



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

ANDRÉA LYRA TRAVASSOS BARBOSA

**A PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR SUBSTITUTIVA DA
PRISÃO PREVENTIVA, DE ACORDO COM A NOVA LEI 12.403/11.**

CAMPINA GRANDE/PB

2011

ANDRÉA LYRA TRAVASSOS BARBOSA

**A PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR SUBSTITUTIVA DA
PRISÃO PREVENTIVA, DE ACORDO COM A NOVA LEI 12.403/11**

Pesquisa elaborada como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
pela Universidade Estadual da Paraíba.
Orientador: Ms. Félix Araújo Neto

CAMPINA GRANDE

2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

B238p

Barbosa, Andréa Lyra Travassos.

A prisão domiciliar como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, de acordo com a nova Lei 12.403/2011 [manuscrito] / Andréa Lyra Travassos Barbosa.– 2011.

50 f. il.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Me. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito”.

1. Direito pena. 2. Prisão domiciliar. 3. Prisão preventiva. I. Título.


21. ed. CDD 345

ANDRÉA LYRA TRAVASSOS BARBOSA

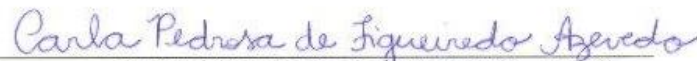
A PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA CAUTELAR SUBSTITUTIVA DA
PRISÃO PREVENTIVA, DE ACORDO COM A NOVA LEI 12.403/11

Aprovada em: 01 de Dezembro de 2011.

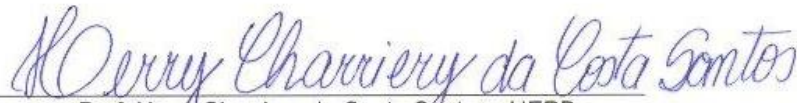
BANCA EXAMINADORA



Prof. ~~Dr.~~ Félix Araújo Neto – UEPB
Professor Orientador



Prof. (a) Carla Pedrosa de Figueiredo – UEPB



Prof. Hermy Charriery da Costa Santos – UEPB

A Deus

Aos meus pais, que, com simplicidade e amor moldaram meu caráter e creditaram no meu potencial.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que é o autor da vida e razão de estar aqui.

Aos meus pais, José Augusto e Dídia Gerlane, por sempre caminharem ao meu lado, por nunca titubear para concretização deste sonho, por terem a minha felicidade como a deles próprios. Meu mais fiel e sincero agradecimento.

Em especial, ao meu namorado Demétrius, “Dé”. Por não medir esforço para ajudar-me na conclusão desta monografia, tirando as dúvidas, que não foram poucas. Por fazer parte da minha vida e por compartilhar deste momento tão importante. Obrigada pela dedicação, compreensão, carinho, por me apoiar nos momentos difíceis, de maneira tão pacífica, trazendo-me sempre uma palavra de conforto e ânimo.

Aos meus demais familiares, a minha irmã Adriana, minhas primas Edna, Priscila e Juliana que mesmo sem saber me ajudaram muito a concluir este curso.

A minha querida amiga Claudia Germana pelos cinco anos e meio, em que quase todos os dias estávamos juntas, seja na faculdade ou fora dela. Agradeço pela amizade, carinho, respeito, conselhos, pelos conhecimentos que trocamos, pelas inúmeras horas estudadas na maioria das vezes em seu apartamento, pelas conquistas que tivemos durante todos esses anos.

A Thayse Cunha pela sincera amizade, pelos momentos difíceis e alegres que passamos a adentrar na faculdade, pelas conversas na cantina de Seu Jadir, pelo apoio e incentivo.

A Dona Martha e sua família por me acolher, fazer-me sentir como se sua filha fosse, bem como ter aberto às portas de sua casa e lá ser como extensão da minha.

Ao Professor Félix Araújo Neto, pela orientação e atenção na condução do presente projeto.

Aos funcionários do Centro de Ciências Jurídicas, em especial Yang Medeiros e a professora Ana Alice Tejo, por toda paciência e prontidão em ajudar.

Ao querido professor Ivan Luís Marques da Silva pelas sugestões e indicações, confiança, paciência e amizade demonstradas ao longo destes meses. Apesar de estar tão longe, fez-se tão presente. Agradeço a Deus pela sua vida e por tê-lo conhecido no momento que mais precisava. Que o próprio Deus lhe abençoe, recompensando-o pelos conhecimentos transmitidos, as horas despendidas, pela disponibilidade imensurável.

Enfim, a todos que de alguma forma contribuíram para esta vitória.

“Se, com a tua boca, confessares Jesus como Senhor e, em teu coração, creres que Deus o ressuscitou dentre os mortos, serás salvo”.

