade para punir os que violam suas leis penais, restaurando – ou pelo menos reequilibrando - a ordem jurídica abalada pelo cometimento do delito. É assim em todos os ordenamentos jurídicos ditos modernos de que se tem notícia.

Não obstante a consagração do princípio da presunção de inocência pela Carta da República em 1988, o Código de Processo Penal, datado de 1941 (quase cinco décadas mais velho que a Constituição, portanto), autoriza a prisão do réu ou do indiciado antes do trânsito em julgado da condenação em algumas hipóteses, que analisaremos no decorrer deste trabalho.

Antes das reformas trazidas principalmente pelas leis 5.349/67, 11.689/08 e 11.719/08², mais do que autorizar, o diploma processual penal impunha a prisão provisória em alguns casos, como pronúncia, condenação ainda recorrível e mesmo a mera acusação por crime punido com pena máxima superior a dez anos. Revogadas tais hipóteses de prisões *ex lege*, meramente processuais, subsiste no nosso ordenamento a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal (art. 312 do CPP), bem como a prisão temporária (Lei 7.960/89) e a prisão em flagrante (art. 301 do CPP).

Após breves considerações sobre as demais modalidades de prisão, iremos analisar a natureza jurídica da prisão preventiva, suas características, bem como, uma a uma, as circunstâncias em que ela é autorizada, apontando no sentido de uma necessária uniformização dos conceitos, principalmente no que tange à “ordem pública”, nos âmbitos da doutrina e da jurisprudência.

² Veremos, mais adiante (tópico 2.2), o histórico da legislação pertinente às medidas cautelares.

A decretação da prisão preventiva muitas vezes é feita de forma discricionária, ao arrepio da lei e da justiça, usada muitas vezes como forma de isolamento de cidadãos “indesejados”, que permanecem longos meses ou até anos em cárcere provisório, aguardando o andamento de processos morosos, inchando, ainda mais, o já estrangulado sistema penitenciário nacional.

Nesse contexto, buscaremos também defender a utilização da prisão preventiva como medida extrema, excepcional, só autorizada quando estritamente adequada, necessária e proporcional, conforme os ditames do princípio da proporcionalidade. Para isso, faz-se necessário promover a utilização das medidas cautelares diversas da prisão, previstas expressamente no artigo 319 do Código Processual Penal, menos gravosas, e, em certos casos, até mais eficientes do que o cárcere na consecução de seu mister, seja ele garantir a ordem pública/econômica, assegurar a aplicação da lei penal ou proteger a instrução criminal.

A análise de julgados e de posições doutrinárias será fundamental na composição deste trabalho e a apresentação de dados oficiais sobre o sistema carcerário servirá para aproximar a discussão teórica da lamentável realidade prática encontrada nos presídios do país. É tema que envolve a segurança pública, o direito constitucional da presunção de inocência, a liberdade e a dignidade humana.

Antes de mais nada, vejamos o que se entende por prisão.

1. CONCEITO E MODALIDADES DE PRISÃO

O termo prisão tem origem no latim “*prehensione*”, significando o ato de prender, capturar um criminoso. A palavra é utilizada em diversas acepções, inclusive pela legislação nacional, podendo traduzir o ato de captura, seja decorrente de mandado ou em situação de flagrante, a pena imposta ao condenado (reclusão, detenção, prisão simples), a própria custódia ou impedimento da liberdade do preso, ou, ainda, o próprio estabelecimento prisional (cadeia, penitenciária).

Para Tourinho Filho, “prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura” (2012, p. 429). O autor, considerando a existência dos regimes de cumprimento fechado, semiaberto e aberto, define a prisão como “a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria” (*idem*). Julio Mirabete a define como “a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal” (1995, p. 355).

Para os fins deste trabalho, o termo prisão será entendido como a privação da liberdade de locomoção, imposta pelo Estado, através do recolhimento do indivíduo ao cárcere. Essa privação do direito fundamental de ir e vir pode se dar em virtude de algumas situações, distintas entre si, e que ensejam uma breve classificação em espécies.

Cogita-se, em primeiro lugar, da prisão extrapenal, aquela que não guarda relação com o cometimento de qualquer delito, mas sim com o descumprimento de deveres civis, administrativos ou militares. Trata-se das prisões civil, administrativa ou militar.

A primeira delas, prisão civil, é autorizada tão somente ao devedor de alimentos, muito embora a Constituição preveja expressamente a possibilidade de prisão civil também do depositário infiel (art.5º, LXVII). É que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil e

incorporado ao direito interno através do Decreto 678/1992, veda essa última modalidade (art. 7º, §7º). O conflito entre a norma constitucional e a internacional deu ensejo a amplo debate nos âmbitos doutrinário e do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não de encarceramento no caso de descumprimento das obrigações do depositário. O STF, em 2009, no julgamento do RE 466.343/SP, alterando sua orientação inicial, fulminou a controvérsia, inclusive editando a Súmula Vinculante 25, que veda expressamente a prisão do depositário infiel. Em nosso sistema, portanto, a prisão civil somente é cabível no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia.

A prisão administrativa seria aquela imposta por autoridade não judicial e, segundo Renato Brasileiro “com o objetivo de compelir alguém a cumprir um dever de direito público” (LIMA, 2014, p. 807). Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, essa espécie de prisão foi abolida do ordenamento pátrio (ao menos em estado de normalidade³), já que, segundo o artigo 5º, LXI, da Carta Magna “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”. Conseqüentemente, o antigo artigo 319 do CPP, revogado expressamente em 2011, já não havia sido recepcionado em 1988. Portanto, excluídas as prisões no âmbito militar e a excepcionalidade do estado de defesa e de sítio, é inadmissível a privação da liberdade de quem quer que seja sem autorização prévia de um magistrado. Isto vale, naturalmente, também para a prisão civil.

No âmbito militar, a própria Constituição Federal autoriza a prisão sem ordem judicial, nos casos de transgressão disciplinar e de crime militar próprio, que é aquele que só pode ter como sujeito ativo um agente militar. A exceção se justifica na necessidade de manutenção da

³ Durante a vigência do Estado de Defesa, é possível a prisão administrativa (sem autorização judicial) de autor de crime contra o Estado, nos termos do art. 136, §3º, I, da CF/88. No Estado de Sítio, as garantias constitucionais ficarão suspensas (art. 138, CF/88) e será possível a detenção de qualquer indivíduo, sem autorização judicial, em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, nos termos do art. 139, II, CF/88.

hierarquia e da disciplina, pilares básicos das corporações militares, sendo inclusive vedada a impetração de *habeas corpus* contra punição disciplinar de militar (art. 142, §2º, CF/88).

Em segundo lugar, há a prisão penal, *carcer ad poenam*, prisão pena, decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado que aplicou pena privativa de liberdade ao condenado. Essa modalidade de prisão encontra fundamento constitucional no artigo 5º, XLVI, 'a', e é ordenada através de mandado judicial, expedido após as exigências do devido processo legal. Tem como característica a definitividade e será cumprida em um dos regimes previstos no Código Penal (fechado, semiaberto ou aberto).

A prisão pena tem inegável caráter retributivo, imposta ao autor de crime ao qual é cominada pena privativa de liberdade, como forma de retribuir o mal causado pela conduta delitativa, reintegrando a ordem jurídica abalada. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 434), “é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal”. Destacamos as palavras de Renato Brasileiro de Lima, que, citando Alberto Silva Franco, traz importantes considerações sobre a prisão penal:

Conquanto sua utilização venha sendo reduzida ao mínimo necessário, é um mal necessário do qual ainda não podemos prescindir, conforme salienta Alberto Silva Franco: “Enquanto a dogmática penal mais criativa não oferecer nenhum substitutivo válido para a pena privativa de liberdade, e enquanto a prisão, embora já considerada um ‘mal necessário’, não sofrer total esvaziamento, o regime penitenciário, com toda sua problemática, não poderá ser descartado”. (LIMA, 2014, p. 815)

Por fim, temos a prisão cautelar, *carcer ad custodiam*, prisão processual ou, ainda, prisão provisória, que engloba as subespécies prisão temporária, em flagrante ou preventiva, sendo decretada em decorrência de uma infração penal, todavia antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, portanto, em colisão com a presunção de inocência que ainda milita em favor do preso.

Quanto à prisão temporária, instituída pela lei 7.960/89, é espécie de prisão cautelar decretável pelo juiz durante o inquérito policial, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, quando imprescindível para as investigações (art. 1º, I) das infrações penais elencadas na referida lei (art. 1º, III), ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II). Tem prazo máximo de 5 dias (30 dias em crimes hediondos), prorrogáveis ao dobro em caso de extrema necessidade. Vale ressaltar que ao juiz é vedado decretar essa modalidade de prisão de ofício.

A prisão em flagrante é considerada, majoritariamente⁴, uma espécie de medida cautelar, destinada a impedir a consumação (ou, ao menos, o exaurimento) do delito, evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos de informação para o inquérito ou, ainda, preservar a integridade do próprio preso contra um possível linchamento. Renato Brasileiro (2014, p. 859) conceitua essa modalidade prisional como “medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada **independentemente de prévia autorização judicial** (grifo nosso)”. A medida encontra respaldo constitucional no artigo 5º, LXI da CF/88 e envolve as fases de captura, condução, lavratura do auto e recolhimento à prisão, sendo que a captura pode ser realizada por qualquer pessoa (art. 301 do CPP), já que tem a função precípua de resguardar a ordem pública, impedindo a continuidade da atividade delituosa. Após essa “fase administrativa”⁵, a prisão em flagrante deve ser comunicada à autoridade

⁴ Há controvérsia quanto à natureza jurídica do flagrante. Conquanto a maior parte da doutrina o considere uma das espécies de prisão cautelar, Renato Brasileiro (2014, p. 862) defende tratar-se de medida de pré-cautela, que apenas se destina a colocar o capturado à disposição da autoridade judiciária, para que, esta sim, adote uma medida cautelar: a conversão em preventiva ou a concessão de liberdade provisória. Outros autores, como Walter Nunes da Silva, defendem ter a prisão em flagrante natureza de ato administrativo, preliminar à decisão judicial.

⁵ A divisão da prisão em flagrante em fases é feita por Renato Brasileiro (2014, pp. 860-861) e é importante para delimitar quais atos podem ser praticados no caso de infrações de menor potencial ofensivo, em que não se imporá flagrante (art. 69, parágrafo único, Lei 9099/95), mas nada impede a captura e condução do flagranteado, e também para a identificação da autoridade coatora, para fins de impetração de *habeas corpus*. Na fase administrativa, a autoridade coatora será o delegado. A partir da comunicação ao juiz, este passa a ser o

judiciária, que decidirá, nos termos do artigo 310 do CPP, sobre a legalidade do flagrante (devendo relaxar imediatamente a prisão ilegal – art. 5º, LXV, CF/88), sobre a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, ou sobre a conversão do flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos desta.

