

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**DANIEL SILVA NOGUEIRA**

**ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

SÃO LUÍS – MA  
2017

**DANIEL SILVA NOGUEIRA**

**ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como  
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Raimundo Nonato Serra Campos  
Filho

SÃO LUÍS - MA  
2017

**DANIEL SILVA NOGUEIRA**

**ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como  
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovação em:     /     /

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof.º Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)**

---

**1º EXAMINADOR**

---

**2º EXAMINADOR**

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por seu infinito amor e misericórdia, pela salvação em Jesus Cristo, da qual eu não sou merecedor. Pelo presente da vida, pela minha família e amigos, por cuidar de mim e cobrir-me com muitas bênçãos.

A minha mãe, Berenice, por ter lutado para oportunizar uma vida digna a mim.

A minha avó, Maria Dofá, por ter ajudado em minha criação.

As minhas tias Ivanilce, Cleonice, Josilene e Oscenilce, por terem comigo o cuidado que se tem com um filho.

Aos meus tios Maria Áurea e Ribamar, por terem permitido que o seu lar fosse a minha segunda casa.

Aos meus irmãos Danilo, Daniela e Gabriel, por eu saber que posso contar com vocês.

A toda minha família, pelo cuidado, proteção, educação e pelos valores repassados. Por terem moldado para que eu seja hoje quem eu sou.

A Tiago Amaral, Filipe, Eloneida, Tiago Almeida, Josiellen, Aline, Gleydiane, Joelson e Dalvina, por terem sido meus companheiros nessa jornada.

A Leonardo e Renata, grandes presentes que Deus deu a mim, pelas sempre frutíferas conversas.

Ao meu pastor Eliézero e aos meus irmãos em Cristo, por serem a minha segunda família.

Ao Prof. Campos, pela generosidade e voluntariedade.

A todos os amigos que, de alguma forma, foram de grande ajuda.

*“Ouça conselhos e aceite instruções, e acabará sendo sábio”.*

*Provérbios 19:20*

## RESUMO

O direito a liberdade compreende um dos direitos mais efetivos, sendo o direito a liberdade de locomoção um dos quais é mais efetivo. Por meio dele o indivíduo consegue fluir e gozar de vários outros direitos. O Estado, no exercício soberano de seu poder, resolveu atingir este direito como forma de punição que aflige a um descumpridor da norma penal. O princípio constitucional da presunção de inocência aduz que todos são inocentes até que sejam condenados em última instância em processo penal. A pena de prisão é imposta após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A fim de proteger a persecução penal contra eventuais embaraços, foram instituídas as medidas cautelares, que devem ser aplicadas em casos excepcionais, de maneira instrumental, quando forem necessárias e adequadas para garantir a efetividade do Estado em busca da verdade real. As medidas cautelares pode ser de natureza patrimonial, relativas a prova e de natureza pessoal. As de natureza pessoal recaem sobre a pessoa do investigado ou acusado. Elas podem ser prisão em flagrante, prisão domiciliar, prisão temporária, prisão preventiva e medidas cautelares diversas da prisão. A prisão preventiva somente será aplicada quando não for possível aplicar eficientemente qualquer outra medida. Por recolher o indivíduo ao cárcere, sua aplicação confunde-se com a pena de privação de liberdade. A decretação desta medida deve ser feita em total observância das imposições legais, a fim de evitar condenação antes do trânsito em julgado do processo.

**Palavras chave:** direito a liberdade. Princípio da presunção de inocência. Medida cautelar. Prisão preventiva.

## ABSTRACT

The right to freedom includes the most effective rights, and the right to freedom of movement is one of the most effective. Through him the individual can flow and enjoy various other rights. The State, in the sovereign exercise of its power, resolves the right as a way of punishment that afflicts a disobedient of the criminal law. The constitutional principle of the innocence assumption affirm that everyone is innocent until they are ultimately condemnation in criminal proceedings. The penalty of imprisonment is imposed after the sentence is permanently judged. In order to protect Criminal prosecution of possible embarrassment, Precautionary measures were imposed, which must be applied in exceptional cases, in an instrumental way, when necessary and effective to ensure the effectiveness of the State in search of real truth. The precautionary measures may be of an patrimonial provenance, related to proof and of a personal provenance. As of a personal provenance they fall on the investigated or accused person. These may include arraignment, house arrest, temporary custody, custody and various precautionary measures of imprisonment. Pre-trial detention is only applied where it is not possible to use any other measure. Because the individual is taken to jail, the measure application is confused with the penalty of deprivation of liberty. The enactment of this measure must be carried out in full compliance with the legal impositions, in order to avoid the condemnation before the sentence is permanently judged.

Key words: right to freedom. principle of the innocence assumption . Precautionary measure. Pre-trial detention.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2</b>	<b>METODOLOGIA .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1</b>	<b>Métodos de abordagem .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>Método de procedimento.....</b>	<b>11</b>
<b>2.3</b>	<b>Técnicas de pesquisa.....</b>	<b>12</b>
<b>3</b>	<b>HISTÓRICO .....</b>	<b>13</b>
<b>3.1</b>	<b>Prisão Preventiva.....</b>	<b>14</b>
3.1.1	Antiguidade.....	14
3.1.2	Idade Média .....	14
3.1.3	Histórico no Brasil .....	15
<b>3.2</b>	<b>Princípio da presunção de inocência.....</b>	<b>17</b>
3.2.1	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão .....	18
3.2.2	Histórico no Brasil .....	19
<b>4</b>	<b>PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>22</b>
<b>4.1</b>	<b>Regra probatória.....</b>	<b>23</b>
<b>4.2</b>	<b>Tratamento dispensado ao acusado.....</b>	<b>24</b>
<b>5</b>	<b>MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>27</b>
<b>5.1</b>	<b>Princípios norteadores das medidas cautelares.....</b>	<b>29</b>
<b>5.2</b>	<b>Espécies de medidas cautelares.....</b>	<b>32</b>
<b>5.3</b>	<b>Medidas cautelares de natureza pessoal.....</b>	<b>33</b>
5.3.1	Prisão em flagrante.....	34
5.3.1.1	Espécies de flagrante .....	35
5.3.2	Prisão domiciliar .....	36
5.3.3	Prisão preventiva.....	38
5.3.4	Prisão temporária .....	39
5.3.5	Medidas cautelares diversas da prisão.....	41
5.3.5.1	Espécies de medidas cautelares diversas da prisão .....	43
<b>6</b>	<b>PRISÃO PREVENTIVA .....</b>	<b>48</b>
<b>6.1</b>	<b>Conceito de prisão preventiva.....</b>	<b>48</b>
<b>6.2</b>	<b>Iniciativa para decretação.....</b>	<b>50</b>
<b>6.3</b>	<b>Momento da decretação .....</b>	<b>51</b>
<b>6.4</b>	<b>Pressupostos.....</b>	<b>52</b>
<b>6.5</b>	<b>Hipóteses de admissibilidade .....</b>	<b>59</b>
<b>7</b>	<b>APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR FACE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>62</b>
<b>7.1</b>	<b>Opinião pública e clamor popular .....</b>	<b>63</b>
7.1.1	Decretação de medida cautelar ante o clamor popular .....	65
<b>7.2</b>	<b>Decretação de medida cautelar sem antecipação de condenação .....</b>	<b>66</b>
<b>8</b>	<b>COCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>73</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O direito à liberdade é um dos pilares de qualquer estado que pretenda ser democrático de direito. É através do exercício dele que o indivíduo consegue lutar pelos demais direitos que julga lhe serem devidos. É ele também um meio que instrumentaliza a efetiva usufruição dos direitos assegurados. Não sem motivo a liberdade integrou o lema da Revolução Francesa que, dentre outras aspirações, lutou para por fim às constantes violações que afligiam aqueles que não integravam o clero e a nobreza franceses. Este direito integraria a primeira dimensão dos direitos do homem. Conforme leciona Moraes (2010), esta primeira dimensão abrangeria os direitos de liberdade, a segunda compreenderia os direitos de igualdade e a terceira seria complemento do lema símbolo da Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Tal direito desdobra-se nos mais variados aspectos, como direito à liberdade religiosa, liberdade de imprensa, liberdade para contratar, liberdade de locomoção. Estes direitos devem ser efetivamente assegurados, permitindo-se aos seus destinatários o acesso desembaraçado aos mesmos. Conforme entendimento consagrado na Declaração dos Direitos do Homem, a liberdade assegura a possibilidade de se fazer tudo aquilo que não configure como sendo algo prejudicial a outrem.

Ainda que não se esteja diante de qualquer ilícito, seja de natureza civil e tampouco de natureza penal, existe um arcabouço de mecanismos legais que objetivamente empreendem-se a limitarem o exercício do direito à liberdade. Sob as mais variadas motivações, o legislador vai elaborando uma série de regras que funcionam como verdadeiros freios, destinados a produzirem determinados efeitos tendo-se, pelo menos sob uma ótica idealista de inafastável perseguição do bem comum, a função última de promover o bom desenvolvimento da sociedade.

O direito à liberdade é de tal monta sensível que o Estado, no exercício soberano de seus poderes, instituiu uma série de meios e mecanismos que, em maior ou menor escala de eficiência, sendo não necessariamente satisfatórios e suficientes para tal, propõem-se justamente a atacarem diretamente tal direito a fim de causar um castigo ao que tenha praticado qualquer conduta omissiva ou comissiva que configure uma violação ao ordenamento jurídico posto.

Dentre as diversas vertentes do direito à liberdade, aquela sobre qual o Estado debruça-se mais vorazmente a fim de punir os seus súditos é sem dúvida o direito à liberdade de locomoção. Privar o indivíduo de poder locomover-se sem embaraços é algo que lhe causa

tamanha penitência a ponto de fazê-lo pagar pelos seus erros, como também lhe permite arrepende-se por ter empreendido a prática delituosa.

A pena de prisão encontra seu expoente máximo na de prisão perpétua. E, numa escala de severidade de penas aplicadas nos Estados considerados democráticos, a prisão é somente superada pela pena capital, uma vez que, por óbvio, esta representa o cessar da possibilidade de exercer qualquer outro direito.

No ordenamento jurídico brasileiro a pena de prisão dar-se exclusivamente na hipótese de violação da legislação penal, com exceção feita ao caso da prisão civil pelo inadimplemento de obrigação do devedor de alimentos. E dentro da própria seara penal, o legislador faz uso da pena de prisão como método punitivo somente quando a reprovação da conduta delituosa é de tal monta grave a ponto de não serem as demais espécies punitivas necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime. Assim, resta de plano evidenciado que a prisão constitui-se em exceção, aplicável somente em casos extremos.

Em outra dimensão, a prisão é utilizada como medida cautelar, dos quais se tem as seguintes espécies: a prisão em flagrante, a prisão temporária, prisão domiciliar e prisão preventiva *stricto sensu*. Estas medidas são aplicadas a fim de que a persecução penal seja protegida, evitando que ameaças concretas frustrem a efetiva prestação da atividade jurisdicional. Estas são medidas excepcionais, aplicáveis somente quando as demais medidas cautelares mostram-se comprovadamente infrutíferas e insuficientes ao propósito a que se destinam.

Estas medidas cautelares pessoais que incidem sobre o direito de locomoção do indivíduo são extremamente invasivas, uma vez que se assemelham em método de execução à pena de prisão imposta em caso de condenação pela prática de infração penal.

Por isso, justifica-se que as mesmas sejam aplicadas em casos extremamente imprescindíveis, a fim de que não se imponha ao investigado ou acusado qualquer atuação estatal que lhe aflija qualquer antecipação de condenação ainda não estabelecida por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Por isso, o legislador instituiu uma série de critérios que excepcionalizam a decretação de qualquer medida cautelar, a fim de que as mesmas não sejam indiscriminadamente aplicadas, frustrando os propósitos a que se destinam.

Corolário do estado democrático de direito, o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente consagrado, incidente sobre o direito penal, preceitua que todos são efetivamente considerados inocentes. Situação esta que se desconfigura somente com o estabelecimento de lide processual penal que, após o esgotamento de todas as instâncias do

Judiciário, sentencie o acusado como culpado pelo cometimento da infração penal. Somente depois de satisfeito este caminho poderá o Estado impor a pena ao réu.

Evidencia-se, portanto, como são latentes as tensões que a imposição de prisão cautelar pode causar sobre a observância do princípio da presunção de inocência. Assim, é necessário verificar as condições e limites da aplicação de medidas cautelares, a fim de que as mesmas não sejam aplicadas em desconformidade com o princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, o presente trabalho acadêmico objetiva analisar os pressupostos legais que garantem a aplicação da Prisão Preventiva e demais medidas cautelares observando-se o Princípio da Presunção de Inocência.

Para tanto, no segundo capítulo será explanada a metodologia utilizada para elaboração da pesquisa. O capítulo seguinte destinar-se-á a traçar a evolução histórica do princípio da presunção de inocência e da prisão preventiva no Brasil e no mundo. O capítulo subsequente abordará o princípio da presunção de inocência, traçando seus pressupostos fundantes. Adiante serão exploradas as medidas cautelares, seus princípios norteadores e suas espécies de natureza pessoal. Na sequência debruçar-se-á sobre a prisão preventiva, seus pressupostos e hipóteses de admissibilidade. O capítulo posterior a aplicabilidade das medidas cautelares em consonância com o princípio da presunção de inocência, fazendo-se logo adiantes as considerações finais sobre o tema abordado.

## **2 METODOLOGIA**

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa possui como finalidade levantar hipóteses teóricas sendo necessário esclarecer importantes questões relacionadas à Prisão Preventiva e o Princípio de Presunção de Inocência.

### **2.1 Métodos de abordagem**

O método de abordagem a ser empregado na pesquisa é o método dedutivo que é baseado no silogismo partindo de uma premissa maior ou geral para uma menor ou particular juntamente com o emprego de dados bibliográficos.

Segundo Gil (2008) o método dedutivo "parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica". A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e irrefutáveis, prediz a ocorrência de casos baseados unicamente na lógica.

Desta forma, o raciocínio considerado dedutivo tem como finalidade explicar o conteúdo presente nas premissas de ordem descendente, de uma análise do geral para o particular, até chegar a uma conclusão.

O silogismo, a construção lógica, é utilizado para a partir de duas premissas ser retirada uma terceira logicamente derivada das duas primeiras, denominada de conclusão.

### **2.2. Método de procedimento**

Quanto ao método de procedimento será utilizado o método monográfico, que tem como característica o aprofundamento em um tema cuja apreciação se dará em pormenores e por fim chegando a uma generalização.

"O método monográfico parte do princípio de que o estudo de um caso em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros ou mesmo de todos os casos semelhantes" (GIL, 2008, p. 18).

Este método foi criado por Le Play ao estudar famílias operárias na Europa. Estes casos podem ser indivíduos, instituições, grupos, comunidades, com o objetivo de alcançar generalizações. A busca na análise do objeto de estudo deve observar os aspectos que o induziram e averiguar todas as suas referências.

### 2.3 Técnicas de pesquisa

As técnicas de pesquisa empregadas no estudo foram a documental e bibliográfica. Segundo Gil (1988 apud BERTUCCI, 2012, p. 52), existem três tipos de técnicas:

- a) Estudo de caso: é um estudo aprofundado de uma ou mais situações, permitindo seu amplo e detalhado conhecimento, de natureza qualitativa, não permitindo a generalização dos resultados obtidos, possibilitando uma análise sistêmica das situações localizadas;
- b) Levantamento: São interrogações diretas das pessoas cujo comportamento deseje-se conhecer, são de análise quantitativa, descrevem, explicam e exploram o fenômeno de acordo com a coleta de dados específicos;
- c) Pesquisa documental: Consiste na coleta de dados através da inspeção de documentos oficiais, análise e interpretação de artigos científicos, relatórios de pesquisa ou de empresas, revistas, jornais, dentre outros.

Foram também abordadas outras técnicas de pesquisa de acordo com Vergara (2004), são elas:

- a) Pesquisa de campo: Provem da observação de fatos e fenômenos que ocorrem na realidade, realizando coleta de dados referentes aos mesmos e analisando e interpretando dados coletados.
- b) Pesquisa de laboratório: Ocorre com instrumentos específicos e situações controladas.
- c) Pesquisa experimental: determina-se um objeto de estudo selecionando -se as variáveis que poderiam influencia-lo, define-se os modelos de controle e de observação dos efeitos que a variável produz no objeto.
- d) Pesquisa bibliográfica: constituído de materiais já elaborados como livros e artigos.

