



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Carlos Eduardo Gonçalves

**Rio de Janeiro
2013**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

CARLOS EDUARDO GONÇALVES

AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Felipe Caldeira Machado.
Coorientadora: Profa. Néli Cavalieri Fetzner.

Rio de Janeiro
2013

CARLOS EDUARDO GONÇALVES

As Medidas Cautelares no Processo Penal

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Felipe Caldeira Machado.
Coorientadora: Profa. Néli Cavalieri Fetzner.

Aprovada em _____ de _____ de 20____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

Prof.

“A medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita”.

Ada Pellegrini Grinover

Ao meu Professor Orientador, Felipe Caldeira Machado, pelo apoio na realização da pesquisa e na carreira acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desse trabalho representa o término de uma das fases mais importantes da minha vida, qual seja, a especialização em Direito na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Durante o curso, existiram pessoas essenciais que, de alguma forma, contribuíram para o meu sucesso e, estas, sem dúvida, merecem os meus sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, sempre agradeço à DEUS, por todos os objetivos alcançados, pois, sem dúvida, sem ELE ao meu lado, nada disso seria possível.

Após isso, agradeço àqueles que, são primordiais pela existência do meu ser, os meus queridos pais, Francisco Carlos Gonçalves e Sebastiana Feitosa Gonçalves, aos quais, agradeço a dedicação, a abdicção, o amor incondicional e, acima de tudo, a crença em minhas convicções profissionais.

Não menos importante, gostaria de agradecer, à minha madrinha Lourdes Feitosa do Nascimento, por sua presença em todos os momentos de minha vida.

Expresso, ainda, o meu amor incomensurável pela pessoa mais maravilhosa que eu já conheci, à minha companheira Camilla da Silva Dias, por todos os momentos de carinho, amor, compreensão, os quais, foram essenciais para a conclusão do estudo.

Não menos importante, gostaria de agradecer aos meus familiares mais próximos, em especial, o meu irmão Francisco Carlos Gonçalves Júnior, e aos amigos, como Tiago Galvão Seixas.

Agradeço ainda à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela enriquecedora e valiosa experiência acadêmica, ao seu corpo docente e de funcionários, em especial à Professora Néli Fetzner, à Anna Dina, e ao Alberto, que me ajudaram, me orientaram e me deram muito suporte durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, quero tecer um agradecimento especial ao meu orientador Prof. Felipe Caldeira Machado, ao qual também dedico essa obra, pela amizade, da qual jamais quero esquecer, à confiança pelo meu trabalho, e à orientação especial nessa pesquisa.

SÍNTESE

A presente pesquisa tem por objetivo compor e analisar as medidas cautelares no Processo Penal diante da Constituição Federal de 1988, tendo como parâmetro, o processo e a jurisdição constitucionais, além de princípios orientadores e fundamentais ao estudo, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, proporcionalidade e a presunção de inocência. O debate teórico se instala quando na vigente ordem jurídica constitucional há o desrespeito corrente aos princípios constitucionais na aplicação das medidas cautelares judiciais, afetando diretamente os interessados na solução da ação criminal. Importará ao final, suscitar alternativas mais eficientes à problemática proposta, visto que as medidas cautelares inominadas foram abordadas, até então, de maneira fracionada pela doutrina, além de superficial o estágio em que se encontram os escritos acerca do assunto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	09
1. A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL.	13
1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES.	14
1.2. OS FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES.	20
1.3. OS ELEMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES.	22
1.4. OS REQUISITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.	23
1.5. A CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.	25
1.6. O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL.	33
2. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES.	36
2.1. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO DIANTE DA CRFB/88.	36
2.2. A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE LIBERDADE PELO ESTADO.	38
2.3. O CARÁTER EXCEPCIONAL DAS PRISÕES CAUTELARES.	40
2.4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.	43
3. MEDIDAS ALTERNATIVAS E SUBSTITUTIVAS DAS PRISÕES CAUTELARES.	48
3.1. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO (LEI 6815 DE 19/08/80).	50
3.2. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (LEI 7492 DE 16/06/86).	53
3.3. DISCRIMINAÇÃO RACIAL (LEI 7716, DE 05/01/89).	54
3.4. CRIMES HEDIONDOS (LEI 8072, DE 19/08/80).	55
3.5. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9099, DE 26/09/95).	56
3.6. CRIMES DE TORTURA (LEI 9455, DE 07/04/97).	57
3.7. CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO (LEI 9503, DE 23/09/07).	57
3.8. LAVAGEM DE CAPITAIS (LEI 9613, DE 03/03/98).	58
3.9. ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10826, DE 22/12/03).	59
3.10. LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340, DE 07/08/06).	60
3.11. LEI DE DROGAS (LEI 11343, DE 23/08/06).	62
3.12. LEI 12.403/11 – ALTERAÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.	65
CONCLUSÃO.	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	72

INTRODUÇÃO

O objetivo dessa pesquisa é realizar uma análise acerca da cautelaridade no processo penal e a constitucionalidade das prisões cautelares em detrimento à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, busca-se estabelecer medidas alternativas e substitutivas a essas prisões como forma de garantir os direitos fundamentais elencados na Carta Magna.

Em matéria processual penal é frequente a ocorrência de situações em que se faz necessária a utilização de medidas urgentes, quando, por exemplo, há o interesse de se garantir uma investigação adequada de um determinado fato ou mesmo de se garantir a execução de certa sanção penal. Entretanto, a utilização dessas medidas deve ocorrer em casos de extrema necessidade, principalmente, no caso da prisão, já que a Constituição Federal de 1988 traz inúmeros princípios e garantias fundamentais ao acusado.

Cumprе ressaltar que, o fundamento do estudo não é declarar a inconstitucionalidade das prisões cautelares, visto que o ordenamento jurídico traz o cárcere como forma de garantir o processo penal. Contudo, estudam-se formas para melhor garantir princípios fundamentais como: o da dignidade da pessoa humana, liberdade, proporcionalidade, razoabilidade e presunção de inocência.

Essas medidas seriam conhecidas como medidas alternativas ou substitutivas às prisões cautelares, previstas em legislação penal especial e, agora, com o advento da Lei 12.403/11 também situadas no Código de Processo Penal.

Dessa forma, ressalta-se que, a observância dos princípios constitucionais citados não inviabilizam a decretação de qualquer das prisões provisórias. No entanto, é importante sempre ter em mente que essas medidas devem ser determinadas em caráter excepcional, respeitando os requisitos limitadores previstos pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal de 1988.

Diante disso, o trabalho pretende afirmar que as medidas cautelares prisionais são excepcionais e de utilização restrita e cuidadosa, de forma que, ao atingir a liberdade do indivíduo, em tese, inocente, poderá vir a prejudicá-lo sob o aspecto patrimonial, social ou moral. A questão se suscita em saber se o indiciado ou o acusado deve suportar inerte essas medidas, quando desnecessárias e danosas, tudo em nome de uma boa prestação jurisdicional pelo Estado, ou, em outras palavras, em sacrifício de uma sociedade que se diz democrática.

Tendo em vista essa linha de posicionamento, busca-se defender que, se o acusado não representa mais nenhum risco para o bom desenvolvimento do processo, o magistrado deve buscar soluções para garantir o direito fundamental de liberdade do indivíduo e, é nesse momento, que surge a possibilidade de aplicação das medidas alternativas e substitutivas às prisões cautelares. Essas medidas podem ser típicas, ou seja, positivadas ou atípicas, chamadas de medidas cautelares inominadas.

Nos últimos anos, o tema proposto tem sido alvo de discussão nos mais diversos veículos de comunicação, diante da sabida precariedade existente no atual sistema prisional nacional. Com isso, o trabalho traz uma reflexão sobre a possibilidade de aplicação de novas medidas, em especial àquelas trazidas pela Lei 12.403/11, a fim de evitar a utilização desenfreada das prisões cautelares. Em verdade, trata-se da tentativa em adequar o processo penal à Constituição Federal de 1988.

Diz-se isso, visto que, a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar sempre terá como norte a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, sua utilização antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória apresenta-se como exceção, e, as medidas cautelares alternativas, passam a ser regra no ordenamento.

A pesquisa sobre o tema surgiu da idéia de compreender os objetivos da busca por aplicação de medidas alternativas à prisão, em virtude do falido sistema prisional e respeito aos princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Além disso, sabe-se que, o problema possui relevância social extrema, tendo em vista a forma em que se deu a criação do Código de Processo Penal Brasileiro. Trata-se de um ordenamento processual estabelecido em 1941, que, teve como principal inspiração, o Código de Processo Penal Italiano, gerado durante o regime fascista capitaneado por Benito Mussolini. Assim, já fica fácil perceber que o mesmo não se coaduna com a atual Constituição da República, repleta de direitos e garantias fundamentais, que a fazem receber inclusive a alcunha de “Constituição Cidadã”. Além disso, cumpre lembrar que, esse atual Código de Processo Penal foi promulgado sob a égide da Constituição de 1937, em pleno “Estado Novo”, ou seja, é um Código redigido logo após um golpe de Estado, capitaneado por Getúlio Vargas, onde foram dissolvidos o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

Nessa época, os direitos fundamentais foram seriamente enfraquecidos na Carta Magna outorgada de 1937. O vigente Código de Processo Penal brasileiro foi gerado, sob fortes influências autoritárias e antidemocráticas, cujo Presidente da República, conforme o art. 73 da Constituição, era a autoridade suprema do Estado, em detrimento dos demais Poderes: Legislativo e Judiciário.

Por tudo isso, não se tem como conceber a aplicação irrestrita do atual Código Processual Penal. Ademais, defende-se essa idéia desde a queda do Estado Novo, em 29 de outubro de 1945, onde, conseqüentemente, teve-se a promulgação de uma Constituição Federal democrática, em 18 de setembro de 1946. A partir desse momento já não se demonstra mais pertinente a aplicação de inúmeras medidas cautelares de restrição de liberdade do indivíduo. Após a Constituição Cidadã de 1988 é ainda pior a utilização dessas medidas como regra no ordenamento jurídico pátrio.

Com isso, ao ser recepcionado pela nova ordem constitucional, o Código de Processo Penal terá sempre como princípio norteador o respeito à dignidade da pessoa humana, prevalecendo, portando, o princípio da presunção de inocência na interpretação e na aplicação dos seus institutos. Diante disso, a nova presunção é de não culpabilidade, superando, assim, a da culpabilidade, constituindo-se um novo paradigma para persecução penal brasileira: investigação (fase pré-processual) e instrução criminal (fase processual). Sob a égide da Constituição Federal de 1988 há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que, é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao arbítrio estatal.

Pode-se dizer então, que a justificativa para elaborar este projeto é interpretar e readaptar o Código de Processo Penal Brasileiro à Constituição Federal de 1988, buscando medidas alternativas e substitutivas às prisões cautelares.

1 A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL

As medidas cautelares tiveram sua origem no direito romano, destinando-se ao meio de garantir a atuação prática das tutelas concedidas pelo *ius civile* ou pelo pretor contra suas eventuais violações. No entanto, a importância do tema e os primeiros estudos sobre o assunto advieram na doutrina alemã, desenvolvendo-se, nesse momento, a sua estruturação e sistematização¹.

Deve-se destacar ainda, a enorme contribuição dos processualistas clássicos italianos, responsáveis pela autonomia e unidade conceitual do processo cautelar em relação ao processo de conhecimento e de execução. O primeiro autor que esclareceu essa autonomia foi Giuseppe Chiovenda², no que foi seguido por Francesco Carnelutti³ e Enrico Tullio Liebman⁴.

Nesse mesmo sentido, Piero Calamandrei⁵ inaugurou os estudos sobre a teoria geral da tutela cautelar e da instrumentalidade como características do processo cautelar, sendo ainda responsável, juntamente com Francesco Carnelutti⁶, pela redação e primeiras interpretações da regra do art. 700 do Código de Processo Civil Italiano, que serviu de base para a regra do art. 798 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro de 1973, conhecido pela aplicação das chamadas medidas cautelares genéricas:

Art. 273. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.⁷

¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35.

²CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 272-284.

³CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Afonso Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942. p. 01.

⁴LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 01.

⁵CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Buenos Aires: Cedam, 1936. p. 01.

⁶CARNELUTTI, *op. cit.* p. 01.

⁷BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 17 out. 2011.

Além disso, de forma complementar, Enrico Tullio Liebman⁸ trazia as condições principais para o acolhimento da cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro requisito é fundado no juízo de probabilidade sobre a existência do direito, baseado em cognição sumária e superficial, diferindo aqui do objeto do processo principal, mas, com consistência suficiente a justificar a concessão da medida e, o segundo, prescreve respeito à verossimilhança do perigo para a tutela do direito, tornando o resultado difícil ou impossível de implementação⁹.

Seguindo essas orientações doutrinárias, já consideradas modernas à época, o sistema processual civil brasileiro, também adotou as medidas preventivas e assecuratórias de forma autônoma ao processo de conhecimento e de execução, pelo que foram previstas no Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de Setembro de 1939, como medidas acautelatórias de iniciativa exclusiva do juiz e medidas preparatórias ou assecuratórias, preventivas, provisionais ou premunitórias delegadas ao requerimento das partes¹⁰.