Finalmente, a prisão preventiva, essa sim foco principal do nosso trabalho, é uma das modalidades de medida cautelar de natureza pessoal, que passaremos agora a estudar em detalhes.

2. PRISÃO PREVENTIVA

2.1. CONCEITO, NATUREZA E CARACTERÍSTICAS GERAIS

Bem elaborado o conceito fornecido por Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 889), segundo o qual a prisão preventiva é:

(...) espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

A definição toca todos os aspectos atinentes à atual sistemática da prisão preventiva, sem, contudo (e obviamente não há essa pretensão), esgotar as interpretações e divergências que podem resultar da análise das características, do procedimento e, principalmente, dos chamados “requisitos legais” e “motivos autorizadores” do cárcere provisório, decretado, lembre-se, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Analisando-se os elementos do conceito doutrinário, depara-se, de logo, com uma essencial característica da prisão preventiva: a cautelaridade. Enquanto espécie de medida **cautelar** pessoal, sendo esta sua natureza jurídica, a decretação da preventiva está adstrita não só à observância de requisitos específicos (arts. 312 e 313 do CPP), mas também à obediência aos princípios norteadores de sua aplicação. Marcada pela cautelaridade, a prisão preventiva destina-se a “prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim” (LIMA, 2014, p. 789).

Como decorrência lógica dessa natureza jurídica, temos que a segregação provisória, assim como qualquer medida cautelar, é dotada, ainda, das seguintes características, bem apontadas, entre outras, por Renato Brasileiro: a) acessoriedade, não possuindo autonomia, já que depende da existência de um processo principal; b) instrumentalidade, segundo a qual a aplicação de qualquer medida cautelar não deve ser um fim em si mesmo, mas servir para garantir a eficácia do provimento jurisdicional emanado do processo principal. Como veremos, a prisão preventiva não poderá servir como antecipação da punição do acusado, ainda presumidamente inocente do fato a ele imputado, mas somente como instrumento para assegurar os meios ou o fim do processo, garantindo assim a eficácia do provimento final; c) provisoriedade: naturalmente, se a tutela cautelar visa tão somente assegurar o provimento futuro do processo principal, ela não será definitiva, pelo que não fará coisa julgada, cessando sua eficácia com a superveniência da decisão final (se for condenatória, o preso preventivamente passa a cumprir a pena imposta e, se absolutória, será imediatamente posto em liberdade – art. 386, parágrafo único, II, CPP). Da provisoriedade, decorre a revogabilidade, eis que a preventiva poderá, e deverá, ser revogada quando desaparecerem os motivos ensejadores de sua decretação, conforme estabelece o artigo 316 do CPP; d) jurisdicionalidade: enquanto cerceadoras de direitos fundamentais, as medidas cautelares, e principalmente a prisão preventiva, só podem ser decretadas pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF/88); e) sumariedade, pois a cognição na tutela cautelar não é exauriente, mas sumária, baseada na probabilidade e não na certeza, o que viabiliza a tutela da situação de urgência.

Seguindo na análise do conceito, extraímos que a prisão preventiva pode ser decretada a partir da provocação da acusação (Ministério Público, querelante ou assistente) ou da representação do condutor do inquérito, a autoridade policial, ou ainda, de ofício pelo juiz, na fase processual.

Importante delimitar em quais momentos cada um dos legitimados pode se manifestar a respeito da preventiva. O Ministério Público, enquanto titular da ação penal, pode apresentar o requerimento de segregação cautelar em qualquer momento da investigação ou do processo. Mais do que isso, como titular da ação penal, e em decorrência da acessoriedade da cautelar em relação ao processo principal, o *Parquet* deve ser ouvido sobre representação da autoridade policial apresentada durante o inquérito, já que esta não é parte e não detém capacidade postulatória, configurando-se, em caso de concessão da medida, uma verdadeira imposição de prisão preventiva de ofício⁶ (pois sem pedido da parte legítima) durante o inquérito, o que é vedado pelo artigo 311 do CPP.

Quanto ao querelante, ou ofendido no crime de ação penal de iniciativa privada, defendemos, na esteira do entendimento esposado por Renato Brasileiro, que também terá legitimidade para requerer a imposição de cautelar durante todas as fases da *persecutio criminis*, e não só durante o processo, uma vez que, transferida ao particular a titularidade da ação penal, “[a lei] deve obrigatoriamente transferir a ele todos os instrumentos para o exercício de seu direito, dentre os quais o de pleitear a adoção de medidas cautelares” (LIMA, 2014, p. 793). Isso a despeito da redação do artigo 282, §2º, que, *in fine*, estabelece que, no curso da investigação, as medidas cautelares serão decretadas por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Quanto ao assistente de acusação, uma vez que sua habilitação, no termos do artigo 268, só pode se dar após a instauração do processo, este só terá legitimidade para pleitear a prisão preventiva do acusado na fase processual, dispensada, a nosso ver, a manifestação do Ministério Público nesse caso, já que o assistente se inclui no conceito de “parte” (art. 282, §2º, CPP). Nesse ponto, com a devida vênua, ressalvamos o conceito do professor Renato

⁶ Vide: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2014. pp.792-793.

Brasileiro, que dá a entender que o assistente poderia requerer a decretação de preventiva também na fase da investigação, o que não é verdade, segundo o próprio autor⁷.

A representação da autoridade policial, por sua vez, em que pese ser muito mais comum sua formulação durante a fase investigativa, pode ser apresentada em qualquer momento também do processo, caso em que estará dispensada a manifestação do Ministério Público, já que seria, de qualquer modo, autorizada a decretação da preventiva de ofício pelo magistrado.

Sobre a atuação de ofício do juiz, independente de pedido, decretando a prisão preventiva, tem-se que só será admitida após a instauração do processo, com o recebimento da denúncia, sob pena de violação ao princípio acusatório, insculpido na Constituição Federal no artigo 129, I. De fato, permitir que o magistrado decrete a imposição de medidas cautelares de ofício, sem sequer haver denúncia, seria passar por cima do papel da acusação, o que macula inevitavelmente a necessária imparcialidade do julgador. A proibição da atuação de ofício acaba com a instauração do processo. Nas palavras de Renato Brasileiro (2014, p. 894):

Todavia, uma vez provocada a jurisdição por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do particular ofendido, a autoridade judiciária competente passa a deter os poderes inerentes à própria jurisdição penal, podendo, assim, decretar medidas cautelares de ofício caso verifique a necessidade do provimento para preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade.

Superadas essas questões, importante destacar a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade quando da determinação de medidas cautelares, notadamente na decretação da prisão preventiva. A necessidade de se “preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade”, conforme expôs Brasileiro, entra sempre em colisão com o direito de liberdade e com a presunção de inocência assegurada àquele que será submetido à referida cautelar. Daí ser necessária a harmonização do interesse público em

⁷ Vide: *idem*, p.794.

perseguir e impedir o crime, garantindo o direito da sociedade à segurança, e o interesse do particular em ser considerado inocente e permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como bem esclarece o eminente mestre (LIMA, 2014, p. 777):

O princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Carta Magna, não é incompatível com a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.

Tratando-se de direitos fundamentais, necessária se faz a utilização de um juízo de ponderação, verificando-se a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da imposição da medida, frente à limitação da liberdade do suspeito e à presunção de inocência que milita em seu favor.

A medida será adequada quando se revelar apta a atingir os fins a que se propõe. No caso das medidas cautelares, sempre acessórias e instrumentais em relação ao processo principal, há de se verificar se sua aplicação será capaz de prevenir os danos decorrentes da passagem do tempo ao processo, ou seja, se será adequada para “preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade”. No caso da medida cautelar extrema, a prisão preventiva, a segregação do indivíduo quase sempre será capaz de cessar a ameaça à eficácia do provimento final, seja impossibilitando a fuga, seja afastando o suspeito dos envolvidos no processo (testemunhas, peritos, juiz, membro do MP, ofendido, funcionários da justiça, etc.), ou seja impedindo o cometimento de novos crimes. Verificada a adequação da cautelar em resguardar o resultado final do processo, a análise subsequente deve se referir à necessidade da cautela.

A necessidade, segundo subprincípio do princípio da proporcionalidade, é verificada quando, além de adequada, a medida se mostra a mais eficiente em atingir o fim a que se propõe, descartadas as medidas menos gravosas. Isso quer dizer que, havendo meios menos prejudiciais ao direito do suspeito e tão eficientes quanto o cárcere em resguardar a eficácia do processo, devem aqueles ser preferidos, pois a medida mais grave se torna desnecessária. É aqui que se destacam as medidas cautelares diversas da prisão, tema do nosso capítulo 3, eis que, mais modestas na restrição da liberdade do suspeito, são prioritárias em relação à prisão preventiva, segundo determina o artigo 282, §6º do CPP.

Já a proporcionalidade em sentido estrito, terceiro subprincípio, demanda um juízo de proporção entre a medida cautelar e a pena final a ser aplicada. Em outras palavras, se não há um prognóstico de que o suspeito poderá ser submetido a uma pena privativa de liberdade, não faz sentido decretar seu encarceramento preventivo, que se tornaria desproporcional. Gustavo Henrique Badaró, em excelente artigo sobre o tema, destaca que “toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimento futuro que a irá substituir” (BADARÓ, 2008, p. 392). Reforçando o argumento, E. Zappala, citado por Badaró, observa que “na prisão preventiva, o acusado não deve pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação” (2008, cit. p. 447). Badaró ainda conclui que “será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar” (2008, p. 394), caso seja provável que a pena aplicada não será privativa de liberdade.

De fato, como veremos no capítulo referente aos requisitos legais (2.3.2), o artigo 313, I, do CPP só autoriza a imposição da prisão preventiva nos crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Fica a ressalva de que a redação atual do artigo 313 foi dada pela lei 12.403/2011, sendo, portanto, posterior ao artigo de Badaró. Como o autor defendia uma mudança legislativa no sentido da inclusão da

proporcionalidade como requisito para a imposição da prisão preventiva, podemos considerar que, em certa medida, sua pretensão foi satisfeita com a edição do novo texto legal.

Somos da opinião de que o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão, tema ao qual dedicaremos o tópico 2.3.3.5., seria fundamento suficiente para a decretação do cárcere preventivo, independentemente do crime imputado ao suspeito, discordando, nesse ponto, com a devida vênia, de Gustavo Badaró, para quem “em nenhuma hipótese e por nenhum dos motivos que caracterizam o *periculum libertatis*, pode se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade” (2008, p. 396). É que, sem tal alternativa, estariam despidas de coercibilidade todas as demais medidas cautelares, tornando-as inócuas nos casos em que o artigo 313 não autoriza a imposição da prisão cautelar. Vedar ao juiz a decretação da prisão preventiva nos casos de repetida desobediência das obrigações inerentes a uma medida cautelar diversa da prisão anteriormente imposta é atar as mãos da justiça, neutralizando a autoridade do magistrado e dando carta branca aos criminosos para debochar das ordens judiciais.