Esta pesquisa é classificada como documental, pois foi realizada através de material já elaborado, por meio de leitura de artigos científicos e documentos oficiais, tais como leis, sentenças e acórdãos visando fundamentar o estudo juntamente com a pesquisa bibliográfica e esta foi feita por meio da leitura de livros e artigos científicos, jurisprudências relativas ao tema em questão.

### 3 HISTÓRICO

A sociedade tal como contemporaneamente está organizada não é fruto de um ou vários eventos aleatórios e desconcatenados. Tampouco é o desenrolar de um processo de geração instantânea. É sim resultado de vários processos que, independentes ou não, acabaram por, de uma forma outra, correlacionar-se. E os desdobramentos desses múltiplos acontecimentos acabam irradiando um sobre o outro. Evidente é que na seara do direito não poderia ser diferente.

Para que possa ser feita uma análise mais abrangente de determinado instituto jurídico, mister é que se debruce sobre os aspectos históricos do mesmo, a fim de que se observe o contexto no qual as primeiras normas reguladoras surgiram, quais foram as fontes materiais empregadas no seu processo de concepção, como também quais os propósitos que o instituidor da norma possuía em seus desígnios quando da elaboração dos referidos preceitos. Significa, portanto, que devem ser observadas as aspirações que o instituto jurídico visava contemplar, ou seja, quais os efeitos que foram perseguidos quando da elaboração, instituição e aplicação da norma legal em seus primeiros momentos.

Faz-se necessário, ainda, observar a evolução histórica que os institutos jurídicos observados sofreram com o passar dos anos e dos acontecimentos e fenômenos sociais, verificando como aqueles foram sendo adequados aos diversos momentos e épocas, quais foram os fatores influenciadores que acabaram por causar impacto em sua estrutura e como as variantes circunstanciais foram determinantes para que fossem implementadas alterações em sua forma e alcance.

Essas ponderações são extremamente pertinentes, uma vez que permitem compreender a configuração atual do instituto jurídico ou norma objeto de análise e ponderação. Assim, aclarados ficarão os contornos históricos que contribuíram para que o ordenamento jurídico esteja posto na configuração atual. Saber-se-á com precisão como os fenômenos sociais moldaram o direito no processo contínuo de metamorfose vivido pelo sistema normativo.

Tendo-se estes pressupostos como pano de fundo ou, mais ainda, como elementos estruturantes é que será feita uma abordagem histórica sobre os institutos jurídicos gravitacionais do presente trabalho acadêmico, a saber, prisão preventiva e princípio da presunção de inocência. Serão abordados os momentos embrionários dos mesmos, os contextos em seus nascimentos, sua evolução ao longo das principais eras da civilização ocidental.

### 3.1 Prisão preventiva

O instituto da prisão preventiva sofreu profundas alterações ao longo da história, sofrendo mudanças significativas de acordo com o momento histórico vivido. Tem-se que as mudanças foram influenciadoras para que o instituto fosse moldado, até chegar aos parâmetros que hoje encerra.

#### 3.1.1 Antiguidade

No período da antiguidade, a prisão como medida cautelar era compreendida como de caráter excepcional, utilizada com o objetivo precípua de garantir a aplicação da legislação penal, atendendo à necessidade de se assegurar a execução da pena. Sob essa perspectiva, a prisão apresentava-se como meio instrumental apto a proporcionar a integridade física do réu até o momento do julgamento ou da execução da pena.

A prisão cautelar era passível de substituição por garantia pecuniária. Isso, segundo as lições de Cruz, evidenciava o caráter de excepcionalidade de tal medida. Segundo o jurista:

Era frequentemente substituída por outras medidas, como a garantia fidejussória, admitida, entre os homens livres, para os que houvessem confessado o crime. Era considerado, para a decretação da custódia, o grau de probabilidade de uma condenação, pois o segregamento do réu antes da sentença tinha o objetivo de garantir eventual aplicação de pena (PISAPIA, 1979, p. 244). Não tinha, porém, qualquer caráter aflagante ou punitivo, como o comprova a célebre máxima de ULPIANO: *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*. (CRUZ, 2011, p. 7).

Na Grécia Antiga, a prisão era medida cautelar empregada para como meio garantidor de crédito concedido por um credor. Era utilizada como forma de forçar o devedor ao pagamento da dívida, seja pela correspondente quitação do débito seja pela imposição de trabalho forçado que, proporcionalmente, desse quitação ao débito.

#### 3.1.2 Idade Média

O período compreendido como Idade Média foi caracterizado pelo sistema processual penal inquisitorial, compreendido como aquele em que não há distinção entre os que procedem à investigação dos fatos imputados dos a quem compete julgar e aplicar a eventual pena cabível. Não há que se falar, nesse contexto, em observância aos direitos dos

presos, que eram submetidos aos mais diversos tratamentos degradantes e cruéis, ao arrepio de qualquer perspectiva humanista.

A prisão passou a ser utilizada de maneira discriminada, sendo instrumento de imposição de tortura e obtenção de confissões forçadas. O caráter de medida cautelar foi desvirtuado, uma vez que não havia mais a presença da excepcionalidade. Conforme leciona Ferrajoli (2002, p. 443):

Enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão per tormenta.

As penas aplicadas até então eram as de caráter subjetivo, compreendidas como aquelas aplicadas sobre o corpo do sentenciado. Tratava-se de um rol de punições extremamente invasivas e cruéis, consubstanciadas em castigos físicos horrendos. Bittencourt (2012, p. 32) salienta que as penas eram destinadas “àqueles que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas”.

O mesmo Bittencourt pondera que foi nesse contexto que surgiram as bases ideológicas para a instituição da pena de prisão. Esta passou a ser utilizada quando não era aplicável a pena capital ou pena de mutilação ou, ainda, prisão eclesiástica. O jurista salienta ainda que:

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso (BITTENCOURT, 2012, p. 35).

A prisão preventiva volta a revestir-se do caráter de excepcionalidade e cautelaridade somente a partir do século XVIII, passando a ter novas funções, das quais se destaca a de garantia da justiça, uma vez que passou a ter como objetivos impedir que o acusado fugisse ou, ainda, impedir a danificação ou perda de provas, como também garantir a defesa da ordem pública, ao impossibilitar que determinados acusados continuassem a empreender práticas delituosas.

### 3.1.3 Histórico no Brasil

É evidente que, em sendo o Brasil colonizado por Portugal, vigia no Brasil colônia o direito posto pela Coroa Portuguesa. Nesse contexto, as primeiras normas relativas



ao instituto da prisão preventiva estavam contidas nas Ordenações Manuelinas (1512 – 1605), onde sua decretação era possível somente com a denúncia de um crime, o que era chamado de dar querela (ALMEIDA, 1973).

Posteriormente, as Ordenações Filipinas preceituaram que somente com a apresentação de prova ou de outro meio idôneo que pudesse comprovar o fato e a autoria do delito é que se poderia aplicar a prisão preventiva, independente da gravidade do crime cometido. Conforme lecionado por Almeida (1973, p. 56), as querelas, “para obrigarem a prisão, dependiam do sumário conhecimento de três ou quatro testemunhas”. A Lei da Reformulação da Justiça (1612) dispunha no mesmo sentido.

Segundo as lições de Cruz, o Príncipe Regente Dom Pedro constatou a existência de diversos abusos das autoridades na utilização do instituto das prisões preventivas. Motivado por isso, o Príncipe decretou “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente” (CRUZ, 2011).

A Constituição do Império, promulgada em 1824, preceituava em seu artigo 179 que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, salvo as exceções previstas no próprio texto normativo constitucional, como nos casos de flagrante delito, ou quando se tratava de indiciamento pelo cometimento de crimes que não eram passíveis de fiança.

O Código de Processo Penal de 1941 inaugurou um novo alcance para o instituto da prisão preventiva, que passou a ter sua admissibilidade ampliada, com fundamento em variados motivos, com destaque para o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal ou da efetiva aplicação da lei penal. O referido código introduziu a prisão preventiva obrigatória, cabível para os autores de crimes no qual fosse cominada pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos.

Durante o governo de Getúlio Vargas, os poderes da Polícia Judiciária e do Ministério Público foram ampliados, tendo estes competência para decretarem prisão preventiva. Conforme leciona Pimentel (2010):

Por outro lado, enquanto o Ministério Público, para levar a cabo as suas investigações, não podia privar da liberdade física os suspeitos por um período superior a 50 dias e carecia para esse efeito do *referendum* do Tribunal, tanto a PJ como a PIDE tinham o poder de prenderem, «durante 180 dias para averiguações», com «dispensa de qualquer *referendum* ou controlo judicial.

Havia a possibilidade de prorrogação do período da prisão preventiva por mais dois períodos sucessivos de quarenta e cinco dias cada. Tal pedido deveria ser feito pelo delegado de polícia. Sua apreciação cabia ao ministro da justiça ou ao ministro do interior.

O Governo da época possuía viés preponderantemente autoritarista. Como consequência disso, a legislação processual penal, no que tange à prisão preventiva, passou a ser empregada com o intuito de servir de instrumento apto a conter os movimentos sociais e políticos que ofereciam oposição ao Governo. Nesse sentido, Pimentel (2010) pondera que:

A política criminal do Estado Novo passou a assentar em dois pilares: na prisão preventiva e nas medidas de segurança. Além de poder propor a aplicação e prorrogação de uma medida segurança de internamento, após o cumprimento da pena a que os tribunais condenavam os detidos políticos, o diretor da PIDE tinha ainda competência para aplicar «provisoriamente» uma medida de segurança, durante o período de instrução do processo, antes de o preso ser julgado.

Verifica-se que o instituto foi totalmente desvirtuado, passando a contemplar objetivos totalmente alheios às garantias processuais, uma vez que permitia a prisão por prazo desarrazoável, sem existência de pena decorrente de sentença penal condenatória.

### **3.2 Princípio da presunção de inocência**

Atualmente o princípio da presunção de inocência encontra-se constitucionalmente esculpido na legislação brasileira. Está inserido no rol dos direitos e garantias individuais, sendo protegido contra reformas por tratar-se de cláusula pétrea. Trata-se um direito fundamental de qualquer estado que pretenda ser democrático de direito. Reverbera, pois, sobre todo ordenamento jurídico processual e penal.

A primeira manifestação do princípio da presunção de inocência, ainda que de forma embrionária, remonta ao Direito Romano, com a instituição da regra do *in dubio pro reo*. Contudo, é no período da Idade Média, caracterizado pela presença do Estado Absolutista, que o referido princípio firma-se de forma robusta, sendo uma forma de conter os constantes abusos praticados pelos governantes. Nesse período, o princípio sofreu profundas agressões. Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p. 441) afirma que:

[...] apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semi culpabilidade e uma semi condenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que

tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia.

Havia, nessa época da história, um flagrante desrespeito aos direitos dos acusados, que eram submetidos a tratamento cruel, sendo-lhes impostas penas degradantes, sem que fossem observados mínimos direitos e garantias processuais. A condenação baseava-se em dados e informações inconsistentes, muitas vezes fruto de provas forjadas. Como bem salienta Lopes Júnior (2012), uma pessoa era considerada suspeita com base no depoimento de somente uma testemunha, sendo submetida à tortura. Boatos e depoimentos eram tidos como prova suficiente para fundamentar uma condenação.

Segundo Michael Foucault (2002, p. 37):

As diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros; não lhes cabia serem reunidos num feixe único para darem certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco” criminoso.

As prisões eram decretadas de forma totalmente arbitrária, sem amparo em regras processuais bem definidas. Os poderes absolutistas do monarca davam-lhe autoridade para decretar prisões extraprocessuais, ao arrepio de direitos que garantissem aos súditos segurança jurídica.

### 3.2.1 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

O crescente e generalizado descontentamento com essa realidade impregnada de autoritarismo e insegurança jurídica, totalmente dilapidadora de direitos, encontrou ressonância na voz da burguesia ascendente que, impulsionada pelos ideais do movimento iluminista, propõe uma ruptura com essa realidade, inaugurando uma nova era no que tange aos sistemas jurídicos, notadamente aos direitos individuais, com repercussão inclusive na seara processual penal.

Cesare Beccaria é considerado um dos maiores expoentes do iluminismo. Suas produções intelectuais a cerca do sistema penal implantado na Europa foram de grande relevância para que fossem firmadas as bases do movimento que romperia com o sistema penal vigente na Europa durante a Idade Média. Beccaria foi um ferrenho crítico dessa realidade.

Sua obra “Dos Direitos e das Penas” é tida como a base do Direito Penal moderno. Nela, o Marquês aduz que o princípio da presunção de inocência deve ser observado em todo processo penal, sendo pilastra fundamental para submeter alguém a uma condenação. Segundo ele, “um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do Juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela foi outorgada” (BECCARIA, 1997, p. 61).

Nesse contexto de revolta e insatisfação latente com os abusos cometidos pelos detentores do poder é que foi editada em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um marco na história da civilização ocidental, uma vez que foi o documento base que firmou uma nova era de direitos nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Entre os mais diversos direitos elencados figura o princípio da presunção de inocência. Tal documento estipula em seu artigo 9º que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Os princípios e diretrizes consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão lançaram as bases ideológicas das Constituições de vários países democráticos, com seus princípios irradiando sobre todos os ordenamentos jurídicos sobre os quais exerceu influência. Este documento foi também inspiração para a edição da em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela Organização das Nações Unidas, que também traz considerações a cerca do princípio da presunção de inocência.

### 3.2.2 Histórico no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, somente com o advento da Carta Política de 1988 o princípio da presunção de inocência foi pela primeira vez elevado ao status de direito constitucionalmente estabelecido de forma expressa no texto da Carta Magna. Como dantes explanado, trata-se de um direito fundamental, protegido contra eventuais alterações por parte do legislador constituinte derivado.

Os doutrinadores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco consideram que anteriormente à Constituição de 1988, já havia no Judiciário brasileiro decisões fundamentadas no princípio da presunção de inocência. Para ilustrar este posicionamento, os doutos juristas citam um julgado de 1967, quando o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional norma que estabelecia a ineligibilidade dos cidadãos que estivessem sendo processados na seara criminal.

Nesse julgamento, a Suprema Corte brasileira reformou decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (MENDES; BRANCO, 2012, p. 590) consideram que:

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, através da cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.

A despeito da decisão proferida pelo STF, Tourinho Filho (2007), considera que o período anterior à Constituição de 1988 é marcado por um flagrante e sistemático desrespeito ao princípio da presunção de inocência. Para ele:

O princípio da inocência, em toda sua grandeza, nunca foi respeitado entre nós. Observa-se que a Declaração data de 1948... pois bem: a nossa prisão preventiva compulsória-verdadeira aberração jurídica-vigora até 1967... Mais: quando o réu preso era absolvido-e isso até 1973-, se a pena cominada ao crime fosse de reclusão igual ou superior a 8 anos, no seu grau máximo, ele continuava preso até o trânsito em julgado. No julgamento pelo tribunal do júri- e isso até 1977-, se o réu fosse absolvido e a absolvição não se desse por unanimidade, ele continuaria preso até o trânsito em julgado... Quando o cidadão era preso em flagrante por crime inafiançável- e isso até 1973-, ele continuava preso. A regra do parágrafo único do art.310 do CPP surgiu naquele ano... até 1977, quando o réu era condenado, por uma infração afiançável, só podia apelar em liberdade se prestasse caução, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto...(art.321 do CPP) (TOURINHO FILHO, 2007, p. 65).

O jurista considera que não há que se falar que o princípio da presunção de inocência vigora no ordenamento jurídico brasileiro desde a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ele aduz ainda que tal princípio nunca foi observado pelo sistema processual penal nacional, sendo constantemente atacado, e que o fato do Brasil ter aderido à Declaração junto à ONU foi algo vislumbrado somente de maneira teórica, sem repercussão no mundo dos fatos. Para tanto ele alega que:

E a prova mais eloquente do que afirmamos repousa nesta circunstância: não tivemos, após aquela declaração, nenhuma reforma processual penal que pretendesse amoldar o nosso diploma processual penal àquele *princípio*. Tudo continuou *como d'antes*... As alterações vieram vinte anos depois... e, em face do tempo, não se pode atribuí-las ao compromisso que a nossa pátria assumiu na ONU, assinando aquela declaração”. (2007, p. 66).

O Brasil é signatário da Convenção Americanas dos Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica. O artigo 8º do referido diploma estipula que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O Brasil é signatário, ainda, do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional que, em seu artigo 66 preceitua que:

Artigo 66. Presunção de Inocência. 1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Verifica-se que o princípio da presunção de inocência é de fundamental observância para que se forma oferecer um sistema processual penal que respeite o direito dos acusados a um julgamento escorreito e, ainda, a garantia de que não haverá imposição de qualquer penalidade antes de se percorrer um caminho que possibilite o exercício da ampla defesa e do contraditório, sem os quais toda penalidade imposta implicará flagrante desrespeito aos ideais de justiça.