1.1 Considerações Gerais sobre as medidas cautelares

O Código de Processo Civil de 1973¹¹, substituto do Código de Processo Civil de 1939, revelou-se ainda mais ordenado que a legislação anterior, principalmente pela distribuição assistemática dos títulos e, com o acolhimento de sugestões para o processo cautelar no mesmo plano do processo de conhecimento e de execução, tratamento uniforme que, inclusive, não era encontrado em codificações apontadas como fonte de inspiração, tal como a alemã e a italiana¹².

⁸LIEBMAN, *op. cit.* p. 276.

⁹*Ibid.* p. 278-280.

¹⁰BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011.

¹¹BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Op. cit.*

¹²CALAMANDREI, *op. cit.* p. 01.

Assim, estava consagrado, na sistemática do processo brasileiro, a clássica tripartição entre conhecimento, execução e cautelar, sendo destinado a esse último a função de auxiliar e assegurar os efeitos procedimentais das outras duas espécies, isso, de forma preventiva, preparatória ou incidental.

Segundo Pontes de Miranda, as medidas cautelares ou preventivas visam ainda à segurança do direito, da pretensão, ou da prova, ou da ação, tendo ainda por finalidade prevenir, acautelar e assegurar a tutela jurídica¹³.

No estudo do processo penal brasileiro, pode-se dizer que o legislador não observou a mesma sistematização existente no ordenamento processual civil. Contudo, não se tem como negar a presença da cautelaridade ínsita ao processo preventivo. Até por isso, costuma-se afirmar que, tanto no processo penal quanto no processo civil, a cautelar desenvolve-se a partir do chamado poder de cautela, expressão que, adequada ao Estado Democrático de Direito, substitui a palavra “poder” por “dever”, já que a lei impõe ao magistrado a prestação da atividade jurisdicional. Deve-se lembrar que, isso não se confunde com o denominado “poder geral de cautela”, visto que tal instituto tem outra ideologia conforme se verá mais a frente.

Destaca-se ainda que, o processo civil estabelece diferença entre tutela antecipatória e a tutela cautelar. No provimento antecipatório, o magistrado profere uma decisão que concede ao autor o exercício do próprio direito afirmado, sendo, portanto, satisfativa, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 e, na tutela cautelar, fundamentada nos art. 796 e seguintes do mesmo código processual, há presença de um caráter instrumental, não possuindo um fim em si mesma, mas, apenas com o escopo de garantir que a futura prestação jurisdicional seja profícua, tutelando-se assim o próprio processo, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 3-14.

Em virtude dessas distinções sistêmicas encontradas entre o processo penal e o processo civil, tem-se dificuldade nos estudos sobre a existência da cautelaridade processual penal, já que a disciplina decorre, basicamente, dos ensinamentos civilísticos¹⁴.

De início, deve ser afastada a existência da tutela satisfativa no processo penal. Com efeito, os princípios processuais constitucionais, tais como: o do devido processo legal, da igualdade entre acusação e defesa, da presunção de inocência, do contraditório, do direito à prova, entre outros, impedem que o juiz antecipe, provisoriamente, a própria solução definitiva, condenando, desde já, o acusado.

Dessa forma, restaria verificar a existência de um chamado processo penal cautelar, o qual conteria medidas urgentes e provisórias tendentes a assegurar os efeitos da sentença penal. Alguns autores como Rogério Lauria Tucci o negam, conforme pode-se destacar, *verbis*:

[...] inadequando-se, como visto, a transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter-se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei; e b) dispicienda mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni iuris*-, para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, medida cautelar penal.¹⁵

Não é outro o entendimento de Vicente Greco Filho, *verbis*: "Também inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o seqüestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento".¹⁶

Dessarte, pode-se verificar que, embora os dois doutrinadores citados acima não admitam a presença de uma tutela cautelar no processo penal, permitem a existência de uma medida cautelar, mesmo não sendo fruto de uma ação cautelar ou consistindo em ato de um

¹⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 298.

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 101-102.

processo cautelar. Com isso, se faz necessário analisar que medida cautelar seria essa, admita-se ou não sua decorrência de uma ação cautelar.

Para se chegar a uma conclusão satisfatória, é indispensável buscar a conceituação da própria relação jurídica existente no âmbito do processo penal.

Sabe-se que o conceito de lide é oriundo das lições de Francesco Carnelutti¹⁷, sendo entendido como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Nesse sentido, o bem é a coisa apta à satisfação de uma necessidade humana, enquanto interesse seria a posição favorável à satisfação das necessidades. Como os bens da vida são limitados e os interesses ilimitados surgem os conflitos de interesses entre os membros de uma sociedade. O interesse de uma pessoa consistiria, então, em sobrepor-se ao interesse de outra, na consecução de um bem desejado por ambas. Essa subordinação de interesses ficou conhecida, graças à lição de Francesco Carnelutti, como pretensão, definida como "exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio".¹⁸ Seria, ademais, resistida, quando houvesse uma atitude contrária à pretensão.

Diante disso, Rogério Lauria Tucci¹⁹ afirma que não existe pretensão no processo penal. O Ministério Público deve ser, acima de tudo, um fiscal da lei, que busca a verdade real, não podendo querer sobrepor o *jus puniendi* do Estado ao interesse do acusado de permanecer em liberdade:

[...] apresentando-se ela (a pretensão) como elemento caracterizador da ocorrência de lide – seja pela resistência oposta pelo sujeito passivo da relação jurídica, cuja definição constitui a meta do processo extrapenal de conhecimento; seja pela insatisfação do direito neste reconhecido, ou reconhecível, dada a omissão ou, mesmo, atuação da parte vencida ou demandada -, é, igualmente, irrelevante no âmbito do processo penal, para cuja existência se mostra suficiente a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade, a norma penal material.²⁰

¹⁷CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973. p. 28.

¹⁸*Ibid.* p. 44.

¹⁹TUCCI, *op. cit.* p. 35.

²⁰*Ibid.* p.35.

Ademais, a pretensão é, na realidade, uma declaração de vontade impositiva formulada em face de outrem, a fim de se obter a satisfação de um interesse, e, portanto, somente verificável concretamente, isso é, como fato da vida, quando ocorrer entre duas ou mais pessoas, com efetiva atuação de uma das partes e negação da outra e, isso, não acontece em âmbito penal.

Assim, não haveria o que se falar em pretensão no processo penal, muito menos em pretensão resistida, em face da indisponibilidade do direito do acusado. Da mesma forma, se entenderia que não existe lide no processo penal. Segundo Francesco Carnelutti, o próprio criador do conceito de lide, retira-se do conteúdo da ação de natureza condenatória o conceito de pretensão punitiva, *verbis*:

Esta primeira observação (...) induz-me a corrigir um erro, no qual eu próprio havia caído, ainda depois de já ter afirmado o caráter voluntário do processo penal; uma afirmação da qual em princípio eu não lograra tirar todas as conseqüências. Ora o erro consistiu em eu ter posto, como conteúdo da demanda do Ministério Público, a pretensão penal (...). O conceito de pretensão, tão diversamente entendido, havia sido por mim definido, depois de algumas vacilações, como exigência da satisfação de um interesse próprio perante um interesse alheio; como tal, a pretensão é um elemento da lide. E no primeiro intento de estudo de processo penal adaptei, a este, tal conceito, definindo a pretensão penal como um erro por várias razões: em primeiro lugar, porque uma exigência só se coloca face a outrem que a deva satisfazer, enquanto o Ministério Público, que está investido no magistério punitivo, não tem motivo nem possibilidade de exigir o seu exercício, de alguma outra pessoa, e menos ainda do imputado; em segundo lugar porque, admitindo-se mesmo que o castigo do culpado satisfaz um interesse da sociedade, personificada no Estado, tal satisfação não está a cargo do imputado, o qual, até pelo contrário, enquanto culpado tem um interesse, solidário com o Estado em ser castigado.²¹

Então, se não há lide, não há que se falar em jurisdição contenciosa no processo penal. A jurisdição, atividade principal do Poder Judiciário, existe para solucionar um conflito. Portanto, a atividade desempenhada pelo magistrado no processo penal não teria como escopo a jurisdição contenciosa²².

Outrossim, é oportuno ressaltar que, existem muitos outros atos jurídicos da vida privada que se revestem de tanta importância que transcendem os limites da esfera de

²¹CARNELUTTI, *apud* TUCCI. *op. cit.* p. 35.

²²TUCCI, *op. cit.* p. 46.

interesses das pessoas diretamente envolvidas, interessando a toda a coletividade. Atento a esse aspecto, o próprio Estado prevê em seu ordenamento jurídico que, para a validade desses atos de repercussão na vida social, é necessária a participação de um órgão público. É a administração pública de interesses privados.

Nesse sentido, tem-se a cargo do Poder Judiciário, pelo conhecimento jurídico, idoneidade e, sobretudo, pela independência e imparcialidade de seus membros, alguns interesses privados, previstos no processo civil, em capítulo próprio (arts. 1.103 a 1.210 do CPC), que se submetem ao poder público. A atuação do Poder judiciário nesses interesses ocorre não necessariamente em conflito. É o que decorre da chamada jurisdição voluntária.

Assim, pode-se concluir que, no processo penal, o fato de se requerer medidas cautelares não significa, necessariamente, estar realizando uma pretensão perante o órgão jurisdicional. Poderia se dizer que é uma manifestação de jurisdição voluntária e, até por isso, defende-se a aplicação das medidas cautelares em processo penal mesmo diante da inexistência de um processo cautelar ou ação cautelar.

Com o advento da Lei 12.403/11, afirma-se essa natureza cautelar da prisão, trazendo o artigo 282 do Código de Processo Penal, os requisitos para a sua manutenção:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

1.2 O fundamento das medidas cautelares

O processo se desenvolve por meio de uma concatenação de atos juridicamente organizados. Sabe-se que, desde o início do processo até sua conclusão, existe um período de tempo indeterminado para realização de determinados atos processuais, cujo transcurso *in albis* pode colocar em risco a sua efetividade.

Levando em consideração esse fator, justifica-se a existência de medidas cautelares, pois, entre o surgimento da relação jurídica processual e o provimento jurisdicional final há possibilidade de ocorrer situações que comprometam a atuação jurisdicional ou tornem ineficaz sua prestação.

Sendo assim, ainda que não se admita a existência de um processo penal cautelar, como visto no capítulo anterior, as medidas cautelares são formas de se garantir a defesa de determinados direitos até que se confirme a tutela definitiva, isto é, a guarda e a defesa da sociedade mediante o direito. Pode-se dizer que as medidas cautelares servem para garantir o bom funcionamento da função jurisdicional estatal.

Além disso, partindo-se do pressuposto de que o processo é uma luta contra o tempo, instaurando-se sempre em vista a determinada situação inicial, que tende a se transformar em uma situação final, deve-se preservar essa situação final de eventos prejudiciais à sua configuração. Portanto, os fins da medida cautelar penal são justamente as cauções de que esses prejuízos não irão ocorrer, tornando possível a finalidade pretendida dentro do processo.

Segundo Ada Pellegrini Grivoner é possível afirmar que: “a medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita”²³.

Ensina ainda Romeu Pires de Campos Barros que, tendo em vista o caráter cautelar destas medidas, “todas dependem de dois pressupostos essenciais: uma urgência que justifique o custo e uma aparência jurídica da pretensão postulada, que possa atenuar-lhe o risco”²⁴. É importante trazer uma breve introdução sobre os mesmos para entendê-los melhor mais a frente.

²³GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 399.

²⁴PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu. *Processo Penal Cautelar*. São Paulo: Forense, 1982. p. 01.

A urgência decorre do perigo na demora da solução final do processo. É o chamado *periculum in mora*. Cumpre ressaltar que, não se trata, entretanto, do genérico perigo diante da simples duração do processo. É indispensável que tal perigo esteja consubstanciado em elementos concretos e efetivos, reveladores da probabilidade de o dano temido transformar-se em dano efetivo.

E, ainda, a aparência jurídica da pretensão postulada decorre da probabilidade de resultado favorável para o beneficiário da medida efetivada. É o que se denomina de *fumus boni iuris*. Nesse momento, é importante salientar que, ao se tratar de uma instrumentalidade hipotética, visto que ao ser concedida a medida cautelar, não se sabe se o direito pleiteado realmente existe sempre haverá um risco. Daí a importância de essa medida ser valorada cuidadosamente pelo juiz em detrimento a maior ou menor possibilidade da suficiência probatória exigida para cada caso concreto.

Destaca-se, com isso, que a luta contra o tempo não pode ferir as garantias da pessoa. O processo deve ser célere, sem que isso signifique a abolição dos direitos proclamados constitucionalmente, direcionados pelo princípio do devido processo legal.