Venho utilizando o termo “suspeito”, pois, antes mesmo que se chegue à análise da proporcionalidade da medida, é necessário que se façam presentes os pressupostos da aplicação de qualquer medida cautelar no processo penal, que, como veremos (tópico 2.3.1.), são a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312 do CPP), o que torna impossível a aplicação de qualquer cautelar contra alguém que não seja, no mínimo, suspeito do crime comprovado.

Antes de analisarmos os pressupostos, requisitos legais e hipóteses autorizadoras (fundamentos) da prisão preventiva, cumpre apresentarmos um breve histórico da legislação pertinente às medidas cautelares, desde a edição original no Código de Processo Penal, em 1941, até sua atual sistemática. Não nos deteremos na análise da duração do cárcere cautelar, tema que foge ao escopo deste trabalho.

2.2. EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO LEGAL

A redação original do artigo 312 do CPP versava: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”. Tal redação determinava a imposição do cárcere cautelar, independentemente do *periculum libertatis*, nos casos em que o crime imputado tivesse pena gravíssima, criando verdadeira espécie de prisão preventiva obrigatória, conforme observa Renato Brasileiro (2014, p. 890). Tratava-se de prisão *ex lege*, determinada por imposição legislativa, sem apreciação de sua necessidade pelo Poder Judiciário. Assim, o acusado de um homicídio simples, por exemplo, obrigatoriamente era submetido à prisão durante todo o processo, já que o artigo 316, na redação primitiva, vedava a revogação da prisão preventiva obrigatória. Autorizava-a somente caso a medida tivesse sido adotada facultativamente, nos termos do artigo 313 original⁸.

Ademais, existiam outras modalidades de prisão provisória *ex lege*.

O artigo 393 c/c 594, do CPP⁹, originalmente impunha o cárcere a qualquer condenado mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, já que vedava o conhecimento da apelação sem o recolhimento à prisão ou prestação de fiança. Com a lei 5.941/73, a exigência passou a ser somente para os reincidentes ou portadores de maus antecedentes, já que os réus primários e de bons antecedentes passaram a poder apelar em liberdade. Somente em 2011, com a Lei 12.403, o dispositivo foi revogado. Além disso, a apelação da acusação

⁸ “Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I – nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.”

⁹ “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”

contra a sentença absolutória tinha efeito suspensivo, impedindo a libertação do réu, nos casos de crimes com pena máxima igual ou superior a oito anos (art. 596 na redação original¹⁰). Nesse caso, o dispositivo foi alterado logo em 1948, com a Lei 263, que retirou o efeito suspensivo da eventual apelação acusatória.

Também no procedimento do júri havia modalidade de prisão provisória por imposição legal, no momento da pronúncia, conforme revela a redação original do artigo 408, §1º do CPP¹¹. Em 1973, com a já citada Lei 5.941, passou-se a autorizar que, sendo o réu primário e de bons antecedentes, o juiz deixasse de decretar a preventiva ou revogasse a medida, caso o pronunciado já se encontrasse preso. Tal modalidade de prisão processual foi finalmente extinta pela Lei 11.689/2008, que renovou todo o rito do tribunal do júri, colocando-o em melhor consonância com a Constituição de 1988.

De se ver que o CPP original, de certa inspiração no fascismo italiano, tinha tendências totalitárias. Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 466) chega a afirmar que “o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação da culpabilidade (...), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) refere-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica”. Os anos se passaram e toda dogmática processual penal foi revista e a lei reformulada, através de diversas alterações.

Atualmente, os artigos 387, §1º e 413, §3º, ambos do CPP, com redações determinadas pelas Leis 11.719/2008¹² e 11.689/2008, respectivamente, determinam que o juiz, ao proferir

¹⁰ “Art. 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

¹¹ “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.”

¹² Posteriormente, a lei 12.736/2012 reenumerou o antigo parágrafo único, atual parágrafo primeiro, e incluiu leve alteração no art. 387, §1º, do CPP, todavia, sem mudança de conteúdo.

sentença condenatória ou decisão de pronúncia, conforme o caso, decidirá, motivadamente, sobre a prisão preventiva, podendo decretá-la, se necessário, revogá-la ou substituí-la. Na atual sistemática das medidas cautelares, portanto, está abolida a prisão como mera decorrência da pronúncia ou da sentença condenatória. A cautela somente é autorizada quando estritamente necessária, mediante decisão fundamentada do magistrado.

Além das já mencionadas e sucessivas alterações que acabaram com as prisões decorrentes da condenação em primeiro grau e da pronúncia no júri, já na década de sessenta, a Lei 5.349/67 aboliu a prisão preventiva obrigatória, aquela decretada compulsoriamente nos crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos, alterando radicalmente a redação do artigo 312 para: “*A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria*”. Dessa forma, passou-se a exigir expressamente a existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, pressuposto e fundamento, respectivamente, da prisão preventiva, como veremos logo adiante.

Na década de setenta, a Lei 6.416/77 veio alterar novamente o artigo 313 e a aplicação da prisão preventiva, admitindo-a tão somente nos crimes dolosos punidos com reclusão, e não mais em qualquer crime inafiançável. Começava-se a pensar na proporcionalidade da medida. A referida lei manteve, contudo, a possibilidade de se prender preventivamente o indivíduo considerado “vadio”, ou aquele que não oferecesse elementos suficientes ao esclarecimento de sua identidade, bem como o reincidente em crime doloso (incluída agora a ressalva do disposto no artigo 64, *caput*, I, do Código Penal, relativo à reincidência).

Posteriormente, a Lei 8.884/94 incluiu a expressão “da ordem econômica” no artigo 312, criando mais uma hipótese justificadora da segregação cautelar, quando a liberdade do suspeito apresentasse ameaça à ordem econômica. A alteração é considerada inócua e

desnecessária por muitos, e tida como inconstitucional por outros, como teremos a oportunidade de destacar no item referente a esse fundamento específico da cautelar extrema.

No cenário atual, com a Lei 12.403/11, acatadas algumas orientações doutrinárias e jurisprudenciais, a prisão preventiva continua podendo ser decretada, nos termos do artigo 312, se presentes a prova da materialidade e indício suficiente de autoria (pressupostos), como garantia da ordem pública ou econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal (fundamentos), mas somente nos crimes dolosos aos quais é cominada pena máxima superior a quatro anos (art. 313, I); ou caso o suspeito seja reincidente em crime doloso, independentemente da pena cominada (art. 313, II); ou, em caso de violência doméstica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III); ou, ainda, quando houver dúvida sobre a identidade do suspeito ou este não oferecer elementos para esclarecê-la (art. 313, parágrafo único). O referido artigo 313, nos seus incisos e parágrafo, trata dos chamados requisitos legais.

Impende ressaltar que, felizmente, foi abolida a possibilidade de prisão sem condenação pelo mero fato do acusado ser considerado “vadio”, hipótese odiosa e discriminatória, autorizada, até 2011, em qualquer crime punido, pelo menos, com detenção. Concebeu-se, em contrapartida, acertadamente, diga-se desde já, como consequência da criação de um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do CPP), uma nova hipótese justificadora do cárcere provisório, qual seja, o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão, aventada no parágrafo único do artigo 312, acrescentado, naturalmente, pela Lei 12.403/11.

2.3. PRESSUPOSTOS, REQUISITOS LEGAIS E FUNDAMENTOS

Voltando à análise do conceito de Renato Brasileiro, pretendemos agora analisar os denominados “requisitos legais” e “motivos autorizadores” do cárcere provisório. Cumpre, porém, diferenciar o que se entende por tais expressões, e diferenciá-las dos “pressupostos”, “fundamentos”, “circunstâncias que autorizam”, “hipóteses justificadoras” (conforme preferimos utilizar no título deste trabalho) e “hipóteses de admissibilidade” da prisão preventiva.

2.3.1. Pressupostos

Muitas vezes utilizada de forma atécnica, a expressão “pressuposto”, segundo os dicionários, significa “aquilo que se supõe antecipadamente”¹³, “aquilo que se considera como existente para que outra coisa possa verificar-se”¹⁴, ou seja, elementos cuja análise precede a qualquer outra e cuja ausência impede o prosseguimento do raciocínio. Pressuposto, em sua acepção lógica, é o indispensável (nem sempre suficiente) para que se leve o raciocínio adiante.

Nesse sentido, os pressupostos da prisão preventiva são os indicados na parte final do artigo 312 do CPP: a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, consubstanciando o *fumus comissi delicti*, forma assumida, no processo penal, pelo *fumus boni iures*, pressuposto de qualquer medida cautelar. Sem esses elementos, sequer se cogita se o indivíduo é uma ameaça à ordem pública/econômica, se apresenta risco à instrução criminal

¹³ ROCHA, Ruth. Minidicionário. 10ª ed. São Paulo: Scipione, 1996.

¹⁴ PIRAGIBE, Esther e Marcelo C. Guimarães. Dicionário Jurídico Piragibe. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ou à aplicação da lei penal, ou tão pouco se estariam presentes os requisitos legais do artigo 313. Não havendo certeza de que o crime ocorreu ou, comprovada a materialidade, não havendo, no mínimo, probabilidade razoável de que determinado indivíduo seja seu autor, não se pode decretar nenhuma medida cautelar, muito menos a prisão preventiva, de tal indivíduo. A prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria são, portanto, os pressupostos (indispensáveis) da prisão preventiva.

Cumprе salientar que a prova da existência do crime deve ser cabal, inequívoca, exigente de um juízo de certeza, ao passo que *indício* suficiente de autoria significa a presença de elementos que apontem para a provável autoria delitiva, sem necessidade de certeza, dispensada a produção de provas mais robustas. E não poderia ser diferente, pois juízo de certeza quanto à autoria diz respeito ao mérito do processo criminal, só sendo atingido ao final do processo, com o trânsito em julgado da sentença condenatória. O Supremo Tribunal Federal já explicitou seu entendimento quanto ao tema, segundo o qual indício, na dicção do artigo 312, tem o sentido de começo de prova, ou prova incompleta¹⁵.

2.3.2. Requisitos legais

Presentes os pressupostos, parte-se para a análise dos “requisitos legais”, “hipóteses legais” ou, ainda, “hipóteses de admissibilidade”, termo utilizado por Brasileiro (2014, p. 906), expressões aqui entendidas como sinônimas. São os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva aqueles estabelecidos no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Dispõe o referido artigo, com redação determinada pela lei 12.403/2011, que a prisão preventiva será admitida:

¹⁵ STF, Pleno, RHC 83.179/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/08/2003, p.22.