“Porque com o coração se crê para justiça e com a boca se confessa a respeito da salvação”

Romanos 10: 9-10

RESUMO

É assente na doutrina e jurisprudência a necessidade de modificações no Processo Penal brasileiro. Optou o legislador por alterações pontuais, sendo assim, no dia 04 de Julho de 2011, entrou em vigor a Lei 12.403 e, como é de se esperar de uma nova legislação, várias foram as críticas e questionamentos. Esta pesquisa científica procura abordar as principais alterações promovidas pela lei em comento que, ao lado das leis 11.689/08 (provas), 11.690/08 (júri) e 11.719/08 (procedimentos), alteraram significativamente o Processo Penal brasileiro. A nova lei reconheceu a natureza cautelar da prisão, o que já era pacífico na doutrina e na jurisprudência, trazendo o legislador os requisitos para a sua manutenção, bem como a possibilidade de substituição por cautelares diversas, verdadeiras medidas alternativas à prisão processual e, assim, pondo um ponto final na já criticada bilateralidade das medidas cautelares até então vigente. Inicialmente, faremos um estudo histórico sobre o instituto da prisão, explicitando os princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal e suas principais características. Posteriormente, explicaremos o instituto da prisão preventiva e elencaremos as principais alterações promovidas pela lei 12.403/11. Por fim, trataremos especificadamente da prisão domiciliar como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, demonstrando os principais questionamentos da doutrina acerca da nova lei.

Palavras-chave: Lei 12.403/11. Prisão Preventiva. Prisão Domiciliar.

ABSTRACT

It is based on the doctrine and jurisprudence the need for changes in Brazilian Criminal Procedure. Chosen by the legislature occasional changes, so on July 4, 2011, entered into force the Law 12,403 and, as you might expect of a new legislation, there were several criticisms and questions. This scientific research seeks to address the main changes introduced by law in that comment, along with the law 11.689/08 (evidence), 11.690/08 (jury) and 11.719/08 (procedures), significantly altered the Brazilian Criminal Procedure. The new law recognized the precautionary nature of the prison, which was already disputed in the doctrine and jurisprudence, bringing the legislative requirements for maintenance, as well as the possibility of substitution by various precautionary, real alternatives to imprisonment procedural and thus , putting an end to bilateral already criticized the precautionary measures had prevailed until then. Initially, we will make a historical study on the institution of prison, explaining the principles of precautionary measures of a personal nature and its main characteristics. Later, we explain the institution of preventive detention and listed the main changes introduced by Law 12.403/11. Finally, we will specifically from house arrest as a precautionary measure substitution of imprisonment, showing the main questions of doctrine about the new law.

Keywords: Law 12.403/11. Preventive detention. House arrest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	11
1.1 BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA PRISÃO	11
1.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....	13
1.2.1 Princípio da presunção de inocência	14
1.2.2 Jurisdicionalidade	16
1.2.3 Proporcionalidade	16
1.3 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	18
CAPÍTULO 2 - DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS ALTERAÇÕES	20
2.1 CONCEITO DE PRISÃO PREVENTIVA.....	20
2.2 MOMENTO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	20
2.2.1 Durante a fase preliminar de investigações	21
2.2.2 Durante o curso da ação penal	22
2.3 PRESSUPOSTOS	23
2.3.1 "Fumus comissi delicti"	24
2.3.2 "Periculum libertatis"	24
2.3.2.1 Garantia da ordem pública.....	25
2.3.2.2 Garantia da ordem econômica.....	26
2.3.2.3 Garantia de aplicação da lei penal.....	27
2.3.2.4 Conveniência da instrução criminal	27
2.3.2.5 Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.....	28
2.4 DOS CRIMES PASSÍVEIS DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA	29
2.4.1 Crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos	30

2.4.2	Investigado ou acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, salvo a hipótese do art. 64, I, Código Penal.....	30
2.4.3	Quando 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.....	32
2.4.4	Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.....	32
2.5	DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	33
2.6	FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	34
2.7	REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	36
2.8	RECURSOS	36
CAPÍTULO 3 DA PRISÃO DOMICILIAR		37
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAS ACERCA DA PRISÃO DOMICILIAR	37
3.2	HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR	38
3.2.1	Maior de oitenta anos.....	39
3.2.2	Doença que deixou o condenado debilitado.....	40
3.2.3	Imprescindibilidade de cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência	41
3.2.4	Gestante a partir o 7º mês de gestação ou alto risco.....	41
3.3	RECOLHIMENTO DOMICILIAR <i>VERSUS</i> PRISÃO DOMICILIAR	42
3.4	QUESTÕES RELEVANTES SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS		46
REFERÊNCIAS.....		48

INTRODUÇÃO

Em boa hora o Projeto de Lei 4.208/2001 transformou-se na lei 12.403, de 04 de Maio de 2011, fazendo companhia às já conhecidas leis 11.689/08 (provas), 11.690/08 (júri) e 11.719/08 (procedimentos), que alteraram significativamente o processo penal brasileiro.

A legislação em comento reconheceu a natureza cautelar da prisão, o que já era assente na doutrina e na jurisprudência, trazendo o legislador os requisitos para a sua manutenção, bem como a possibilidade de substituição por cautelares diversas, verdadeiras medidas alternativas à prisão processual e, assim, pondo um ponto final na já criticada bilateralidade das medidas cautelares, até então vigente.