Diante do exposto, verifica-se que ao longo da história o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva sofreram por profundas transformações em sua configuração. O avanço dos direitos individuais foram decisivos para que a prisão preventiva fosse revestida de um caráter mais humanitário. E o princípio da presunção de inocência ganhou corpo e forma.

#### 4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está esculpido no texto constitucional. Anteriormente à Constituição de 1988 este princípio não estava explicitamente consagrado no texto constitucional, mas sim como decorrente do devido processo legal. Na Carta Magna vigente, ele vem positivado no art. 5º, LVII, que assegura que ninguém será considerado culpado pela prática de infração penal sem que antes se esgotem todas as etapas processuais e instâncias recursais admitidas.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 19), o referido princípio:

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Em decorrência do princípio da presunção de inocência é assegurado ao acusado ou indiciado o direito de que o Estado exerça sua pretensão punitiva segundo regras que possibilitem que, somente depois de esgotadas todas as possibilidades de recurso, em caso de uma eventual condenação irrecorrível seja o agente submetido ao cumprimento da pena.

Está inserido no rol dos direitos e garantias individuais sendo, por isso, protegido contra qualquer tipo de mitigação por parte do legislador constituinte derivado, conforme estabelece o art. 60, § 4º, IV, da CF. Destaca-se que o texto constitucional não faz uso da expressão *presunção de inocência*. Fala sim que não se pode considerar o indivíduo culpado antes que o processo que o julgue percorra todas as instâncias processuais. Por este motivo, o referido princípio também chamado de princípio da não culpabilidade.

Segundo o entendimento de Bonfim (2007, p. 45-46):

Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não-culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um “estado de inocência” ou de “não-culpabilidade”: vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado a sentença penal condenatória.

Tem-se, portanto, que em conformidade com o princípio da presunção de inocência, todos são considerados inocentes. O estado de inocência alcança a todos os indivíduos. Este estado somente será alterado depois de percorrida toda persecução penal que

resulte em sentença penal condenatória.

#### 4.1 Regra probatória

Em observância ao princípio da presunção de inocência, é reservado ao acusador o ônus da prova, ou seja, cabe à parte contrária trazer ao processo os elementos probatórios que indiscutivelmente comprovem ser o réu o autor do delito, “pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do indivíduo (art. 5º, LVII), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação” (PAULO, ALEXANDRINHO, 2016, p. 187). Segundo Lima (2016, p.20):

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

Nesse sentido, Pedro Lenza discorre que:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

Ainda sob este aspecto, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 77) discorre que:

Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição.

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa [...].

É atribuição daquele que acusa demonstrar que todas as alegações levantadas contra o imputado são verdadeiras. Para tanto, deverá fazer o uso de todas as provas admitidas em direito, não lhe sendo permitido em nenhuma circunstância levar ao processo provas consideradas ilícitas. Em assim ocorrendo, as mesmas deverão ser consideradas ilícitas. Cabe ao Estado acusador fazer o uso de sua estrutura para buscar os elementos necessários a corroborar suas afirmações levadas ao processo.

Conforme aduz Antônio Magalhães Gomes Filho (apud LIMA, 2016, p. 21) são efeitos do ônus da prova:



a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).

Por este princípio, não deverá pairar qualquer dúvida quanto à ocorrência de um delito e nem tampouco sobre ser o indivíduo o autor do mesmo. Somente com esta plena convicção fundada em um robusto conjunto probatório formado por elementos idôneos admitidos é que poderá decidir-se pela condenação. Conforme leciona Fernando Capez (2016, p. 109):

A dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas; só a defesa possui certos recursos, como os embargos infringentes; só cabe ação rescisória penal em favor do réu (revisão criminal) etc.

Desse modo, tem-se a imperiosa necessidade de que não restem dúvidas sobre quaisquer elementos relevantes para a obtenção da verdade real, exigindo-se que a decisão que sentencie a condenação seja tomada somente com a plena convicção quanto à materialidade e autoria do crime. Caso pairarem dúvidas quanto a esses elementos não deverá ser outra a decisão senão pela absolvição do acusado.

#### **4.2 Tratamento dispensado ao acusado**

Em observância ao princípio da presunção de inocência, é assegurado a quem se atribui a prática de um ilícito penal o direito a ser tratado como inocente até que sobre ele recaia eventual sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Dessa forma:

[...] o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado (LIMA, 2016, p. 22).

É inconteste que ao indivíduo não deve ser dispensado tratamento discriminatório, segregador, que lhe cause embaraços e importe em sentir os efeitos antecipados de uma condenação. Nesse sentido, Lopes Júnior afirma que:

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares).

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a limitação à publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares.

Este princípio produz repercussões em variados aspectos da seara penal, abrangendo aspectos desde as garantias do acusado, o tratamento dispensado ao mesmo como também sobre o campo probatório e, ainda, sobre o regime prisional. Nesse prisma, alcance de tal princípio, entre os diversos desdobramentos possíveis, “implicaria a vedação de tratamento vexaminoso ao aprisionado, ao tempo em que, no plano processual, exigiria, indispensavelmente, a necessidade como razão única da custódia anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (OLIVEIRA, 2000, p. 43). Assim, a adoção de medida cautelar que implique restrição da liberdade de locomoção do acautelado somente se justifica quando for imperiosamente indispensável.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Junior (2014, p.145), o princípio da presunção de inocência manifesta-se principalmente sob três aspectos:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

Tem-se então que, por este princípio, deve ser assegurado ao indivíduo um tratamento digno, que lhe preserve os seus direitos fundamentais, somente admitindo-se medidas cerceadoras em caso de imperiosa necessidade. Ademais, deve-se garantir o acesso ao devido processo legal, com a possibilidade de que o agente possa ter acesso a plenas condições de defender-se.

Aury Lopes Júnior (2014) defende que o princípio da presunção de inocência exige que seja dispensado um tratamento digno ao indivíduo durante todo o processo. Na dimensão interna este tratamento impõe ao juiz que determine que o ônus da prova recaia sobre a acusação e que em havendo qualquer dúvida sobre materialidade ou autoria se decida pela absolvição. Na dimensão externa exige-se que se proteja o indivíduo contra publicidade abusiva que macule sua imagem precocemente junto à opinião pública, impedindo que sua imagem seja excessivamente explorada, vinculando-a antecipadamente a qualquer juízo condenatório.

Por tratar-se de um princípio que repercute sobre os direitos e garantias individuais, o mesmo possui aplicabilidade imediata, uma vez que a Constituição (art. 5º, § 10) preceitua que as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata. Por isso, as normas que impliquem limitação de direito devem ser especialmente ponderadas no seu processo de aplicação. Nesse sentido, assim leciona Alexandre Moraes (2011, p. 183):

Ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Destaca-se, ainda, que o indivíduo deverá responder ao processo em liberdade, não sendo permitida qualquer medida punitiva antes que se julgue em definitivo o processo. Não há que se falar em execução antecipada ou provisória da pena. Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente admite-se o recolhimento do indivíduo ao cárcere caso seja necessária a decretação de medida cautelar que importe em prisão, devendo esta ser tomada em total concordância com as exigências e fundamentos legais.

A utilização da prisão preventiva poderá acarretar em graves violações, uma vez que a situação fática, em determinadas circunstâncias, configurará em verdadeiro castigo. Obviamente, não é o propósito a que se destina esta medida. Tal realidade implica clara ofensa ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, Bonfim (2007, p. 46) afirma que:

Também decorre desse princípio a excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão processual não constitui cumprimento de pena, ao contrário do que denominação reservada a algumas modalidades de prisão processual possa erroneamente sugerir. Seu fundamento é diverso. Ainda assim, a decretação da prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão [...].

Resta de plano evidenciado o alto grau de tensão existente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e a espécie de medida cautelar prisão preventiva. Tal se deve principalmente ao fato de que a adoção desta medida pode fazer com que recaia sobre o acautelado um ônus flagrantemente excessivo, capaz de dilapidar o sensível rol de direitos e garantias individuais, notadamente aqueles atinentes ao estado de inocência.

## 5 MEDIDAS CAUTELARES

Segundo os ensinamentos de Cruz (2011), a análise etimológica da palavra cautelar revela que ela surgiu do latim *caveo*, que significa estar em guarda. Medida cautelar tem, portanto, a função de proteger, salvaguardar o processo de uma iminente agressão que possa colocar em risco a prestação jurisdicional por parte do Estado. O processo está em constante situação de vulnerabilidade, sendo passível de ameaças capazes de comprometer sua lisura como também sua eficiência em oferecer a solução mais adequada à lide levada ao Poder Judiciário.

Objetiva-se que toda a atuação dos poderes do Estado seja revestida de condições que viabilizem a plena satisfação do objetivo último, qual seja a correta aplicação da legislação e o pleno funcionamento das instituições. Conforme leciona Lima:

Com efeito, de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de produzir determinada prova testemunhal se, ao tempo da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Afinal, como advertiu Calamandrei, sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto (LIMA, 2016, p. 1118).

Ademais, não é interessante para o Estado que a lide estenda-se por tempo demasiado prolongado, uma vez que a pretensão do autor é ver satisfeito seu pedido com o máximo de celeridade. O réu, por sua vez, deseja livrar-se da acusação tão logo seja possível. Por isso, interessa ao Estado coibir e reverter qualquer empecilho ou ato ilegal que possa frustrar estas expectativas. Daí a importância da previsão de um conjunto de medidas cautelares capazes de instrumentalizar o Estado a garantir o bom andamento da marcha processual, a despeito de quaisquer inconvenientes e ameaças. “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 573).

Segundo os ensinamentos dos juristas Nestor Távora e Rosmar Alencar, “as medidas cautelares são passíveis de aplicação ao longo de toda a persecução penal, durante toda a investigação criminal, seja ela conduzida pela polícia ou por outros órgãos de investigação, como as CPI’s, e durante o processo” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1041). Não há previsão legal de prazo para a duração de determinada medida. Tal lapso temporal

dependerá da avaliação da situação fática, sendo necessária interpretação por parte do aplicador.

As medidas cautelares apresentam-se, pois, a fim de satisfazer determinadas necessidades pontuais. Para tanto, exige-se que a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e demonstração de materialidade), que consubstancia justa causa para aplicação da medida. É necessário também a presença do *periculum* ao andamento satisfatório da persecução penal (TÁVORA, 2017, p. 1041). Conforme assevera Lima:

Em outras palavras, *periculum in mora* nada mais é do que o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional. No tocante às medidas cautelares de natureza real, como o sequestro e o arresto, esse conceito de *periculum in mora* se ajusta de maneira perfeita, pois a demora da prestação jurisdicional possibilitaria a dilapidação do patrimônio do acusado. Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, no entanto, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade do agente. Logo, em uma terminologia mais específica à prisão cautelar, utiliza-se a expressão *periculum libertatis*, a ser compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social (LIMA, 2016, p. 1138).

O Código de Processo Penal vigente preceitua que as medidas cautelares deverão observar ao binômio necessidade / adequação. Segundo as lições de Nestor Távora e Rosmar Alencar:

- 1) a 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. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência.
- 2) A adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1041).

As medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a necessidade. A utilização de uma medida não proíbe a utilização de outras que com ela for compatível. Verificada a necessidade e adequação para a aplicação cumulativa de medidas cautelares, as mesmas deverão ser levadas a cabo.

## 5.1 Princípios norteadores das medidas cautelares

Como já oportunamente aclarado, as medidas cautelares consubstanciam-se em meios instrumentais para a consecução de fins específicos, que podem ser sintetizados na premissa do estado democrático de direito em oferecer uma solução célere e adequada para o litígio surgido no meio social, com o objetivo de eliminar as tensões que possam desestabilizar a paz e o convívio entre os pares, permitindo que os braços dos poderes estatais possam desempenhar eficientemente suas funções institucionais, a despeito de qualquer resistência ou inconveniente.

Embora intimamente correlacionado, seus propósitos em nada se confundem com o efetivo exercício da pretensão punitiva do Estado. Por mais embaraçosa que possa ser a conduta ora objeto de tutela e, ainda que possa ser objeto de tremenda reprovação social, não deve o aparato estatal servir de trampolim para a imposição de castigo ao acusado, sem que com isso lhes sejam ofertados o gozo de seus direitos constitucionais ao contraditório e á ampla defesa.

Desta feita, tem-se que as medidas cautelares revestem-se de princípios que permitem não lhes sejam desfigurados seus objetivos e fins, a fim de que sua aplicabilidade não navegue para além das correntezas do legalmente instituído. Têm-se os seguintes princípios informadores das medidas cautelares: princípio da adequação e da proporcionalidade, princípio da legalidade (ou da tipicidade) das cautelares, princípio da necessidade, princípio da precariedade, princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, contraditório, provisionalidade e provisoriedade.

### a) Adequação e proporcionalidade

Este princípio encontra-se expressamente disposto no inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal, que dispõe que as medidas cautelares terão sua aplicabilidade empregada observando-se a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. Este princípio reflete a necessidade de constatação de que a medida cautelar adotada é condizente para promover o fim a que se propõe. Objetiva-se evitar a adoção de medidas exageradas, desarrazoáveis.

Outrossim, a medida aplicada deverá ser proporcional ao nível da ameaça que surgir durante a persecução processual penal. Desta feita, determinada medida deverá ser escolhida e utilizada quando mostrar-se a mais eficiente para alcançar o objetivo pretendido.

Deverá, ainda, ser utilizada dentro das extensões e limites que permitam lograr êxito em sua instrumentalidade.

b) Legalidade (ou da tipicidade) das cautelares

Segundo esse princípio, somente poderá ser aplicada medida cautelar, em se configurando a ocorrência de algumas das hipóteses claramente previstas no Código de Processo Penal ou nas legislações extravagantes de mesma natureza. Deverão ser observados as condições e limites legalmente previstos, não sendo permitido ao Judiciário versar de modo diferente do que dispõe expressamente a lei.

Desse modo, conforme dispõe a redação do artigo 321 do CPP, somente será cabível decretação de prisão preventiva ou de outra medida cautelar se presentes os requisitos legais que justifiquem a sua decretação.

c) Necessidade

Este princípio está expressamente previsto no inciso I do artigo 282, no § 1º do artigo 283 e no parágrafo único do artigo 310, ambos do Código de Processo Penal. Assim, não há que se falar em aplicação de medida cautelar nas hipóteses em que a lei considera descabida. Ademais, para aplicação de qualquer medida cautelar, claro deve ficar que a mesma é necessária como instrumento para se alcançar algum objetivo. Não evidenciada esta necessidade, não poderá ser adotada tal medida.

d) Precariedade

De acordo com este princípio, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não será adotada qualquer medida cautelar que importe limitação da liberdade de locomoção do indivíduo sem que antes estejam presentes os requisitos que demonstrem sua real necessidade e desde que esta possa ser suportada pelo acautelado, devendo ser observadas as condições pessoais de quem irá suportá-la como também as circunstâncias quando do cometimento do delito. Medidas cautelares que privem o indivíduo do seu direito de ir e vir não poderão ser decretadas de forma incriteriosa.

e) Subsidiariedade da prisão preventiva.

Este princípio faz incidir sobre a prisão preventiva o entendimento de que esta é digna de uma ponderação especial no momento de sua aplicação. Admitir-se-á a decretação desta medida cautelar somente quando esgotadas as possibilidades de aplicação de outra medida cautelar satisfatoriamente. Dispõe o § 4º do artigo 282 do CPP que:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

O § 6º do mesmo dispositivo legal determina que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Este princípio está em conformidade com os incisos XLI e XLVI do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, somente poderá ser decretada prisão preventiva quando não houver a possibilidade de aplicação de outra medida cautelar de forma satisfatória.

f) Contraditório

A incidência deste princípio sobre a aplicação de medidas cautelares foi fruto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Os seus defensores defendem que logo após a decretação da medida, o magistrado deveria proceder à realização de audiência para ouvir o sujeito acautelado permitindo-lhe, assim manifestar seu direito de defesa. Tal medida seria de certa forma eficaz para trazer o contraditório ao procedimento.