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

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

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

IV – (revogado).

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 redação do artigo não é das melhores e a controvérsia logo se estabeleceu quanto à necessidade do crime ter pena máxima superior a quatro anos, nos casos dos incisos II e III, para que se decretasse a segregação cautelar. Majoritariamente entende-se que não. Nesse caso, seguimos a corrente predominante, pois entendemos que, se as hipóteses dos incisos II e III, réu reincidente e violência doméstica, exigissem crime com pena máxima superior a quatro anos, seriam desnecessárias suas previsões, já que estariam todas as hipóteses abarcadas pelo inciso I. Se, de qualquer forma, só fosse possível prender preventivamente em caso de crime com pena máxima superior a quatro anos, pouco importaria se o réu é ou não reincidente ou se pratica ou não violência no âmbito familiar. Os incisos II e III vem justamente para dizer que, tendo o suspeito sido condenado anteriormente (nos últimos cinco anos) ou se tratando de violência doméstica, a preventiva pode ser decretada em qualquer crime, independentemente da pena a ele cominada, desde que seja privativa de liberdade (art. 283, §1º)¹⁶.

¹⁶ Nesse sentido, Renato Brasileiro defende que “(...) o legislador exige que esta reincidência seja específica em crime doloso, hipótese em que sua prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da quantidade de pena cominada ao delito” (LIMA, 2012, p. 908), e que “como a redação do inciso III não faz distinção quanto à natureza da pena do crime doloso, deve-se entender que, independentemente da quantidade de pena cominada ao delito, (...), a prisão preventiva pode ser adotada como medida de *última ratio* no sentido de compelir o agente à observância das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, mas desde que presente um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312)” (2012, p. 909).

Isso espcado, merece observação o fato de que o limite de quatro anos da pena máxima cominada ao delito, abaixo do qual não se decreta a preventiva (salvo nas hipóteses dos incisos II e III) coincide com o limite da pena privativa de liberdade que pode ser substituída por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, I do Código Penal. Isso ocorre também em relação ao regime de cumprimento, que, salvo reincidência, será aberto quando a condenação não ultrapassar os quatro anos, segundo o artigo 33, §2º, c, do mesmo diploma. Não é mera coincidência. Atento à proporcionalidade da medida, o legislador buscou evitar o cárcere provisório daquele que, provavelmente, não será encarcerado nem se for condenado. Coerentemente, a lei autoriza a segregação cautelar do reincidente doloso (art. 313, II, CPP), ao passo que proíbe a substituição de sua pena (art. 44, II, CP) e veda o regime inicial aberto (art. 33, §2º, c, CP).

Outro aspecto relevante diz respeito à verificação do cabimento da prisão preventiva em caso de concurso de crimes, continuidade delitiva, qualificadoras e majorantes/minorantes. Deve-se ter em conta a pena máxima total aplicável ao agente, obtida pela soma das penas individuais, em caso de concurso material ou formal impróprio e pela majoração, caso trate-se de concurso formal próprio ou crime continuado. O mesmo raciocínio se aplica caso esteja presente alguma qualificadora: leva-se em conta a pena máxima cominada à figura qualificada. Presentes causas de aumento ou diminuição, considera-se o *quantum* máximo de aumento e o mínimo de diminuição.

Quanto à hipótese do inciso III, verifica-se que não faz menção a crime doloso, podendo levar a crer que seria admissível também em crimes de violência doméstica na modalidade culposa. Tal interpretação deve ser rechaçada, na medida em que, na modalidade culposa, não se configuraria a violência de gênero, que exige o dolo do agente em atingir uma das vítimas ali elencadas. Ademais, é preciso ressaltar que o mero descumprimento das medidas protetivas de urgência, *de per si*, não justifica a imposição do cárcere, que deve

fundamentar-se também no *periculum libertatis* do artigo 312. Ou seja, deve estar demonstrada, além do descumprimento da medida protetiva, a ameaça à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

A previsão do parágrafo único do artigo 313, incluído pela Lei 12.403/11, autoriza ao juiz decretar a prisão preventiva, ainda, do indivíduo não identificado ou quando houver dúvida quanto a sua identidade. Isso se dá em nome da própria conveniência da instrução criminal, pois seria inconveniente levar adiante um processo contra um réu que não se sabe quem é. Também assegura a correta aplicação da lei penal, pois evita, por exemplo, o equívoco de se executar uma sentença contra um homônimo do verdadeiro autor do crime. Tendo em vista a proporcionalidade, o próprio dispositivo legal determina a imediata liberação do suspeito assim que a identificação for realizada (podendo a autoridade lançar mão da identificação criminal), salvo se outro motivo recomendar a manutenção do cárcere.

Vale ressaltar que, como lembra Renato Brasileiro (2012, p. 906), caso seja inadmissível a decretação da preventiva, por ausência de previsão legal pelo artigo 313, nada impede a imposição de outras cautelares, desde que à infração seja cominada pena privativa de liberdade, em qualquer de suas modalidades.

2.3.3. Fundamentos

Renato Brasileiro de Lima e Paulo Rangel classificam como pressuposto das cautelares penais, além do *fumus comissi delicti*, o *periculum libertatis*, configurado caso haja ameaça à ordem pública/econômica, à aplicação da lei penal ou à instrução criminal. Para os mencionados mestres, esses elementos, portanto, seriam também pressupostos da cautelar

extrema, o que não deixa de ser verdade, na medida em que, sem eles, impossível sua decretação.

Contudo, “fundamento”, para os dicionários, é sinônimo de justificativa, razão, causa¹⁷. Por esse motivo, preferimos considerar o *periculum libertatis* como fundamento da prisão preventiva, porque é ele que justifica a imposição da medida, quando o acusado ameaçar a ordem pública/econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. É por isso que vai preso antes de ser condenado. O perigo da liberdade do sujeito torna necessária a sua segregação. Nessa ótica, o *periculum* é fundamento, justificativa, e não pressuposto do cárcere provisório.

Optamos por utilizar a expressão “hipóteses autorizadoras” no título desta monografia, considerando-a como sinônima de “fundamentos”, “circunstâncias que autorizam”, como prefere Tourinho Filho (2012, p. 548) e dos “motivos autorizadores” de Renato Brasileiro.

Pois bem. Enquanto fundamento da decretação da cautela, o perigo que a liberdade do agente oferece ao processo ou à sociedade deve ser demonstrado através de elementos concretos presentes nos autos, justificando e legitimando a decisão que impõe a medida cautelar, cumprindo efetivamente o disposto no artigo 93, IX, CF/88. E os elementos concretos utilizados pelo juiz para fundamentar a prisão preventiva deverão, nos termos do artigo 312 do CPP, evidenciar que a liberdade do agente é perigosa para a ordem pública ou econômica, para a apuração da verdade na instrução criminal ou para a segurança da aplicação da lei penal. Vejamos o que se entende por cada um desses fundamentos, quais elementos servem para sua demonstração, como eles têm sido aplicados e as divergências originadas de sua análise.

¹⁷ ROCHA, Ruth. Minidicionário. 10ª ed. São Paulo: Scipione, 1996.

2.3.3.1. Garantia da ordem pública

Um conceito jurídico indeterminado se caracteriza pela imprecisão da expressão contida na norma, gerando dúvida quanto ao seu real significado. Tem a vantagem (ou desvantagem) de permitir a constante atualização da norma, através da interpretação do conceito de acordo com o momento histórico ou com os anseios da sociedade. E é aí que mora o perigo.

A expressão “ordem pública”, contida no artigo 312 do CPP, em cujo nome se autoriza a decretação da prisão preventiva, é um excelente exemplo. Sem a precisa delimitação de seu significado, pode englobar diversas situações e ensejar decretos prisionais com base na interpretação que cada magistrado lhe empresta. O fato de o crime imputado ao réu ter tido grande repercussão na mídia, por exemplo, é suficiente para considerar que sua liberdade é uma ameaça à ordem pública? E o clamor social, seria apto a ensejar o cárcere provisório? E a gravidade do delito? Periculosidade do réu? Vejamos.

Devido ao extenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, foi proposta, na elaboração do Projeto de Lei 4.208/01, que deu origem à Lei 12.403/11, a alteração do *caput* do artigo 312 do CPP, para que constasse de sua redação o seguinte: “*A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*”.

Manter-se-ia, assim, a possibilidade de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, restringindo sua decretação como

garantia da ordem pública e econômica aos casos de provável reiteração delituosa de crimes graves. Como veremos, é o que defende atualmente a doutrina majoritária. Todavia, a proposta não foi aprovada no Congresso Nacional e a redação do artigo 312 seguiu intacta, obrigando o operador do Direito ao esforço interpretativo no sentido de buscar uma melhor delimitação do conceito de ordem pública.

Nesse contexto, sobressaem-se posicionamentos diversos. Para alguns autores, como Gustavo Badaró e Fernando da Costa Tourinho Filho, a prisão preventiva como garantia da ordem pública não ostenta caráter cautelar, pois serve como antecipação da pena e não como meio de preservação do processo ou da eficácia do provimento final. Portanto, para os partidários desse entendimento, a necessidade de garantia da ordem pública não seria jamais suficiente para justificar o encarceramento provisório, pois garantir a ordem pública (ainda que diante da periculosidade do agente e do risco de reiteração delituosa) não é função das medidas cautelares.

Nas palavras de Tourinho Filho:

(...) a finalidade da prisão preventiva é tão somente impedir que o réu em liberdade perturbe a prova que o juiz vai colher para a reconstrução do fato a ser julgado e prevenir quanto ao perigo de fuga, burlando, assim, eventual condenação. (2012, p. 553)

Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada. (*idem*)

Badaró, por sua vez, expondo minuciosamente as diferenças entre tutela antecipada e tutela cautelar, destaca que “os efeitos práticos da prisão preventiva são em tudo semelhantes aos efeitos práticos da prisão para o cumprimento de pena privativa de liberdade” (BADARÓ, 2008, p. 389). De fato. Porém, para este autor:

(...) quando se prende para ‘garantir a ordem pública’ não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está buscando é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. (2008, p. 390).

E ainda:

A prisão para garantia da ordem econômica não é, tal qual aquela para garantia da ordem pública, uma medida cautelar. Não se destina a ser um instrumento para assegurar os meios (cautela instrumental) ou o resultado do processo (cautela final). Ao contrário, sua finalidade é permitir uma execução penal antecipada, visando fins de prevenção geral e especial, próprios da sanção penal, mas não das medidas cautelares. (*idem*, p. 391).