Discorreremos neste projeto sobre as principais mudanças em nosso ordenamento jurídico decorrentes da Lei 12.403, com vigência no dia 4 de Julho de 2011. De forma mais específica, abordaremos a prisão domiciliar como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

Inicialmente, abordaremos de forma breve os aspectos introdutórios sobre a prisão em sentido lato, faremos sucinto relato histórico e social do instituto da prisão, tendo como basilar os princípios aplicáveis às medidas cautelares e suas características.

Posteriormente, trataremos de delimitar as hipóteses da prisão preventiva e as principais alterações estabelecidas pela nova legislação – conceito, momento de decretação, pressupostos utilizados, crimes passíveis, duração, fundamentação a ser realizada pelo magistrado, bem como a revogação e os meios de impugnação.

Por fim, faremos uma análise mais específica no que concerne a prisão domiciliar como uma medida cautelar que substituí a prisão preventiva dentro desta nova óptica que a lei 12.403/11 acarretou. Analisaremos as possibilidades de convalidação da prisão preventiva em prisão domiciliar, fazendo distinções entre esta e a medida cautelar alternativa à prisão de recolhimento domiciliar, sempre buscando levantar as possíveis questões controvertidas e relevantes sobre os referidos institutos no Brasil.

CAPÍTULO I - HISTÓRICO DA PRISÃO

1.1 BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA PRISÃO

Desde os primórdios da história da humanidade, o que encontramos no nosso trajeto são grupos humanos reunidos, e não indivíduos isolados e, dentro desses grupos, como consequência surgem, regras de comportamento e convívio social. Nessas formas primárias de sociedade, evidentemente, não existia um órgão que exercesse a autoridade coletiva. Os grupos sociais se formavam, organizavam, ditavam suas regras com total ausência do Estado. Nas sociedades primitivas foram leis penais que surgiram inicialmente¹, embora a ideia de prisão como pena criminal ainda não existisse no pensamento dos homens.²

A história do Direito acompanha o evoluir da civilização como sendo um produto de cultura. Na antiguidade, a cultura era extremamente deísta. Desta forma, praticar um crime era entendido como uma ofensa à divindade, sendo o rei ou o sacerdote os aplicadores das penas, pois representavam a Deus entre os homens.³

A prisão existia na Grécia antiga e em Roma, e era quase sempre aplicada contra escravos e estrangeiros, aos cidadãos havia a instituição da fiança, como ainda existe nos dias hodiernos.

No fim da Idade Média, no período entre os séculos XIV e XV, vivenciou-se uma profunda crise econômica, social, bem como o declínio do modo de produção feudal. Tais acontecimentos fizeram surgir o Estado absolutista no Ocidente. No absolutismo as penas tinham a finalidade de castigar o corpo do condenado e a aplicação da pena de morte gerava a agonia no condenado e tal sofrimento, quantificava o poder do Estado que pune. A dor do condenado servia para intimidar os expectadores.⁴ De modo geral os diplomas penais da época disciplinavam mais a organização judiciária do que os crimes em espécie. As decisões não eram fundamentadas e o instituto da pena de morte teve seu apogeu.

Em meados do século XVIII, a pena de morte começara a perder suas forças, visto que não conseguia retardar o avanço da criminalidade e não almejava mais o

¹ MALCHER, José Lisboa da Gama. Manual de Processo Penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Bastos Freitas, 2002. pag. 13.

² BECCARIA, Cesare, Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

³ Machado, Antônio Alberto. Op. cit, p. 32.

⁴ Cf. FOUCAULT, 2011. Pg 31.

objetivo de resguardar a segurança das classes superiores. Nesse contexto surge o instituto da prisão.

O *ius puniendi* do Estado, especialmente, com a pena de prisão é relativamente recente. Com a decadência do instituto da pena de morte e com os problemas socioeconômicos gerados no início do século XIX é que a prisão, até então sanção corporal, passou a ser considerada pena das sociedades civilizadas.

No ápice do Iluminismo que ocorreu o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à pena criminal. Em 1784 foi publicada a obra de Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, intitulada “*Dos Delitos e das Penas*”, – combateu veemente a violência e o vexame das penas, além de exigir o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e estabelecer garantias processuais ao acusado.⁵

No referido livro já havia a advertência de que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe poderia retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

A origem da prisão como pena está atrelada a penitência do direito eclesiástico, ao final do século XVI, passou a ser sistematizado como espécie de pena, enquanto punição judicial, no final do século XVIII. Na verdade a prisão preventiva é tão antiga quanto a humanidade, tinha como fim especial manter os acusados no distrito da culpa para, posteriormente, processá-los e aplicar-lhes as punições, que quase sempre eram desumanas, como a morte, o açoite⁶, mutilações, o arrastamento e outras. Conclui-se, que na sua origem mais remota, a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental, conforme esclarece Garcia (1980): “Outrora, o aprisionamento só era usado para evitar a fuga dos réus. Não passava, pois, de medida processual, equivalente à atual prisão preventiva”.