Ainda que de forma imprecisa e inconsistente, o referido princípio encontra-se contemplado na redação do § 3º do artigo 282 do CPP, que assim dispõe:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Ressalva-se que o princípio aludido não pode contemplar a prévia oitiva do potencial acautelado a toda e qualquer medida cautelar decretada. É o caso, por exemplo, de prisão preventiva decretada por risco de fuga.



g) Provisionalidade

Por este princípio tem-se que as medidas tutelares devem ser revestidas tempo do caráter de instrumentalidade a fim de contemplar uma situação fática que legitimem sua aplicação. Significa, portanto, que a medida deve destinar-se a um objetivo específico motivado por um fundamento concreto, e sua continuidade justifica-se enquanto perdurar a situação que lhe deu ensejo. Deixando de existir o fundamento e o requisito deverá deixar de existir a medida cautelar.

Segundo Lopes Júnior (2014, p. 578)

Portanto, a prisão preventiva ou quaisquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade (*periculum libertatis*).

Este princípio reflete na redação do § 5º do CPP, segundo qual “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem”.

h) Provisoriedade

Por este princípio entende-se que a medida cautelar deve ser provisória, não se estendendo por lapso temporal demasiado longo. Correlaciona-se com o princípio da provisionalidade. Assim, uma medida cautelar não deve ser prolongada de forma que acabe sendo convertida em verdadeira imposição de pena antecipada ao acautelado. Deve ser medida temporária.

No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão de tempo máximo para duração de medida cautelar, com exceção à prisão temporária. Para a prisão preventiva não há limitação de prazo, podendo esta durar enquanto o juízo competente entender estiverem presentes os requisitos do *periculum libertatis*. Existe, portanto, uma indeterminação quanto ao prazo para duração das medidas cautelares.

## 5.2 Espécies de medidas cautelares

A doutrina majoritária classifica as medidas cautelares em três espécies, a saber (LIMA, 2016, p. 1118, 1119):

a) medidas cautelares de natureza patrimonial: como exemplos têm-se o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, que se destinam à reparação do dano causado ou ao perdimento de bens como efeito da condenação. Outro exemplo é a restituição de coisas apreendidas pleiteada em juízo;

b) medidas cautelares relativas à prova: são empregadas com o objetivo de garantir que as provas relacionadas ao crime sejam utilizadas. Destinam-se a garantir a obtenção dos elementos probatórios ou para garantir que os mesmos não sejam perdidos. Exemplos deste tipo de medida são a busca domiciliar (artigos 240 e seguintes do CPP), a produção antecipada de prova testemunhal (art. 336 do CPP) e previsão de que, qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção (art. 19-A da Lei nº 9.807/99, com redação dada pela Lei nº 12.483/11);

c) Medidas cautelares de natureza pessoal: são aquelas que recaem sobre a pessoa do imputado, afetando o seu direito a liberdade de locomoção, de forma restritiva ou privativa de tal direito. Impõem ao acautelado o pesar de ter seu direito constitucional atingido, que poderá ser atingido em maior ou menor intensidade. Medidas mais severas são a prisão temporária, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão domiciliar. Menos severas são as medidas cautelares diversas da prisão.

### **5.3 Medidas cautelares de natureza pessoal**

A Lei nº 12.403/2011 trouxe uma série de mudanças significativas sobre as medidas cautelares de natureza pessoal, a saber, aquelas que recaem sobre a pessoa do acusado ou indiciado. Anteriormente ao advento do referido diploma legal a prisão era a única medida cautelar desta natureza. A aludida lei trouxe uma série de inovações ao ampliar significativamente o rol de medidas de natureza pessoal, introduzindo um significativo número de alternativas ao encarceramento do acautelado.

A Lei em questão foi responsável por uma série de profundas alterações na regulamentação das prisões e da liberdade provisória. Conforme leciona Eugenio Pacelli:

É que assumiu-se em definitivo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares (2017, p. 233).

Com a nova configuração dos institutos, aumentou-se o rol de possibilidades cabíveis para serem instrumento a serviço do Judiciário para acautelar um suspeito ou

indiciado. Desta feita, a legislação inovou ao estabelecer novas formas de medida cautelar diferentes da prisão que poderão recair sobre o acautelado, tornando, assim, ainda mais restrito a possibilidade de encarceramento do indivíduo.

As medidas cautelares pessoas passaram a ter a seguinte configuração: prisão em flagrante, prisão domiciliar, prisão temporária, prisão preventiva e medidas cautelares diversas da prisão.

### 5.3.1 Prisão em flagrante

Esta espécie de prisão processual está expressamente prevista no inciso LVI, art. 5º da Constituição Federal. Sua regulamentação está nos arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal. Conforme assevera Reis (2016, p. 450):

Em princípio a palavra “flagrante” indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da infração penal e, por isso, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial. Ocorre que o legislador, querendo dar maior alcance ao conceito de flagrância, estabeleceu, no art. 302 do Código de Processo Penal, quatro hipóteses em que referido tipo de prisão é possível, sendo que, em algumas delas, o criminoso até já deixou o local do crime.

Com isso, tem-se que o flagrante é caracterizado pela surpresa do flagrado sendo surpreendido na prática da conduta delituosa ou logo depois de tê-lo cometido. Compreende não somente o exato momento dos atos de execução do crime. Abrange também o momento logo após ter-se levado a cabo a conduta delituosa, ou seja, também se configura “situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal, em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como de sua autoria” (PACELLI, 2017, p. 250).

É digno de notar destacar que “diversamente da prisão preventiva e da prisão temporária, a prisão em flagrante independe de prévia autorização judicial, estando sua efetivação limitada à presença de uma das situações de flagrância descritas no art. 302 do CPP” (LIMA, 2016, p. 1242). Uma vez sendo o elemento surpresa caracterizador deste tipo de infração, não há que se falar em necessidade de prévia autorização judicial para sua efetivação.

Destaca-se que com o advento da Lei 12.403/2011, o flagrante deixou de ser justificativa legal para a manutenção do indivíduo sob custódia após o recebimento do auto de prisão pelo magistrado. Para tanto, será necessário o convertimento da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo observadas as condições estabelecidas no art. 312 do CPP e, ainda,

desde que não seja cabível a aplicação de qualquer outra medida cautelar diferente da prisão. Nesse sentido, Avena destaca que:

Ainda em relação à prisão provisória, é preciso considerar o fato de que a Lei 12.403/2011 pôs fim à possibilidade de ser alguém mantido preso em razão do flagrante delito. Logo, para que permaneça o flagrado sob segregação, deverá o juiz converter a prisão em flagrante em uma prisão preventiva, desde que presentes os requisitos que autorizam essa medida e que não seja adequada ou suficiente a aplicação das demais medidas acautelatórias não privativas da liberdade estipuladas nos arts. 319 e 320 (art. 310, II) (AVENA, 2017, p. 598).

Ainda segundo o mesmo, “para a efetivação da prisão em flagrante, importa, sobretudo, a prática do fato típico, não a impedindo aspectos relativos à ilicitude da conduta ou à culpabilidade do agente.” (AVENA, 2017, p. 639). Assim, ainda que se esteja diante de um fato acobertado por uma causa excludente de ilicitude, tal circunstância não poderá impedir a prisão em flagrante do indivíduo. O mesmo ocorre no que se refere às causas excludentes de culpabilidade.

#### 5.3.1.1 Espécies de flagrante

As espécies de flagrante são:

- a) **Flagrante próprio:** caracteriza-se quando o agente é surpreendido no cometimento da infração penal ou, então, logo após tê-la cometido (incisos I e II do art. 302 do CPP). O indivíduo é visto executando os atos ou acabou de cometê-los, estando ainda no local dos fatos imediatamente após tê-los cometido;
- b) **Flagrante impróprio:** configura-se quando, logo após a prática da conduta delituosa, o agente é perseguido pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Conforme esclarece Reis:

Premissa dessa modalidade de prisão em flagrante é que o agente já tenha deixado o local do crime, após a realização de atos executórios, e que seja perseguido. A lei esclarece que tal perseguição pode se dar por parte da autoridade (policiais civis ou militares), do ofendido (vítima) ou de qualquer outra pessoa — o que, aliás, tornaria desnecessária a menção aos demais (REIS, 2016, p. 452).

A expressão “logo após” não enseja a necessidade de que o início da perseguição ocorra imediatamente após o infrator evadir-se do local da infração. Compreende o lapso temporal que flui para a polícia chegar ao local do crime, colher os elementos de informação disponíveis e iniciar a perseguição ao autor da infração. Não existe previsão legal para a duração da perseguição;

- c) **Flagrante presumido:** segundo disposto no art. 302, IV do CPP, configura-se este tipo de flagrante quando o agente é preso, logo após ter cometido a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Não há necessidade de que se tenha empreendido perseguição ao agente, uma vez que o caracteriza este tipo de flagrante é ter sido encontrado em posse do indivíduo os elementos que façam presumir ter sido ele o autor da infração;
- d) **Flagrante compulsório ou obrigatório:** resulta da imposição legal aos agentes das forças de segurança em efetuarem a prisão em flagrante sempre que verificarem a prática de atividade criminosa. Tal obrigação recai sobre as polícias militar, civil, ferroviária, rodoviária e corpo de bombeiros militar;
- e) **Flagrante facultativo:** conforme disposto no artigo 301 do CPP, qualquer um do povo tem a faculdade de efetuar ou não a prisão em flagrante;
- f) **Flagrante esperado:** por este tipo de flagrante a autoridade policial faz atividade de investigação de maneira antecipada ao início dos atos de execução da prática transgressora por parte do infrator. Assim, é realizada campanha com vistas a efetuar a prisão em flagrante assim que forem iniciados os atos de execução;
- g) **Flagrante provocado:** caracteriza-se quando o agente é instigado ou induzido a cometer o delito, a fim de ter sua prisão em flagrante decretada. É prática não recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro. Dispõe a Súmula nº 145 do STF que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna difícil a sua consumação;
- h) **Flagrante prorrogado:** caracteriza-se quando a autoridade policial deixar de efetuar a prisão em flagrante quando já poderia fazê-lo, uma vez já tendo sido iniciados os atos de execução. Tal ocorre com o intuito de esperar um momento mais adequado, a fim de se obter a prática de novas infrações, o envolvimento de novos agentes ou a ampliação do número de elementos de informação;
- i) **Flagrante forjado:** é aquele armado com o objeto escuso de incriminar pessoa inocente. Constitui prática ilícita, na qual o seu autor pratica o crime de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).

### 5.3.2 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar é uma modalidade de medida de natureza cautelar aplicável no âmbito da seara penal empregada de maneira substitutiva a prisão preventiva. O acautelado

será recolhido a sua residência, nela devendo permanecer, podendo ausentar-se somente por autorização concedida mediante ordem judicial. Será sempre determinada por ordem judicial. Sua decretação dar-se-á também por meio de ordem judicial. Segundo as lições de Lopes Júnior. e Távora (2017, p. 956):

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que detêm essa prerrogativa por força de lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente.

A prisão domiciliar objetiva a substituição da prisão preventiva motivada por questões humanitárias e excepcionais, nos contornos da legislação aplicável. É considerada como uma espécie de prisão preventiva. Por isso, deve ela revestir-se dos meus contornos atinentes a prisão preventiva. Conforme salientado por Lima, estes compreendem:

a) possibilidade de uso de habeas corpus; b) possibilidade de detração; c) necessidade de ser limitada no tempo, de acordo com prazo razoável; d) possibilidade de haver guarda permanente da habitação; e) possibilidade de caracterização, em tese, do crime de evasão (CP, art. 352), se houver violência contra a pessoa (LIMA, 2016, p. 1371).

A prisão domiciliar não constitui somente medida substituidora da prisão preventiva. Pode ser também empregada de maneira autônoma. Desta feita, ela não possui o mesmo regramento das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal( CPP). Conforme aduz Luiz Flávio Gomes:

Além da já existente prisão processual-pena (substitutiva do regime aberto), foi criada a prisão domiciliar processual (medida cautelar), até então inexistente em nosso ordenamento jurídico para presos comuns. Essa prisão domiciliar processual, por sua vez, pode ser medida cautelar autônoma ou medida cautelar substitutiva da prisão preventiva (GOMES, 2012, p. 168).

A prisão domiciliar de natureza cautelar não se confunde com a medida prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal, que trata do recolhimento em residência particular de beneficiário de regime aberto, quando atendidos os requisitos postos na referida lei. Não se confunde com a medida cautelar diferente da prisão prevista no art. 319, V, do CPP, a saber, recolhimento domiciliar no período noturno.

Para a decretação da prisão domiciliar o magistrado deverá verificar a observância dos seguintes requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP, exigindo prova idônea para tanto: contar com mais de oitenta anos; estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou

com deficiência; for gestante, independentemente do tempo de gestação ou do grau de risco de sua gravidez; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos; e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Conforme aduz Lima (2016, p. 1374):

Diversamente do que se dá no âmbito do processo penal condenatório, em que o ônus da defesa é imperfeito, ou seja, basta criar uma dúvida razoável para que o magistrado possa absolver o acusado (v.g., CPP, art. 386, VI, *in fine*), na hipótese de substituição da preventiva pela domiciliar, trata-se de ônus perfeito, ou seja, o *in dubio pro reo* não favorece o agente, daí por que, ausente a comprovação cabal pelo interessado da ocorrência de qualquer das hipóteses listadas no art. 318, deve ser indeferido o pedido.

Tem-se que o ônus da prova cabe ao interessado em pleitear a referida medida cautelar. E a comprovação do preenchimento de algum dos requisitos não garante, por si só, o direito de ter seu pedido atendido, uma vez que o magistrado deverá atentar se a decretação da medida será adequada para alcançar os objetivos a que se propõem as medidas cautelares.

### 5.3.3 Prisão preventiva

Trata-se é uma modalidade de medida cautelar que implica no recolhimento ao cárcere do acautelado que tem previsão legal nos arts. 311 ao 316 do CPP, que objetiva limitar o direito de locomoção do indivíduo com o objetivo de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 311, CPP).

Esta medida cautelar de natureza processual poderá ser decretada pelo juiz, de ofício no curso da ação penal, mediante representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente. Sua decretação poderá ocorrer em qualquer fase da investigação ou no decorrer do processo judicial.

A prisão preventiva somente será decretada quando for indispensável ao bom andamento da investigação policial ou do processo penal, sendo ineficiente a adoção de qualquer outra medida cautelar. Desta feita, caso outra medida se mostre adequada e necessária, esta será adotada, em detrimento da prisão preventiva. As medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP serão apreciadas antes que se resolva pela prisão preventiva. Somente com a ineficiência daquelas é que esta será adotada.

Por ser a prisão preventiva tema central do presente trabalho acadêmico este tópico limitar-se-á a estas considerações gerais, sendo reservado capítulo próprio para tratar mais detidamente da referida medida cautelar.

#### 5.3.4 Prisão temporária

Esta modalidade de medida cautelar pessoal está prevista na Lei 7.960/1989. Foi concebida a fim de substituir a prisão por averiguação, que se tornou inconstitucional com o advento da Constituição da República de 1988. Sua aplicabilidade recai sobre os agentes suspeitos de praticarem infração penal de natureza grave. Objetiva assegurar a eficácia da investigação (NUCCI, 2016,). Tem-se, pois que:

A prisão temporária, modalidade de prisão provisória disciplinada na Lei 7.960/1989, à qual também se agrega natureza cautelar em face de seu objetivo de tutela das investigações criminais, quando constatado que a segregação do investigado é imprescindível para a realização de diligências consideradas necessárias ao êxito do inquérito (AVENA, 2017, p. 598).

Segundo os ensinamentos de Pacelli, “A citada Lei nº 7.960/89 prevê que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal” (2017, p. 258).

Segundos os ensinamentos de Lima (2016, p. 1342):

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*. Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações – tutela-meio –, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória – tutela fim.

A decretação desta medida somente ser efetuada pela autoridade judiciária. Não há mais que se falar em prisão decretada pela autoridade policial. Uma vez que se destina ao papel de proteger o bom andamento das investigações policiais, somente é cabível no transcorrer no inquérito policial, não sendo admitida decretação desta modalidade de medida cautelar durante o andamento da ação penal.

Conforme assevera Capez(2016, p. 353):



A prisão temporária pode ser decretada nas situações previstas pelo art. 1º da Lei n. 7.960/89. São elas: imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial; indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade; fundadas razões da autoria ou participação do indiciado em qualquer um dos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado (com os acréscimos operados pela Lei n. 11.106/2005 ao art. 148 do CP), roubo, extorsão... estupro, atentado violento ao pudor; raptos violentos (art. 219 do CP, revogado pela Lei n. 11.106/2005), epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia... crimes contra o sistema financeiro.

A Lei 13.260/2016 incluiu a Alínea “p” no III do artigo 1º da Lei 7.960/89, adicionando aos crimes cujo indiciado pode ser submetido à prisão preventiva os tipos penais previstos na Lei de Terrorismo.

