

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

Fábio Presoti Passos

Advogado.

Doutorando em Direito Processual pela PUC-MG; Mestre em Direito Processual pela PUC-MG.

[fabiopresoti@yahoo.com.br]

RESUMO

Atualmente a prisão preventiva é a medida cautelar usual para se preservar a investigação ou a instrução processual. No entanto, com as reformas trazidas pela lei 12.403/2011, a prisão assumiu caráter de excepcionalidade, devendo ser decretada somente nos casos de demonstrada necessidade e não ser cabível medida cautelar diversa da prisão. Apesar da lei estar em vigor há três anos, decreta-se a prisão preventiva quando da presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sem antes se analisar a possibilidade da imposição de medida cautelar diversa da prisão. Destaca-se que quando ausentes os requisitos da prisão preventiva não se deve impor outra cautelar diversa da prisão, uma vez que as medidas cautelares não podem ser impostas sem que esteja demonstrada a sua necessidade.

PALAVRAS-CHAVE

Prisão Preventiva; Excepcionalidade; Requisitos legais.; Ausência. Medida cautelar; Obrigatoriedade

ABSTRACT

Currently probation is the usual precautionary measure to preserve the investigation or legal discovery. However, with the reforms introduced by Law 12.403/2011, the prison assumed character of exceptionality and must be ordered only in cases of demonstrated need and not be applicable diverse injunction from prison. Although the law has been in force for three years, decrees to probation when the presence of the requirements of article 312 of the Criminal Procedure Code, without first examining the possibility of imposing different injunction from prison. It is noteworthy that when absent the probation requirements should not be imposed several others precautionary prison, since the precautionary measures can not be imposed without being demonstrated their need.

KEYWORDS

Preventive prison; Exceptionality; Legal requirements; Absence; Precautionary measure; Obligation

1 - Presunção de Inocência e Cautelaridade Processual

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XI.1 - *toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*; no artigo 5º, LVII da Constituição brasileira de 1988 - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

O princípio visa abrigar aqueles que são investigados ou se veem processados pelo Estado, resguardando que enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, presume-se inocente o indiciado ou acusado. O princípio é garantia fundamental e exige que para que haja restrição à liberdade ou direitos, necessária será a formação da culpa com estrito cumprimento do devido processo legal, exigindo exaustão e possibilidade de uso das garantias processuais – contraditório e direito de defesa – ao acusado antes de considerá-lo culpado. Garante ao acusado que para que o Estado possa intervir em seus direitos, necessário se faz observar o devido processo legal e somente após resguardar o cumprimento de todos os atos procedimentais é que poderá se falar em culpa.

Disposição constitucional que caminha em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu artigo III prevê que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. O artigo IV prevê que ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado, exigindo que sempre que houver segregação à liberdade deverá haver demonstração¹ de sua necessidade. Na mesma linha interpretativa é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que no artigo 9º, nº 1, afirma que “toda pessoa tem liberdade e segurança pessoal. Ninguém poderá ser

¹ O artigo 93, IX da Constituição brasileira de 1988 exige a fundamentação de toda decisão judicial: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Possibilitando a adoção da medida cautelar excepcional, o inciso LXI do art. 5º da Constituição brasileira prevê que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*.

preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos”.

No Estado Democrático de Direito o direito à liberdade deve ser assegurado durante todo o trâmite da investigação ou do processo, uma vez que somente no caso de condenação a liberdade do acusado poderá ser tolhida. A restrição à liberdade de locomoção – direito fundamental de todo cidadão – deve sempre ser tratada de forma cautelosa, pois tal medida se justificará quando em choque com outro direito fundamental.

As medidas cautelares – prisão ou não – devem guiar-se pela legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade, servindo-se desses norteadores interpretativos para que não se imponha medida restritiva de liberdade ou de direitos de forma abusiva, desnecessária e ilegal.