Inicialmente a prisão teve natureza cautelar, posteriormente transformando-se em pena-castigo, sob a hegemonia do Direito Canônico. Segundo Cezar Roberto Bitencourt: “Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de

⁵ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P.69.

⁶ A pena de açoites era prevista no código de 1830, cujo artigo 60 era assim concebido: “Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja capital ou de galés, será condenado na de açoites, e de depois de sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar”. DRUMMOND, João da Costa Lima. *Noções de Direito Criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1919, pp. 29 – 30.

contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados.”

No Brasil, a prisão preventiva surgiu, legalmente, em 1822, com a proclamação da Independência. A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179 § 8º, admitiu a custódia preventiva, nos casos declarados em lei, mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu também a prisão sem culpa formada para os crimes inafiançáveis, por ordem escrita da autoridade legítima, previa também o instituto da fiança. Até que o Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, respaldado no Código de Processo Penal italiano de 1930, veio sistematizar, com rigor dogmático, a prisão preventiva no processo penal brasileiro.⁷

1.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

Na esfera processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, com o intuito de instrumentalizar o exercício da jurisdição. É sabido que no âmbito do processo penal é comum a ocorrência de situações em que se necessita de soluções rápidas para resguardar e assegurar a correta apuração do evento delitivo, a execução de eventual pena imposta, a proteção da sociedade ou, ainda, para garantir a reparação civil do dano causado.

Por tais motivos, está a importância da tutela cautelar no processo criminal. A razão de ser desses provimentos cautelares, conforme Calamandrei (1965) é o seguinte:

representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.

Inserto no art. 282, da Lei 12.403/2011 com a seguinte redação:

⁷ Machado, Antônio Alberto. Op.cit, p.32.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Desta forma, a aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal tem como consequência a restrição à liberdade de ir e vir do indivíduo, seja em maior proporção como na prisão preventiva e temporária, seja em menor quando da aplicação das medidas diversas da prisão. A sua aplicação deve atender a alguns princípios que serão estudados.

1.2.1 Princípio da presunção de inocência

Antes da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da presunção de inocência existia, apenas, de maneira implícita, em virtude do princípio do devido processo legal. Com a promulgação da Constituição de 1988, estatui o artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVII, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Por conseguinte, a pessoa acusada é presumida inocente até que passe em julgado sentença penal que a condene. Consagrando-se, deste modo, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Mister se faz lembrar que outros dispositivos são encontrados cláusulas semelhantes no que tange a tal princípio, como por exemplo, prevê o Pacto São José da Costa Rica, no art. 8º, 2 que: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*. Na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 11.1, declara que: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”*, bem como dispõe na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais no artigo 6.2.2 *“Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”*

Quando mencionamos o princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar duas regras fundamentais que estão interligadas: a regra do *in dubio pro reo* e a regra de tratamento.

A primeira trata-se de uma regra probatória, ou seja, que o ônus da prova cabe a quem acusa e não a defesa, assim significa que todo acusado é presumido inocente, desde que não haja contra ele uma sentença condenatória, com trânsito em julgado. Sendo assim, em caso de dúvida sobre os fatos discutidos na esfera judicial, deve-se prezar pela absolvição do acusado, uma vez que é preferível que um culpado seja posto em liberdade à um inocente condenado.

A segunda regra, diz respeito ao fato de que qualquer antecipação de juízo condenatório é impedida por força do princípio da presunção de inocência. Vale destacar, que presentes os pressupostos para ser decretada a prisão ou a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal é possível a restrição da liberdade do acusado, antes de passada em julgado a sentença penal condenatória. Não obstante, restrição a liberdade é sempre excepcional, a regra é a liberdade. Dessa forma, veda-se, por exemplo, prisões processuais automáticas, bem como a execução provisória em desfavor do réu.

No entanto, a execução provisória a favor é réu é plenamente possível desde que só a defesa tenha recorrido, sendo assim, se o indivíduo estiver submetido à prisão cautelar, poderá se valer de institutos como a progressão de regime, bem como outros incidentes da execução. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a detração da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal, através da súmula sob nº 716: “*Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*”.

Nessa senda, a Lei 12.403/2011 veio ratificar o que o legislador constituinte já havia previsto desde 1988 – o princípio da presunção de inocência, tendendo a eliminar a cultura judicante do país de prender cautelarmente os que são presumidos inocentes pela Constituição Federal, tendo como base, única e exclusivamente, a opinião subjetiva do magistrado.

1.2.2 Jurisdicionalidade

Pelo o Princípio da Jurisdicionalidade, a aplicação de qualquer medida cautelar de natureza pessoal deve está devidamente fundamentada pelo magistrado. Este princípio encontra-se consagrado em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal, tais como o LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, LXI “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente”, LXVI “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”.

É fundamental que a autoridade judicante justifique a necessidade da aplicação da medida cautelar de natureza pessoal, visto que será tolhida a liberdade de locomoção do indivíduo, seja de modo mais brusco, ou de modo mais singular. Importante também o conhecimento da fundamentação, pois isso tornará o exercício do contraditório viável à defesa.