Para a decretação da prisão preventiva é necessário que sejam satisfatoriamente contemplados todos os requisitos estabelecidos no art. 1º da Lei 7.960/89. Desta feita, o Judiciário não poderá acolher o pedido de prisão caso não seja concordante com o que determina a referida Lei. Nesse sentido:

Pensamos, por isso mesmo, que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º; para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária (PACELLI, 2017, p. 259).

A Lei 7.960/89 contempla um rol de crimes cuja participação ou autoria dos indiciados é requisito para a decretação de prisão temporária. Existe forte embate doutrinário sobre tais tipos penais elencados seres exaustivos quanto à possibilidade de decretação da referida medida ou se haveria a possibilidade para a sua decretação para indiciados por autoria ou participação em crimes não explicitados na referida Lei.

A doutrina majoritária entende que somente é possível decretar prisão preventiva quando se tratar de investigação sobre os crimes expressamente listados no art. 1º, III do texto da aludida Lei. Assim:

Com o objetivo de consertar a falta de técnica do legislador, somente é possível decretar a prisão temporária quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º, associada à imprescindibilidade da segregação cautelar para a investigação policial ou à situação de ausência de residência certa ou identidade incontroversa.<sup>397</sup> Tendo em conta tratar-se a prisão temporária de espécie de prisão cautelar, conjugam-se, assim, seus pressupostos: 1) *fumus commissi delicti*, previsto no inciso III; 2) *periculum libertatis*, previsto no inciso I ou no inciso II (LIMA, 2016, p. 1344).

O Judiciário não poderá decretar prisão temporária de ofício. Sua decretação pela autoridade judiciária competente será feita de maneira fundamentada, mediante provocação via requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, sendo necessário, neste último caso, que o julgador, antes de tomar sua decisão, convoque o Ministério Público para manifestar-se sobre o pedido.

No prazo de vinte e quatro horas após o recebimento do requerimento ou da representação o juiz decidirá sobre o acolhimento ou não do pedido de prisão. O juiz expedirá o mandado de prisão em duas vias, sendo que uma será entregue ao indiciado. Poderá ainda solicitar informações da autoridade policial, determinar que o mesmo lhe seja apresentado, submetido a exame de corpo de delito (CAPEZ, 2016).

Tem-se que a prisão temporária não pode durar tempo demasiado longo e nem indeterminado, como ocorre com a prisão preventiva. Esta última não tem previsão legal quanto ao seu prazo de duração. Assim:

Ainda ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva e mesmo com a conversão em preventiva da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP), a prisão temporária tem prazo certo, expressamente previsto em lei, que somente em caso de extrema e comprovada necessidade poderá ser prorrogado, e por uma única vez, findo o qual o aprisionado deverá ser posto em liberdade, salvo se já decretada a sua prisão preventiva (art. 2º, § 7º, Lei nº 7.960/89) (PACELLI, 2017, p. 258).

O prazo de duração desta medida cautelar será de cinco dias, sendo permitida a sua prorrogação por uma única vez, caso que deverá ficar plenamente demonstrado a extrema necessidade de o fazê-lo. Em se tratando de investigação sobre a prática de crimes hediondos ou equiparados, conforme o disposto na Lei nº 8.072/90, o prazo da prisão preventiva será de 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período caso fique demonstrada a imperiosa necessidade de sua postergação.

### 5.3.5 Medidas Cautelares Diversas da Prisão

Anteriormente à entrada em vigor da Lei 12.403/2011, havia no ordenamento jurídico brasileiro uma bipolaridade cautelar no âmbito da persecução penal (TÁVORA, 2017). Segundo Lima (2016), o indivíduo que estivesse sofrendo uma investigação criminal ou então estivesse sendo processado penalmente existiam duas situações: prisão cautelar ou liberdade condicional, sendo que esta somente era concedida ao anteriormente preso em flagrante. Ainda segundo o jurista:

Tem-se aí o que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, seja com a obrigação de comparecer aos atos processuais, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso da liberdade provisória com fiança (LIMA, 2016, p. 1120).

Esta dicotomia instalada no processo penal constituía um verdadeiro óbice ao bom andamento da marcha processual e, como também representava um flagrante desrespeito ao direito de locomoção do indivíduo e, mais ainda, ao princípio da presunção de inocência. A situação do investigado ou acusado transitava entre a liberdade e o cárcere.

Por vezes a persecução penal restava prejudicada, uma vez que não havia elementos suficientes que justificassem decretação da prisão cautelar, por faltar-lhe compatibilidade com o binômio adequação / necessidade. Contudo, necessário era que alguma providência fosse tomado em relação à pessoa investigada ou acusada. Por outro lado, por vezes decretava-se prisão cautelar motivada por razões que não lhe justificavam.

A Lei 12.403/2011 inaugurou um novo leque de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de restringir ainda mais a adoção do cárcere como forma de atender a demandas da persecução penal, rompendo com a inconveniente bipolarização. Assim:

Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a outro, polímorfo, que se caracteriza pela multicautela, na medida em que submete o imputado a um terceiro status, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP: em síntese, correto deduzir que, após a vigência da reforma processual ditada pela Lei 12.403/2011, o indivíduo submetido a uma investigação criminal ou que responde a um processo judicial poderá estar sujeito a três tratamentos distintos: sujeição a medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320), prisão provisória ou aguardar em liberdade o desiderato da demanda criminal.(AVENA, 2017, p. 597).

Assim a legislação processual penal foi contemplada com uma importante dinamicidade, capaz de tornar as medidas cautelares ainda mais eficientes, exercendo sua instrumentalidade de maneira sensível aos desdobramentos da investigação ou do andamento da marcha processual. Por outro lado, aumenta-se o grau de respeito e observância aos direitos do investigado ou réu, visando-lhe assegurar que o mesmo só será recolhido ao cárcere quando claramente imperioso para a persecução penal.

Ressalte-se que, nos termos do § 1º do art. 283 do CPP, somente será admitida a possibilidade de aplicação de qualquer medida cautelar diversa da prisão quando à infração

for cominada isolada, cumulativa ou alternadamente pena privativa de liberdade. Conforme destaca Avena (2017, p. 617), isso deve-se em virtude das restrições que são impostas ao acautelado e, principalmente, ao fato de que o eventual descumprimento destas medidas enseja algumas conseqüências, como a prisão preventiva (arts. 282, § 4.º, e 312, parágrafo único).

A aplicação de tais medidas poderão ser efetuadas em caráter autônomo, sem correlação com anterior decretação de prisão preventiva ou temporária, desde que preencham os requisitos estabelecidos na legislação (LIMA, 2016, p. 1123). em substituição à prisão preventiva (art. 282, § 6º) ou vinculada ao benefício da liberdade provisória (art. 321, CPP).

#### 5.3.5.1 Espécies de medidas cautelares diversas da prisão

Tais medidas encontram-se regulamentadas nos artigos 319 e 320 do CPP, quais sejam:

- a) Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (art. 319, I): objetiva precipuamente fazer com que o indivíduo esteja disponível para a prática dos atos da persecução penal, como também que o mesmo venha prestar contas sobre as atividades que tem desenvolvido. “A periodicidade, fixada judicialmente, deve atender a razoabilidade, de forma que não prejudique a rotina de trabalho do indivíduo, e seja condizente com sua condição pessoal” (TÁVORA, 2017, p. 1042). É pertinente quando o indivíduo pode não ser encontrado futuramente por não ter vínculo com o local (LIMA, 2016);
- b) 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 (art 319, II): compreende a vedação para que o indivíduo entre ou tenha acesso a determinados lugares, ainda que de maneira eventual, como também de maneira sistemática e repetitiva. A lei não versa sobre os locais aos quais deve ser imposta tal proibição. Dessa feita, pode ser em relação a lugares públicos, lugares privados de acesso ao público ou lugares privados (LIMA, 2016). “É recomendável que esta medida seja aplicada cumulativamente com a monitoração eletrônica, para que se possa

fiscalizar se o destinatário está respeitando as restrições estabelecidas” (ALVES, 2016, p. 501);

- c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (139, III): objetiva impedir que o indivíduo estabeleça ou mantenha contato com certas pessoas envolvidas na persecução penal como vítima, testemunha. Assim:

Percebe-se que a vedação ao contato não se restringe ao mesmo ambiente físico, coibindo-se telefonemas, emails, cartas, e qualquer outra forma da qual possa gerar intimidação. É de bom tom que o beneficiado pela medida seja sempre informado, alimentando o juízo com informações sobre eventual descumprimento, que servirão como mais uma fonte de cognição, que pode gerar, inclusive, havendo revogação do instituto, a decretação eventual da prisão preventiva, se o delito comportar a medida (TÁVORA, 2017, p. 1042);

Tem como finalidade proteger determinadas pessoas do comportamento do agente, impedir que o mesmo possa influenciar no depoimento de testemunhas ou vítima. A proibição de contato poderá abranger contatos via meios eletrônicos de comunicação como, principalmente, contato físico (LIMA, 2016);

- d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (139, IV): compreende a vedação para que o agente saia da circunscrição territorial da Comarca com vistas a garantir a sua presença para a realização de atos cuja sua participação seja necessária. Pode objetivar também garantir a aplicação da lei penal, quando houver, por exemplo, risco de que o indivíduo fuja. Pode ser também decretada medida cautelar com o objetivo de impedir que o agente saia do país. “As autoridades responsáveis pelos órgãos de controle marítimo, aeroportuário e de fronteiras serão comunicadas sobre a proibição, ao passo que o réu terá de depositar o passaporte em juízo em 24 horas” (REIS, 2016, p. 504). Será decretada a prisão preventiva do acautelado caso o mesmo se recuse a entregar o passaporte;
- e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (139, V). Conforme leciona Avena:

Tanto a residência como a atividade laboral fixas deverão ser devidamente comprovados. Não sendo possível a prova documental (v.g., pela ausência de vínculo trabalhista na ocupação exercida), essa comprovação pode ser realizada em audiência apazada pelo juiz, na qual poderão ser ouvidos o indiciado/acusado e eventuais testemunhas.

Ainda, é necessário que a atividade laboral seja integralmente ou, ao menos parcialmente, exercida no período diurno, existindo, ainda, dias de folga. Do

contrário, revela-se impossível a aplicação da medida, tendo em vista os termos explícitos da lei que se refere a recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (AVENA, 2017, p. 624);

Portanto, a decretação desta medida cautelar tem como pré-requisito a necessidade de que o agente tenha residência e trabalho fixos;

- f) 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 (139, VI) é medida que incide, via de regra, sobre os crimes praticados por funcionário público contra a administração pública e crimes contra a ordem econômico-financeira. Objetiva impedir que o agente prossiga se valendo da função pública que exerce para continuar cometendo infrações. Para Aury Lopes Júnior, esta é uma medida de constitucionalidade duvidosa, pois sua decretação pode acabar afligindo antecipadamente os efeitos de uma eventual condenação. Nas palavras do autor:

É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 630).

Em sentido contrário posiciona-se Renato Brasileiro Lima. Para ele:

A suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira é plenamente compatível com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, c/c art. 170, caput). Afinal, esta livre iniciativa não é absoluta e pode ser restringida em favor de outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Por isso, o próprio Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a livre iniciativa não pode ser invocada para afastar a regulamentação do mercado e as regras de proteção ao consumidor.<sup>464</sup> Logo, considerando que a própria decretação da medida cautelar do art. 319, VI, está condicionada ao abuso da livre iniciativa no exercício de atividade econômico-financeira, não há falar em inconstitucionalidade da medida (LIMA, 2016, p. 1390).

A decretação desta medida somente será cabível caso o empreendimento criminoso levado a cabo pelo agente tenha relação com a função pública desempenhada por ele, e que a sua permanência na função será um estimulante para a continuidade da prática criminosa. Em não havendo tal liame, desnecessária será a adoção desta medida cautelar;

- g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável, conforme dispõe o art. 26 do Código Penal (CP) e houver risco de reiteração (inciso VII): para a decretação desta medida cautelar o agente deve

ser previamente submetido a exame pericial que comprove que o mesmo é inimputável ou semi-imputável.

Conforme assevera Lima (2017), a decretação desta medida objetiva garantir a manutenção da ordem pública, impedindo que novas infrações sejam cometidas.

Desta feita:

A previsão é salutar, evitando-se o decreto da prisão preventiva, com o recolhimento ao cárcere, de pessoas com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental. No entanto, a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como se fosse um efeito automático da doença mental (TÁVORA, 2017, p. 1044);

Dever-se-á estar diante de crime praticado mediante o uso de violência ou grave ameaça e, ainda, quando houver fundado risco de que o agente continue a delinquir.

- h) 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 (inciso VIII) será concedida nos casos dos crimes em que não houver impedimento legal para sua admissibilidade. Determina o art. 327 do CPP que o afiançado terá a obrigação de “comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento”. A fiança servirá ainda para evitar que o agente pratique atos que causem embaraço e retardo ao bom andamento da persecução penal, como também quando o indivíduo recusar-se de maneira injustificada a cumprir as determinações judiciais (AVENA, 2017, p. 627);
- i) monitoração eletrônica (inciso IX): trata-se de uma inovação, que permite o controle dos passos do indiciado ou acusado com o uso de tornozeleiras e pulseiras equipadas com aparelho de localização via satélite. É uma medida que, se principalmente utilizada cumulativamente a outras cautelares, poderá ser utilizada em substituição a outras mais severas, como a prisão preventiva. Conforme destaca Renato Brasileiro de Lima, o monitoramento eletrônico visa três objetivos:
  - a) Detenção: o monitoramento tem como objetivo manter o indivíduo em lugar predeterminado, normalmente em sua própria residência;
  - b) Restrição: o monitoramento é usado para garantir que o indivíduo não frequente certos lugares, ou para que não se aproxime de determinadas pessoas, em regra testemunhas, vítimas e coautores;
  - c) Vigilância: o monitoramento é usado para que se mantenha vigilância contínua sobre o agente, sem restrição de sua movimentação (LIMA, 2016, p. 1401).

Apresentadas estão, pois as medidas cautelares pessoais, a saber, aquelas que incidem diretamente sobre a pessoa do indiciado ou acusado, afetando diretamente alguns de seus direitos fundamentais de ordem constitucional. Verificou-se que estas medidas devem ser tomadas excepcionalmente, quando verdadeiramente mostrarem-se pertinentes para a defesa e bom andamento da persecução penal.



## **6 PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão é uma medida extrema, adotada em casos excepcionais, que objetiva retirar do convívio social aquele indivíduo que desestabilizou o equilíbrio estabelecido nas relações entre os diversos pares da sociedade. Trata-se de uma limitação da liberdade de locomoção, privando o sujeito passivo da medida do direito de transitar livremente. Objetiva punir o infrator, prevenir a prática de novos crimes e, também, propiciar que o delinquente seja recuperado a fim de bom desempenho seus direitos e deveres frente ao Estado e aos diversos atores sociais.

Desta feita, objetivou o legislador que a mesma somente possa ser imposta em casos que realmente a justifiquem, haja vista o seu alto impacto na vida do apenado, uma vez que ataca um direito que instrumentaliza a fruição de muitos outros. Por isso, as amarras da legislação objetivam limitar severamente a imposição de tal penalidade ao condenado pela prática de ilícito penal.

A despeito de todo este caráter de exceção ao cárcere, resolveu por bem o Estado instituir medidas cautelares com impacto diretamente sobre o direito à liberdade de locomoção do indivíduo. Foram estabelecidas modalidades de prisão àquele que ainda não foi imposta sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Tais medidas se justificam pela busca de justiça e da verdade real durante toda a persecução penal.

Dentre as medidas cautelares que agridem o direito à liberdade de locomoção, a prisão preventiva é a modalidade que indiscutivelmente mostra-se como a mais invasiva, uma vez que implica o recolhimento ao cárcere daquele sobre o qual recai a suspeita ou acusado pela prática de um crime. Por isso, aos olhos leigos da sociedade, a mesma mostra-se como a tão almejada resposta célere do braço punitivo do Estado aos que delinquem.

Desta feita, diante deste emblemático panorama, fundamental é que se proceda a uma análise sistemática desta modalidade de medida cautelar, a fim de que sejam precisamente aclarados os seus pressupostos, identificados os seus requisitos, conhecidos os seus objetivos, limitado o seu alcance.