Concluindo, Badaró afirma:

Em suma, segundo os critérios do Código de Processo Penal, a prisão preventiva tem natureza cautelar, ou seja, é medida com finalidade conservativa, nos casos em [que] se mostra necessária para ‘assegurar a aplicação da lei penal’ (cautela final) e para a ‘conveniência da instrução criminal’ (cautela instrumental). Por outro lado, tem natureza de tutela antecipada nos casos em que é decretada para ‘garantia da ordem pública’, posto que sua finalidade não será conservar um estado de fato, para assegurar a utilidade e a eficácia da sentença condenatória, mas sim antecipar alguns dos efeitos práticos da pena, no caso, privar o acusado de sua liberdade. (*idem*, pp. 391-392).

Apesar da irrefutável e sedutora lógica do argumento, discordamos, com a devida vênia, dos referidos mestres. Entendemos que, se as prisões para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal são dotadas de cautelaridade, uma como “cautela final” e a segunda como “cautela instrumental”, a prisão como garantia da ordem pública também merece o título de verdadeira cautelar. Visa, antes de mais nada, “evitar a prática de infrações penais” (art. 282, I, CPP), assegurando que uma das funções da pena seja efetivamente e plenamente atingida, qual seja, a prevenção (geral), através da segregação daquele que, muito provavelmente, voltará a delinquir se permanecer em liberdade. É sempre um juízo de probabilidade, mas qual espécie de prisão cautelar está livre dessa incerteza? Todas são baseadas na probabilidade e não na certeza da autoria. A prisão como garantia da ordem pública estará justificada pela existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum*

libertatis, tanto quanto aquela decretada para assegurar a aplicação da lei penal, que se baseia nos indícios de autoria e na probabilidade de fuga, *fumus* e *periculum*. Ambas são cautelas finais, visando assegurar utilidade do resultado do processo. E tanto quanto a decretada por conveniência da instrução criminal, baseada, por sua vez, nos indícios de autoria e na provável interferência na apuração dos fatos. De novo, *fumus* e *periculum*.

Insistimos: a prevenção (geral e especial) de crimes é, reconhecidamente, uma das funções da pena. Portanto, a pena tem como uma de suas finalidades (ou utilidades) prevenir o cometimento de delitos. Consequentemente, pode-se argumentar que prender desde logo, antes do trânsito em julgado da condenação, o acusado que provavelmente voltará a delinquir significa assegurar que essa finalidade seja atingida em sua plenitude. É inegável que o resultado do processo (condenação e imposição da pena), terá sido ineficaz (ou, ao menos, terá sua eficácia reduzida), se, durante seu curso, o acusado permanece solto cometendo novos crimes. A sentença condenatória será ainda útil, mas terá sua eficácia reduzida, no que tange à função de prevenção, se, até que ela seja proferida, o acusado cometer novos delitos. Sendo essencial das cautelares a finalidade de “assegurar a utilidade e a eficácia da sentença condenatória”, é forçoso reconhecer que a prisão como garantia da ordem pública cumpre esse objetivo, ao impedir o cometimento de novas infrações penais, enquanto o acusado não é definitivamente julgado, assegurando a plena eficácia da função preventiva da pena que possivelmente será imposta na sentença. Não é outro o entendimento do professor Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 897), que, citando Scarance Fernandes, assevera:

O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral. Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais. Como adverte Scarance Fernandes, ‘se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva’.

De toda sorte, a antecipação dos efeitos da condenação acontece sempre, seja a preventiva decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal. Os efeitos práticos são os mesmos, como reconhece o próprio Badaró. Por que negar à prisão como garantia da ordem pública o caráter de cautelaridade? Ela não serve ao processo!, afirmam. Mas serve à eficácia da futura condenação, que visa, também, evitar a prática criminosa. Esperar que a sentença seja proferida para que a prevenção comece a ser efetivada? Com certeza, terá sido tarde demais para a nova vítima.

Ademais, defenderemos sempre que o direito à presunção de inocência e o direito à liberdade, constitucionalmente assegurados, mas não absolutos, devem ceder diante do direito à segurança, do qual é titular toda a sociedade, quando ficar demonstrado que o indivíduo, além de ser o provável autor de um crime (que admita prisão preventiva – art. 313 do CPP), oferece um risco social, pois provavelmente voltará a delinquir se permanecer em liberdade. É o *periculum libertatis*, perigo da liberdade, seja para o processo, seja para a sociedade, permitindo que o magistrado aplique a cautela. O cuidado deve se dar na aferição do grau desse risco, que deve ser tal que justifique a restrição da liberdade. Quanto maior a periculosidade do indivíduo (que não pode ser presumida, mas deve ser demonstrada por elementos concretos), mais a balança da ponderação pesará a favor do direito à segurança.

A par da discussão teórica quanto à existência ou não de cautelaridade na prisão como garantia da ordem pública, está o inarredável e lamentável fato de que a criminalidade assola as grandes cidades do país. Os índices de homicídios e roubos são avassaladores e o número de criminosos violentos parece aumentar diariamente. Diante desse quadro, reconhecemos com tristeza que a prisão preventiva é, tanto quanto a pena, um mal necessário. Mais grave, sim, eis que o preso sequer foi condenado, mas tão necessário quanto.

Seguindo a lógica de que a prisão preventiva como garantia da ordem pública tem caráter cautelar pois visa garantir o efetivo e pleno atendimento da função preventiva da pena, assegurando a máxima utilidade do resultado final do processo, devemos rechaçar o clamor social e a repercussão midiática como caracterizadores da ameaça à ordem pública. Se calcada exclusivamente nesses elementos, a prisão preventiva estará, aí sim, despida de cautelaridade, pois não é, e nunca foi, função da pena, nem da justiça e nem do processo, aplacar a indignação pública, e muito menos satisfazer os apelos da mídia.

Parece já ter se assentado no Supremo Tribunal Federal o entendimento, amplamente corroborado pela doutrina¹⁸ de que o clamor social gerado pelo delito, por si só, não é elemento apto a justificar o cárcere provisório, conforme se extrai da seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE QUADRILHA E ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 691. SUPERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

III – No caso sob exame, o decreto de prisão preventiva baseou-se, especialmente, na gravidade abstrata dos delitos supostamente praticados e na comoção social por eles provocada, fundamentos insuficientes para se manter o paciente na prisão.

IV – Segundo remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello.

(STF, 2ª turma, HC nº 118.684/ES. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 03/12/2013).

¹⁸ Vide: LIMA, 2014, p. 898. Igualmente: RANGEL, 2006, p. 590. Já em 2009, Eugênio Pacelli de Oliveira constatava “sinais de ter optado [a jurisprudência] pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.” (OLIVEIRA, 2009, p. 490).

A gravidade em abstrato do crime, isto é, a grande relevância do bem jurídico tutelado pela norma penal, evidenciada pela cominação de penas graves e/ou da inclusão do delito no rol dos hediondos, inafiançáveis ou imprescritíveis, também não será argumento apto, de *per se*, a justificar o encarceramento cautelar, conforme se decidiu no julgamento do *Habeas Corpus* acima colacionado¹⁹, posicionamento também endossado pela predominante doutrina. Renato Brasileiro posiciona-se semelhantemente, mas faz ressalva quanto à especial gravidade no cometimento do delito, aferida no caso concreto:

Compreendendo-se garantia da ordem pública como expressão sinônima de periculosidade do agente, não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade *em abstrato* do delito, porquanto a gravidade da infração pela sua natureza, de *per se*, é uma circunstância inerente ao delito. [...] Todavia, demonstrada a gravidade em concreto do delito, seja pelo modo de agir, seja pela condição subjetiva do agente, afigura-se possível a decretação da prisão preventiva, já que demonstrada sua periculosidade, pondo em risco a ordem pública. (LIMA, 2014, p. 898).

De fato, a gravidade em abstrato da infração penal imputada ao agente não pode justificar sua segregação cautelar, pois não demonstra, sozinha, a existência do *periculum libertatis*. Já circunstâncias como a especial crueldade no modo de execução e a atitude de indiferença em relação ao sofrimento da vítima podem indicar sua periculosidade, ensejadora de uma verdadeira ameaça à ordem pública, em virtude do risco de reiteração criminosa.

Refutados a gravidade abstrata do crime e o clamor público por ele gerado como fundamentos da prisão preventiva, o raciocínio se estende para as hipóteses de repercussão midiática, garantia da credibilidade do judiciário e da segurança do próprio suspeito e outras hipóteses aventadas por doutrinadores isolados e outrora utilizadas pelas Cortes Superiores. Nenhuma delas revela real ameaça à ordem pública, pois não demonstram o *periculum libertatis*, não justificando a tutela cautelar. A repercussão midiática e a credibilidade do judiciário estão intimamente ligadas ao clamor público. Conforme já ressaltado, não é função

¹⁹ No mesmo sentido: STF, 2ª Turma, HC nº 128.195/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. DJ 08/09/2015.

das medidas cautelares aplacar a ânsia punitiva do povo e nem satisfazer os apelos da mídia. E não tem qualquer lógica jurídica sacrificar o direito fundamental de liberdade em nome da proteção do próprio preso. Esse argumento fere frontalmente a proporcionalidade e a cautelaridade da segregação preventiva.

Resta então a conclusão de que a prisão preventiva como garantia da ordem pública só deve ser decretada quando existirem elementos concretos a demonstrar que o agente voltará a delinquir se permanecer em liberdade, configurando-se o *periculum*, colocando em risco o direito da sociedade à segurança.

Esses elementos podem ser, entre outros, a especial gravidade em concreto do crime, denunciadora do risco de sua reiteração²⁰, a ligação do agente com o crime organizado²¹, a reincidência²², o fato de o réu responder a outros processos e inquéritos, circunstância que evidencia sua periculosidade social²³, a resistência do investigado ou acusado em se apresentar à justiça²⁴ e a grande quantidade e variedade de drogas encontradas em poder do réu²⁵, o que não deixa de ser um caso de gravidade concreta do crime.

Concluindo, trazemos as palavras de Leandro Carnot Pinto Tavares, em monografia apresentada no ano de 2014 à Universidade Federal de Juiz de Fora:

Trata-se da hipótese em que se usa a ferramenta processual para impedir a continuidade delitiva. É onde mais fácil se compreende o *periculum libertatis* do agente, cabendo dizer ser esta hipótese por excelência que caracteriza esse pressuposto [garantia da ordem pública, para nós, fundamento e não pressuposto] da medida cautelar.

Sugere grande parte da doutrina ser este o único fundamento razoável da prisão preventiva, pautada na garantia da ordem pública, por se utilizar da interpretação restritiva quanto ao termo ordem pública, dando-lhe sentido objetivo e de fácil visualização. (TAVARES, 2014, p. 38).

²⁰ STF, 2ª Turma, HC nº 130458/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 24/11/2015.

²¹ STF, 1ª Turma, HC nº 108100/RS. Rel. Min. Rosa Weber. DJ 13/08/2013.