É sabido que o dever de motivação das decisões judiciais decorre de outras garantias, como a do devido processo legal. O art. 93, inciso IX da Constituição Federal prevê que o juiz deverá fundamentar todas as decisões, sob pena de nulidade. Desta forma, se o princípio da jurisdicionalidade não for verificado na decretação de medida cautelar, ocorrerá sua nulidade.

1.2.3 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, não estando de forma expressa na Carta Magna. Tal princípio tem ligação direta com o devido processo legal, em conformidade com o artigo 5º, LIV, CF: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Segundo Luís Roberto Barroso, há uma relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade cuja origem remonta à garantia do devido processo legal, principalmente na fase em que se atribui a essa garantia feição substancial.

Sendo assim, no âmbito processual penal, o Estado não poderá agir imoderadamente.

De acordo com Raquel Denize Stumn (1995, p.173), “o *princípio da proporcionalidade é essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder*”.

No que concerne à prisão cautelar, Claus Roxin (2000) adverte que o princípio da proporcionalidade requer a restrição da medida ao veemente necessário, devendo todos os operadores do Direito, principalmente os que representam o Estado na *percutation criminis*, estarem cientificados dos males que qualquer encarceramento produz no indivíduo. Nas palavras do autor: “o *princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário*”.⁸

De modo geral, a doutrina tem firmado o princípio da proporcionalidade com os seguintes requisitos extrínsecos: judicialidade e motivação; requisitos intrínsecos ou subprincípios: adequação ou da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A judicialidade tem como exigência que a limitação aos direitos fundamentais, apenas, ocorrem por decisão competente do órgão julgante. O Poder Judiciário que tem a incumbência de decidir primeiramente, bem como a decisão final em matéria de restrição de liberdade também será sua.

No que concerne a motivação, o magistrado terá que fundamentar quais motivos de fato e de direito o levou a tomar como medida a restrição da liberdade do indiciado ou acusado, assegurando ao indivíduo exercer seu direito de defesa.

No direito processual penal brasileiro, a adequação deve ser aferida em relação aos fins imediatos e mediatos da persecução criminal.

O princípio da adequação diz respeito à aptidão ou adequação que determinado meio deve ter para alcançar o “fim legítimo pretendido”, ou seja, os fins da persecução criminal.

O princípio da necessidade se refere à utilização do meio que menos interfira em um direito fundamental, da escolha do meio mais brando, de menor influência. Por exemplo, por que decretar prisão preventiva, com fundamento na conveniência da instrução criminal, supondo que o réu fugirá do país, se há uma medida cautelar diversa menos gravosa - o juiz decreta uma medida cautelar, por exemplo, inserta

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editora Del Puerto:2000, pg.258.

no art. 320 do CPP: “(...) intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24(vinte quatro) horas”. O princípio da necessidade é de grande utilidade e com a edição da Lei 12.403/2011 será cada vez mais aplicado, por exemplo, a decretação da prisão preventiva será possível se as medidas cautelares pessoais tornarem-se imprestáveis para a eficácia do processo penal. Assim, se existe a possibilidade de se tolher a liberdade do cidadão de maneira menos gravosa, isso irá ocorrer.

No princípio da proporcionalidade em sentido estrito, temos de um lado, direitos fundamentais do indivíduo afetado e, de outro, "princípios" (objetivos, princípios, direitos, deveres, garantias, interesses e bens constitucionais). O método utilizado na colisão entre o ônus imposto e o benefício trazido é o uso da ponderação – deve-se ponderar qual o de maior relevância, de acordo com o caso concreto. Por força da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se entre a *ius libertatis* do indivíduo e o bem jurídico que se pretende proteger.

Importante observação faz Renato Brasileiro, em seu livro “*Nova Prisão Cautelar*” sobre a Lei 12.403/2011: “a obrigatória observância desses subprincípio da proporcionalidade passa a constar expressamente do Título IX, atinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória. Consoante a nova redação do art. 282, inc. II, do CPP, as medidas cautelares previstas no referido Título deverão ser aplicadas observando-se a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.”

1.3 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES

Para a doutrina as medidas cautelares possuem as seguintes características – acessoriedade, instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade, não é definitiva, preventividade e jurisdicionalidade.

- **Acessoriedade:** a medida cautelar está vinculada ao resultado do processo penal, e por esse motivo detém em relação a este a característica de acessório;
- **Instrumentalidade:** a expressão instrumentalidade cabe ao processo cautelar na medida em que ele não tem um fim em si mesmo, porque é um instrumento, ou tem existência em função de outro processo;

- Provisoriedade: esta característica se justifica na existência limitada, por ser utilizada a medida cautelar em uma situação emergencial, a duração da tutela cautelar provisória deixa de vigorar quando advém a decisão no processo principal ou qualquer outra situação que a torne desnecessária;
- Revogabilidade: a medida cautelar é revogável e sua revogação acontece para se adaptar o pronunciamento judicial a novas circunstâncias, ou seja, a medida cautelar poderá ser revogada quando não mais for necessária;
- Não definitividade: está relacionada ao fato de não se fazer coisa julgada material;
- Preventividade: tem caráter preventivo, ou seja, busca-se prevenir a ocorrência de situação de difícil reparação enquanto não se chega ao fim o processo principal;
- Jurisdicionalidade: as medidas cautelares de natureza pessoal serão decretadas pelo juiz; o poder cautelar é reservado ao magistrado.