### **6.1 Conceito de prisão preventiva**

A prisão preventiva é espécie de medida cautelar penal destinada a encarcerar agente provisoriamente indiciado ou acusado do cometimento de infração criminal considerada grave, a saber, os crimes dolosos que têm como pena cominada a privação de

liberdade por período igual ou superior a quatro anos (art. 313, I do CPP). Segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1286):

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

Para Fernando Capez (2016, p. 341) a prisão preventiva é:

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Nestor Távora assim define a referida medida cautelar (2017, p. 931):

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Das lições dos ilustres doutrinadores pode-se depreender que a prisão preventiva é medida que encontra amparo na Constituição Federal. A Carta Magna admite a possibilidade de decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esta medida poderá ser adotada em qualquer fase da persecução penal, seja na fase investigatória do inquérito policial, seja no andamento da ação penal.

Verifica-se, ainda, que a norma constitucional exige que a medida seja sempre decretada por ordem judicial fundamentada, com a explicitação de todos os elementos probatórios que a motivaram. O Código de Processo Penal (art. 311) estabelece que a decretação poderá ocorrer de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do representante ou representação da autoridade da autoridade.

Observa-se, portanto, que a prisão preventiva é uma modalidade de medida cautelar que promove o recolhimento ao cárcere do acautelado. A mesma está prevista no art. 5º, LXI da CF e nos arts. 311 ao 316 do CPP. Tal medida objetiva limitar o direito à liberdade de locomoção do indivíduo com o objetivo de garantia da ordem pública, da ordem

econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 311, CPP).

A prisão preventiva e a temporária não se confundem, pois possuem elementos distintos. Conforme assevera Renato Brasileiro de Lima (2016), enquanto a prisão temporária somente pode ser decretada anteriormente ao início da ação penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da persecução penal. Outra distinção reside no preceito de que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, enquanto a preventiva poderá sê-lo. A prisão temporária somente pode ser aplicável em investigações de um rol taxativo de crimes (art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90), enquanto a preventiva não possui um rol quanto à sua aplicação, bastando para tanto que se observem as condições estipuladas no art. 313 do CPP. Por fim, outro fato diferenciador é em relação ao prazo de duração das medidas. Enquanto a prisão provisória possui prazo pré-fixado para sua duração (cinco dias, prorrogáveis por igual período), a temporária não possui prazo pré-determinado.

## **6.2 Iniciativa para decretação**

O art. 311 do CPP preceitua que a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício, pelo juiz, se no curso da ação penal ou mediante requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Durante o processo o juiz poderá decretar prisão preventiva mediante requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, ou de ofício. Para Aury Lopes Junior (2014), a decretação de ofício constitui uma grave agressão ao sistema acusatório, pois compromete a imparcialidade do julgador. O jurista aduz que:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia (LOPES JUNIOR, 2014, p. 605).

Na fase investigatória somente poderá ser decretada prisão preventiva mediante requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, não se admitindo sua decretação de ofício nesta fase. Também não admite-se representação da autoridade policial após concluída a fase de investigação (AVENA, 2017).

### 6.3 Momento da decretação

Como já oportunamente salientado, conforme preceitua o art. 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada durante qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que satisfatoriamente observadas as condições estabelecidas no art. 313 do CPP.

Segundo o entendimento dominante na doutrina, a prisão preventiva não poderá ser decretada durante a fase da investigação policial dos crimes elencados na Lei nº 7.960/1989, uma vez que para a referida fase já existe a medida cautelar adequada, a saber, prisão provisória. A referida medida cautelar possui prazo de duração e prorrogação compatível com o prazo para a conclusão dos trabalhos de investigação presididos pela autoridade policial, seja para os crimes considerados mais graves, seja para os definidos como hediondos. Nesse sentido:

Com o advento da Lei nº 7.960/89, que versa sobre a prisão temporária, pensamos que, pelo menos em relação aos delitos constantes do art. 1º, inciso III, da referida lei, bem como no tocante aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar de investigações, à qual não poderá se somar a prisão preventiva, pelo menos durante essa fase. Portanto, em relação a tais delitos, não se afigura possível a aplicação da temporária seguida de preventiva, exclusivamente durante a fase investigatória (LIMA, 2016, p. 1287).

Como se vê, a prisão temporária é medida apta a segregar o indivíduo suspeito de cometer um crime considerado grave. Estes, pelo grau de lesividade ao corpo social, são os que justificam a adoção desta medida encarceradora ainda na fase de investigação. Caso o crime não esteja elencado no rol dos quais é cabível prisão temporária, a decretação da preventiva nestes casos deve ser feita somente em caráter flagrantemente excepcional, que indubitavelmente justifiquem a adoção da medida. Assim leciona Nucci (2016, p. 575):

É rara a decretação da prisão preventiva durante a fase da investigação policial, sendo por vezes incompreensível que o juiz o faça, pois atualmente existe, como medida cautelar mais adequada, a prisão temporária, indicada justamente para os crimes mais graves, que estariam a demandar a segregação cautelar do investigado. Se não cabe, por exemplo, prisão temporária para o caso de incêndio, porque a Lei 7.960/89 não o arrola dentre os delitos que comportam a medida (art. 1º, III), teria sentido decretar a prisão preventiva? Somente em caráter excepcional, como poderia ocorrer se estivéssemos cuidando de indiciado com inúmeros antecedentes e imputação da prática de vários crimes contra a incolumidade pública, não merecedor da liberdade, pois coloca em risco a ordem pública. Mas, essa situação, repita-se, é incomum, de modo que a preventiva se tornou escassa durante a fase do inquérito.

Tem-se que transcorrido o prazo da prisão temporária sem que se tenham por conclusos os trabalhos de investigação, não poderá ser admitida a possibilidade de decretação

de prisão preventiva, ainda que a soltura do indivíduo implique em prejuízo aos trabalhos da fase inquisitorial. Se a prisão temporária foi concebida justamente com vistas a segregar o investigado, não há porque se falar em admissibilidade de prisão preventiva nos crimes por ela contemplados. Admitir a preventiva seria de todo inutilizar a provisória.

O inquérito presidido pela autoridade policial não é o único procedimento investigatório que admite o cabimento de prisão preventiva durante o seu curso. Conforme assevera Renato Brasileiro de Lima (2016), por ser o inquérito policial procedimento dispensável para o oferecimento da denúncia, basta somente que exista uma investigação preliminar para que, atendidos os requisitos do art. 313 do CPP, será admissível a decretação da aludida medida. Assim sendo, poder-se-á decretar prisão preventiva durante o curso de investigações levadas a cabo por comissões parlamentares de inquérito, inquéritos civis ou procedimentos investigatórios criminais presididos pelo órgão do Ministério Público.

Nesse Sentido Noberto Avena (2017, p. 665) aduz que:

Portanto, compreendemos que, a despeito da especificidade da terminologia empregada no art. 311, a prisão preventiva, efetivamente, pode ser decretada não apenas no curso de investigações policiais, mas também no correr de outras investigações criminais, assim compreendidas aquelas instauradas pela autoridade que tiver atribuição legal ou constitucional para realização de diligências destinadas a apurar infrações penais. Com esta orientação, não estamos realizando interpretação extensiva do art. 311, mesmo porque, tratando-se de norma que estabelece restrição à liberdade individual, não aceita esta forma de exegese. Logo, estamos apenas conferindo a este dispositivo uma interpretação sistêmica, quer dizer, à luz da regra geral das medidas cautelares de natureza pessoal estipulada no art. 282, § 2.º do CPP, que permite sejam elas decretadas no curso das investigações criminais e não apenas no correr das investigações policiais.

Assim como dispõe o art. 311 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do processo criminal. Desta feita, caberá prisão preventiva, se presentes os seus pressupostos, em qualquer grau de recurso. Tem-se com isso que no proferimento da sentença penal condenatória do juízo singular o juiz poderá decidir pela imposição de tal medida ou pela sua manutenção, se já estiver sendo aplicada (art. 413, § 3º, CPP). A mesma não se confunde com a prisão decretada após a sentença penal condenatória recorrível, que foi revogada do ordenamento jurídico.

#### **6.4 Pressupostos**

Conforme disposto na redação do art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da

existência do crime e indício suficiente de autoria. Assim, os primeiros requisitos a serem observados para a concessão desta medida cautelar é a existência de provas que comprovem que um crime foi cometido e, ainda, que existam ao mínimo indícios suficientes de que o sujeito passivo da medida é o autor do crime.

Assim como inerente a toda medida cautelar, para a concessão da prisão preventiva exige-se a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O primeiro é consubstanciado pela prova de materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação. O segundo é consubstanciado pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal. Nesse sentido, Avena (2017, p. 668) assevera que “A decretação da prisão preventiva exige, necessariamente, a presença de dois pressupostos fundamentais, os quais, conjugados, compõem o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) sobre o qual deve assentar-se a medida”.

É necessário ficar demonstrado que a aplicação de qualquer outra medida será ineficiente, conforme dispõem os arts. 282, § 6º e 312 do CPP (LIMA, 2016). Desse modo, primeiro buscar-se-á a aplicação de medidas cautelares menos severas que sejam aptas a permitir o alcance dos objetivos pleiteados. Após esgotadas as possibilidades de aplicação de tais medidas de modo eficiente é que o magistrado poderá decidir pela decretação da prisão preventiva quando.

a) Prova da existência do crime

Para a decretação da prisão preventiva é necessário certeza quanto à existência do cometimento de uma infração penal. Nesse sentido, Nucci (2016, p. 579) leciona que “A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico”.

Desta feita, não deverá pairar incertezas quanto à ocorrência de um ilícito penal. Para a demonstração da certeza quanto à existência do crime não é indispensável à realização de laudos periciais. Basta somente que seja inconteste que uma conduta delituosa foi empreendida. Os laudos periciais deverão ser apresentados oportunamente durante a persecução penal.

b) Indício suficiente de autoria

Conforme as palavras de Noberto Avena (2017, p. 668) indício suficiente de autoria:

[...] é aquele que, muito embora situado no campo da probabilidade, baseia-se em fatores concretos indicativos de que o indivíduo, efetivamente, possa ter praticado a infração penal sob apuração. Não se demanda, enfim, neste juízo provisório, prova plena de autoria, já que este é grau de certeza exigido por ocasião do mérito da ação penal, quando se visa à condenação do acusado.

Significa, pois que os elementos de informação colhidos evidenciam que o indivíduo é o autor do crime investigado ou julgado. Existe forte indicação de que foi ele o empreendedor da conduta delituosa. Não é necessária a existência de uma prova, sobre o qual não paire mais incerteza quando a quem cometeu o crime. Conforme aduz Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 1293) “Como é cediço, a palavra indício possui dois significados. Ora é usada no sentido de prova indireta, tal qual preceitua o art. 239 do CPP, ora é usada no sentido de uma prova semiplena, ou seja, aquela com menor valor persuasivo”.

A despeito da imprecisão terminológica quando da redação do art. 312 do CPP, tem-se que a prisão preventiva não recairá somente sobre o autor do crime. Em conformidade com o que preceitua o art. 29 do CP, a aludida medida cautelar poderá ser decretada também contra qualquer um que de alguma forma tenha participação no cometimento da infração penal.

c) Garantia da ordem pública

Pode ser que a manutenção em liberdade de um suspeito ou acusado pelo cometimento de um crime possa acarretar uma estridente desestabilidade ao corpo social. Por este motivo, a fim de se restabelecer o equilíbrio, a restrição da liberdade torna-se uma ferramenta útil, pelo qual retira-se do convívio social aquele indivíduo que está perturbando a ordem. Nesse sentido, Nucci (579, 2016) assevera que:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

Nucci (2017, p. 264) salienta, ainda que “A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente”. A perturbação social poderá ser justificada pelo receio fundamentado de que o indivíduo, se solto, volte a cometer novos crimes. Desta feita, não poderá a sociedade esperar pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória daquele que lhe a ameaça a tranquilidade.

Deverá ficar demonstrado o risco de que o indivíduo continuar a delinquir, seja porque terá contato com os demais elementos da quadrilha, seja porque terá novamente à disposição os instrumentos do crime, ou porque recorrentemente tem sido detido ou processado pelo cometimento do mesmo tipo penal. Contudo, salienta-se que somente os antecedentes não constituem prova para tanto.

A gravidade do crime, por si só não é elemento ensejador para decretação da prisão preventiva. Contudo, a verificação em concreto do crime cometido poderá ser justificativa para o recolhimento ao cárcere do sujeito a quem é atribuído o cometimento da infração. Poderá ser levada em consideração a condição subjetiva do agente como também o seu modo de agir. Nesse sentido, Eugênio Pacelli (2017, p. 264) aduz que:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal.

Contudo, ressalta-se que não se pode decretar a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública com o objetivo de preservar a credibilidade do Poder Judiciário. Esta credibilidade deve ser afirmada por intermédio de uma persecução penal célebre, que respeite o trânsito em julgado da sentença penal. A prestação jurisdicional não pode se desvencilhar do devido processo legal. Sob esse aspecto, Nestor Távora (2017, p. 933) afirma que:

Nem se diga que a liberdade do infrator durante a persecução poderia 'afetar a imagem da Justiça. Ora, o sentimento popular não pode pautar a atuação judicial com repercussão tão gravosa na vida do agente. A política de "boa vizinhança" com a opinião pública ou com a imprensa não pode levar ao descalabro de colocarmos em tábula rasa as garantias constitucionais, em prol da falaciosa sensação de segurança que o encarceramento imprimiria. A imagem do Judiciário deve ser preservada, com a condução justa do processo, não cabendo ao réu suportar este ônus com a sua liberdade.

Conforme assevera Fernando Capez (2016, p. 343):



O clamor popular não autoriza, por si só, a custódia cautelar. Sem *periculum in mora* não há prisão preventiva. O clamor popular nada mais é do que uma alteração emocional coletiva provocada pela repercussão de um crime. Sob tal pálio, muita injustiça pode ser feita, até linchamentos (físicos ou morais). Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. Garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo.

Assim, a mera repercussão do crime e a divulgação maciça pela imprensa não justificam a segregação do indiciado ou acusado. A sociedade não é sensível aos aspectos técnicos que devem reger a avaliação de uma conduta delituosa. Assim, imprecisa seria a decisão tomada com base no sentimento geral.

d) Garantia da ordem econômica

Objetiva impedir que o agente, estando solto, continue a cometer infrações criminais que causem inquietude sobre a ordem econômica, podendo gerar expressivas perdas financeiras, ou instabilidade no mercado de ações e valores (LOPES JUNIOR, 2014). Conforme aduz Alexandre Reis (2016, p. 483):

Trata-se de prisão decretada a fim de coibir graves crimes contra a ordem tributária (arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/90), o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86), a ordem econômica (Lei n. 8.176/91; arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90) etc. São os crimes de “colarinho branco” de grande repercussão que podem gerar prejuízos disseminados a investidores de bolsa de valores, a instituições financeiras e até mesmo aos órgãos do Governo.

Segundo a doutrina dominante, a previsão para a referida garantia mostra-se como um dispositivo totalmente desnecessário, uma vez que se trata de espécie do gênero garantia da ordem pública, já consagrado no texto legal (TÁVORA, 2017). Exige-se para a decretação da medida que esteja presente a gravidade do crime, a possibilidade do cometimento de novas infrações e a instabilidade no corpo social (AVENA, 2017).

e) Conveniência da instrução criminal

Exige para a satisfação deste fundamento que a prisão preventiva seja decretada com o objetivo de preservar o bom andamento das investigações ou do processo criminal, impedindo que, solto, o agente cause embaraços aos trabalhos desenvolvidos para o regular prosseguimento da persecução penal. Dessa forma, caso se esteja tentando mudar elementos

que possam contribuir para a construção de elementos probatórios, poder-se-á decidir pelo recolhimento ao cárcere.

Conforme Leciona Lima (2016, p. 1305):

[...]Assim, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

A prisão preventiva deverá, portanto, ser decretada para a garantia do devido processo legal, impedindo que a atuação do agente possa causar embaraços ao Estado em sua busca pela verdade real. Assim, os atos do indivíduo que atentem contra a livre produção de provas poderão ensejar a adoção da referida medida. Desse modo:

[...] o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. Também se invoca esse fundamento quando o imputado ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo [...] (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 608).

A despeito de o texto legal conter a expressão *conveniência*, observa-se que o uso da mesma constitui-se numa verdadeira imprecisão terminológica levada a cabo pelo legislador ordinário. A prisão preventiva somente pode ser decretada quando revelar-se imprescindível para a persecução penal, sem que permita-se ao juiz efetuar qualquer juízo de conveniência sobre a sua decretação (CAPEZ, 2016).