Dessa forma, a presença dos dois requisitos são essenciais para a aplicação da medida cautelar de natureza processual. Se existe urgência em afastar o perigo de prejuízo ao processo, resultante do decurso do tempo, a medida cautelar torna-se necessária. E, por outro lado, a aplicação da medida cautelar também se torna justa, quando existe possibilidade, para uma das partes, de solução favorável no processo principal.

Com isso, o escopo do processo cautelar não é outro, senão o de assegurar que um estado de fato e de direito seja conservado, considerando-se que o direito em controvérsia tenha a plena possibilidade de ser realizado. Se houver probabilidade de dano à essa potencialidade de realização do direito, deve-se invocar o pensamento de Pontes de Miranda, citado por Romeu Barros Pires: “A síntese compôs a pretensão à tutela jurídica preventiva nos

casos de perigo na demora. A segurança basta-se a si mesma, se é conteúdo da ação”.²⁵ Isso significa dizer que, ameaçada a segurança, entra em cena o processo cautelar (medida cautelar) para garantir a realização do processo (pedido) principal.

1.3 Os elementos das medidas cautelares

Toda e qualquer medida cautelar têm as seguintes características fundamentais: jurisdicionalidade; instrumentalidade e; provisoriedade.

Pela primeira, não há medida cautelar sem prévio controle jurisdicional, salvo os casos de prisão em flagrante. Assim, em regra, há imediata incidência da medida, fazendo-se valer pela regra da judiciariedade, somente sendo possível determinar a medida pela autoridade jurisdicional competente.

Diante da segunda característica, pode-se dizer que as medidas cautelares estão subordinadas a um processo penal em curso, de forma que serão finalizadas com o término do processo, extinguindo seus efeitos ou transformando-se em medidas executivas. Diz-se assim que as cautelares existem para servir o processo principal.

Por último, entende-se que, pela provisoriedade, só poderão subsistir as medidas cautelares enquanto persistirem os motivos que as determinem e, ainda, até a decisão final, momento em que perderão sua eficácia ou serão substituídas pela decisão definitiva.

1.4 Os requisitos das medidas cautelares no Processo Penal

²⁵PONTES DE MIRANDA *apud* BARROS. *op cit.* p. 14.

De acordo com o que leciona Paulo Rangel²⁶, para a decretação das medidas cautelares, necessita-se da presença das características das medidas cautelares citadas acima, e, ainda, dos requisitos básicos e indispensáveis à decretação da cautela já anteriormente citados. São eles: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No entanto, segundo Aury Lopes Jr.²⁷, há uma impropriedade terminológica atribuir essas nomenclaturas utilizadas pelo processo civil no processo penal. Segundo o Autor, não se tem como afirmar que o delito é a fumaça do bom direito, já que, o delito é a negação do direito. Já o *periculum* se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal.

Dessa forma, é comum no Processo Penal também se denominar os requisitos de: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Sendo assim, tais requisitos são estudados da seguinte forma: o *fumus boni iuris*, “fumaça do bom direito” ou *fumus comissi delicti*, é a probabilidade de uma sentença favorável ao requerente da medida no processo principal, traduzindo-se no binômio: prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria²⁸.

Nas palavras de Antônio Guimarães Gomes Filho: “caracteriza-se pela probabilidade de uma condenação do sujeito que vai sofrer a medida restritiva de liberdade pelo crime investigado ou objeto da acusação”²⁹. Prossegue ainda o Autor:

Trata-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nas eventuais provas já existentes ao tempo da decisão sobre a medida cautelar. Segundo a lei, nessa apreciação deve o juiz chegar à conclusão de estar provada (há uma certeza, portanto) a existência do fato delituoso, podendo contentar-se, quanto à autoria, com a simples

²⁶RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 755.

²⁷ LOPES JR. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

²⁸RANGEL, *op. cit.* p. 756.

²⁹GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221.

constatação de indício suficiente. A motivação do provimento cautelar deve atender, assim, no que se refere à conduta criminosa, à necessidade de justificar, com base em elementos de convicção indubitáveis, não somente a ocorrência do fato (se deixou vestígios, com o exame de corpo de delito exigido pelo art. 158 do CPP), mas igualmente, com razões de direito, a tipificação desse mesmo fato na lei penal.³⁰

E o chamado *periculum in mora ou periculum libertatis*, traduz-se no perigo que a liberdade do acusado pode causar à efetividade do provimento final do processo, qual seja, a condenação ou a absolvição daquele. Em outras palavras, o perigo de que a decisão final do processo demore autoriza o decreto de prisão cautelar do imputado, pois que presente a probabilidade de um dano à futura prestação jurisdicional. Conforme ensina Romeu Pires:

Entre o pedido e a entrega da prestação jurisdicional, intercorre uma série de atos indispensáveis para assegurar às partes a defesa de seu direito, o que torna demorada a solução final do litígio. Durante esse período, podem ocorrer mutações nas coisas ou pessoas, sobre as quais se discute no processo, ou contra as quais incidirá a execução da sentença nele a ser proferida. Daí a necessidade de acautelar-se essas coisas, pessoas ou situações, a fim de que não fique prejudicado o julgamento da causa posta em juízo ou não desapareça o réu que deverá cumprir a pena imposta ou as coisas sobre as quais recairão a execução penal e civil, esta com relação aos danos provenientes do ilícito penal. Em qualquer desses casos, impõe-se no presente, em função do futuro, um sacrifício à livre evolução da situação jurídica e, em gênero, à livre disponibilidade da coisa e da pessoa. Tal sacrifício representa o custo da cautela, que é imposta para tutelar a possibilidade ou eficácia de uma situação processual que, por ser futura, é também incerta. (...) Isso explica por que a atuação da cautela exige necessariamente a concorrência de dois pressupostos: 1) urgência que justifique o custo; 2) uma aparência jurídica da pretensão postulada, que possa atenuar-lhe o risco. (...) para que se possa legitimar a atuação da cautela, não basta o genérico perigo resultante da simples duração do processo, sendo necessário que esse perigo se manifeste mediante concretos e efetivos elementos dos quais se possa averiguar, de forma razoável, a probabilidade da transformação do dano temido em dano efetivo, se não se intervém sem tardança, e assim com urgência.³¹

Portanto, essas são as características fundamentais das medidas cautelares no Processo Penal, em especial daquelas constritivas de liberdade pessoal do indivíduo.

1.5 A classificação das medidas cautelares no Processo Penal

³⁰GOMES FILHO. *op. cit.* p. 221-222.

³¹PIRES DE CAMPOS BARROS. *op. cit.* p. 41-42.

A doutrina que trata das medidas cautelares criminais divide o instituto jurídico em três espécies: a) Medidas cautelares pessoais (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia); b) Medidas cautelares probatórias (busca e apreensão e depoimento *ad perpetuam rei memoriam*); e, c) Medidas cautelares reais (seqüestro e arresto e hipoteca legal de bens).³²

Além disso, cita-se no presente estudo, as chamadas: d) Medidas cautelares pessoais não prisionais. Isso porque, com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, o legislador previu a possibilidade de o juiz observar, antes da decretação das prisões cautelares, diversas medidas alternativas e substitutivas à restrição de liberdade. Nesse capítulo, tais institutos serão apenas classificados, para que, mais a frente, em tópico próprio, possam ser analisados com a clareza e profundidade que merece o tema.

No que diz respeito às medidas cautelares prisionais em espécie, também conhecidas como prisões provisórias, têm-se as medidas restritivas de liberdade, visando, principalmente, acautelar as investigações policiais (inquérito policial) e criminais (processo penal), anteriores à condenação definitiva.

A palavra prisão advém do latim *prensione*, ou seja, o ato de capturar, prender. Conforme salienta Nestor Távora³³, a prisão é o “cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento”. A prisão pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, a qual é chamada de prisão definitiva ou durante a persecução criminal, denominada prisão cautelar.

Júlio Fabrini Mirabete³⁴ entende que a expressão prisão preventiva tem uma acepção ampla para designar a custódia verificada antes do trânsito em julgado da sentença. É a prisão processual, cautelar, chamada de “provisória” no Código Penal (Art. 42) e que inclui a prisão

³²POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283.

³³ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3 ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 449.

³⁴MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas Editora, 2006. p. 370.

em flagrante, a prisão decorrente da pronúncia, a prisão resultante da sentença condenatória, a prisão temporária e a prisão preventiva em sentido estrito.

Em geral, é comum afirmar que se encontra em voga as seguintes modalidades: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de sentença da pronúncia e prisão decorrente da sentença condenatória irrecorrível.

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci³⁵ aponta ainda uma sexta espécie de prisão cautelar, decorrente da condução coercitiva por determinação judicial daquele que se recuse a comparecer em juízo ou na polícia.

Contudo, para alguns Autores, após a reforma processual penal de 2008, através das Leis 11.689/08 e 11.719/08, restaram apenas três modalidades. A prisão em razão da pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, enquanto títulos autônomos de prisão processual, teriam sido banidas por essa reforma processual, já que, atualmente, na fase da pronúncia (§3º, art. 413, CPP), ou por ocasião da sentença (parágrafo único, art. 287, CPP), a prisão será regulada pelos mesmos critérios da prisão preventiva.

Assim, conforme explicita André Nicolliti³⁶, existem, hoje, no processo penal brasileiro, as seguintes prisões processuais: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Afasta-se ainda a prisão administrativa, por se entender estranha ao processo penal³⁷.

Segue na mesma linha de raciocínio Marcellus Polastri³⁸, afirmando que interessa, aqui, a prisão processual, pois é esta que se enquadra como medida cautelar, e se divide em:

1. Prisão em flagrante; 2. Prisão temporária; prisão preventiva; prisão preventiva a ser decretada no momento da pronúncia (na forma da Lei 11.689 de 09.06.08), sendo que, ainda, tivemos recentemente, com a reforma operada pela Lei 11.719/08, a revogação do artigo 594 do CPP de 1941, que estabelecia modalidade própria de

³⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 545.

³⁶NICOLLITI, André. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 280.

³⁷*Ibid.* p. 29.

³⁸POLASTRI, *op. cit.* p. 288.

prisão por sentença condenatória recorrível. Em suma, basicamente passamos a ter três modalidades básicas de prisão processual: em razão do flagrante, preventiva, e temporária.

Hoje, com o advento da Lei 12.403/11, pode-se discutir ainda que, não existem mais outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal) e prisão temporária (Lei 7.960/89). Pela nova visão legislativa, é possível defender que a prisão em flagrante não se trata mais de uma medida cautelar. Isso porque, essa modalidade de prisão, não tem mais o condão de manter ninguém preso durante a persecução penal.

Com a novel legislação, diante da realização da prisão em flagrante, ou o magistrado decreta a preventiva, de forma fundamentada, ou aplica medidas cautelares diversas da prisão (art. 319), podendo ainda, em alguns casos, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

A despeito das controvérsias doutrinárias verifica-se a necessidade do estudo das cinco anteriormente citadas.

A prisão em flagrante está prevista entre os arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal, e ocorre quando o sujeito ativo está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la, ou perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, e, ainda, se encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (art. 302 do Código de Processo Penal).

De acordo com Helio Tornaghi:

Flagrante é, portanto, o que está a queimar e, em sentido figurado, o que está a acontecer. Daí dizer-se flagrante, também, o que é claro, manifesto. Flagrante sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência. Diz-se que é flagrante não só o que é atual, mas ainda o que é patente, inequívoco. “Crime Flagrante” é, antes de mais nada, o que está sendo perpretado.³⁹

³⁹TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. p. 468.

Trata-se, portanto, de medida de restrição de liberdade do indigitado autor da infração penal, informada pelos critérios da excepcionalidade, necessidade e, provisoriedade, sujeita ao controle jurisdicional diferido.

A prisão preventiva é considerada como a prisão cautelar por excelência. Infere-se da redação do Art. 311 do Código de Processo Penal, que essa modalidade de prisão poderá ser decretada quando presentes os seus requisitos, tais como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Sobre o assunto, posicionou recentemente Gustavo Henrique Badaró: “Nos termos do disposto no Art. 311 do CPP, a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante o inquérito policial, quanto no curso da ação penal”.⁴⁰

Desse modo, pode-se definir a prisão preventiva como objeto a garantia do normal desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do poder de apenar, assim como assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou ainda, a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Quanto à prisão temporária, apresenta-se como a constrição determinada pelo juiz, por prazo legal, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, tendo como requisitos a imprescindibilidade da prisão (*periculum libertatis*) para as investigações do inquérito policial (art. 1º, inciso I, Lei n. 7.960/89), bem como, não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, inciso II, Lei n. 7.960/89), e ainda, a existência de fundadas razões (*fumus comissi delicti*), de acordo com as provas admitidas na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado (art. 1º, inciso III, Lei n. 7.960/89) em crimes diversos.