²² STF, 1ª Turma, HC nº 122090/DF. Rel. Min. Luiz Fuz. DJ 10/06/2014.

²³ STF, 1ª Turma, HC nº 103330/MG. Rel. Min. Luiz Fuz. DJ 21/06/2011.

²⁴ STF, 2ª Turma, HC nº 86987/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 14/02/2006.

²⁵ STF, 2ª Turma, HC nº 127413/RJ. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 26/05/2015.

2.3.3.2. Garantia da ordem econômica

Incluída no artigo 312 do CPP pela Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), a garantia da ordem econômica passou a figurar como um dos fundamentos aptos a justificar o encarceramento provisório, ensejando novos debates nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Assim como a garantia da ordem pública, a expressão garantia da ordem econômica é ampla e indefinida, exigindo um esforço interpretativo no sentido de sua delimitação.

Na esteira do entendimento defendido sobre a garantia da ordem pública e mantendo a coerência com os argumentos ali apresentados e com os princípios constitucionais e processuais penais, entendemos que a prisão como garantia da ordem econômica só deve ser utilizada como forma de impedir a continuidade da atividade criminosa. Só no caso em que houver considerável risco de que o indiciado ou acusado, se permanecer solto, cometerá novos crimes, é que estará devidamente configurado o *periculum libertatis*, a justificar o cerceamento da liberdade do agente em nome da segurança social. A lógica é a mesma: a prisão preventiva será o instrumento apto e necessário para assegurar a máxima eficácia da sentença condenatória, garantindo que a função preventiva da pena imposta seja atingida em sua plenitude. Quaisquer outras hipóteses que se pretendam abarcadas pela garantia da ordem econômica devem ser rechaçadas, sob os mesmos argumentos apresentados sobre a garantia da ordem pública.

Aliás, é pertinente a crítica daqueles que consideram a alteração perpetrada pela Lei Antitruste no artigo 312 do CPP totalmente desnecessária, eis que, sendo as prisões como garantia da ordem pública e da ordem econômica aceitáveis somente em caso de risco de reiteração delituosa, o acréscimo da expressão “ordem econômica” nada diz além do que já estava dito. Afora as hipóteses de conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal, a prisão preventiva, seguindo nossa linha de raciocínio, só pode ser decretada

como forma de evitar a prática de novos crimes, sejam eles contra a ordem econômica ou não. Assim, a garantia da ordem pública já abarcaria todas essas situações. A garantia da ordem econômica é só um caso específico de garantia da ordem pública.

Não é outro o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 901), cujas lições mais uma vez evocamos:

O conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se ao de garantia da ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso de poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF/88, art. 173, §4º).

Como lembra o celebrado mestre, os crimes contra a ordem econômica estão previstos em legislação esparsa, destacando-se a Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular); a Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); a Lei 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica); e a Lei 9.279/96 (crimes de lavagem de capitais).

Sem o intuito de nos determos demasiadamente no tema, vale observação de que o artigo 30 da Lei 7.492/86, ao falar em “magnitude da lesão causada”, não criou, segundo a interpretação que julgamos acertada, hipótese autônoma de prisão preventiva. A magnitude da lesão deve estar sempre associada ao *periculum libertatis*, como revela a expressão “sem prejuízo do disposto no artigo 312 do CPP” contida na norma. A magnitude da lesão causada pelo crime pode ser mais um elemento a demonstrar que o agente (por sua posição social, contatos com agentes financeiros e facilidade no cometimento de tais delitos) oferece risco à ordem econômica, em virtude da probabilidade de reiteração delituosa, mas jamais será suficiente, sozinha, para justificar o encarceramento provisório, sob pena de grave violação do princípio da não culpabilidade e da lógica das cautelares que temos defendido neste trabalho.

A jurisprudência atual parece corroborar tal entendimento, embora tenha andado vacilante de início²⁶, conforme se extrai da seguinte ementa, a concluir o presente tópico:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA DE BASE CONCRETA. MAGNITUDE DA LESÃO E REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR.

1. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Ausência de base fática, visto que o paciente teve seus bens seqüestrados, não possuindo disponibilidade imediata de seu patrimônio.

2. A magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva. Precedentes. (grifo nosso)

3. Referências meramente hipotéticas à possibilidade de reiteração de infrações penais, sem dados concretos a ampará-las, não servem de supedâneo à prisão preventiva. Precedentes. Ordem deferida, a fim de cassar o decreto de prisão cautelar.

(STF, 2ª Turma, HC nº 99210/MG. Rel. Min. Eros Grau. DJ 01/12/2009)

2.3.3.3. Conveniência da instrução criminal

Uma das hipóteses justificadoras da cautelar extrema ocorre quando o indiciado ou acusado interfere indevidamente na instrução do processo criminal, prejudicando a livre produção das provas ou o livre exercício das funções jurisdicionais. Necessário se faz, neste caso, recorrer ao instrumento processual adequado, as medidas cautelares de natureza pessoal. Como não poderia deixar de ser, em observância ao princípio da proporcionalidade, o magistrado deve buscar, entre as cautelares (art. 319, CPP), aquela que seria mais adequada e menos gravosa na persecução de tal mister, lançando mão da segregação provisória somente quando as demais cautelares se mostrarem insuficientes na proteção da atividade estatal da *persecutio criminis* (art. 282, §6º, CPP).

²⁶ Vide: STF, Pleno, HC nº 80717/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 13/06/2001.

A prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, visando assegurar a livre produção da prova, destinada à reconstituição dos fatos em juízo para que o juiz possa proferir a sentença final, caracteriza-se como cautela instrumental, apta a assegurar os meios necessários para que o processo atinja um resultado útil e justo. A atividade probatória é o ponto sensível do processo e, quando perturbada pelo agente acusado do crime, demanda proteção através das diversas medidas cautelares, inclusive, se necessário, a segregação do acusado. Quanto a essa hipótese, não há qualquer divergência doutrinária.

Fica irrefutavelmente demonstrado o *periculum libertatis* do agente quando este pratica qualquer atividade tendente a obstruir a obtenção de provas pelo juízo (seja ela documental, pericial, testemunhal), bem como quando o acusado busca intimidar o magistrado ou a parte contrária, prejudicando o livre exercício de suas funções. A decretação da preventiva nesses casos ocorre, naturalmente, sem prejuízo da responsabilização pelos crimes em que o indivíduo pode incorrer na prática dessas condutas como, por exemplo, e comumente, falso testemunho ou falsa perícia (art. 343), coação no curso do processo (art. 344) e fraude processual (art. 347), crimes contra a administração da justiça previstos no Código Penal.

Questão que pode gerar debate é quanto ao réu acusado de crime que não admite prisão preventiva, nos termos do artigo 313 do CPP (por exemplo, réu primário acusado de crime culposo ou cuja pena máxima não ultrapasse os quatro anos e não envolvendo violência doméstica), mas que, insistentemente, interfere indevidamente na produção das provas. Ao magistrado resta aplicar as demais medidas cautelares e encaminhar os casos ao Ministério Público para a instauração de novos processos relativos a estes fatos, já que é impossível a decretação da prisão. Não obstante, e a despeito de o crime não admitir preventiva, a utilização das medidas cautelares diversas da prisão abre para o juiz a possibilidade de impor o cárcere, em caso de descumprimento injustificado das obrigações inerentes às cautelares

anteriormente impostas, nos termos do artigo 312, parágrafo único, conforme veremos no item 2.3.3.5.

Uma reflexão merece ser destacada: parece-me óbvio que o empenho do réu em atrapalhar a produção probatória denuncia sua “culpa no cartório”, afinal, o réu que se sabe inocente é o mais interessado em ver a verdade real vir à tona no processo. Não obstante, em respeito ao estado de inocência, esse elemento não pode fundamentar eventual decreto condenatório, que deve lastrear-se na prova produzida pela acusação. A interferência indevida na colheita das provas serve, somente, para justificar a imposição do cárcere preventivo, calcado na conveniência da instrução criminal, e não para ilidir a presunção de inocência. Essa só é afastada quando transita em julgado a sentença condenatória (art. 5º, LVII, CF/88).

Na jurisprudência, os elementos concretos que tem ensejado a decretação da prisão processual por conveniência da instrução são, em geral, a ameaça a testemunhas, peritos, partes do processo ou juiz²⁷ e a destruição ou ocultação de material probante²⁸. A mera ausência do réu quando de seu interrogatório não tem sido considerado motivo suficiente para justificar a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, em observância do direito ao silêncio²⁹.

2.3.3.4. Segurança da aplicação da lei penal

A prisão preventiva pode ser decretada, ainda, em nome da segurança da aplicação da lei penal. Essa hipótese ocorre quando houver o risco de que a sentença condenatória se torne inócua, por impossibilidade de se executá-la, devido à fuga do condenado. O nítido caráter

²⁷ STF, 1ª Turma, Ag. Reg. no HC nº 120865/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 19/08/2014.

²⁸ STF, 1ª Turma, HC nº 93.895/MG. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ 06/05/2008.

²⁹ STF, 1ª Turma, HC nº 95.116/SC. Rel. Min. Carlos Britto, DJe 43 05/03/2009.

cautelar se revela na necessidade de manter o acusado sob custódia, até que seja definitivamente julgado, para garantir a execução da pena a ser imposta na sentença, que se tornaria absolutamente inútil caso o sentenciado não mais pudesse ser encontrado para ser submetido ao cumprimento da sanção. Trata-se de cautela final, tendente a resguardar diretamente a eficácia do resultado final do processo.

Cumprir destacar que o risco de fuga, furtando-se o agente da aplicação da lei penal, frustrando a execução da pena, deve ser demonstrado por elementos concretos, que evidenciem de maneira clara a intenção do agente de não se submeter à sanção penal. Nas palavras de Renato Brasileiro (2014, p. 902):

Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a decretação da prisão preventiva do agente com base nesse pressuposto. O juiz só estará autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da justiça.

Na esteira desse entendimento, os elementos concretos que têm sido utilizados para demonstrar o risco à aplicação da lei penal, justificando a imposição da cautela são, entre outros, a fuga do réu do distrito da culpa³⁰, ou sua tentativa de fuga³¹, o desfazimento do patrimônio³² e a própria resistência do acusado em se submeter à ação policial e da justiça³³, seja durante o inquérito, seja já na fase processual.

Mudanças de domicílio ou residência, devidamente comunicadas ao juízo, não demonstram, obviamente, o risco de fuga, não sendo suficientes para a decretação do cárcere. A ausência de domicílio certo e ocupação habitual também não são suficientes para admitir a presunção de que o réu empreenderá fuga³⁴. Tão pouco sua situação econômica favorável³⁵. A

³⁰ STF, 2ª Turma, RHC 125457/ES. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 10/03/2015.

³¹ STF, 1ª Turma, RHC 119377/SP. Rel. Min. Rosa Weber. DJ 11/02/2014.