2 - Superação do Modelo Punitivista

A Lei 12.403 foi publicada em 05 de maio de 2011, com a aprovação do Projeto de Lei 4.208/01, após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, alterando dispositivos do Código de Processo Penal relativos às medidas cautelares prisão processual, liberdade provisória, fiança e outras medidas alternativas à privação de liberdade.

Exigências de alterações no atual Código de Processo Penal sempre são demandadas, tendo em vista que a atual legislação processual foi criada e pensada a partir de implicações fascistas e autoritárias que se repercutiram no decorrer de seu texto, bem como resquícios inquisitoriais² que ainda permanecem em sua base e pulverizados ao longo do texto.

A atual legislação processual de conteúdo autoritário e não democrático foi inspirada em legislação italiana, *Codice di procedura penale*, de 1930, conhecido como *Codice Rocco*, nome do Ministro da Justiça italiano à época e essa inspiração é assumida pela análise da exposição de motivos do atual Código de Processo Penal. O Código italiano sofreu alterações com a Constituição italiana de 1948 na tentativa da adoção de um sistema acusatório e a supressão de traços do sistema inquisitorial que lá prevale-

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

cia; mas somente em 1988 foi aprovado o novo Código de Processo Penal italiano. A discussão ocorrida na Itália debateu justamente a influência do sistema inquisitorial, problema esse que também é discutido nas reformas processuais brasileiras³.

O modelo inquisitorial, regido pelo princípio inquisitivo, essencialmente consiste em fundir na figura do Estado a atividade persecutória e a atividade judicial, predominando uma excessiva e grandiosa valoração de aspectos subjetivos, pois somente o inquisidor é dotado de capacidade sobre-humana, ficando a tomada das decisões (incluindo-se a análise da possibilidade da imposição de medida cautelar) e a gestão da prova a seu cargo. O inquisidor atua como verdadeira parte, pois investiga, instrui, acusa e julga. O modelo inquisitorial afasta a discursividade na busca do suposto esclarecimento dos fatos. O Estado afasta-se por completo da imparcialidade, prevalecendo a supremacia da sua hipótese mental sobre os fatos, buscando meios de provas para confirmá-la.

O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante. Nesse sentido é fácil concluir que, para o Código em vigor, a balança entre as visões *ex parte principii e ex parte populi* pende francamente para o primeiro flanco⁴.

Segundo Cordero, no modelo inquisitivo o agente estatal passa a ser o protagonista, não há contraditório, a investigação é realizada em segredo e se tem o investigado como objeto da investigação, não deixando de lado a tortura como um método clássico de obtenção da verdade. O inquisidor encontra-se em situação paranóica em busca da verdade, criando hipóteses que terão que ser sustentadas na apuração do crime. Aquele que exerce o ato de poder se sobrepõe àquela demanda e aos interessados. O investigado

³ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08, nº 11.719/08 e nº 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 4-5.

⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

é visto como objeto que deve confessar e ser explorado a fundo⁵.

A adoção do modelo inquisitório seria verdadeira tragédia também no que diz respeito à imposição de medidas cautelares. Quando da representação da autoridade policial pela prisão preventiva, os elementos de provas que fundamentam o pedido são aqueles produzidos na fase de investigação, ou seja, são elementos de convicção que foram produzidos unilateralmente; sem qualquer participação do indiciado. No mesmo sentido se for um requerimento de prisão preventiva realizado pelo Ministério Público, igualmente à fase de investigação, as provas agora utilizadas também teriam sido produzidas somente pelo Estado. Em ambos os casos o juiz irá decidir sobre o pedido da medida cautelar com base em provas produzidas sem qualquer participação do indiciado ou acusado, o que tornaria a decisão passível de parcialidade e subjetivismo.

Enquanto não se aprova o novo Código de Processo Penal, nova reforma processual parcial foi realizada. Reformas parciais na maioria das vezes são temerárias, pois corre-se o risco de alterar dispositivo legal pontual sem conseguir mensurar a amplitude e todas as consequências que poderão surgir com sua alteração.