⁴⁰BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 142

É importante ressaltar ainda que, diante da reforma do Código de Processo Penal, introduzida pelas Leis 11.689/08, sobre o Tribunal do Júri (arts. 413, §3º e 429, I, “e”) e 11.719/08 (art. 594) sobre os demais procedimentos tornou-se regra geral o apelo em liberdade, exceto, se a prisão for necessária, em função dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Portanto, diante da nova sistemática legal, pouco importa, para o réu recorrer em liberdade, se ele é ou não primário ou se tem ou não bons antecedentes: a prisão só poderá ocorrer se necessária e conveniente para garantia da ordem pública ou econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Seguindo esse raciocínio, a Lei 12.403/11 revogou o art. 595 do Código de Processo Penal reforçando ainda mais o entendimento de desnecessidade de se recolher à prisão para apelar.

Com isso, conforme já foi ilustrado acima, há quem defenda a extinção de duas modalidades de prisão: prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de decisão condenatória irrecorrível.⁴¹

Passando ao que se compreende como outra espécie de medida cautelar, tem-se as denominadas medidas cautelares probatórias. As duas medidas mais relevantes são: a busca e apreensão e o depoimento antecipado de prova testemunhal, também conhecido como depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

No primeiro caso, segundo denota Pontes de Miranda, diz-se busca e apreensão sempre que o mandamento do juiz é no sentido de que se faça mais do que quando se manda exhibir a coisa, para se produzir a prova ou para se exercer algum direito, e se preceitua o devedor, ou possuidor da coisa, a que se apresente.⁴²

⁴¹POLASTRI, *op. cit.* p. 290.

⁴²PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* p. 353.

Segue ainda o doutrinador: "A busca e apreensão é mandamental, a sua sentença nada declara, não condena, não constitui, não executa".⁴³

Com isso, pode-se dizer que essa medida é a providência jurídica de procura de coisas ou pessoas a serem apropriadas em virtude de ordem emanada de algum órgão jurisdicional.

Sobre a produção antecipada de provas, nos precisos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 9.271/96, se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Portanto, é inconteste que, em se tratando de provas urgentes, o juiz pode, e deve, a teor do dispositivo legal supra, determinar sua produção antecipada.

Deve-se salientar ainda a existência das medidas cautelares reais ou assecuratórias. Existem três medidas mais utilizadas usualmente: arresto, sequestro e hipoteca legal de bens.

O sequestro é medida adotada no interesse do ofendido e do próprio Estado, com o escopo de antecipar os efeitos da sentença penal condenatória, salvaguardando a reparação do dano sofrido pelo ofendido, bem como o pagamento das custas e da pena de multa a ser fixada na sentença. Essa medida também tem por objetivo assegurar que da atividade criminosa não resulte vantagem econômica para o infrator.

Sendo assim, o sequestro é reservado ao produto ou proveito do delito, podendo o mesmo recair sobre bens imóveis (artigos 125 a 131 do Código de Processo Penal) ou sobre móveis (artigo 132 do Código de Processo Penal). A medida atinge única e exclusivamente o patrimônio adquirido ilicitamente pelo agente.

⁴³*Ibid.* p. 367.

Nos termos dos artigos 125 e 126 do CPP, é requisito para a concessão do sequestro a presença de indícios veementes da origem ilícita dos bens do indiciado ou acusado, mesmo que estes tenham sido transferidos a terceiros.

Compre salientar ainda que, o sequestro não tem caráter de punição, já que é considerado apenas um meio para a recuperação daquilo que foi perdido pela vítima. Apenas se houver o reconhecimento judicial de que estes bens eram produto de ilícito, aí sim, haverá, como efeito da condenação, o perdimento do(s) bem(ns).

A hipoteca legal recai sobre imóveis do acusado e independe da origem ilícita do bem. Seu único objetivo é garantir a solvabilidade do credor na liquidação de obrigação ou responsabilidade civil decorrente de infração penal, ou seja, recomposição patrimonial dos danos, bem com o pagamento das custas e despesas processuais.

São dois os pressupostos necessários para a especialização da hipoteca legal, quais sejam, a prova inequívoca da materialidade e indícios suficientes de autoria. É possível, pois, serem especializados bens imóveis do imputado adquiridos antes do cometimento do crime, sendo irrelevante provar que o réu está dilapidando o seu patrimônio ou demonstrar a relação do bem com a prática delituosa.

E o arresto pode recair sobre bens imóveis (art. 136 do Código de Processo Penal), servindo como medida preparatória da hipoteca legal, bem como sobre bens móveis (art. 137 do Código de Processo Penal), destinando-se, em ambas as hipóteses, a garantia do ressarcimento do dano “alcançando também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido” (art. 140 do Código de Processo Penal).

O art. 136 do Código de Processo Penal, com intuito de oferecer maiores garantias, permite aos legitimados à postulação da especialização da hipoteca legal requererem o arresto

dos bens sobre os quais se pretende recair a hipoteca, até que esta medida seja efetivamente concretizada.

Por último, tem-se as medidas cautelares pessoais não prisionais, aonde, apenas para fins ilustrativos, pode-se trazer à colação os exemplos: as cautelares pessoais restritivas de direitos previstas no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), as medidas cautelares pessoais de afastamento do lar da Lei n. 9.099/95 (Juizado Especial Criminal) e da Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), e as medidas cautelares de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96). E, ainda, é fundamental citar a alteração promovida pela Lei n. 12.403/2011, a qual, trouxe em seu cerne, a instituição de novas medidas cautelares de natureza pessoal. Logo, verifica-se que, o intuito, é a possibilidade de adoção, pelo juiz, de medidas alternativas à prisão. A legislação alterou a redação do Código de Processo Penal para estabelecer nove cautelares pessoais como diversas da prisão. Estão todas previstas no Art. 319 do Código Processual Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica⁴⁴.

⁴⁴BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 20 set. 2011.

Agora, a decretação de qualquer dessas medidas cautelares, sejam pessoais prisionais ou não prisionais, devem respeitar critérios orientadores previstos nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Penal (com redação determinada pela Lei 12.403/11).

Observa-se que, o legislador foi bastante cuidadoso com a matéria, visto que vinculou o cabimento das cautelares pessoais à: a) necessidade para aplicação da lei penal, b) necessidade para a investigação ou a instrução criminal e, c) para evitar a prática de infrações penais, bem como, d) à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. e) e, agora, à impossibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais não prisionais.

As duas primeiras hipóteses revelam a indispensável instrumentalidade das medidas cautelares. Enquanto cautelar, a medida deve servir à finalidade do processo, ou seja, assegurar que o resultado último aconteça. Esse resultado não acontecerá se o acusado puder furtar-se à aplicação da lei penal, bem como se ele criar embaraços à persecução penal, em juízo ou quando da investigação policial.

A terceira hipótese, restrita aos “casos expressamente previstos”, trata das situações em que é necessário decretar a medida para impedir que novas infrações aconteçam. Nesse particular, imperioso registrar que a cautelar decretada com base nessa hipótese autorizadora deve estar fundamentada em ilações concretas, objetivas, comprovadas. É dizer: a mera suposição de que o investigado, se solto, voltará a delinquir, constitui exercício de futurologia e não autoriza a decretação da medida cautelar⁴⁵.

E, as duas últimas hipóteses, considerando a inovação legislativa do artigo 282, II, do Código de Processo Penal são as que apresentam as balizas para o juiz escolher, com apoio no princípio da proporcionalidade, qual ou quais as medidas serão aplicadas. Assim, um crime praticado com violência e por indivíduo com passagem pela polícia tende a corresponder à

⁴⁵LOPES JR. Aury. *Direito Processual e sua conformidade processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 190.

medida cautelar mais gravosa do que a medida a ser imposta a indivíduo sem antecedentes criminais que tenha cometido o crime de furto.

1.6 O Poder Geral de Cautela no Processo Penal

Após análise da classificação legal e doutrinária das medidas cautelares, deve-se tratar sobre o poder geral de cautela e sua aplicabilidade no processo penal. Sabe-se que o processo penal apresenta autonomia limitada, dado o bem que tutela, qual seja, a liberdade do indivíduo. Por isso que, diferentemente do que ocorre com as medidas cautelares penais de natureza real, que se assemelham às cautelares reais do processo civil, as medidas cautelares pessoais não guardam interdependência com o âmbito cível, uma vez que o juiz penal não possui o denominado “poder geral de cautela” que possui o juiz cível.

No âmbito penal, o juiz atua dentro da denominada discricionariedade cognitiva, ou seja, verifica se os pressupostos previstos na lei penal, *in abstracto*, encontram-se presentes no caso concreto e, somente em caso positivo, poderá se valer do instrumento cautelar.

Aliás, é por meio da adequada motivação dos provimentos cautelares penais, que se faz possível analisar se o poder cautelar conferido ao juiz penal pela lei não se caracteriza como “uma forma de justiça sumária”⁴⁶, inconcebível num Estado de Direito⁴⁷.

Segundo Gomes Filho⁴⁸, diz-se uma discricionariedade vinculada aos postulados constitucionais legitimantes das prisões cautelares, de modo a fundamentar a presença de um dos pressupostos típicos autorizadores da excepcional restrição da liberdade do acusado. E, para isso, não se faz suficiente a mera indicação de fatos que justifiquem a medida, ou a

⁴⁶BARROS. *op. cit.* p. 13.

⁴⁷GOMES FILHO. *op. cit.* p. 224.

⁴⁸*Ibid.* p. 224.

referência a simples suposição quanto à existência de uma das situações em que o legislador admite a medida.

Conforme salientado anteriormente neste trabalho, considera-se indispensável a demonstração da necessidade de presença dos pressupostos fundamentais que informa todas as medidas cautelares, pois “toda medida cautelar parte do pressuposto de um direito incerto”⁴⁹.

Diante disso, o poder de cautela do juiz penal, ao dar provimento a medidas cautelares, impreterivelmente, às prisões processuais, encontra sérios limites no direito de liberdade do cidadão em conflito com o dever do Estado de garantir a eficácia da persecução penal, consoante afirma Barros:

A teoria do processo cautelar penal apresenta maior dificuldade de que nos outros ramos do direito. Justamente porque grande parte das cautelas envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesse entre a pretensão do estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de ir, vir, permanecer e estar⁵⁰.

Prossegue ainda o Autor em outro trecho de sua obra:

[...] o conceito de lide no processo penal, apesar de controvertido, é fecundo para elaboração da doutrina, sendo também admissível no processo cautelar, uma vez que neste existe o perigo de que a liberdade individual seja inutilmente sacrificada. Daí surgir o contraste entre o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que aquele fuja, tornando impossível a execução da pena imposta enquanto o sujeito passivo de tais medidas, resiste a tal pretensão, alegando o seu direito de liberdade. Esse conflito de interesses do Estado em impor a medida cautelar, e o interesse do indivíduo em não suportá-la, estará sempre em contraste. É de se acentuar mais que se em algumas medidas cautelares, o erro na imposição da medida poderá ser reparado, através de uma indenização, noutras, tal como a perda da liberdade, é praticamente irreparável⁵¹.

Cumprido, então, analisar com especial atenção os pressupostos necessários a decretação de toda medida restritiva da liberdade do indivíduo, os quais deverão ser expressa e fundamentalmente demonstrados pelo magistrado em sua decisão.

⁴⁹BARROS. *op. cit.* p. 82.

⁵⁰*Ibid.* p. 15.

⁵¹*Ibid.* p. 17-18.

2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES

As ideias e o contexto histórico de 1941, início da vigência do atual Código de Processo Penal Brasileiro, são diametralmente opostos às de 1988, ano da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

O primeiro tinha como base teórica o autoritarismo, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, tendo como princípio norteador o da presunção da culpabilidade. A segunda foi constituída sobre o ideal democrático, trazendo inúmeros princípios e garantias fundamentais, principalmente, em seu artigo 5º e incisos.

Assim, não se pode deixar de citar o comentário de Eugênio Pacelli sobre a dicotomia existente entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII)⁵².

⁵²PACELLI, *op. cit.* p. 07.

Diante disso, o atual Código de Processo Penal, promulgado em 1941 deve sempre ser analisado junto com as regras e princípios constantes na Constituição Federal de 1988.

2.1 O Código Processual Penal e sua interpretação diante da Constituição Federal de 1988

A promulgação de uma nova Constituição faz surgir um novo ordenamento jurídico em determinado Estado. Dessa forma, a Legislação já existente que for incompatível com a nova Carta Magna não será recepcionada e as legislações compatíveis assim serão, contudo, devendo ser interpretadas em harmonia com os novos valores trazidos no bojo do novo ordenamento constitucional. Dessa forma, toda interpretação, criação e aplicação da legislação infraconstitucional deverá estar, obrigatoriamente, em conformidade com os parâmetros constitucionais⁵³.

Diante disso, ao ser recepcionado pela nova ordem constitucional, o Código de Processo Penal possui como princípio norteador o respeito à dignidade da pessoa humana, prevalecendo, portando, todos os demais princípios constitucionais na interpretação de seus institutos.

Outrossim, tendo em vista que a Constituição é fruto do trabalho humano, é natural a ocorrência de antinomia entre normas constitucionais. Em tal ocorrendo, é necessário que o intérprete procure conciliá-las, antes de pretender que uma prevaleça sobre a outra.