CAPÍTULO II - DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS ALTERAÇÕES

2.1 CONCEITO DE PRISÃO PREVENTIVA

Sobre a prisão preventiva, assim a apresenta Guilherme de Souza Nucci: “Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”⁹.

Nas lições de José Lisboa da Gama Malcher (2002), “a prisão preventiva é uma medida cautelar social de natureza processual, em que se sacrifica a liberdade individual do indiciado ou do acusado, para atender a necessidades superiores do interesse do processo e da sociedade.”

No livro “Curso de Processo Penal”, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), diz que “a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.”

Nas palavras de Nestor Távora “a prisão preventiva 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 a fase processual.”¹⁰

A prisão preventiva poderá ser decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, desde que se verifiquem os requisitos necessários (art. 312 e art. 313 do CPP) que autorizam que o agente seja posto no cárcere. A modalidade de prisão preventiva é medida excepcional, devendo assim, ser interpretada de maneira restrita, visto que tal medida deve ser compatibilizada com o princípio inserto da Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência.

2.2 MOMENTO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Antes da reforma

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 602.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosnar. Curso de direito processual penal. 6.Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.548

Ministério Público, do querelante ou mediante representação da autoridade policial.

Depois da reforma

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

De acordo com o art. 311, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada durante o inquérito policial quanto na fase processual. Assim, até o momento anterior da sentença transitar em julgado será admitida a decretação prisional, ou seja, o agente poderá ser encarcerado desde que presentes os motivos que ensejem a restrição de liberdade do acusado ou indiciado.

Tal decretação realizada pela autoridade judiciária será realizada mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do membro do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

A antiga redação não previa a figura do assistente da acusação como legitimado para requerer a decretação da prisão preventiva. Inovação da nova Lei 12.403/11 que merece ser destacada. O eminente doutrinador Guilherme de Souza Nucci, defende a possibilidade de haver recurso do assistente, não apenas quando o acusado foi absolvido, mas quando a pena aplicada não for compatível com o grau de reprovação que a vítima sofrera.

2.2.1 Durante a fase preliminar de investigações

A prisão preventiva poderá ser decretada na fase investigativa feita pela autoridade policial. É sabido que o inquérito policial é um procedimento de caráter eminentemente administrativo, peça informativa. Desta forma, o inquérito é peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória. Não obstante, a prisão preventiva deverá ser decretada desde que se verifique através de uma investigação preliminar a imprescindibilidade da prisão preventiva em desfavor do agente para que haja uma melhor elucidação do fato criminoso.

Havia o entendimento doutrinário, mesmo antes da edição da Lei 12.403/2011 que o juiz não poderia decretar a prisão *ex officio*, pois estaria assim ferindo o princípio da imparcialidade, bem como ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil.

Durante qualquer fase da investigação policial os legitimados para requerer ao juiz a decretação da prisão preventiva são: o membro do Ministério Público, ou o querelante, ou o assistente, ou pela autoridade policial.

2.2.2 Durante o curso da ação penal

As modificações das leis 11.689/08 (provas), 11.690/08 (júri) e 11.719/08 (procedimentos), alteraram significativamente o processo penal brasileiro.¹¹ Antes de tais alterações a instrução criminal, compreendia o período entre o recebimento da denúncia e a fase do art. 499 do Código de Processo Penal, no procedimento ordinário, ou conforme antiga redação do art. 406, *caput*, do CPP, até a inquirição de testemunhas, quando o procedimento fosse o júri. Com as alterações na legislação processual penal no ano de 2008, no procedimento comum ordinário tem início com a peça acusatória e termina com a audiência de instrução e julgamento, ressalvada a hipótese de diligências cuja necessidade tenha se originado de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Conforme o art. 534 do CPP, não é possível no procedimento sumário o requerimento de diligências, desta forma, a instrução criminal se encerra na audiência de instrução e julgamento. Em relação ao procedimento do júri (primeira fase) a instrução vai até a audiência de instrução.

A nova lei veio corrigir um antigo erro contido na redação do art. 311 do CPP, a doutrina e a jurisprudência já havia atentado ao fato da expressão “instrução criminal” inserto no referido artigo. A instrução criminal é a fase do processo destinada a colheita de provas.

Não obstante, sabe-se que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento do processo criminal, isso significa que mesmo na sentença (fora da instrução criminal) o juiz pode decretar a prisão preventiva ou mesmo durante a fase recursal. Pode-se ter prisão preventiva, inclusive, durante a fase de

¹¹ MARQUES, Ivan Luís. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: RT, 2008, *passim*.

investigações, sendo feito apenas ressalva a respeito da impossibilidade de o magistrado decretá-la de ofício.¹²

Dessa forma, como já explanado no tópico anterior, o juiz não poderá mais decretar a prisão preventiva durante a fase policial sem que haja provocação dos legitimados para requerê-la. Pacifica-se, com isso, o entendimento já existente da decretação da prisão preventiva *ex officio*, apenas na fase processual.