Reformas parciais não resolvem, eis que o Código de Processo Penal continua com estrutura inquisitorial, por isso, mudando apenas alguns pontos, a herança inquisitorial continua em diversos pontos da legislação, correndo-se o risco do texto conter matrizes teóricas dispares e contraditórias, até porque o compromisso constitucional com o processo penal acusatório não é reconhecido pelo legislador⁶.

A proposta de alteração veio no sentido de amenizar os prejuízos que porventura podem ser acometidos os presos cautelares. Tendo como pano de fundo o princípio constitucional da presunção de inocência, houve a necessidade de se criar dispositivos legais que de fato tratassem a prisão preventiva como *ultima ratio* e não como medida obrigatória e corriqueira imposta durante a persecução penal, sendo necessário ao juiz fundamentar do porquê da escolha daquela medida cautelar e não outra⁷. As alterações

⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 19-23.

⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08, nº 11.719/08 e nº 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 5-6.

⁷ Aury Lopes Júnior, quando da análise do Projeto de Lei 4.208-01: “*se houver alguma medida*”

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

vieram na tentativa de superar regulamentações inquisitórias, anacrônicas e punitivistas em favor da adoção de uma legislação mais democrática e em consonância com a atual Constituição.

A situação das prisões é reconhecidamente lastimável, onde beira-se à falência do sistema de cumprimento de pena. Tratando-se de prisão cautelar, esses presos provisórios arcam com os mesmo ônus dos presos definitivos, com a falta de qualquer estrutura de respeito àquele que é mantido preso na pendência de certeza jurídica acerca de sua culpabilidade.

As inovações destinam-se a reduzir a decretação de prisões preventivas por outras medidas cautelares⁸ onde a restrição cautelar da liberdade não se mostre adequada e nem necessária. Também teve como objetivo superar com a mazela da manutenção de alguém preso em flagrante por tempo indeterminado sem que houvesse sua conversão em prisão preventiva, dessa forma, sem qualquer análise do *periculum libertatis* e demais requisitos dessa espécie de prisão.

Tendo como pano de fundo a proporcionalidade da medida cautelar prisão preventiva, a nova lei buscou afastar a possibilidade de prisão preventiva para os crimes dolosos punidos com penas igual ou inferior a quatro anos. Isso se deu em razão da desarrazoada medida cautelar ser mais gravosa que a eventual cumprimento de pena após o trânsito em julgado, assim, buscando afastar a possibilidade do processo ser mais gravoso ao acusado do que a própria pena aplicada. Não se aplicando referida orientação se o acusado já tiver sido condenado e transitado em julgado por outro crime doloso ou quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Outra necessidade foi repensar a prisão em flagrante, especialmente sobre o caráter pré-cautelar dessa medida, tendo em vista que o flagrante

que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como 'ultima ratio' do sistema" (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume II. 3ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.174).

⁸ As medidas cautelares mantêm como finalidade buscar o 'normal' andamento processual e a eficaz atuação do estado no que diz respeito à aplicação da sanção penal, assim, fica demonstrado seu caráter instrumental. Neste sentido, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. 2ª reimpr.. Tradución de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 257 ss.

‘prendia por si só’, sob seus fundamentos próprios, sem a demonstração de qualquer outro elemento que indicasse a necessidade da prisão⁹.

O problema é que se pretende uma legislação processual penal garantista, mas fundada em um juiz penal garantidor, nos termos do paradigma Social, e não em um processo que se funda na participação dos afetados (partes) com iguais possibilidades de influência, argumentação e construção participada da decisão, adequado, portanto, ao Estado Democrático de Direito¹⁰.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição¹¹ desempenha função de essencial relevância em relação aos princípios jurídicos. Apesar de não poder ser reconhecida como o único repositório de princípios, tem principalmente a função de indicar, sistematizar e preservar aqueles que o povo considerou mais importantes, cuja diretriz foi captada pelo constituinte em vista às aspirações da sociedade¹².