Caso não seja possível a conciliação, é natural que as normas-princípios, consideradas imodificáveis (cláusulas pétreas) pelo próprio legislador constitucional (CF, art. 60, parágrafo 4º), sejam prevalentes sobre a norma-regra.

Sobre o assunto é relevante destacar a conclusão de Guilherme Nucci *verbis*:

⁵³KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34

[...] a Constituição é suprema no sistema normativo; dentre suas normas, são axiologicamente hegemônicas as que tiverem sido eleitas pelo poder constituinte originário como 'pétreas', pois evidenciam o cuidado especial que possuiu o povo ao tratar dos assuntos por elas regidos. É o caso dos direitos e garantias individuais. Se normas ordinárias entrarem em confronto com tais normas constitucionais, devem estas últimas prevalecer; se normas constitucionais não constantes do rol do art. 60, § 4º, da Constituição, conflitarem com os direitos e garantias individuais, mais uma vez devem estes preponderar⁵⁴.

Agora, se dentre os direitos e garantias individuais, aparentemente, houver uma antinomia, deve o intérprete necessariamente buscar a conciliação, conforme o caso concreto, pois não há qualquer prevalência de um sobre outro. Se algo for permitido por um princípio e vedado por outro, um dos princípios deve recuar o que não significa ter sido considerado nulo ou revogado.

Confira-se, sobre o assunto, o magistério de Alexandre de Moraes, *verbis*:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo para prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)⁵⁵.

Nesse contexto, referido autor recomenda que, em havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá usar o princípio da concordância prática ou harmonização, buscando combinar os bens jurídicos conflitantes e evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, mediante realização da redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual⁵⁶. É exatamente o que ocorre, por exemplo, entre o princípio constitucional consagrador da inocência presumida (CF, art. 5º, LVII) e a possibilidade de o cidadão ser preso cautelarmente, tendo em vista que, para isso, deverão estar presentes os requisitos legais da regra constitucional que possibilita tal ocorrência (CF, art. 5º, LXI).

⁵⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Juri – Princípios Constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 30.

⁵⁵MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 169.

⁵⁶*Ibid.* p. 170.

Considerando que a liberdade é uma das garantias fundamentais, é natural que seja protegida pela Constituição, de modo que toda e qualquer limitação que se lhe imponha há de encontrar respaldo na lei.

2.2 A possibilidade de restrição de liberdade pelo Estado

A própria Ciência do Direito evoluiu, assim como o homem. Hoje, consagra-se o direito à liberdade pessoal como um bem inerente ao cidadão do qual o mesmo dele não pode dispor, sendo, pois, tão importante quanto o direito à vida, gozando, assim, da proteção do Estado.

No entanto, essa liberdade não é, e nem pode ser absoluta, irrestrita ou ilimitada, uma vez que como membro de uma sociedade civilizada e organizada, é plenamente aceitável que a mesma seja restringida em determinadas situações, previamente firmadas pelo corpo social; essa restrição à liberdade individual é um “mal necessário” a fim de que haja equilíbrio e respeito aos direitos de cada membro da sociedade, isso com vistas a impedir que um fique à mercê de arbitrariedades do mais forte. Trata-se do consagrado “contrato social”, em que a sociedade confere ao Estado autoridade para que este possa promover a segurança de todos e reprimir aquelas condutas tidas como reprováveis pelo corpo social⁵⁷.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, autor da célebre obra “Dos delitos e das penas”, cuidou de tratar da necessidade de o homem ceder uma parcela da sua liberdade em favor da pacífica convivência em sociedade, conferindo ao Estado o legítimo direito de punir (*jus puniendi*):

Assim sendo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. (...) A reunião de todas essas pequenas

⁵⁷ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de Pereira Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 5.

parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que desse fundamento se afaste constitui abuso e não justiça⁵⁸.

O limite ao exercício da liberdade é delineado pelas normas do Estado, que visam precipuamente a proteção dessa mesma liberdade conferida aos outros membros da sociedade.

A restrição imposta à liberdade pessoal (ou individual) deve ser o necessário e suficiente para que seja atingido o equilíbrio entre os indivíduos no convívio social. Esse limite imposto pela Lei somente será legítimo quando concebido pelos autênticos representantes da sociedade, por ela eleitos direta ou indiretamente, e/ou aceitos, quando não lhes é dada a faculdade de escolhê-los, como no caso das monarquias.

Assim, ao legislador, representante dos anseios do povo, incumbe a tarefa de criar normas destinadas a limitar o direito à liberdade pessoal do cidadão, legitimando e possibilitando a ação forte do Estado nessa seara, já que tal direito tem seu exercício condicionado às exigências da sociedade pelos interesses do bem comum.

O Estado tem na pena de prisão (ou pena privativa de liberdade), o seu instrumento maior de restrição da liberdade individual do cidadão, impondo àquele que descumpre as regras a perda do seu estado de liberdade.

No entanto, além de prevenir e proteger bens e interesses da sociedade, é fundamental que a prisão tenha ainda por finalidade maior a ressocialização do indivíduo, tornando-o novamente um cidadão apto ao convívio social, fiel cumpridor das regras.

Por isso, atualmente, têm-se buscado formas alternativas à pena de prisão, evitando-se sempre que possível o encarceramento do indivíduo. É exatamente o que ocorreu com a Lei 12.403/11, entre outras já citadas nesse estudo.

2.3 O caráter excepcional das prisões cautelares

⁵⁸BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003, p. 19.

Com a superação do juízo de antecipação de culpabilidade, a partir da nova ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a prisão tornou-se exceção para quem está sendo indiciado ou acusado. A diretriz fundamental a conduzir a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal passou a ser o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme visto anteriormente.

A hipertrofia de poder concentrado no Executivo, durante o regime autoritário do qual foi gerado o Código de Processo Penal, é diluída entre os demais poderes da República, Legislativo e Judiciário. O Estado totalitário é substituído pelo Democrático de Direito.

Diante disso, a nova ordem constitucional trouxe mudanças radicais sobre a possibilidade da aplicação de prisões cautelares. A regra passou a ser a devida fundamentação, da necessidade restrição da liberdade medida, da lavra da autoridade judiciária, conforme inciso IX, art. 93 da Constituição Federal de 1988.

Advieram diversos direitos e garantias fundamentais, insculpidos na Carta Magna 1988, dimensões do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, a serem analisados com mais especificidade no tópico adiante.

Na lição de Mirabete⁵⁹, a prisão processual difere da prisão penal, cuja finalidade precípua é repressiva, tendo aplicação após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impõe a pena privativa de liberdade.

Apesar de, no caso da prisão em flagrante, não haver necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária para a sua formalização pela autoridade policial, esta, por determinação constitucional (inciso LXII, art. 5º, da CF), terá que ser comunicada, imediatamente, após a prisão. Assim, essa medida cautelar, para ser mantida, deve passar pelo crivo do poder Judiciário, através de manifestação escrita e fundamentada.

⁵⁹MIRABETE. *op cit.* p. 360.

A interpretação do Código de Processo Penal, em face da Constituição Federal de 1988, deve sempre compatibilizar os dispositivos legais daquele aos valores trazidos por esta. Deverá ser utilizado o método interpretativo conforme a constituição, cujo objetivo é adequar à legislação ordinária a Carta Magna.

Dessa forma, tem-se as palavras de Pacelli, ao mostrar a necessidade de compatibilizarmos os institutos da prisão cautelar e liberdade provisória, previstos no Código de Processo Penal de 1941, aos direitos e garantias fundamentais prescritos na Carta Magna de 1988:

Em tema de prisão e liberdade provisória, torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição Republicana de 1988⁶⁰.

Portanto, pode-se dizer que a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, após o advento da Lei 12.403/11 buscou a adaptação desses institutos jurídicos aos ditames constitucionais introduzidos com a Carta Magna de 1988.

O princípio basilar da dignidade da pessoa humana, através da proteção das garantias e direitos fundamentais, supera a visão centrada no totalitarismo e na proteção do Estado, explicita na antecipação da culpabilidade do acusado, passando, assim, a vigorar o princípio da presunção de inocência, onde, em um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, cabe ao Estado provar a Culpabilidade do acusado, através do contraditório e da mais ampla defesa.

Assim, medidas restritivas da liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, após a nova ordem constitucional de 1988, apresentam-se como exceção, tendo a sua aplicação permitida, apenas, em situações excepcionais, onde a prisão cautelar

⁶⁰PACELLI, *op. cit.* p. 395.

seja indispensável para a instrumentalidade da persecução penal, nunca como mera antecipação de pena.

Desse contexto, retira-se a importância do advento da Lei 12.403/11 trazendo ao aplicador do direito medidas alternativas e substitutivas às prisões provisórias.

2.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Presunção de Inocência

Considerando certo que a Constituição Federal de 1988 contemplou a possibilidade de ser privada a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime antes mesmo de sua condenação definitiva, é igualmente verdadeiro que essa mesma Carta Constitucional, de outro lado, consagra uma série de direitos fundamentais contrapostos à essa prisão provisória.

Ao estabelecer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal erigiu, no art. 1º, III, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

Trata-se do principal direito fundamental do homem, constitucionalmente garantido, razão pela qual Rizzato Nunes⁶¹ afirma que “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”.

Diante disso, pode-se afirmar a fundamental importância desse princípio observando que, o mesmo, é a base para todos os demais admitidos, explícita ou implicitamente, já que todos os demais deverão sempre estar em irrestrita consonância com as suas diretrizes.

Nesse trabalho, considera-se ainda extremamente relevante citar o princípio da presunção de Inocência ou inocência presumida. Pertinente também a observação realizada

⁶¹NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45

por Pedro Lenza⁶², ao tecer comentários sobre a nomenclatura do aludido princípio, defendendo que: “melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença transitada em julgado”.

Sendo assim, a nova presunção é de não culpabilidade, superando, assim, a da culpabilidade, constituindo-se um novo paradigma para persecução penal brasileira: investigação (fase pré-processual) e instrução criminal (fase processual).

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, segundo Alexandre de Moraes⁶³, “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao arbítrio estatal”.

E, ainda, Nestor Távora⁶⁴, ao comentar sobre o princípio ora em debate, chama atenção para o fato de a culpabilidade do acusado só poder ser declarada após comprovada a autoria da infração penal através de sentença condenatória transitada em julgado:

Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste diapasão, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

No mesmo sentido tem-se o magistério de Guilherme Nucci⁶⁵, quando diz que, o princípio em estudo “tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa”, integrando, ainda, ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) para garantir que a dúvida implicará, sempre, na absolvição do acusado.

De toda forma, a despeito da orientação sobre a nomenclatura, o importante é ter em mente que o princípio da inocência presumida, inserto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tem por escopo impedir que o status *libertatis* do cidadão sofra qualquer tipo de

⁶²LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 626.

⁶³MORAES, *op. cit.* p. 107.

⁶⁴TAVOR, *op. cit.* p. 48.

⁶⁵NUCCI, *op. cit.* p. 81.

arbitrariedade ou seja alvo de conduta representativa de abuso de poder. Decorre desse princípio, como garantia constitucional que é, a indispensabilidade do controle jurisdicional da legalidade e da necessidade da prisão cautelar, pela conjugação do previsto nos incisos LXII, LXV e LXVI, do art. 5º, da Constituição Federal.

O princípio da presunção de inocência também se encontra previsto na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)⁶⁶ que, no seu art. 8º, 2, expressamente dispõe: “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Nesse momento, já se pode analisar que, a observância dos princípios não revoga as prisões cautelares. As prisões são constitucionalmente permitidas, conforme o artigo 5º LXI da Constituição Federal, em que pese sofrer tais restrições constitucionais.

Com efeito, o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do direito. Essa influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado, que é o seu titular absoluto, e o *jus libertatis* do cidadão, bem intangível, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

O confronto entre prisão provisória, que tem natureza processual e cautelar, constituindo-se em privação de liberdade do indiciado ou acusado por decisão fundamentada do juiz e, o princípio da presunção de inocência sempre será palco de muitas discussões para os estudiosos do direito processual penal.

O professor italiano Luigi Ferrajoli⁶⁷, em sua obra *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo penal*, traz ainda uma construção teórica muito bem elaborada sobre as garantias

⁶⁶Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos/1992-000678/000678-1992_convencao_americana_sobre_direitos_humanos.htm>. Acesso em: 20 set 2011.

⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 555 - 559.

dos cidadãos. Para o Autor, que sugere até mesmo a abolição da prisão processual, o decreto de prisão antes do trânsito em julgado, “é ilegítimo e inadmissível”.

Por outro lado, Antônio Magalhães Gomes Filho⁶⁸, sobre o princípio da presunção de inocência, relata:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificção apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.

Como se percebe, a relação entre a prisão preventiva, que na sua essência possui natureza processual e cautelar, e o princípio da presunção da inocência, que é uma das mais importantes garantias constitucionais é muito estreita.