³² STF, 1ª Turma, HC nº 81576/RS. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 16/04/2002.

³³ STF, 1ª Turma, HC nº 95581/SP. Rel. Min. Menezes Direito. DJ 07/10/2008.

³⁴ STF, 1ª Turma, HC nº 91616/RS. Rel. Min. Carlos Britto. DJ 30/10/2007.

³⁵ STF, 1ª Turma, HC nº 86758/PR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 02/05/2006.

evasão temporária do distrito da culpa, seja para se livrar da situação de flagrante, seja para evitar a prisão determinada anteriormente e que se pretende impugnar, também não justifica a tutela cautelar, pois não configura o risco de ineficácia da eventual condenação. A intenção fugitiva deve ser verificada antes da decretação do cárcere, já que aquela é fundamento deste, e a fuga para evitar prisão já decretada, considerada arbitrária, deve ser vista como exercício regular de direito e não como fundamento a justificar, *a posteriori*, a prisão abusivamente imposta³⁶.

2.3.3.5. Descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão

Já tivemos a oportunidade de defender a possibilidade de o juiz decretar o cárcere preventivo caso o indiciado ou acusado descumpra deliberadamente as obrigações inerentes às outras medidas cautelares anteriormente impostas pelo magistrado.

Reforçando: somos da opinião de que o descumprimento injustificado das medidas cautelares diversas da prisão seria fundamento suficiente para a decretação do cárcere preventivo, independentemente do crime imputado ao suspeito. Discordamos, *data vênia*, de Gustavo Badaró, para quem “em nenhuma hipótese e por nenhum dos motivos que caracterizam o *periculum libertatis*, pode se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade” (2008, p. 396).

Justifica-se este entendimento na medida em que, sem tal alternativa, estariam despidas de coercibilidade todas as demais medidas cautelares, tornando-as inócuas nos casos em que o artigo 313 não autoriza a imposição da prisão cautelar. Entendemos, portanto, que vedar ao juiz a decretação da prisão preventiva nos casos de repetida desobediência das

³⁶ STF, 2ª Turma, HC nº 89.501/GO. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 16/03/2007.

obrigações inerentes a uma medida cautelar diversa da prisão anteriormente imposta é atar as mãos da justiça, neutralizando a autoridade do magistrado e dando carta branca aos criminosos para debochar das ordens judiciais. Nesse sentido é o atual entendimento de Renato Brasileiro (2014, p. 796):

De fato, por mais que se deva respeitar a homogeneidade das medidas cautelares, não se pode negar ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva no caso de descumprimento das cautelares diversas da prisão, ainda que ausente qualquer hipótese do art. 313 do CPP, sob pena de se negar qualquer coercibilidade a tais medidas. [...] De nada terá adiantado, assim, a criação de um amplo e variado leque de medidas cautelares diversas da prisão se, uma vez aplicadas e descumpridas, nada puder ser feito para neutralizar as situações de perigo do art. 282, I, do CPP.

Não é a toa que o legislador trouxe a previsão expressa de que o juiz, de ofício ou mediante provocação da acusação, pode substituir a medida cautelar, cumulá-la com outra ou, sempre em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, §4º do CPP). O parágrafo único do artigo 312, por sua vez, cria nitidamente uma hipótese justificadora autônoma do cárcere cautelar, qual seja, o “descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”. Parece claro, assim, que esta hipótese independe do *quantum* da pena cominada ao delito, da reincidência ou da caracterização de violência doméstica, ou seja, não se submete aos requisitos legais do artigo 313.

O descumprimento de medidas impostas por uma autoridade judiciária, em um processo criminal, evidencia a ousadia (ou, no mínimo, a irresponsabilidade) do réu, caracterizando, a nosso ver, o *periculum libertatis*. Se o acusado não se mostra disposto a cumprir medidas como o comparecimento periódico ao juízo, a proibição de frequência a determinados lugares, de contato com determinadas pessoas ou de ausência da comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e o uso de tornozeleira eletrônica, jamais estará disposto a acatar a decisão judicial que lhe impuser uma pena privativa de liberdade. A prisão

preventiva nesses casos pode e deve ser utilizada como meio coercitivo e corretivo ao réu indisciplinado, que demonstrou não merecer a medida menos gravosa.

Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 798), fazendo referência a Eugênio Pacelli de Oliveira, lembra que o autor defende que a prisão preventiva pode ser utilizada em três circunstâncias distintas: de modo autônomo, em qualquer fase da investigação ou do processo, caso em que se submeterá aos requisitos legais do artigo 313, além, naturalmente, da exigência *fumus comissi delicti e periculum libertatis* (pressuposto e fundamento da prisão preventiva); como conversão do flagrante, hipótese em que também está condicionada aos requisitos legais e à existência dos pressupostos e ao menos um dos fundamentos; e, por fim, de modo subsidiário, pelo descumprimento de cautelar diversa da prisão imposta anteriormente. Nesse caso, segundo Pacelli, a preventiva poderá ser decretada independentemente das circunstâncias e hipóteses arroladas no artigo 313 do CPP.

Na jurisprudência, o descumprimento das medidas anteriormente impostas tem ensejado as diversas soluções apresentadas pela lei (art. 282, §4º, CPP): substituição da medida, imposição de outra em cumulação ou decretação da preventiva, de acordo com o caso concreto. Ressalte-se apenas que o encarceramento deve ser sempre a última opção e que, em respeito ao contraditório, sempre que possível deve ser oportunizado ao réu se manifestar quanto ao descumprimento e quanto à medida a ser tomada.

3. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional³⁷ – DEPEN –, do Ministério da Justiça, encontram-se presas no Brasil 607.731 pessoas, das quais 250.213 são presos provisórios, sem condenação, 41% do total. Duzentas e cinquenta mil pessoas estão submetidas à medida cautelar extrema, privadas de sua liberdade sem terem sido condenadas. Os números assustam. Desses 250 mil, 60%, ou cerca de 150 mil cidadãos, estão aguardando julgamento no cárcere há mais de 90 dias. Em Minas Gerais, estado com a segunda maior população carcerária (61.286), 53% dos presos ainda não foram condenados.

Acrescente-se aos números assombrosos o problema do déficit de vagas. Segundo o relatório (INFOPEN, p. 43), a taxa de ocupação das vagas destinadas a presos provisórios é de 192%, ou seja, para cada 100 vagas no sistema, há 192 presos provisórios. São os presumidamente inocentes tratados como culpados. Ou pior. Há 725 estabelecimentos prisionais destinados a presos provisórios (51% do total), dos quais 606 também abrigam presos condenados. Em todos os estados da federação há mais presos do que vagas.

A solução desse grande problema, “uma das questões mais complexas da realidade social brasileira” (INFOPEN, p.6), diz respeito a vários aspectos, cuja análise escapa ao objetivo aqui almejado. Os altos índices de criminalidade e a conseqüente alta taxa de encarceramento são assuntos atinentes à criminologia, sociologia, não à ciência processual penal. O grande déficit de vagas no sistema carcerário como um todo é problema que demanda políticas públicas comprometidas e contínuas, escapando também da esfera de interesse do processo penal. Para nós, o objeto de estudo é o instituto da prisão preventiva,

³⁷ Dados do relatório do Infopen, de junho de 2014, disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 28/01/2016.

como seu uso pode ser racionalizado e quais medidas podem ser utilizadas como substitutas à prisão processual.

É nesse contexto que o legislador de 2011 criou um rol de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, acabando com a bipolaridade do sistema cautelar vigente até então, no qual o suspeito ficava preso preventivamente ou em liberdade provisória. Ao juiz, quando verificado algum grau de risco na liberdade do indivíduo, só restava decretar-lhe a prisão, sensivelmente desproporcional e absolutamente desnecessária em alguns casos, ou manter o suspeito livre. Com o sistema multicautelar inaugurado pela Lei 12.403/11, é possível que o indivíduo tenha sua liberdade cerceada no limite necessário para a segurança do processo e da sociedade, sem que se veja encarcerado. Afora os males naturais decorrentes do encarceramento (estigmatização, preconceito, contato com meio pernicioso do crime, etc), a nova sistemática cautelar penal contribui para a atenuação da superlotação dos presídios nacionais.

Ressalte-se apenas que o fato de serem menos gravosas não significa que possam ser utilizadas indiscriminadamente, contra qualquer réu, acusado de qualquer delito. Há necessidade de demonstração do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, respectivamente pressuposto e fundamento das cautelares. Salienta Renato Brasileiro (2014, p. 963) que “caso a liberdade plena do agente não esteja colocando em risco a eficácia das investigações, o processo criminal, a efetividade do direito penal, ou a própria segurança social, não será possível a imposição de quaisquer das medidas cautelares substitutivas (...)”.

Como alternativa ao cárcere, o juiz tem a sua disposição as medidas elencadas no artigo 319 do CPP, com redação determinada pela Lei 12.403/11. No inciso I, o dispositivo traz o comparecimento periódico a juízo, medida pouco gravosa, que pode ser utilizada para que o juiz tenha notícias frequentes sobre o paradeiro e as atividades do réu durante o

processo. A periodicidade poderá ser semanal, mensal, trimestral, etc., a critério do magistrado e da necessidade do caso concreto.

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, prevista no inciso II, pode ser extremamente útil em casos de crimes relacionados ou motivados pela presença do réu no local proibido. Estádios de futebol, bares, boates, ou mesmo certos locais da cidade podem favorecer a prática criminosa, sendo essa medida cautelar instrumento hábil a prevenir a reiteração do delito. O importante em relação a esta medida é a criação de meios eficazes para sua fiscalização, sob pena de se tornar inócua. Como bem sugere Renato Brasileiro (2014, p. 967), a comunicação da adoção da medida às Polícias Judiciária e Militar é importante para dar apoio ao seu cumprimento. A violação da proibição deve ser coibida e sancionada, nos termos do artigo 312, parágrafo único, inclusive com a decretação da prisão preventiva, quando necessário.

O artigo 319, III do CPP trata da proibição de manter contato com determinada pessoa, quando, por circunstâncias ligadas ao fato, o indiciado ou acusado deva permanecer distante dela. A medida pode ser útil quando se tratar de perseguições do agente contra vítima específica, através de ameaças, injúrias, etc. Muitos desses crimes têm pena máxima inferior a 4 anos, sendo inadmissível a decretação da preventiva (art. 313, I, CPP). A proibição de contato se mostra instrumento hábil a coibir a reiteração da prática criminosa, garantindo a segurança da vítima. Também pode ser necessário impor a proibição de contato com alguma testemunha, caso esta eventualmente se sinta intimidada pela convivência com o acusado, ou com algum corréu, para que se evite a combinação de versões em seus depoimentos, por exemplo, revelando-se adequada a medida para a proteção da instrução criminal.