No entanto, não bastam somente alterações legislativas para que se mude a mentalidade dos órgãos jurisdicionais que continua seguindo a

⁹ “A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelara, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não” (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume II*, p. 72).

¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08, nº 11.719/08 e nº 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 8.

¹¹ A exigência de garantia constitucional sempre será necessária para que se assegure a aplicação integral do texto da Constituição, como regra suprema do poder estatal. A Constituição de 1988 emprega expressões ou palavras que tem importantes significados na interpretação de seu conteúdo formal e material, bem como nos diversos momentos de aplicação concreta e busca de sua eficácia. No Título II, elenca um rol de direitos que se desdobram em direitos sociais, direitos individuais e coletivos, direitos fundamentais, direitos à nacionalidade, direitos políticos e também utiliza a expressão garantias fundamentais, no título geral que enumera os “direitos e garantias fundamentais” e no art. 5º, §2º diz respeito aos direitos e garantias expressos na Constituição. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 213-214)

¹² GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 205.

ideia social de prisão a todo custo, bem como tratar a medida cautelar como forma de antecipação da pena, em claro desprezo a ditames constitucionais.

As normas constitucionais são dotadas de valor hierárquico absoluto, pois elas se encontram no topo do ordenamento jurídico e sua superioridade implica o princípio da conformidade de todos os atos jurídicos à Constituição¹³, devendo os princípios constitucionais nortear toda a interpretação da legislação infraconstitucional, não podendo a legislação processual restringir a aplicação de direitos fundamentais com o fim de buscar maior eficácia na condução dos procedimentos.

3 - Finalidade e Requisitos da Prisão Preventiva

A prisão preventiva tem como fim preservar a tutela da persecução penal, seja na fase preliminar, seja na fase processual. O juiz decretará a prisão preventiva de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial. Nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, *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*, complementado pelo parágrafo único do mesmo artigo onde *a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares*, sendo analisado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na aplicação da medida.

A garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, deve ser interpretadas em consonância com o artigo 282 do Código de Processo Penal, vez que a medida cautelar 'a prisão preventiva' deve ser aplicada observando-se 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*, bem como deve ser observada a *adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*, servindo o artigo 282 do Código

¹³ VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 56.

de Processo Penal como norteador para a aplicação de todas as medidas cautelares.

Para que haja manifestação judicial decretando a prisão preventiva necessária se faz a demonstração da necessidade da medida cautelar, bem como se de fato é aquela medida a mais adequada ao caso, vez que outras cautelares diversas da prisão preventiva foram elencadas na atual legislação processual penal com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011. Essa demonstração da necessidade da medida deve se basear em elementos concretos que demonstrem sua indispensabilidade e não na utilização de juízos hipotéticos de possibilidade do sujeito trazer algum risco à persecução penal.

A proporcionalidade está intimamente ligada à adequação e exige que a medida cautelar deve revelar-se como o meio necessário para a garantia dos fins pretendidos e sempre esta ligada a alguma finalidade específica e demonstrada, nunca se admitindo restrições a partir de argumentos esvaziados de elementos concretos demonstrados no pedido e na decisão judicial. A medida cautelar deve ser ajustada para que não haja uma excessiva desvantagem a uma hipotética sentença penal condenatória, não servindo as medidas cautelares como meio de antecipação de culpa e cumprimento prematuro de sanções.

A prisão preventiva será admitida desde que ao crime seja cominada pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; quando o acusado ou investigado já tiver sido condenado por outro crime doloso com sentença transitada em julgado; nos casos em que o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, como forma de garantir as medidas protetivas de urgência; bem como nos casos em que houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, nos termos do artigo 313 e incisos do Código de Processo Penal.

4 - Medidas Cautelares Diversas da Prisão Preventiva e Prisão como *Ultima Ratio*

Dentre as diversas alterações que a Lei 12.403/2011 trouxe para o Código de Processo Penal, destaca-se a criação do rol de medidas cautelares diversas

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

da prisão: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; 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; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; 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; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; 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.