Por isso, é importante analisar o que diz a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o assunto. Verifica-se, pacificamente que, a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões cautelares. Por todos, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CP, ART. 121. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (CRFB, ART. 93, INCISO IX). PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUMUS COMISSI DELICTI. APARÊNCIA DO DELITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA DA VÍTIMA. DÍVIDA DE DROGAS E DINHEIRO. TESTEMUNHA SOB PROTEÇÃO. RISCO DE INTIMIDAÇÃO. FALSIDADE DA ACUSAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. DESCABIMENTO. BONS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. COMPATIBILIDADE ANTE O QUADRO FÁTICO DELINEADO NOS AUTOS. ELEMENTOS CONCRETOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR CONFIGURADOS. 1. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, consagrado pelo inciso IX do art. 93 da Constituição da República, quando manifestado no decorrer da persecução penal, transmuda-se em garantia do Estado democrático de direito. 2. A prisão preventiva deve ter amparo nos requisitos legais e nos elementos concretos e fáticos dos autos, restando insuficiente a mera remissão ao art. 312 do Código de Processo Penal. 3. A natureza jurídica de medida cautelar da prisão preventiva exige o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (...) 5. A gravidade concreta revelada pelo *modus operandi* da conduta delituosa confere idoneidade ao decreto de prisão cautelar. (...) 7. As condições pessoais do paciente, como bons antecedentes, não bastam a infirmar os fundamentos da prisão cautelar. 8. A prisão preventiva

⁶⁸GOMES FILHO, *op. cit.* p. 65.

compatibiliza-se com o princípio da presunção da inocência, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos. Precedentes: HC 94.156/SP, Relator Min. Menezes Direito, Primeira Turma, Julgamento em 3/3/09; HC 70.486/PB, Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, Julgamento em 3/5/94; HC 81.468/SP, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 29/10/02. 9. Ordem denegada⁶⁹.

Em suma, a prisão processual só é legítima quando atende aos princípios básicos e fundamentais de uma vida em sociedade, tais como a preservação da integridade física dos indivíduos, a igualdade entre as pessoas, como meio para combater injustiças, etc.

Assim, para que o princípio constitucional de presunção de inocência seja atingido em sua plenitude, o ideal seria que todos os acusados ou indiciados pudessem defender-se em liberdade. No entanto, o Estado deve se valer de suas medidas coercitivas para busca do bem-estar social.

Diante disso, o melhor, sem dúvida, é que surjam medidas alternativas em substituição dos decretos de prisão preventiva por outras providencias cautelares, quando subsistirem infrações com menor gravidade, tais como, àquelas previstas no Art. 319 do Código Processo Penal, trazidas pela Lei 12.403/09.

Com o mesmo entendimento, Márcio Bártoli dissertou em artigo publicado pelo IBCCRIM:

É preferível, portanto, aplicar medidas coativas previstas na lei processual, como a prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, ou manter a prisão decorrente em flagrante, etc., somente após a tentativa de exaurimento 'de outras providências cautelares', de menor teor coercitivo, como a custódia em casa, o compromisso de comparecer, o confinamento, etc⁷⁰.

Essas medidas substitutivas à prisão preventiva, já se encontram implantadas com sucesso na legislação penal de outros países: Itália (Codice di Procedura Penale, art. 280 a 286); Portugal (Código de Processo Penal, art. 28); Argentina (Províncias: de Buenos Aires,

⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 104139. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJE de 08-09-2011. Acesso em: 31 de maio de 2012.

⁷⁰BÁRTOLI, Marcio. Prisão Cautelar e Princípio da Proporcionalidade. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, Edição Comemorativa, p. 1 a 11, out 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 17 out. 2011.

Código Procesal Penal, arts. 159 e 160); de Cordoba, Código Procesal Penal, art. 286); de Mendoza, Código Procesal Penal, arts. 314 e 315); e Uruguai (Código Del Proceso Penal, de la Republica Oriental del Uruguay, art. 73)⁷¹.

Agora, encontram-se também positivadas no Código de Processo Penal Brasileiro, além das já previstas em Leis Especiais Penais do ordenamento jurídico pátrio.

3 MEDIDAS ALTERNATIVAS E SUBSTITUTIVAS DAS PRISÕES CAUTELARES

As medidas cautelares desempenham um papel fundamental no Processo Penal, pois se constituem no principal meio utilizado para o alcance de uma eficácia prática da sentença final, possibilitando que o processo atinja todos os objetivos (jurídicos, sociais, políticos) para os quais foi originado. Sobre a importância das medidas cautelares, assevera Antonio Scarance Fernandes⁷²:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte.

Entre tais medidas cautelares, pode-se dizer a mais aplicada é a medida de caráter pessoal: prisão.

Nas prisões cautelares, sabe-se que o Estado deve observar sua necessidade de punir em face do Direito Fundamental à Liberdade, ou seja, tutelar os Direitos e Garantias Constitucionais, não pendendo para um lado ou para o outro, visto que é imparcial. Portanto,

⁷¹CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997 p. 98.

⁷²FERNANDES, *op cit.* p. 311.

deve punir o criminoso, pois caso não o faça gerará uma insegurança, não só jurídica, mas principalmente social. Contudo, também deve zelar pela preservação das Garantias Constitucionais, pois se não o fizer, será um Estado Autoritário.

Assim, a Lei dita o comportamento esperado, ou seja, os padrões a serem seguidos pelos subordinados, devendo para tanto prover as condições necessárias à realização de tal comportamento, e as formas de punição daqueles que não atenderem às expectativas.

Desse modo, a prisão cautelar não deve se prestar ao papel de mecanismo de violência arbitrária, a título gratuito, devendo ser utilizada somente em caráter excepcional, pois não se pode conceber que o Estado faça do Sistema Penitenciário o que vem sendo realizado. A Prisão é uma violação ao Direito Fundamental à Liberdade. Logo, deve ser sempre vista com reservas, sobretudo quando autorizada.

Além disso, a prisão viola também outra Garantia Constitucional, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse tocante, o encarceramento (sentenciado ou provisório) acarreta grave violência física, psicológica e social. Sem contar com o estigma da rotulação do preso e a conseqüente assimilação das características do rótulo pelo rotulado⁷³.

Por isso, cumpre frisar, mais uma vez, a grave consequência gerada pelo Estado nos abusos que vem sendo cometidos com a banalização da prisão (com ou sem sentença) e, que, empiricamente têm até demonstrado a ineficácia de sua utilização. Importante ressaltar, desde já, que não se defende deixar impunes àqueles que praticam determinadas condutas, contudo, também não se admite que o Estado se utilize sempre da via punitiva mais grave para solução de todos os conflitos⁷⁴.

Diante disso, defende-se a adoção de outras medidas cautelares, já que estas são fungíveis por natureza. Assim, a prisão preventiva deverá ser substituída por outra medida

⁷³SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba Lúmen Juris, 2006. p. 20.

⁷⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

menos gravosa ao imputado sempre que estas sejam suficientes para acautelar o processo principal.

Nesse contexto, ingressam no ordenamento jurídico, as denominadas medidas substitutivas e alternativas às prisões cautelares.

As medidas substitutivas são aquelas destinadas a substituir à prisão já decretada por uma medida cautelar menos gravosa para o acusado. Logo, somente são aplicadas após a prisão. De modo contrário, as medidas alternativas são aplicadas antes da prisão do acusado. Presta-se a evitar a aplicação da prisão preventiva⁷⁵.

Atualmente, existem no ordenamento jurídico brasileiro diversas leis que dispõem sobre direito penal e direito processual penal contendo regras que permitem à substituição ou alternatividade da prisão cautelar, medidas protetivas de urgência ou medidas cautelares diversas da prisão. Pretende-se trazer nesse trabalho, as principais, em ordem cronológica de datas até que se chegue na Lei 12.403/11, a qual se dará maior destaque.

3.1 Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815 de 19/08/80)

A Lei 6815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, embora editada antes da Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada encontrando-se, portanto, em pleno vigor.

Quando se trata de direitos humanos fundamentais, os estrangeiros residentes no País são protegidos e igualados aos nacionais, *ex vi* do disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, de modo que as regras relativas à prisão cautelar estudadas nesse trabalho têm integral aplicação em relação a eles.

⁷⁵DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2008. p. 201.

Considera-se estrangeira a pessoa que, por exclusão, não é considerada brasileira, nos termos do disposto no art. 12 da Constituição Federal de 1988.

O estrangeiro está sujeito à deportação; expulsão ou extradição, nos termos previstos no Estatuto em comento.

A deportação, objeto do Título VII da Lei 6815/80 (arts. 57 a 64), consiste na saída compulsória do território nacional daquele que está em situação irregular ou porque ingressou no território nacional sem ter visto, ou porque o visto expirou ou, ainda, porque, embora na condição de turista, exerceu atividade laborativa remunerada.

A expulsão, tratada no Título VIII da Lei 6815/80 (arts. 65 a 75), é a saída compulsória do território nacional do estrangeiro que, de qualquer modo, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais (art. 65). Além disso, ainda é passível de expulsão o estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro (art. 65, parágrafo único).

E a *extradição*, regulada no Título IX da Lei 6815/80 (arts. 76 a 94), representa um instrumento de cooperação internacional entre países, destinada a reprimir a criminalidade. Por meio dela um Estado entrega a outro uma pessoa acusada ou condenada, para que seja julgada ou submetida à execução da penal. Depende de tratado ou de promessa de reciprocidade (art. 76).

Vê-se, pois, que tais institutos são medidas administrativas de polícia que visam, tão somente, fazer com que o estrangeiro deixe compulsoriamente o Brasil. Diante

disso, o Estatuto do Estrangeiro prevê procedimentos especiais para prisão cautelar, evitando que o estrangeiro seja preso preventivamente por um período muito longo.

Na hipótese de deportação, a Lei 6815/80 (art. 61) prevê o recolhimento do estrangeiro à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, findo o qual ele será posto em liberdade, aplicando-se-lhe o disposto no art. 73 da referida lei (liberdade vigiada). Submetido à liberdade vigiada em lugar destinado pelo Ministro da Justiça, e sujeito a normas de comportamento que lhe forem estabelecidas, o estrangeiro poderá ter a sua prisão administrativa decretada por 90 (noventa) dias, em caso de descumprimento das normas estabelecidas para a liberdade vigiada.

Para a hipótese de expulsão, o estrangeiro estará sujeito à prisão por 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, decretável pelo Ministro da Justiça, a teor do art. 69, da Lei 6815/80, quando instaurado o processo de expulsão, para a conclusão do inquérito ou, ainda, para assegurar a execução da medida.

Sujeitar-se-á também, o estrangeiro submetido a processo de expulsão, às regras pertinentes à liberdade vigiada (arts. 73 e 74).

Para o caso de extradição, a Lei 6815/80 prevê a prisão preventiva (*rectius* administrativa) do estrangeiro (arts. 80; 81; 82 e 84) que será determinada pelo Ministro da Justiça, bastando para tanto, tão somente o ingresso do pedido de extradição.

Na hipótese prevista no art. 81, a prisão, que não se funda em nenhum motivo específico senão no interesse da Administração, tem caráter administrativo e não preventivo.

No seu art. 82, a Lei em comento prevê a possibilidade de prisão, esta sim, de caráter preventivo antes da instauração do processo de extradição para, em casos graves e urgentes, garantir assim a efetivação da extradição.

Nesse caso, será possível a prisão do extraditando, pleiteada pelo Estado requerente da extradição, decretada pelo Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, que

tem a competência para decidir sobre a legalidade e procedência do pedido de extradição (art. 83).

Essa prisão preventiva perdurará até a decisão final do Supremo Tribunal Federal e não admite a liberdade vigiada, a prisão domiciliar nem a prisão albergue, por razões óbvias, visto que tais medidas de contra cautela, não garantem a efetivação da extradição.

Porém, como destacado por Guilherme de Souza Nucci, o Supremo Tribunal Federal já permitiu “...a prisão domiciliar de importante figura política, ex-chefe de Estado estrangeiro, que estava em regime fechado, mas com duração excessiva, sem haver decisão do Plenário”⁷⁶. Embora o próprio doutrinador admita, posteriormente, que tal precedente não deve ser considerado como parâmetro⁷⁷.

Diante disso, pode-se afirmar que o Estatuto do Estrangeiro previu em seu corpo, as formas de prisão administrativa do estrangeiro, mas, de igual forma, se permite a liberdade vigiada do mesmo, evitando a prisão. Hoje, tem-se regulamentação semelhante com o advento do monitoramento eletrônico pela Lei 12.258/10.

3.2 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7492 de 16/06/86)

A Lei 7.492/86 busca assegurar a liquidez dos recursos econômicos disponíveis pelo Brasil, para garantir uma atuação eficaz, na consecução dos objetivos constitucionalmente previstos, como o desenvolvimento equilibrado do País (arts. 3 e 192, ambos da Constituição Federal).

⁷⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 388.

⁷⁷*Ibid.* p. 389.

O Art. 31 da Lei em comento prevê que os crimes contra o sistema financeiro nacional são inafiançáveis, além de ser obrigatório o recolhimento a prisão para apelar, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.

Entretanto, mesmo antes da Lei 12.403/11, já se entendia que isso se tratava de uma regra dispensável diante do extinto art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que permitia a liberdade provisória sem fiança, sempre que o juiz verificasse a inocorrência das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, aplicável a toda e qualquer infração penal grave.