As mudanças que ocorreram no Código de Processo Penal vieram atender aos ditames da Constituição Federal de 1988 e fazer cumprir o princípio da presunção de inocência, por isso que não cabe mais a prisão decorrente de pronúncia e nem de sentença condenatória recorrível. A chamada prisão *ex lege* não tem mais lugar em nosso ordenamento processual, sendo necessária, em todas as hipóteses, a cautelaridade para a sua decretação.

Desta forma, caso o acusado estivesse solto durante o curso da ação penal, deveria assim permanecer, podendo ser preso se aparecesse alguma hipótese que possibilitasse a decretação da prisão preventiva, respeitados os ditames sistemáticos dos artigos 282 (adequação e necessidade), 312 (modalidades de cabimento) e 313 (hipóteses de cabimento e de vedação), todos do Código de Processo Penal.

2.3 PRESSUPOSTOS

A decretação da prisão preventiva está adstrita à presença do *fumus commissi delicti*, que está pautado na comprovação da materialidade do crime e indícios de autoria e do *periculum libertatis* que tem como fundamentos alternativos: *garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal* (art. 312 CPP), bem como os requisitos legais do art. 313 do Código de Processo Penal.

É preciso a demonstração desses dois requisitos para a decretação da prisão preventiva, além dos princípios da adequação e necessidade, que forma a base de aplicação de toda e qualquer medida cautelar.

¹² Há uma exceção em nosso ordenamento jurídico: art. 20 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Nesse dispositivo, há possibilidade expressa de o juiz decretar a prisão preventiva, de ofício, ainda na fase policial.

Faz-se necessário lembrar que o juiz deverá verificar, antes de decretar a prisão preventiva, se uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão são ineficazes ou insuficientes, pois a prisão preventiva será sempre a última medida; *a extrema ratio da ultima ratio*,¹³ a privação da liberdade do indivíduo será a última opção para a autoridade competente decretar.

2.3.1 "Fumus commissi delicti"

Na segunda parte do art. 312, *caput*, do CPP, está descrito o *fumus commissi delicti*, ou seja, “quando houver prova da existência do crime e indício de autoria.”

Conforme, Guilherme de Souza Nucci, 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 do fato típico.¹⁴ No que diz respeito à materialidade, é necessário que haja a certeza do crime praticado – conduta típica, ilícita e culpável do indivíduo e as provas devem direcionar a convicção do magistrado.

A palavra indício, de acordo com o Dicionário Houaiss, significa “o que indica provável existência de; sinal; vestígio”. Extraindo do referido significado, podemos dizer que o indício de autoria é a suspeita formada de que o agente é o autor da infração penal.

O indício suficiente de autoria não deve ser interpretado como a certeza que exista uma prova plena da culpabilidade do agente ou uma prova robusta; completa. Até porque a prisão preventiva e as demais medidas são cautelares.

2.3.2 "Periculum libertatis"

A primeira parte do art. 312 do CPP está inserido os fundamentos que autorizam a segregação preventiva – “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”

¹³ Expressão utilizada por Luiz Flávio Gomes, no livro *Prisão e medidas cautelares – comentários à Lei 12.403/2011*, em coordenação com Ivan Luís Marques.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. 5ed. Pg. 604.

O *periculum libertatis* se configura com um dos quatro elementos variáveis, devendo a autoridade judiciária competente fundamentar em qual desses elementos (poderá ser mais de um) irá se pautar sua decisão de pôr o agente no cárcere.

No parágrafo único do referido artigo, a prisão preventiva *também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)*.

2.3.2.1 Garantia da ordem pública

Conforme dito acima, a hipótese ordem pública está calcada no art. 312 do Código de Processo Penal e encontra-se sem sofrer qualquer modificação apesar das alterações ocorridas. De certo, poderia o legislador ter definido cada um dos fatores da prisão preventiva. Não obstante, não o fez.

Por outro lado, na doutrina e jurisprudência, conceituações diversas é o que não falta frente a amplidão da expressão que tem permitido as mais diversas interpretações.

Há uma corrente minoritária que entende o seguinte: “as medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidades extraprocessual)”.¹⁵

Para a corrente majoritária, de caráter restritivo, entende-se que a garantia da ordem pública tem como escopo resguardar a sociedade da prática contumaz de crimes em virtude do caráter perigoso do indivíduo.

De todo modo, devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal.¹⁶

Paulo Rangel (2010) conceitua o termo em comento como “a paz e tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Nova Prisão Cautelar. Niterói: Impetus, 2011. p. 235-236.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. Exemplar integrante da obra de Processo Penal Comentado. 10 ed. p. 63.

vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”.¹⁷

Segundo Damásio de Jesus, para segregar cautelarmente um indivíduo, basta que sua liberdade possa instigar novos delitos ou cause repercussão gravosa na sociedade.¹⁸ Similarmente, encontra-se Denilson Feitoza, para quem a ordem pública consiste no “estado de paz e de ausência de crimes na sociedade. Paz é a ausência de violência lato sensu”.¹⁹

Fernando Capez (2011), de forma isolada, faz divergente análise sobre a hipótese da garantia da ordem pública,

a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo o *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.²⁰

Para o autor, a garantia da ordem pública serve para assegurar a credibilidade das instituições públicas em delitos de agigantado clamor social.