Frente ao rol de medidas cautelares criadas, o artigo 282 do Código de Processo Penal exige que elas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente nos termos do parágrafo primeiro. O caráter primordial da medida cautelar alternativa à prisão fica evidente da análise dos §§5º e 6º, vez que *o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*, assim como a *prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*.

A nova lei visou consagrar o princípio da presunção da não culpabilidade, na medida em que a prisão preventiva deve ser decretada em último caso quando as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes e inadequadas para tutelar a persecução penal, tornando a prisão preventiva medida extrema e excepcional; e quando a medida cautelar mostrar-se desnecessária, assim considerada quando não existir mais o motivo que deu ensejo à sua decretação, deverá o juiz revogá-la, substituí-la ou cumulá-la com outra se se mostrar que aquela imposta não é adequada ao caso, devendo a medida cautelar prisão preventiva ser decretada somente após a

constatação de que nenhuma outra medida diversa da prisão surtiu efeito para a satisfação da finalidade da medida cautelar.

Nesse contexto, sendo a prisão preventiva a última medida a ser tomada, quando do preenchimento dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não se deve decretar a prisão como medida pioneira. Presentes esses requisitos legais, deve-se analisar a necessidade e a adequação da imposição de medida diversa da prisão, vez que a própria legislação processual não deixa dúvida de que a prisão deve ser decretada somente quando as demais medidas não surtirem qualquer efeito. Preenchidos os requisitos legais do artigo 312 deve o juiz analisar a possibilidade de aplicação de medida diversa da prisão e somente quando da demonstração de sua inviabilidade, pode optar pela prisão preventiva.

Se não houver o preenchimento dos requisitos para o decreto prisional, não há que se falar sequer em imposição de medida cautelar diversa da prisão. Se não estão presentes os requisitos para a prisão preventiva, não há que se impor medida diversa da prisão. A medida cautelar diversão da prisão não é um favor ao investigado ou acusado para que ele não seja levado à prisão, mas medida a ser tomada quando os requisitos processuais estiverem presentes e não houver demonstração de necessidade da segregação cautelar.

No entanto, não é isso que se tem feito desde que a lei 12.403/2011 entrou em vigor, pois medidas alternativas à prisão preventiva continuam sendo impostas sem analisar se estão presentes os seus requisitos da prisão, conforme exemplifica-se com os acórdãos citados abaixo. Após as alterações processuais sobre prisão, medidas cautelares e liberdade, ficou extremamente cristalina a proposta do legislador em utilizar a prisão preventiva como *ultima ratio* e que ela poderá ser utilizada somente quando não for possível sua substituição por medida cautelar diversa. A praxe mostra que mesmo com as alterações legislativas pouco se mudou, uma vez que se percebe que as decisões desprezam o caráter excepcional da prisão e impõe medidas diversas sem se analisar se estão presentes os requisitos da preventiva, mantendo o tradicional raciocínio de que se não cabe prisão, alguma medida tem que ser aplicada ao caso, pois, do contrário, ele estaria se beneficiando com a liberdade.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Habeas Corpus nº

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

0733599-66.2011.8.13.0000, julgado em 13/11/2013, deixa clara o desprezo pelas alterações legais, vez que assim decidiu:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM 1.º GRAU - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONCEDIDA COM APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. Com o fim de resguardar o caráter residual e excepcional da prisão preventiva, foram inseridas pela Lei n.º 12.403/11 diversas medidas cautelares substitutivas da segregação em estabelecimento prisional, levando-se em consideração sempre a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Nessa esteira, passa a estabelecer o art. 282, § 6.º do CPP, que a “prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Não demonstrada a necessidade da imposição da medida extrema ante a situação fática e os parâmetros legais, configurada está a restrição ilegal ao direito de liberdade. (grifo nosso)