Hoje, ainda que não subsista o dispositivo acima menciona, houve a revogação do Art. 325, §2º do CPP que estabelecia não caber fiança nos crimes contra a economia popular e sonegação fiscal. Isso reforça a idéia de que, não estando previstos como inafiançáveis pela Constituição Federal de 1988, os crimes contra o sistema financeiro nacional assim não devem ser considerados.

Da mesma forma, a proibição do apelo em liberdade não prevalece mais diante da revogação do Art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/08 e o art. 595 da lei 12.403/11. Portanto, nada mais impede que o agente apele em liberdade.

3.3 Discriminação Racial (Lei 7716, de 05/01/89)

Nos termos do seu art. 1º, a Lei 7716/89 determina a punição dos crimes “[...] resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia religião ou procedência nacional”. O fundamento constitucional para a criminalização dessas condutas discriminatórias e preconceituosas encontra respaldo no art. 3º da Constituição Federal, que

dispõe no seu inciso IV, ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ainda a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLII, prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Assim, os crimes definidos na Lei 7716/89 são inafiançáveis, *ex vi* do comando constitucional.

Entretanto, como já não se previa proibição para a concessão da liberdade provisória sem fiança, nos termos do disposto do atual no art. 310, §ú, do Código de Processo Penal, aonde já se entendia que esta podia ser utilizada nestes delitos, como forma de se evitar a prisão cautelar até o julgamento definitivo do processo, hoje, com o advento da Lei 12.403/11 deve-se observar a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares com observância do atual Art. 321 do CPP.

3.4 Crimes Hediondos (Lei 8072, de 19/08/80)

O artigo 2º, inciso II da Lei 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em sua redação original, vedava expressamente a concessão de fiança e liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Porém, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII vedava apenas a concessão de fiança (e não de liberdade provisória) nos crimes hediondos e equiparados.

Assim, o que fez o constituinte foi restringir a concessão de fiança a certos crimes, mas de forma alguma objetivou proibir a liberdade provisória, pois, conforme está sendo observado, esta pode ser concedida com ou sem fiança, nos termos da lei processual penal em consonância com o art. 5º, inciso LXVI da Constituição Federal.

Com isso, existia a discussão acerca do cabimento de liberdade provisória sem fiança e a impossibilidade de aplicação da liberdade provisória com fiança. Segundo Guilherme Nucci se tratava de um paradoxo, visto que crimes mais leves comportam a fiança que é negada aos crimes mais graves, e, esses, entretanto, comportavam a liberdade provisória mediante apenas ao comparecimento aos atos processuais⁷⁸.

Diante disso, a Lei 11464/07 conferiu nova redação ao inciso II do art. 2º da Lei em comento para suprimir a proibição da concessão da liberdade provisória sem fiança para os crimes considerados hediondos. Desse modo, embora insuscetíveis de liberdade provisória com fiança, os crimes considerados hediondos comportavam a liberdade provisória, antes pelo art. 310, §ú, Código de Processo Penal. Hoje, pode-se defender aplicação de outras medidas cautelares com base no Art. 321 do Código de Processo Penal.

Vejamos o entendimento adotado no HC n. 92824 pelo STF:

EMENTA: CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE HOMOLOGADA. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA. A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão. A análise do pleito de afastamento da qualificadora surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do habeas corpus. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida⁷⁹.

3.5 Juizados Especiais Criminais (Lei 9099, de 26/09/95)

Na Lei 9099/95, deve-se destacar o disposto no parágrafo único do art. 69, *verbis*: “Parágrafo único – Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente

⁷⁸*Ibid.* p. 606.

⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 92824. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJE de 09-05-2008. Acesso em: 20 set. 2012.

encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança [...]"

Sabe-se que esta Lei trata dos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não é superior a 2 (dois) anos, de modo que não se justifica, realmente, a prisão cautelar de seu autor, desde que este se comprometa à comparecer ao juizado especial competente.

Nesse caso, o auto de prisão em flagrante somente será lavrado na remota hipótese de o autor do fato se recusar ao compromisso de comparecimento. Ainda assim, será possível a liberdade provisória com ou sem fiança.

3.6 Crimes de Tortura (Lei 9455, de 07/04/97)

O Art. 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988 prevê que o crime de tortura é inafiançável, sendo este o fundamento constitucional da regra consubstanciada no parágrafo 6º do art. 1º da Lei 9455/97. Entretanto, assim como já se defendeu nesse trabalho para outras leis, nunca houve proibição para a concessão da liberdade provisória sem fiança, nos termos do antigo art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Desse modo, permitia-se essa contracautela que, hoje, deve ser aplicada nos moldes do art. 321 do CPP.

3.7 Crimes culposos de Trânsito (Lei 9503, de 23/09/07)

O Código de Trânsito Nacional dispõe em seu art. 301 que: “ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulta vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”.

O acerto deste dispositivo legal é evidente: tratando-se de crime culposos de trânsito (bem como de qualquer outro delito culposos) não se justifica a prisão cautelar de seu autor, e, ainda, traz como incentivo para que o autor do fato preste o devido socorro à vítima.

Além disso, cumpre ressaltar ainda que a interpretação de tal dispositivo não se configura no sentido de que será possível a prisão em flagrante caso o autor do fato não preste socorro à vítima. Este entendimento é equivocado, já que o próprio Código de Trânsito, em seus Arts. 302, III e 303, parágrafo único diz que a omissão de socorro acarretará para o autor do fato, apenas e tão somente o aumento da pena de 1/3 a 2/3, não se justificando, portanto, que seja ainda mais agravada a situação do autor do fato com a sua prisão em flagrante.

3.8 Lavagem de Capitais (Lei 9613, de 03/03/98)

O art. 3º da Lei 9613/98 estabelecia que os crimes nela disciplinados eram insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. Tal disposição legal mereceu justa crítica de Guilherme Nucci⁸⁰, pois a liberdade provisória é concedida com ou sem fiança, de modo que o uso das expressões insuscetíveis de fiança e liberdade provisória é absolutamente inadequado.

Além disso, esse dispositivo era absolutamente contraditório, visto que, mais adiante, se prevê na mesma legislação a permissão de o condenado apelar em liberdade. Dessa forma, o entendimento que se faria é o seguinte: durante o processo se tem restrição expressa ao princípio da presunção de inocência, e, após a sentença, o condenado pode apelar em liberdade.

Diante disso, tem-se que concluir que o dispositivo legal em comento determinava que, o juiz só poderia fundamentar a permissão de liberdade para o condenado

⁸⁰NUCCI, *op. cit.* p. 723.

apelar, caso não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 387, § único, do CPP, com a redação da Lei 11719/08). Sendo assim, pela mesma razão, na inexistência dos motivos ensejadores da prisão, já se defendia ser permitida, desde o início do processo, a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Hoje, não existe mais qualquer discussão, tendo em vista que a Lei 12.683/12 (“nova” Lei de Lavagem de Dinheiro) revogou expressamente o Art 3º da Lei 9.613/98.

3.9 Estatuto do Desarmamento (Lei 10826, de 22/12/03)

O Art. 21 do Estatuto do Desarmamento prevê que os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito; comércio ilegal de arma de fogo e; tráfico internacional de arma de fogo são insuscetíveis de liberdade provisória.

Nesse caso, além da discussão acima mencionada com relação à aplicabilidade do dispositivo após o advento da Lei 11.464/07, tem-se ainda que questionar a possibilidade de uma lei infraconstitucional proibir a liberdade provisória genericamente, tendo em vista a posição contrária do atual ordenamento constitucional. A resposta obviamente é negativa. Isso ocorre pelo fato de o constituinte trazer, como regra, a liberdade do indivíduo e, apenas como exceção, a prisão. É exatamente o que está previsto no Art. 5º, LVII; LXI e LXV da Carta Magna.

Ademais, é importante ressaltar que a Constituição, em se tratando da liberdade do indivíduo, trouxe garantias mínimas e vedações máximas. Dessa forma, permite-se que a legislação infraconstitucional amplie sem nenhum problema as garantias dos indivíduos, mas, impede-se sua restrição, salvo quando realizado de forma rigorosamente constitucional.

Assim, é até aceitável a discussão sobre a vedação da concessão da fiança no crime de tráfico de drogas (pois, esta regra emana do poder constituinte originário), conforme artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal que se verá mais a frente. Por outro lado, não é possível que a lei infraconstitucional crie outras hipóteses de inafiançabilidade ou de vedação à liberdade provisória.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3112, se pronunciou pela inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), que, conforme visto, veda a liberdade provisória nos crimes acima referidos.

Para ilustrar, transcreve-se a ementa da ação direta julgada procedente pelo pretório excelso:

ADI 3112 / DF - DISTRITO FEDERAL. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. (...) LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. (...) AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I (...). IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. (...). IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003⁸¹.

3.10 Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 07/08/06)

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, estabeleceu um microsistema de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, conferindo efetividade

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3112. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJE de 02-05-2007.

à disposição constitucional consubstanciada no art. 226, §8º, da Constituição Federal e adequando o ordenamento jurídico vigente aos tratados internacionais de proteção à mulher⁸².

Assim, dentre as inovações previstas, a Lei 11340/06 introduziu nova hipótese de prisão preventiva, ao acrescentar o inciso IV ao artigo 313, do Código de Processo Penal, dispondo que será decretada a prisão preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Esse dispositivo foi mantido pela 12.403/11 no inciso III com a seguinte redação: “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: 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”.

Diante disso, verifica-se, inicialmente, que a natureza jurídica dessa prisão preventiva é garantir a execução das medidas protetivas de urgência, instituídas pela mesma lei 11.340/06, diferindo, portanto, das outras hipóteses legais de prisão, na medida em que não se destina à garantir a ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Além disso, percebe-se com firmeza que, em tema de violência doméstica e familiar contra a mulher, a prisão preventiva do acusado passou à categoria de cautela subsidiária (*ultima ratio*), deixando de ser medida processual imediata, ou mesmo alternativa única, para ser apenas o último meio de coerção às finalidades do processo.

Para isso, a Lei 11.340/2006 munuiu os magistrados dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de amplos instrumentos processuais para fazer cessar a possibilidade da reiteração criminosa pelo agressor e preservar a integridade física e psíquica

⁸² CONVENÇÃO Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. 09 junho 1994. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=6ade867f-ae13-4b58-9f9c-580ecd41efbe&groupId=10136>. Acesso em: 30 out. 2011.

da ofendida, de seus familiares e testemunhas, antes mesmo do manejo do encarceramento preventivo do acusado.

Essas medidas são conhecidas como medidas protetivas de urgência, estabelecendo rígidas obrigações para o agressor ou outras que diretamente socorrem a ofendida.

Assim, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, dentre outras medidas: a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; e, restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores.

Cumprido ressaltar ainda que, as medidas protetivas de urgência expressamente elencadas na Lei 11.340/2006 são meramente exemplificativas, podendo o juiz se utilizar de outras medidas previstas na legislação brasileira em vigor, bem como agora, após a Lei 12.403/11, utilizar-se do próprio Código de Processo Penal, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem.

3.11 Lei de Drogas (Lei 11343, de 23/08/06)

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, XLIII, que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

Em consonância com o dispositivo constitucional, a Lei nº 11.343/06, dispôs em seu artigo 44, que os crimes de tráfico de entorpecentes são insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Com isso, pode-se perceber que a Lei de Drogas foi além do dispositivo constitucional, pois ampliou as hipóteses de restrição da liberdade.

Diante disso, deve-se analisar se a Constituição Federal de 1988, ao prever a inafiançabilidade dos crimes de tráfico de drogas proíbe também a concessão da liberdade provisória sem fiança.

Ocorre que, diferente do que ocorreu com o Estatuto do Desarmamento acima analisado, a vedação da liberdade provisória quanto ao crime de tráfico de drogas pode ser extraída do próprio texto constitucional. Sendo assim, a norma do artigo 44, da Lei nº 11.343/06 deveria ser entendida como constitucional.

Agora, esse entendimento merece ser rediscutido após o advento da Lei 11.464/07. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de que essa Lei em nada interferiu na vedação da Lei 11.343/06. Segundo a Suprema Corte, a Lei 11.464/2007 apenas corrigiu redundância legislativa, pois ao vedar fiança, implicitamente vedava liberdade provisória. Além disso, conclui ainda que se entendesse abolida a proibição da liberdade provisória, essa permissão não se estenderia para o delito de tráfico de entorpecentes, pois tanto a CF/88, como a Lei 11.343/2006 (lei especial), impedem a aplicação do citado benefício:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR E DE FRAGILIDADE DA DECISÃO QUE DENEGA A SOLTURA DO PACIENTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. ORDEM DENEGADA. I - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). Precedentes. II - Com a superveniência da sentença condenatória, ademais,

fica prejudicada a alegação de ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar e de eventual vício na decisão que indeferiu o pedido de soltura do paciente. III - Réu que, ademais, foi preso em flagrante e permaneceu detido ao longo de toda a instrução criminal. IV - Ordem denegada⁸³.