No inciso IV, o diploma processual prevê a proibição de ausência da comarca ou do país, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. As hipóteses de aplicação da medida não se restringem, necessariamente, à conveniência da

instrução/ investigação, podendo ser utilizada também para evitar a prática de novas infrações ou evitar/ dificultar a fuga do acusado, assegurando a aplicação da lei penal. Consonantemente, o artigo 320 do CPP prevê que a proibição de ausência do país será comunicada ao controle de fronteiras e o réu será intimado a entregar seu passaporte.

A previsão do inciso V é relativa à obrigação de recolhimento domiciliar no período noturno e de folga, medida menos drástica que a prisão domiciliar, mas que cerceia sensivelmente a liberdade do acusado, com a vantagem de permitir sua continuidade no emprego. Sendo a prisão extremamente maléfica, social e psicologicamente, para o agente e seus familiares, o recolhimento domiciliar se mostra como uma excelente alternativa ao cárcere, pois se revela adequado e eficiente para assegurar a segurança do processo e da sociedade, especialmente se conjugado com o monitoramento eletrônico (art. 319, IX), que possibilita a fiscalização contínua desta e de outras medidas cautelares. A lei fala do recolhimento domiciliar do réu ou investigado que tenha residência e trabalho fixos. A residência fixa é indispensável, pois logicamente o indivíduo não teria onde se recolher, mas a doutrina vem considerando que o fato de o réu não trabalhar, mas estar estudando, não impede a aplicação desta cautelar. Há de se concordar com tal interpretação, tendo em vista a finalidade da medida e sua proporcionalidade. “O fato de o acusado estar estudando deve receber igual tratamento à hipótese em que estiver trabalhando”, como assevera Renato Brasileiro (2014, p. 970). Lembra ainda o professor que a própria Lei 12.403/11, inauguradora do sistema multicautelar, alterou a Lei de Execução Penal para incluir o estudo como causa de remissão do tempo de pena (art. 126, Lei 7.210/84), reforçando o entendimento de que o estudo deve ser valorizado no contexto de ressocialização do preso.

A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, prevista no inciso VI do artigo 319, poderá ser utilizada para evitar a prática delituosa, “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. A

despeito da redação do inciso, que pode deixar a entender que a finalidade única dessa cautelar seria a de evitar novos crimes, a medida pode ser utilizada para proteção da instrução criminal ou da investigação, quando o acusado/ indiciado estiver se valendo do cargo ou função para ocultar provas, intimidar testemunhas, vítimas, etc. Quando o artigo 319 elenca os objetivos de cada cautelar, o faz a título de orientação, dirigida ao aplicador da norma, facilitando a percepção da aptidão da medida para cada caso concreto. Não o faz para limitar a aplicação da tutela a este ou aquele objetivo. De toda sorte, a suspensão do exercício de função pública como medida cautelar pode se dar em relação a qualquer agente público, titular de cargo efetivo ou mandato eletivo³⁸, e geralmente se mostra eficaz na prevenção de delitos contra a administração pública, como peculato, concussão, corrupção, etc.

No inciso VII do artigo 319, o CPP traz a possibilidade de internação provisória do inimputável ou semi-imputável, desde que o crime tenha sido cometido com violência ou grave ameaça e se constate o risco de sua reiteração. Trata-se de cautela em defesa da sociedade contra a provável ocorrência de crimes graves, mas jamais a medida poderá ser usada como antecipação de medida de segurança. Requer, portanto, a existência dos pressupostos e um dos fundamentos das medidas cautelares, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Importante observar que a inimputabilidade ou semi-imputabilidade deve ser constatada por perícia (incidente de insanidade mental), determinada pelo juiz, e a medida deve ser cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 96, I do CP e art. 99 da LEP). Renato Brasileiro lembra que a Lei 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, deve ser observada quando da execução da medida cautelar em tela.

³⁸ Em sentido contrário, defendendo a impossibilidade de aplicação da suspensão a titulares de mandatos eletivos, BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 249.

A fiança, a partir de 2011, prevista expressamente como medida cautelar autônoma no inciso VIII do artigo 319, pode se revelar extremamente útil para garantir a célere tramitação do processo através da colaboração do réu. A prestação de fiança pode revelar a intenção do réu em colaborar com a instrução do processo e efetivamente incentivá-lo a assim o fazer, especialmente em crimes não violentos que envolvam a percepção de valores pelo agente. De fato, a medida parece ser adequada e proporcional nos casos de crimes contra a ordem econômico-financeira, em que o agente normalmente não é pessoa violenta, sendo desaconselhável seu recolhimento ao cárcere. A fiança, cumulada, por exemplo, com o comparecimento periódico a juízo, pode se revelar extremamente eficaz na preservação do processo e de seu resultado útil, evitando, a um só tempo, a continuidade da prática criminosa e os males do encarceramento.

Por fim, o monitoramento eletrônico (art. 319, IX do CPP), já mencionado, pois se revela excelente instrumento de fiscalização de outras cautelares, como o recolhimento noturno, proibição de acesso a determinados lugares e proibição de ausência da comarca. O instrumento pode ser útil ainda para a fiscalização do regime semiaberto (vide art. 146-B da LEP, incluído pela Lei 12.258/10), e poderia muito bem ser utilizado para monitorar o cumprimento das condições da suspensão condicional da pena e do processo e do livramento condicional, o que lamentavelmente foi vetado quando da edição da referida legislação. Consiste na fixação de um aparelho no corpo do indivíduo capaz de informar sua localização, permitindo o controle judicial de seus atos fora do cárcere.

Concluindo o presente capítulo, mais uma vez recorremos às irretocáveis palavras do professor Renato Brasileiro (2014, p. 981):

Enfim, diante das mazelas do sistema carcerário, verdadeira fábrica de reincidência, que não protege a integridade física e moral do preso, sujeitando-o a uma série de sevícias sexuais, à transmissão de doenças como aids e tuberculose, qualquer instrumento que venha a servir como substitutivo do encarceramento cautelar deve ser acolhido pelo sistema.

4. CONCLUSÃO

Um Estado que se pretende democrático e de Direito precisa respeitar os direitos de seus cidadãos. Respeitá-los em sua essência, reconhecendo e positivando os direitos humanos e fornecendo serviços públicos (*lato senso*) que propiciem condições de vida dignas a todos, sem distinção de qualquer natureza. Daí o adjetivo “democrático”.

É dito que a forma com que um povo trata os estrangeiros mede seu nível de desenvolvimento. É índice de sua civilização. O mesmo deveria ser dito em relação aos presos. A pena é sanção legal aplicável ao violador de certas normas da sociedade, impostas pela democracia e pela necessidade de harmonia no convívio social. O encarceramento – prisão-pena ou preventiva – é um mal necessário, mas que deveria ser colocado em prática de forma organizada e aceitável. Não deveria servir simplesmente para segregar aqueles que não se adéquam, reduzindo-os a condições subumanas, para que os demais fiquem a salvo de sua periculosidade incontrolável. O cerceamento indiscriminado de liberdades, o tratamento cruel, a privação de direitos básicos de higiene, alimentação e habitação, tão comuns nos presídios nacionais, nos afasta dramaticamente do ideal democrático, aproximando-nos do arbítrio, da injustiça e da barbárie.

Todo juiz, por mais conhecedor que seja do Direito, julga com a subjetividade inarredável do homem. Por isso a lei, pensada, discutida, votada, racional, deve ser objetiva e clara. A existência de conceitos indeterminados – como o de “ordem pública” e “ordem econômica” – pode levar a interpretações divergentes, causando insegurança e disparidade. Nesse sentido, buscamos defender a aplicação da prisão preventiva como garantia da ordem pública somente em caso de risco, concretamente demonstrado, de reiteração delituosa, excluindo outras razões, como clamor público ou apelos midiáticos, conforme pretendia o

Projeto de Lei 4.208/01, que deu origem à Lei 12.403/11, e conforme defende atualmente a doutrina majoritária. A necessidade de evitar novos crimes é a única hipótese que revela cautelaridade quando se fala em preventiva por garantia da ordem pública ou da ordem econômica. Quanto aos demais fundamentos – conveniência da instrução e segurança da aplicação da lei penal – a cautelaridade é incontestada, pois a medida, nesses casos, servirá para acautelar o processo e sua eficácia final. Respondendo à pergunta feita na introdução a este trabalho, o que legitima o encarceramento de um cidadão não condenado é a necessidade imperiosa de garantir os direitos dos demais. É a exigência do bem comum, traduzida pela existência de um perigo na liberdade daquele cidadão, que ameaça a harmonia social.

Após destacar aspectos introdutórios e procedimentais relativos à prisão, em suas diversas modalidades, fizemos menção a diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e a lições de diferentes estudiosos do Direito Processual Penal para mostrar como tem sido interpretadas e aplicadas as hipóteses justificadoras, motivos autorizadores ou fundamentos, da prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto o réu ainda é inocente, nos termos do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, direito fundamental, imutável.

Apresentamos, antes, um histórico da legislação referente às medidas cautelares, desde a edição do diploma processual penal, em 1941, sob um regime ditatorial, até a recente lei 12.403/11, criadora do sistema multicautelar, que mais se coaduna com a complexidade da realidade atual, no contexto da consagração constitucional do direito à presunção de inocência.

Analisando as inovações da legislação, fizemos, no último capítulo, uma breve apresentação das medidas cautelares alternativas ao cárcere, defendendo sua utilização como

forma de humanizar o tratamento penal e de aliviar a pressão sobre o sistema carcerário do país, um dos piores do mundo.

Iniciamos com uma pergunta, que esperamos ter respondido, e encerramos com outra: que tipo de sociedade queremos ser? Uma que brutaliza seus semelhantes em jaulas superlotadas ou uma que diminui seus índices de encarceramento, de reincidência e de violência, tratando a todos com dignidade? Num Estado Democrático de Direito, não pode haver outra resposta.

5. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, p. 381 – 408, São Paulo, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: MARTIN CLARET, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoria del garantismo penal. Tradução de Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1997.

INFOPEN, Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – junho de 2014. Disponível em

<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 28/01/2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. A revogação tácita dos artigos 30 e 31 da lei do colarinho branco em razão da alteração legislativa promovida pela lei 12.403/11. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI138698,21048-A+revogacao+tacita+dos+artigos+30+e+31+da+lei+do+colarinho+branco+em>>. Acesso em: 25/01/2016.

PIRAGIBE, Esther e Marcelo C. Guimarães. Dicionário Jurídico Piragibe. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROCHA, Ruth. Minidicionário. 10ª ed. São Paulo: Scipione, 1996.

TAVARES, Leandro Carnot Pinto. A decretação da Prisão Preventiva como garantia credibilidade da justiça: uma análise da abrangência do conceito de ordem pública. 2014. 52 f. Monografia de Conclusão de Curso de Graduação. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.