A ementa acima reconheceu que não houve demonstração da necessidade da imposição da prisão preventiva, afastando a restrição à liberdade em razão da ilegalidade da medida. No entanto, apesar de ter reconhecido a ilegalidade da prisão por ausência de motivos que a justifiquem, impôs medida cautelar diversa da prisão – *comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades* – mesmo reconhecendo que não cabe prisão ao caso em julgamento. Não se discute nesse momento que o comparecimento periódico em juízo é menos oneroso que a prisão preventiva, porque isso é evidente. O problema do acórdão é que houve a imposição de medida cautelar sem a demonstração de sua real necessidade, ou seja, qual a precisão de se impor o comparecimento periódico em juízo? O Tribunal reconheceu que não houve comprovação da necessidade de prisão, mas impôs outra medida restritiva sem demonstrar sua necessidade; substituiu-se a prisão por medida diversa sem se apresentar os motivos que levaram o julgador a adotá-la.

O Tribunal mineiro no Habeas Corpus n.º 0662574-90.2011.8.13.0000, assim decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS - SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA - NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, NOS MOLDES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387, DO CPP - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - PACIENTE PRIMÁRIO MAS COM ANOTAÇÕES NA CAC - RECOMENDADA A FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - ORDEM CONCEDIDA - RATIFICADA A LIMINAR. A sentença condenatória deve estar devidamente fundamentada quanto à necessidade do imediato recolhimento do paciente ao cárcere, mormente quando este tiver respondido aos autos em liberdade, conforme determinação do parágrafo único do art. 387, do CPP. Observadas as alterações impostas no CPP pela Lei 12.403/11, bem como atento ao binômio necessidade/adequação, previsto no art. 282 do referido Código, recomenda-se a fixação de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), no caso concreto, pelo juiz singular. Habeas corpus concedido, ratificada a liminar. (grifo nosso)

A decisão em Habeas Corpus acima reconheceu a ausência de fundamentação apta a demonstrar a necessidade da manutenção da prisão preventiva. Apesar do reconhecimento de não haver elementos demonstrativos da necessidade da segregação cautelar, recomendou-se a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, mesmo sustentando que motivos não existem para a prisão preventiva.

Os acórdãos acima servem de paradigma para diversas outras decisões que caminham no mesmo sentido, pois as decisões entendem que ausentes os requisitos para o decreto de prisão preventiva, revoga-se a mesma e automaticamente aplica-se medida cautelar diversa da prisão, mesmo sem qualquer demonstração de sua real necessidade.

No mesmo sentido a decisão abaixo impõe medida diversa da prisão, ainda que a fundamentação seja da impossibilidade da prisão preventiva, vez que não preenchido um dos requisitos objetivos do artigo 313, I do Código de Processo Penal. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em Habeas Corpus nº 0527934-53.2011.8.13.0000:

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. ARTIGO 306 DA LEI Nº 9.503/97. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. REQUISITOS OBJETIVOS NÃO CUMPRIDOS. ARTIGO 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ALTERADO PELA LEI 12.403/2011. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. - À luz das reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, a adequação e necessidade da prisão provisória deverão ser analisadas com base nos requisitos objetivos e subjetivos constantes nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, cumulativamente. - Ainda que presentes os pressupostos subjetivos constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, não pode a prisão preventiva ser decretada em face da carência dos requisitos objetivos trazidos no artigo 313 do mesmo códex. (grifo nosso)

Parte do voto do Relator do Acórdão que foi acompanhado pelos demais Desembargadores:

[...]

O paciente foi preso em flagrante em 18/04/2011 pela suposta prática do crime tipificado no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, tendo sido colocado em liberdade após o pagamento de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a título de fiança. Posteriormente, por não ter o paciente comparecido à audiência de instrução e julgamento designada, foi reconhecida a quebra da fiança e decretada sua prisão preventiva com base no artigo 366 do Código de Processo Penal (fl. 106). Malgrado a decisão combatida apresente motivação satisfatória, ressaltando o douto Julgador a necessidade da prisão cautelar para a garantia de aplicação da Lei Penal, tenho que, em razão da ausência dos requisitos objetivos estabelecidos no reformado artigo 313 do Código de Processo Penal, a medida extrema deve ser revogada.