EMENTA: HABEAS CORPUS. 1. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO DA PRESENTE AÇÃO. 2. PACIENTE QUE Á ÉPOCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA ESTAVA PRESO EM FLAGRANTE POR COLABORAR COMO INFORMANTE COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADO À PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33, CAPUT, E 34 DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS PRESOS EM FLAGRANTE POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. 3. PACIENTE QUE NÃO ESTAVA EM LIBERDADE AO TEMPO DA SENTENÇA PARA POSTULAR O BENEFÍCIO. PRECEDENTES. 1. A superveniência da sentença condenatória, apesar de constituir novo título da prisão, não prejudica a ação no caso de tráfico de drogas, uma vez que o réu somente poderá apelar em liberdade se estiver solto ao tempo da condenação. Habeas corpus conhecido. 2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. A Lei 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 4. Paciente preso em razão do flagrante por colaborar como informante com grupo, organização ou associação destinado à prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 34 da lei 11.343/06. Não há falar, na espécie vertente, em direito de recorrer em liberdade, uma vez que, em razão da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, o Paciente não está solto à época da prolação da sentença. Precedente. 5. Ordem denegada⁸⁴.

Nesse mesmo sentido, é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO, RECEPÇÃO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL IMPETRADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NATUREZA ALTAMENTE DANOSA DE UMA DELAS. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Evidenciada a gravidade concreta dos crimes em tese

⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98.746. Relator: Min. Celso de Melo. Publicado no DJE de 12-03-2010. Acesso em: 20 set. 2012.

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 97.975. Relator: Min. Carmen Lúcia. Publicado no DJE de 19-03-2010. Acesso em: 20 set. 2012.

cometidos, diante da grande quantidade de entorpecentes apreendidos e a natureza altamente danosa de uma delas, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar, para o bem da ordem pública. 2. Não caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei n.º 11.343/06, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura clausulada nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações. Precedentes da Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal. 3. Ordem denegada⁸⁵.

Essa interpretação dos Tribunais Superiores, *máxima venia*, merece ser discutida. Isso porque, lendo o art. 5.º, XLIII, da CF/88 não se encontra (nem implicitamente) a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos. Assim, pode-se afirmar que isso foi criação do legislador ordinário, quando, na redação original da Lei 8.072/90, proibiu expressamente esse benefício para os autores desses crimes (e equiparados).

No caso do tráfico de drogas, equiparado a hediondo desde 1990, a proibição da liberdade provisória foi reiterada no Art. 44 da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Dessa forma, desde 08.10.2006 (data em que entrou em vigor esta última lei) se encontra essa proibição, tanto na lei geral (lei dos crimes hediondos) como na lei especial (lei de drogas).

Agora, o que os Tribunais estão se esquecendo é que esse cenário foi completamente modificado com o advento da Lei 11.464/2007 (vigente desde 29.03.2007). Como já se viu, essa Lei, alterando a redação do art. 2º, II, da Lei 8.072/90, aboliu a vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados. Sendo assim, houve uma sucessão, no tempo, de leis processuais materiais, fenômeno regido pelo princípio da posterioridade, isto é, a lei posterior revoga a lei anterior. Em outras palavras, o Art. 44 da Lei 11.343/06 foi derogado pela nova lei, devendo desaparecer do citado artigo 44, a proibição da liberdade provisória.

Com isso, cumpre observar que a interpretação dos Tribunais gera indisfarçável injustiça, pois, proibindo o beneplácito da liberdade provisória somente para o

⁸⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 147.019. Relator: Min. Jorge Mussi. Publicado no DJE de 12-04-2010. Acesso em: 20 set. 2012.

tráfico ilícito de entorpecentes (e não para outros delitos elencados na Lei 8.072/90) são desconsiderados princípios basilares do Direito Penal, como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia.

3.12 Lei 12.403/11 – Alteração ao Código de Processo Penal

A Lei 12.403/11 sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. A inovação legislativa faz parte dos recentes projetos de Leis que visam à realização de reformas pontuais no Código de Processo Penal Brasileiro em necessidade de sua adequação com os princípios insculpidos pela Constituição Federal de 1988, e, ainda, tem especial finalidade de eliminar o caráter inquisitório do Código, resultante do contexto histórico em que foi elaborado e as características de bases fascistas e autoritárias nele presentes.

De acordo com a norma constitucional, a liberdade é a regra e, como tal, deve ser tutelada pelos ordenamentos infraconstitucionais. Ademais, ninguém poderá ter sua liberdade cerceada senão quando preso em flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, ou ainda, antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Além disso, o princípio constitucional de presunção de inocência até então não era devidamente observado com ocorrência de prisão cautelar de quem deveria ser considerado inocente pelo simples arbítrio subjetivo do julgador a respeito da gravidade do fato.

Agora, com o advento da Lei, pode-se notar uma especial preocupação do legislador em atribuir à prisão o caráter de exceção. Assim, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Pela Lei, ninguém responde mais um processo preso em virtude da prisão em

flagrante, a qual deverá ser convertida em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

A partir da nova Lei, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas no Código de Processo Penal que ocorrerem antes do trânsito em julgado das decisões, receberão a alcunha ou denominação de medidas cautelares. Antes da sentença final, é imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar (artigo 282 do Código de Processo Penal).

Dessa forma, as medidas cautelares não poderão ser aplicadas pela discricionariedade do magistrado, uma vez que o legislador cuidou de estampar no dispositivo supracitado alguns critérios para sua aplicação. Além disso, o juiz deve obedecer outros requisitos indispensáveis, já citados nesse trabalho, tais como: a instrumentalidade das medidas cautelares; prova da existência do crime; indícios da autoria; princípio da presunção de inocência; o risco que pode apresentar a liberdade do acusado; o princípio da proporcionalidade; o princípio da intervenção mínima; relação custo-benefício; e a justificação teleológica da medida.

E, ainda, conforme visto, deverá observar, antes de aplicar qualquer medida restritiva de liberdade, a possibilidade de aplicação de outras medidas coercitivas menos drásticas, previstas, exemplificativamente, no artigo 319 do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do

seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

As medidas cautelares alternativas ou substitutivas citadas acima são, sem dúvida, a grande inovação trazida pela Lei 12.403/11. Sendo assim, o magistrado dispõe agora de, 09 (nove) medidas cautelares, para evitar o encarceramento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Esse dispositivo sacramenta a idéia da excepcionalidade da prisão, sendo, a regra, responder o processo em liberdade.

Cumpramos ressaltar que, algumas medidas já eram conhecidas em nosso ordenamento, tais como, por exemplo, as estabelecidas nos incisos I e IV, quando, de certa maneira, previstas no artigo 89, §1º da Lei 9.099/95. Porém, nesse caso, temos a grande diferença de que, a Lei nº 9.099/95 restringe-se aos crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada de dois anos), enquanto que a Lei nº 12.403/2011 trouxe essas disposições para os crimes com pena máxima cominada de até 04 anos, além de poder ser aplicada em qualquer fase da persecução – a suspensão é cabível quando já oferecida a denúncia.

Os incisos II e III já eram abordados na Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. No entanto, também pode ser entendido como inovadora a nova Lei, já que, na Lei Maria da Penha, a sua função era de impedir que o agressor tivesse qualquer contato com a ofendida e o artigo 319 do Código de Processo Penal é mais abrangente, uma vez que não há necessidade de ocorrência de violência doméstica, tampouco restrição quanto ao sexo, podendo a vítima ser homem ou mulher.

Tem-se a fiança (inciso VII), que já era disciplinada pelo próprio Código de Processo Penal. Todavia, verifica-se uma ampliação em suas hipóteses, além do aumento de seu valor. Com a Lei, a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Acima desse patamar, apenas o juiz pode fixá-la, em até 48 horas.

E, ainda, a monitoração eletrônica, que já estava introduzida pela Lei nº 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal. Ainda assim, pode-se dizer que, naquele diploma, a intenção é assegurar que os condenados com decisão definitiva retornem quando da sua saída temporária – regime semi-aberto – ou assegurar que permanecerão na sua residência – quando da prisão domiciliar, consoante se depreende do artigo 146-B da Lei 7.210/84:

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I – vetado; II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III – vetado; IV - determinar a prisão domiciliar; V – vetado⁸⁶.

Com o artigo 319, IX do Código de Processo Penal, tem-se outra dimensão à monitoração eletrônica. Agora, a medida pode ser aplicada aos presos provisórios, seja isoladamente, seja em conjunto com outras das oito medidas trazidas pela nova lei. Apesar da grande discussão no que toca à violação do princípio da dignidade humana nessa utilização de braceletes ou tornozeleiras com este objetivo de monitorar o indivíduo, em que pese o tema não ter sido ainda abordado pelos Tribunais Superiores, diante de tudo o que foi dito nesse trabalho, pode-se fazer um sopesamento de princípios e acreditar que, não se configura violação, desde que o dispositivo seja discreto e não ostensivo.

Note-se que a criação dessas medidas cautelares não tem o intuito de abolir a prisão provisória, mas, tão somente, de tentar concretizar o seu caráter de excepcionalidade, somando-se, a partir da nova lei, a subsidiariedade, já que, além de ser usada em casos extremos, a prisão deve ser manejada quando não for suficiente uma das outras medidas.

Após breve análise de todas as medidas trazidas pela Lei em comento, permite-se verificar avanços do legislador no combate à prisão indiscriminada, eliminando a péssima cultura judicial do país de prender cautelarmente os que são considerados não culpados antes

⁸⁶BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 27 ago. 2011.

do trânsito em julgado, pela Constituição Federal de 1988, tendo como base, única e exclusivamente, a opinião subjetiva do julgador a respeito da gravidade do fato.

Além disso, pode-se dizer ainda que, a Lei 12.403/11 foi positiva ao regular o cabimento da liberdade provisória cumulada com outras cautelares, quando ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Dessa forma, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 do Código, quais sejam, a necessidade e adequação.

Por todo o exposto, a Lei 12.403/11 é de extrema importância para o mundo jurídico, por inovar em parte da tão discutida da reforma do Código de Processo Penal, passando a enfatizar princípios constitucionais de extremo valor para o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988). Como consequência disso, tem-se que, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, a inviolabilidade da liberdade individual só poderá ceder em caráter excepcional, diante de hipóteses expressas e previamente consagradas em lei. O encarceramento fora dessas hipóteses será não só ilegal, mas, inconstitucional. Sendo assim, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá finalidade meramente cautelar, visto que, o fundamento da prisão cautelar é a necessidade, não a culpa.

Além disso, verifica-se que toda e qualquer prisão cautelar exige a conjugação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. O primeiro, consubstanciado na prova da

existência do crime e de indícios de autoria, repousa na imputação provável, isso é, na alta probabilidade e não na simples possibilidade de condenação. E o segundo, exige ser demonstrada, à sociedade, a necessidade da adoção da medida extrema, para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Hoje, tem-se ainda a obrigatoriedade de observar, antes da decretação de uma prisão cautelar, se o indiciado ou acusado não merece se valer de outra medida alternativa à sua restrição de liberdade. Essa alteração adveio com a modificação proposta pela Lei 12.403/11 no Código de Processo Penal.

Dessa forma, o juiz criminal, ao decretar ou manter uma prisão cautelar, não deve esquecer sua relevante função de *custos libertatis* e, assim, agir com extrema cautela, já que se trata de medida excepcional, em que, qualquer seja sua modalidade, representa espécie de irreversível adiantamento da execução, causadora de males irreparáveis quando ao final se apura que o réu é inocente.

Em suma, a prisão cautelar é exceção e a liberdade é a regra. Infere-se, pois, que a medida excepcional será admitida e perdurará *si et in quantum* necessária. Do mesmo modo, não existindo ou desaparecendo a sua necessidade, o juiz criminal não poderá negar ao preso o benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança ou, conforme o caso, aplicar medida alternativa ou substitutiva prevista no Código de Processo Penal.

Portanto, a grande questão do tema é a necessidade de se estabelecer o necessário equilíbrio entre o direito individual do cidadão e o direito social à segurança, tornando-se indispensável um sistema de garantias e limitações. No Estado Brasileiro, de cunho democrático constitucional, não raras vezes defronta-se com esse dilema, quando para coibir condutas calcadas nas liberdades democráticas, tende-se a destruir a própria democracia.

Logo, há que se combater as condutas criminosas, sem, entretanto, desprezar os princípios de liberdade e igualdade que também se defende, resguardando, assim, as garantias e direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BÁRTOLI, Marcio. Prisão Cautelar e Princípio da Proporcionalidade. *In Boletim IBCCRIM*. São Paulo, Edição Comemorativa, p. 1 a 11, out 2002. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 17 out. 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Buenos Aires: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Afonso Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES JR. Aury. *Introdução Crítica ao Direito Processual Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Processual e sua conformidade processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu. *Processo Penal Cautelar*. São Paulo: Forense, 1982.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de Pereira Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba Lumen Juris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.