Destaca-se ainda que esta medida durará somente enquanto ainda persistente a instrução processual. Assim, vindo esta a desaparecer, deverá ser revogada a prisão preventiva. Em se tratando de ameaça a testemunhas, também deverá ser revogada a medida cautelar após aquela prestar depoimento.

#### f) Garantia de aplicação da lei penal

Poderá ser decretada a prisão preventiva quando o indiciado ou investigado oferecer fundado risco de fugir com o objetivo de livrar do cumprimento de pena privativa de liberdade imposta em virtude de uma eventual condenação criminal. Segundo dispõe Nucci (2016, p. 582):

A garantia de aplicação da lei penal significa assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o

ajuizamento da ação penal, respeitando-se o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico.

O risco de fuga do agente deverá se justificado por fundado receio de que, de fato, poderá ser levado a cabo. Sob pena de se agredir o princípio da presunção de inocência, não se admitirá tal receio baseando-se somente na condição econômica do agente. Tampouco meras suposições baseadas em ilações desprovidas de nexos com a realidade poderão consubstanciar a decretação da prisão preventiva.

Por isso, o magistrado somente decretará a adoção da aludida medida quando ficar incontestado que o agente pretende fugir a fim de não ser submetido aos efeitos da condenação. Para tanto, isso deverá ficar demonstrado por meio de elementos idôneos que o indivíduo tem o intuito e condições materiais para levar adiante tal desiderato.

Segundo as lições de Lima (2016, p. 1302):

Além disso, diante da regra probatória que deriva do princípio da presunção de não culpabilidade, não é do réu o ônus de assegurar que não pretende fugir, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários – e não de vagas suposições – haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual.

Ademais, há entendimento jurisprudencial no sentido de que a fuga momentânea para evitar uma prisão em flagrante, ou então, para escapar de uma prisão que o agente considere abusiva e ilegal da qual se ofereceu recurso e contra qual tenha oferecido recurso, não configuram a possibilidade de garantia de aplicação da lei penal.

- g) Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Segundo a redação do art. 282, § 4º do CPP, em virtude do descumprimento de qualquer das medidas cautelares o juiz poderá decretar substituir a medida aplicada, impor outra em cumulação ou, em último caso, resolver pela decretação da prisão preventiva do agente. Conforme leciona Capez (2016, p. 344):

Essa espécie de prisão preventiva difere da concedida autonomamente porque é aplicada depois de frustradas todas as tentativas de se garantir o processo, mediante meios menos traumáticos. A recalcitrância do acusado ou indiciado em cumprir suas obrigações processuais acaba por tornar inevitável a medida extrema da prisão.

Desta feita, somente optar-se pela prisão preventiva quando não for possível a substituição da medida cautelar empregada por outra menos invasiva do que a prisão ou,

então, quando forem frustradas as tentativas de imposição de medida cautelar diversa da prisão, revelando-se estas ineficientes para alcançar o objetivo proposto.

## 6.5 Hipóteses de admissibilidade

A prisão preventiva, por ser espécie de medida cautelar mais gravosa, não possui previsibilidade de aplicação para toda e qualquer infração penal, não bastando que estejam satisfeitos os seus fundamentos (REIS, 2016). Conforme dispõe Nucci (2016, p. 583):

O art. 313 do Código de Processo Penal especifica que a prisão preventiva será admissível nos casos de crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (inciso I), se o acusado tiver sido condenado por outro delito doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o prazo depurador do art. 64, I, do Código Penal (inciso II), bem como 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 (inciso III).

Pode-se, ainda, decretar a preventiva quando houver dúvida quanto à identidade civil da pessoa suspeita ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Nessa hipótese, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra causa justificar a manutenção da prisão cautelar (art. 313, parágrafo único).

O legislador objetivou limitar os crimes sobre os quais ela pode recair, uma vez tratar-se de medida que limita sensivelmente o direito de liberdade à locomoção do indivíduo. Por isso, a legislação prevê um alcance limitação sobre quais crimes a medida é cabível.

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

Esta categoria abrange tanto os crimes aos quais se comina pena de reclusão quanto de detenção. Será somente cabível em casos de crimes dolosos considerados mais graves, sobre os quais recai uma pena mais longa. Não se admite, portanto, em relação a crimes culposos ou contravenções penais. Conforme acentua Lima (2016, p. 1309):

Atento ao princípio da proporcionalidade, o dispositivo visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando de seu término. Ou seja, ao decretar a prisão preventiva, deve o juiz fazer um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade. Assim, se o juiz, *ab initio*, percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz sentido que decrete uma prisão preventiva. Impõe-se, pois, a observância da homogeneidade ou proporcionalidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida.

Desta forma não há que se falar em adoção de prisão preventiva em crimes com pena máxima cominada inferior a quatro anos, uma vez que face ao princípio da proporcionalidade, seria incoerente submeter o indivíduo a situação tão maçante para, ao final do processo, decretar-lhe pena branda.

- b) Se o réu ostentar condenação anterior definitiva por outro crime doloso no prazo de 5 anos da reincidência.

Tendo o agente pretérita condenação penal transitada em julgado pela prática de crime doloso, poderá o magistrado considerar que o mesmo representa um risco para a ordem pública, por haver possibilidade de que continue a praticar novos crimes. Nesta situação, não é necessário que o crime investigado ou julgado tenha pena máxima cominada superior a quatro anos, bastando somente que seja crime doloso.

- c) Se o crime envolver violência doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa deficiente, quando houver necessidade de garantir a execução de medidas protetivas de urgência.

Trata-se de inovação legislativa estipulada no art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, e no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). A despeito do art. 313, III do CPP não estabelecer a distinção de que seja em relação a crimes dolosos, não se pode admitir disso que tal hipótese poderia recair sobre crimes culposos, por tratar-se de violência, a mesma precisa estar revestida do elemento dolo (LIMA, 2016).

Para esta hipótese não se faz necessário que a pena máxima cominada para o crime tenha um limite mínimo, como também não há distinção entre ser pena de reclusão ou de detenção. Ficando comprovada a tipificação da violência doméstica, cabível será a decretação da prisão preventiva, seja qual for a natureza da pena cominada.

- d) Dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento

Esta medida é aplicável com vistas a garantir a correta identificação daquele sobre o qual o Estado exercerá a sua pretensão punitiva. Objetiva a correta qualificação do agente,

de modo a esclarecer fundadas dúvidas quanto à sua identificação. De acordo com Lima (2016, p. 1314)

Para que o Estado possa deflagrar a persecução penal, é indispensável que se saiba contra quem será instaurado o processo. Individualiza-se a pessoa por meio de seu prenome, nome, apelido, estado civil, naturalidade, data de nascimento, número da carteira de identidade, número do cadastro de pessoa física (CPF), profissão, filiação, residência, etc. Portanto, havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou caso esta não forneça elementos suficientes para seu esclarecimento, a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, evitando-se, ademais, possíveis erros judiciários, por conta da instauração de processos criminais contra eventuais homônimos do autor do delito.

Assim, caso não haja elementos que permitam a correta identificação do indivíduo, dever-se-á decretar prisão preventiva a fim de que o mesmo possa ser qualificado. A referida medida será aplicável ainda quando o agente, por recusa, não disponibilize informações suficientes que permitam a sua correta identificação. Tão logo seja feita a identificação do indiciado ou acusado, o mesmo deverá ser posto em liberdade, caso não exista outro elemento justificador da manutenção da prisão preventiva.

Diante do exposto, verifica-se que a prisão preventiva é medida cautelar de caráter excepcional, que deve ser aplicada somente quando comprovadamente necessária para realizar a efetiva proteção da persecução penal, não sendo outra medida adequada para o fazê-lo. Desta feita, ela possui vertente meramente instrumental, não se constituindo, em hipótese alguma, execução de pena. Sua decretação e aplicação deve se dar dentro dos limites e condições estabelecidos legalmente, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

## **7 APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR FACE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Como já oportunamente aclarado, o princípio da presunção de inocência possui previsão constitucional (art. 5º, LVII). Por sua vez, a prisão preventiva, considerada a mais extrema das medidas cautelares, também possui amparo na Carta Política (art. 5º, LXI). Vê-se, portanto, que ambos ocupam o topo da pirâmide no ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com o princípio da presunção de inocência ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se de direito fundamental que, juntamente com outros, assegura ao indivíduo que sobre ele não recaia nenhuma penalidade ante que, para isso, seja percorrido todo um caminho que lhe permita um julgamento imparcial, célere, onde seja possível defender-se plenamente contra todas as condutas a ele imputadas.

Privar o indivíduo do direito de locomoção, constitucionalmente assegurado, é uma das formas que o Estado instituiu como maneira de penalizar alguém que se lança ao cometimento de infrações penais. Como já oportunamente demonstrado, esta penalidade só poderá ser imposta após o trânsito em julgado de processo que decreta sentença penal condenatória.

Desta feita, uma eventual condenação será resultado de um processo onde tenham sido respeitados os direitos e garantias do acusado, cuidando-se para que antes que a persecução penal se encerre sobre o réu não recaiam os efeitos que uma condenação produz.

Com as medidas cautelares será possível decretar que sobre o investigado ou acusado recaia alguma medida que implique em limitação ao direito de locomoção podendo, inclusive, implicar no recolhimento ao cárcere do acautelado em estabelecimento prisional.

Ora, quando importam em privação do direito à liberdade de locomoção, as medidas cautelares assumem forma semelhante à pena privativa de liberdade, a mais grave das penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro (com exceção à pena de morte em caso de guerra declarada – art. 5º, XLVII). A primeira é decretada durante o curso da persecução penal. A segunda, por sua vez, somente pode ser resultado de processo judicial com trânsito em julgado. Vê-se que é dispensado a quem está sendo somente indiciado ou julgado tratamento semelhante ao que foi condenado pela prática de crime.

É sabido que as medidas cautelares não estão instituídas no ordenamento jurídico com o intuito de fazer recair sobre o investigado ou acusado os efeitos de uma condenação.

Prestam-se sim a defender o bom andamento da persecução penal, garantindo a efetiva prestação jurisdicional que, eventualmente, poderá ensejar em condenação.

Dentre os direitos atingidos pela decretação de medida cautelar aplicável na persecução penal atingem-se referentes à propriedade, à inviolabilidade do domicílio e, mais sensivelmente, direito à liberdade de locomoção. Do outro lado, como penas admitidas no ordenamento pátrio têm-se as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as de multa. Vê-se que a aplicação de medida cautelar e de pena apresentam grande semelhança.

Por isso o caráter de excepcionalidade das medidas cautelares. Aplicar qualquer uma delas deve ser levado a cabo somente quando for realmente necessária para a saúde da persecução penal, sendo que a medida empreendida deve mostrar-se adequada para o efeito que se deseja produzir.

Ademais, utilizar a privação de liberdade como instrumento a serviço da persecução penal é percorrer um caminho fronteiro separado por uma linha tênue entre o estado de inocência e a imposição precoce dos efeitos de uma eventual futura condenação.

A despeito das penas admitidas, atribuir a alguém a prática de uma infração pode fazer recair sobre o imputado uma série de consequências deletéreas, tais como: segregação social, dano à honra e à moral, pichação pública, desestabilidade familiar. Estes efeitos colaterais produzem resultados muito mais devastadores sobre o indivíduo.

No mais, dada a sua célere aplicação e efetividade, a adoção de medida cautelar pode servir como instrumento não para a proteção da persecução penal, mas para, alheio ao princípio da presunção de inocência, precipitadamente impor ao indivíduo o cumprimento de pena antecipada.

Evidencia-se que as medidas cautelares tencionam flagrantemente com o princípio da presunção de inocência. Estas tensões revelam-se ainda mais emblemáticas quando se trata de medidas cautelares de natureza pessoal que recaem mais precisamente sobre o direito à liberdade de locomoção do indivíduo. Desta feita, é preciso que se definam o contorno das medidas cautelares para que estas não sejam desvirtuadas de seu caráter instrumental de promoção e defesa da efetiva prestação jurisdicional e, conseqüentemente, não invadam a área que deve ser reservada às penas.

## **7.1 Opinião pública e clamor popular**

Outra importante vertente da persecução penal é a maneira como esta repercute na sociedade e como a divulgação e o trato pela mídia e órgãos de imprensa são capazes de



condicionar a maneira como a comunidade reage diante do que está sendo veiculado. Notadamente na realidade brasileira percebe-se que a imprensa consegue exercer grande influência sobre a opinião pública

Percebe-se que os veículos de comunicação têm predileção especial por repercutir a prática de crimes, uma vez que estes prendem a atenção da audiência. Trata-se de um importante produto de exploração comercial, uma vez que aumentam o público que consome a programação e, conseqüentemente, potencializa a arrecadação com patrocinadores.

Ao arrepio de qualquer critério ético, explora-se a notícia, na grande maioria das vezes manipulando-a, sonegando informações, distorcendo dados e maquiando acontecimentos. E o fazem com o escuso propósito de chocar ainda mais o passional público consumidor da programação. Montam-se verdadeiros shows, regrados a sensacionalismo e demagogia.

Estas notícias supervalorizadas impregnadas de juízo de valor conseguem penetrar na comunidade, direcionando a opinião geral para a radical reprovação do suspeito, indiciado ou acusado, muitas vezes sem sequer ainda ter sido concluído o inquérito policial, promovendo sobre o indivíduo um verdadeiro julgamento antecipado que, via de regra, promove a condenação pública do mesmo.

A execração midiática acaba promovendo efeitos devastadores sobre a vida do sujeito, que tem sua honra vilipendiada, sofrendo um linchamento público de proporções aviltantes e conseqüências dilapidadoras. O transtorno emocional causado é de intensidade sufocante.

Sobre o imputado pela prática da conduta delituosa são empregados os mais variados adjetivos desqualificantes, e atribuídas as mais vexatórias acusações, muitas vezes sem critérios coerentes e desprovidas de qualquer fundamento técnico. Ao passo que não se concede espaço para que em defesa do indivíduo sejam feitas ponderações que objetivem, ao menos minimamente, permiti-lhe defender-se das acusações feitas.

Verifica-se que a imprensa funciona muitas vezes em total descompasso com o princípio da presunção de inocência. O devido processo legal, o estado de inocência, o direito à ampla defesa e ao contraditório são pilastras fundamentais de qualquer sociedade que pretenda ser democrático de direito. E a imprensa não pode funcionar na contramão destes princípios.

Ainda que sua atuação seja pautada na liberdade de expressão, de opinião, não se pode olvidar que sua conduta deve ser pautada no respeito aos direitos fundamentais atinentes

a todo indivíduo. Mormente o seu grande poder e influência, deve ser a imprensa um sagaz perseguidor da verdade real, assim como o Estado também deve o ser.

Nessa esteira, não se pode ignorar que para que se condene é preciso respeitar todas as normas atinentes à persecução penal. Desse modo, a condenação não deve ser antecipada por anseios insensatos de justiça e muito menos por conveniência econômico-financeira.

A imprensa não pode ser um instrumento a dessevirço da justiça e do fortalecimento das instituições democráticas. Não pode trabalhar na contramão dos direitos e garantias individuais.

#### 7.1.1 Decretação de medida cautelar ante o clamor popular

Não deve a opinião pública deve ser fundamento para resolver-se pela condenação ou absolvição de alguém. Deixar o poder sancionador do Estado sob o controle dos ventos inconstantes do inconformismo geral é abrir as portas para a insegurança jurídica, ainda mais quando tal opinião é fruto de controle e manipulação. Deve-se priorizar a solidez das instituições e da legislação.

Tampouco o clamor público deve influenciar para que se decrete a prisão preventiva de alguém no afã de estar a se satisfazer a garantia da ordem pública. Uma coisa não se confunde com a outra e nem devem promiscuamente se relacionar. Nesse sentido assevera Lima (2016, p. 1298):

Também não será possível a decretação da prisão preventiva em virtude da repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados. Tais argumentos, de per si, não são justificativas para a tutela penal cautelar. Afirmarções a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos ao próprio tipo penal, ou seja, aspectos como a gravidade em abstrato do delito, o clamor social provocado pelo delito, ou a necessidade de segregação cautelar do agente como forma de se acautelar o meio social devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, mormente para garantia da ordem pública, pois desprovidos de propósito cautelar. Nessas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituoso, não se vislumbra *periculum libertatis*, eis que a prisão preventiva não seria decretada em virtude da necessidade do processo, mas simplesmente em virtude da gravidade abstrata do delito, satisfazendo aos anseios da população e da mídia. Não custa lembrar: o poder judiciário está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia.

A perplexidade de uma comunidade com a prática de um crime, a comoção geral, os anseios para que o agente pague pelo mal que fez, o inconformismo coletivo com a conduta

delituosa levada a cabo não podem servir de subsídio para que se resolva pela decretação de prisão preventiva.