[...]

O que se faculta ao Juiz, nesse caso, após o advento da Lei nº 12.403/2011, é a imposição de medidas cautelares (CPP, artigo 319), levando-se em conta os princípios da necessidade e adequação. Vale dizer, por pertinente, que, caso venham a ser impostas medidas cautelares e não se preste o paciente a cumpri-las, aí sim, pode o Magistrado decretar a prisão pre-

ventiva, nos termos do artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal. (grifo nosso)

Mesmo a conduta versando sobre um tipo penal onde é cominada pena de detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, preteritamente, na primeira instância havia sido imposta prisão preventiva, mesmo em confronto com o artigo 313, I da legislação processual, onde a prisão será admitida para crimes punidos com pena máxima superior a quatro anos. Ainda, mesmo com decisão unânime determinando a revogação da prisão em razão de sua ilegalidade, houve menção expressa que o que resta ao juiz é impor medidas cautelares diversas da prisão, em oposição à nova sistemática das medidas cautelares, vez que somente há que se falar em medida cautelar diversa da prisão quando do preenchimento dos requisitos da prisão preventiva. No caso em análise, se não foi preenchido o requisito objetivo do artigo 313, I do Código de Processo Penal, sequer há que se analisar a possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão, vez que a imposição de medidas cautelares nesses casos pode ser mais oneroso do que o resultado final do processo em caso de eventual condenação. Se não existe a possibilidade de prisão preventiva não há que se aventar a eventual aplicação de medida diversa da prisão. As medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal foram criadas com a finalidade de substituir a prisão preventiva e não com o escopo de ser aplicada automaticamente quando não for o caso de prisão.

Conclusão

A lei 12.403/2011 foi um grande avanço no que tange às medidas cautelares, no entanto, percebe-se que de fato pouca diferença fez no que diz respeito à sua aplicação. Antes de sua entrada em vigor, quando presentes os requisitos da prisão preventiva, havia sua decretação e quando ausentes, logicamente, concedia-se a liberdade. Atualmente, percebe-se dos julgados que quando presentes os requisitos da preventiva, o raciocínio é o mesmo de antes das alterações processuais, decreta-se a prisão sem se analisar se a medida cautelar diversa da prisão não seria mais adequada ao caso.

Ultimamente aplica-se medida diversa da prisão quando não estão

Dos Requisitos da Prisão Preventiva e a Aplicação de Medida Cautelar Diversa da Prisão

presentes os requisitos legais da preventiva. Antes da entrada em vigor da nova lei, se ausentes os requisitos da preventiva, colocava-se em liberdade e, com a alteração processual, se ausentes os requisitos da preventiva, impõe-se medida cautelar diversa da prisão, distorcendo da finalidade da criação das medidas cautelares e deixando de analisar sua adequação ao caso, transparecendo a ideia de que com a nova lei onerou-se sobremaneira aquele que tem direito à liberdade, pois, automaticamente, restringe-se direitos com uma medida diversa da prisão, quando do não cabimento da prisão preventiva.

Alterações processuais exigem correta interpretação e aplicação, pois, do contrário, corre-se sério risco de não conseguir atingir sua finalidade que foi diminuir o número de prisões cautelares e somente ser imposta como última medida e quando da apreciação do fato mostrar-se necessária e adequada. Não bastando a presença dos requisitos legais elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal para que a prisão preventiva seja decretada, pois, antes de decreto prisional, necessária se faz a análise da possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão e, somente de forma subsidiária, decretá-la quando não se mostrar adequada a medida cautelar diversa da prisão, pois a medida não-prisão somente poderá ser imposta quando presentes os requisitos acima citados, vez que ausentes, não se demonstra a necessidade de imposição de qualquer espécie de restrição de direitos.

Referências

BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do processo penal. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08, nº 11.719/08 e nº 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n.

175, p. 11-13, jun. 2007. Acesso em 16.09.2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume II. 3ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. 2ª reimp.. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.