As circunstâncias em que o crime foi cometido, a vítima, a motivação, os meios empregados, por mais que gerem repulsa e indignação geral, não se prestam a fundamentar a decretação de prisão preventiva. Se assim o fosse, estar-se-ia diante de verdadeira condenação antecipada. Estes são elementos que devem ser analisados no processo a fim de ensejar ou não em condenação.

O Judiciário não pode ser alheio à voz da população. Pelo contrário! Deve ser um ponto sensível do Estado a fim de debruçar-se sobre as querelas e solucioná-las sempre com vistas a resolver satisfatoriamente as demandas. Contudo, não pode balizar suas decisões meramente no clamor popular. Deve antes revestir sua conduta com a técnica que o ordenamento jurídico consagra.

## **7.2 Decretação de medida cautelar sem antecipação de condenação**

Como já exaustivamente debatido, as medidas cautelares são utilizadas a fim de se assegurar a efetiva e desembaraçada atuação estatal na prestação da atividade jurisdicional. Revestem-se, pois, do caráter de instrumentalidade. Ademais, devem ser empregadas somente em casos extremos, quando se fizerem imprescindíveis, necessárias. Além disso, devem ser adequadas para alcançarem o fim a que se propõem. São, por isso, medidas excepcionais.

É inegável que as medidas cautelares cumprem uma importante função na persecução penal. Sem elas muitos entraves seriam de difícil superação. Elas são um instrumento que permite celeridade ao Estado em superar embaraços à sadia evolução da persecução penal. A busca pela verdade real ficaria, em muitos casos, extremamente comprometida.

Contudo, elas tocam em pontos sensíveis, também tocados pelas penas admitidas na seara penal. E se não tocassem certamente não seriam eficientes como o são. E por tocarem devem ser utilizadas tão somente quando e enquanto for preciso. Deixando de existir o entrave, deixará de existir a medida que o combateu.

Sob esse aspecto, Nucci (2016, p. 77) assevera que:

Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. A partir disso, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por

representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência.

No mesmo prisma, evidencia que outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).

Por isso, as medidas cautelares devem ser aplicadas unicamente dentro dos limites e condições estabelecidas legalmente. A aplicação que exceda aos preceitos normativos tende a converter-se em verdadeira execução antecipada da pena, o que viola gravemente o princípio da presunção de inocência.

A imposição de pena pela prática de infração penal deve ser resultado de um processo correto, conduzido segundo as regras estabelecidas. Assim, faz-se necessário a observância do devido processo legal. Antecipar os efeitos da pena é violar este princípio básico do estado democrático de direito.

O Estado deve ser o maior garantidor dos direitos dos indivíduos. Sua atuação deve ser pautada em estreita observância aos mandamentos, ainda que pretenda alcançar um objetivo que lhe compete. Por isso, desconfigurar-se-á de sua correta funcionalidade se passar a atuar ao arpejo do que determina o ordenamento jurídico.

O Judiciário, por mais que persiga o nobre desiderato de garantir a efetividade da aplicação da lei penal, ainda que pretenda fazer com que os criminosos paguem pelo mal que fizeram, não podem fazer o uso de qualquer meio a fim de fazer com que a condenação seja o produto de um procedimento que não observe o devido processo legal com o conseqüente trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim como determina o sistema normativo, não se deve aplicar medida cautelar com o objetivo de penalizar o indivíduo, pois as mesmas não se propõem a este propósito. Se com este propósito forem utilizadas, converter-se-ão em ferramenta de dilapidação do princípio da presunção de inocência. Não se pode acautelar com o fito de impor pena, castigo. Nesse sentido discorre Távora (2017, p. 69 – 70):

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF /1988). 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 contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Não é outro o entendimento do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração. Na mesma linha intelectual, o legislador ordinário, com a Lei no 11.719/2008, revogou

o art. 594 do CPP, dispositivo que condicionava o direito do réu de apelar ao recolhimento à prisão, em nítida violação ao princípio referido.

Segundo levantamento divulgado em 2017, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2016, junto aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, 34% (trinta e quatro por cento) da população carcerária dos presídios estaduais é composta por presos provisórios (BRASIL, 2017).

Esse levantamento evidencia o quanto a população carcerária está inchada por indivíduos que ainda não tiveram o trânsito em julgado dos processos que sobre eles recaem. Estão enfrentando as algúrias do cárcere sem que a conduta que lhes é imputada tenha sido exaustivamente apreciada pelo Judiciário.

Um sistema penal que recolhe os indivíduos ao cárcere antes de percorrida toda a persecução penal, ainda que sob as vestes da cautelaridade, não é um sistema próprio das democracias. É característico sim dos regimes ditatoriais e autoritários, que usam o castigo a fim de flagelar os que com ele tencionam.

Independente da efetiva culpabilidade do preso provisório, o mesmo não pode ser preso antes do trânsito em julgado sem que satisfeitos estejam os requisitos da prisão preventiva. Ainda que seja inconteste que o indivíduo seja o autor da infração penal, não pode ele cumprir pena antes do trânsito em julgado do processo, pois é neste que serão oportunamente discutidos todos os elementos e fatores que integram o caso concreto.

Se assim o fosse, estar-se-ia diante de aberrante insegurança jurídica, que poderia servir de pano de fundo para que inocentes fossem submetidos ao cumprimento de pena sem que lhes oportunizasse antes percorrer um trajeto que lhes assegurasse a possibilidade de apresentarem defesa contra a que lhes for imputado.

Estes dados também revelam o quanto o Estado é débil em promover a efetiva observância ao princípio da razoável duração do processo. A morosidade do Judiciário, impulsionada, sobretudo, pela falta de estrutura para atender a demanda constitui-se num verdadeiro vetor para que indivíduos sejam submetidos a medidas cautelares que protegem processos que se arrastam por um lapso temporal além do que efetivamente deveriam durar.

Não se pode, ainda, pleitear que medida cautelar se preste a antecipar a execução da pena sob o pretexto de que a demora em se obter o trânsito em julgado do processo potencializa a sensação de impunidade e promove a descredibilidade do Judiciário. Trata-se de um argumento falacioso, próprio de quem não possui conhecimento a efetiva realidade do sistema penal brasileiro.

Utilizar a aplicação de medida cautelar a fim de dar celeridade ao início de cumprimento da pena é combater o problema com os instrumentos e ferramentas impróprios. É julgar ao arrepio do que preceitua o sistema normativo. É desvirtuar os institutos cautelares. É, mais do que isso, ignorar direitos constitucionalmente assegurados.

A sensação de impunidade deve ser superada com o fortalecimento das instituições, sendo permitido a estas desempenharem suas prerrogativas legais. Para isso é necessário um aparato eficiente, compatível com a demanda, capaz de atender aos anseios sociais dentro de um tempo hábil, sem vertente demagógica, mas alicerçado no que dispõe o sistema normativo posto.

A despeito da não fixação de prazo legal para a duração de prisão preventiva, é inconteste que a mesma não pode durar indefinidamente, por tempo que faça recair sobre o indivíduo a execução antecipada da pena. Nesse sentido, são precisas as palavras de Nucci (2016, p. 576):

Inexiste, em lei, um prazo determinado para sua duração, como ocorre, ao contrário, com a prisão temporária. A regra é que perdure, até quando seja necessário, durante a instrução, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena.

Torna-se muito importante, entretanto, respeitar a razoabilidade de sua duração, não podendo transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para a instrução do feito. Passamos a defender a existência do princípio constitucional implícito, inerente à atuação do Estado, consistente na duração razoável da prisão cautelar. A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta se prolongar indefinidamente, por culpa do juiz ou por atos procrastinatórios do órgão acusatório. Se assim acontecer, configura constrangimento ilegal. [...]

Assim, não se poderá admitir duração de prisão preventiva por prazo que exceda à necessidade de utilização da medida. Tampouco poderá ser por período que se mostre totalmente incompatível com o crime imputado ao acautelado. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem nortear o magistrado quando da decretação da medida e da apreciação de sua eventual continuidade.

Além disso, outro ponto extremamente relevante que dilapida o princípio da presunção de inocência diz respeito ao estabelecimento prisional onde será encarcerado o indivíduo submetido à prisão provisória. Sob este aspecto, Avena (2017, p. 601 - 602) aduz que:

Antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, estabelecia o art. 300 do CPP que, “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”. Na atualidade, a ressalva sempre que possível foi suprimida do texto legal, passando a dispor o precitado artigo que as

pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da Lei de Execução Penal.

Como se vê, devido aos termos cogentes do art. 300, a colocação dos presos provisórios e dos presos definitivos em celas separadas deixou de ser uma opção na hipótese da inexistência de vagas ou de estrutura carcerária, para ser uma obrigação do Estado. Não sendo possível cumprir este comando, a prisão provisória não poderá ser executada, sob pena de implicar constrangimento ilegal ao indiciado ou acusado. Tendo em vista que essa manutenção da liberdade do agente poderá implicar risco à efetividade que se espera da persecução criminal, pensamos que, em tais casos, a prisão domiciliar pode se apresentar como uma solução possível, muito embora não se trate esta de uma hipótese autorizada pelo art. 318 do CPP. Considerando que tal situação é causada pela omissão do próprio Estado em prover os estabelecimentos prisionais das vagas necessárias para abrigar os presos provisórios, a este caberá não apenas a vigilância da pessoa que deveria estar segregada como também a responsabilidade, inclusive sob a ótica civil, por todas as consequências dos atos e fatos danosos realizados pelo indivíduo que deveria estar custodiado e que, por deficiência estatal, não o está.

Os presos provisórios não podem ser encarcerados juntamente com presos definitivos. Contudo, esta não é a realidade vivenciada no sistema carcerário brasileiro, Devido à falta de estrutura para atender à demanda, o mandamento legal é sistematicamente transgredido. Com isso, mais uma vez o princípio da presunção de inocência é vilipendiado, com os acautelados sendo submetidos a condições totalmente incompatíveis com o estado de inocência.

Não há que se falar em observância ao princípio da presunção de inocência se o preso provisório é encarcerado juntamente com os presos com trânsito em julgado do processo que resultou em condenação. Por óbvio, deve haver uma estrutura diferente no aprisionamento de ambos, já que se tratam de prisões impostas com desígnios distintos.

Outrossim, não se pode admitir que nenhum ser humano seja submetido às condições deploráveis nas quais se encontram a imensa maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros, superlotados, que carecem de condições mínimas de salubridade.

## 8 CONCLUSÃO

Diante de todos os pontos expostos no presente trabalho acadêmico, atentando-se aos dispositivos legais e aos posicionamentos dos doutrinadores que se voltam para o estudo do tema, verifica-se que a liberdade de locomoção é um direito fundamental que somente deve ser limitado em condições excepcionais. O cárcere constitui uma exceção que deve ser admitida apenas dentro dos estritos limites legais. A imposição de pena privativa de liberdade deve ser admitida exclusivamente depois que se tenha navegado por toda a persecução penal. Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser preservado o estado de inocência do indivíduo, não se admitindo qualquer configuração que implique em execução antecipada da pena. Se assim não o for, o regime democrático fica sensivelmente fragilizado.

Tem-se, por outro lado, que as medidas cautelares constituem um precioso instrumento a serviço do Estado no seu nobre mister de perseguir a correta resolução dos conflitos. O direito objetiva a pacificação social. As normas devem ser concebidas com vistas a assegurar segurança jurídica, permitindo que os indivíduos estejam protegidos contra qualquer agressão injusta. E, como o direito penal objetiva tutelar os bens jurídicos mais sensíveis para a sociedade, o sistema deve revestir-se de múltiplos meios que possibilitem a promoção da prestação jurisdicional, propondo intervenções precisas e eficientes, com a celeridade que o combate às ameaças exige.

É nesse contexto que as medidas tutelares justificam sua existência. São instrumentos céleres, poderosos a fim de promover a garantia de que a investigação e o processo serão salvaguardados de ameaças, embaraços e agressões. Assim, caso haja por parte do investigado, indiciado ou acusado algum comportamento ou intento que claramente tenha o desiderato de frustrar os trabalhos do poder público, torna-se justificável que o Estado tenha legitimidade para fazer recair sobre o embaçador alguma medida que proteja a persecução penal, ainda que para isso tenha que se atingir direitos que, via de regra, recebem agressão semelhante somente quando o indivíduo sofre alguma condenação em processo penal.

Sob este prisma, constata-se que as medidas cautelares são preciosos instrumentos, uma vez que permitem que sejam combatidas ameaças à boa e desembaraçada marcha da persecução penal. É inegável a eficiência que a aplicabilidade de tais confere ao poder público na árdua e complexa tarefa de se chegar à verdade real, a fim de que se possa punir os culpados e, principalmente, evitar que inocentes sejam condenados, fazendo com o que o direito possa, assim, alcançar os propósitos que dele se espera.



Entretando, a decretação de medidas cautelares faz com que recaiam sobre o indivíduo efeitos internos e externos que se assemelham aos mesmos efeitos do cumprimento de pena imposta como resultado de uma condenação. Assim, não há que se falar em diferença substancial entre o cumprimento de pena temporária e pena como efeito de condenação, embora haja diferenças na forma como o ordenamento jurídico prevê o cumprimento e execução de cada uma. Ambas recolhem o indivíduo ao cárcere. Os meios e recursos utilizados são pareios.

Por isso, as medidas cautelares não constituem a regra, devendo ser aplicadas somente em casos excepcionais, uma vez que se confundem com as sanções penais admitidas. Por essa razão faz-se necessário que sejam sempre aplicadas na mais absoluta conformidade com os requisitos e limites legais, afim de que não percam seu caráter instrumental. Não podem ser desvirtuadas. Devem ser empregadas observando-se sempre sua adequação e necessidade, sob pena de verterem efeitos deletéreos maculadores da justiça.

Por isso, o Judiciário deve atuar sempre nos ditames legais, evitando prisões abusivas, desnecessárias, muitas vezes motivadas por pressões externas que, desprovidas de qualquer critério técnico, contaminam a lisura da persecução penal. O clamor público não pode ser motivador para a adoção medida cautelar. Os limites legais estão postos. Eles devem ser observados. Qualquer fundamento que escape ao que determina o sistema normativo constitui-se em flagrante ilegalidade, o que descaracteriza o instituto e viola os direitos do indivíduo, trazendo insegurança jurídica e possível instabilidade social.

As medidas cautelares não são instrumentos que objetivam antecipar os efeitos de uma condenação, não se prestam para precipitar a execução da pena. O estado de inocência é a regra. Sistemas que desconhecem a amplitude deste princípio são os que fundamentam os regimes autoritários. Esta é uma configuração que excede ao estado democrático de direito devendo, portanto se combatida. Sem o princípio da presunção de inocência todos estão ao dispor dos eventuais desmandos de quem governa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. **A Lei nº 12.403/2011 e os princípios informadores das medidas de cautela no Código de Processo Penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?%20n\\_link=revista\\_%20artigos\\_leitura&artigo\\_id=10196](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?%20n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=10196)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

BERTUCCI, Janete L. de O. **Metodologia básica para elaboração de trabalhos de conclusão e cursos (TCC): Ênfase na elaboração de TCC de pós- graduação *lato sensu***. São Paulo: Atlas, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/observatoriodh/images/1789->>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2017.

BRASIL. **Reunião especial de jurisdição.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 06 Jul 2017.

CABRAL, João Francisco Pereira. **Argumentos dedutivos e indutivos.** Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/filosofia/argumentos-dedutivos-indutivos.htm>>. Acesso em 17 de agosto de 2017.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão.** 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

**Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar - dramas, princípios e alternativas - Com a Lei 12.403/11.** 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos.** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52030&seo=1>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** Teoria do Garantismo Penal. Tradução Coletiva. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Robledo, L. **Tipos de pesquisa.** Disponível em:

<<http://wp.ufpel.edu.br/ecb/files/2009/09/Tipos-de-Pesquisa.pdf>>, Acesso em 18 ago. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e medidas cautelares**. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 21º edição, São Paulo, ed. Atlas, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINHO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

PEIXOTO, Rachel Panzera. **Medidas cautelares**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45481/medidas-cautelares>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

PIMENTEL, Irene. **O Tribunal Plenário, instrumento de justiça política do Estado Novo**. Disponível em: <<http://jugular.blogs.sapo.pt/1728394.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. ed. Nova Hamburgo: Universidade Feevale, 2013.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TELES, Ney Moura. **Direito penal parte geral: Arts. 1º a 120**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

VERGARA, S. C. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2004.