Os Tribunais Superiores são adeptos da corrente majoritária, a de caráter restritivo. Convém ressaltar que o STF já decidiu que, *de per se*, o clamor público ou social não é argumento suficiente como fundamento de garantia da ordem pública.

2.3.2.2 Garantia da ordem econômica

O conceito da garantia da ordem econômica está ligado aos conceitos de que já fora dito acerca da garantia da ordem pública. Nas lições de Nucci, esse requisito da prisão preventiva é uma espécie do gênero. Em outras palavras, quando a ordem econômica é atingida possivelmente acarretará consequências a ordem pública.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (1998), os crimes que atentam contra a ordem econômica estão previstos:

[...] O art. 312 do CPP – no que diz respeito à garantia da ordem econômica – só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei nº

¹⁷ RANGEL, Paulo. 2009, 713 p.

¹⁸ JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 253

¹⁹ FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 852.

²⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 279 p

8.137, de 27-12-90, entre os quais o de 'elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado' (art. 4º, VII, com redação dada pelo art. 85 da Lei nº 8.884), na Lei nº 7.492, de 16-6-1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências, e na Lei nº 1.521, de 26-12-1952, que prevê crimes contra a economia popular [...].²¹

O fundamento da garantia da ordem econômica se reserva à delinquência de colarinho branco, autora de crimes financeiros, econômicos e tributários. A decretação da prisão preventiva com o fundamento à garantia da ordem econômica visa impedir que o agente causador desse abalo na economia fique em liberdade. “Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos[...]”²².

2.3.2.3 Garantia de aplicação da lei penal

A garantia da aplicação da lei penal significa assegurar a pretensão punitiva do Estado, imputando ao autor da infração penal a sanção cabível. Se o acusado tem a nítida intenção de evitar aplicação da pena, ou seja, de que a sanção não se convalide, poderá ser decretada sua prisão preventiva com base na garantia da aplicação da lei penal.

Este fundamento faz que se evite a fuga do agente, que deseja se esquivar do cumprimento da pena. Como se sabe deve-se haver uma demonstração fundada quanto à possível fuga.

Cumprido ressaltar, que a situação econômica favorável do acusado não é motivo suficiente para que se presuma que o acusado irá fugir. Meras suposições sem que haja uma concreta possibilidade não autoriza a autoridade judiciária competente a decretar a prisão preventiva sob este fundamento.

2.3.2.4 Conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminal tem por fim resguardar e assegurar o devido processo legal garantia esta da livre apreciação de provas feita pelo magistrado.

²¹ MIRABETE, 2000, pg. 694.

²² NUCCI, 2009, pg. 607.

Tal fundamento visa impedir que o acusado dificulte a produção probatória, por exemplo: destruindo provas, ameaçando testemunhas, peritos, jurados, alterações em documentos ou que o acusado tome qualquer atitude que venha impossibilitar a busca da verdade real.

O legislador usa a expressão “conveniência” da instrução criminal. Não obstante a doutrina tem criticado o termo, afirmando que melhor seria a expressão “necessidade”, pois a medida cautelar não deve ser decretada por conveniência, palavra esta que significa: apropriado; cômodo. Assim, a palavra que seria mais apropriada é “necessidade” para que a instrução criminal seja bem feita e o processo tenha seu caminho sem que haja nenhuma intervenção que venha prejudicar a elucidação dos fatos.

Importa lembrar que a decretação da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal deve perdurar enquanto houver a instrução processual. Se no caso, o acusado for preso por tentar destruir um documento que o incrimine, cessada a possibilidade (o documento foi encontrado e juntado aos autos), o acusado deverá ser posto em liberdade.

2.3.2.5 Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

A aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão não terão a eficácia esperada pelo legislador se não possuírem um sistema coercitivo que lhes dê efetividade.

Por essa razão, a lei 12.403/2011 prevê, expressamente, a decretação da prisão preventiva para os casos de descumprimento de outras medidas cautelares diversas da prisão fixadas pelo juiz ou autoridade policial.

De nada adiantaria se tais medidas não se prestassem com força coercitiva. A imposição de determinada medida cautelar deverá ser cumprida sob pena do indiciado ou acusado ser levado ao cárcere.

A redação do art. 312, parágrafo único, CPP diz que: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)”. Nesta senda, se o agente descumprir a medida cautelar que lhe fora imputada, o juiz poderá decretar a sua prisão preventiva.

Questão controvertida surge na hipótese do crime que não é passível de prisão preventiva, por exemplo, crime de dano qualificado, cuja pena máxima seja de até 3 (três) anos. Poderia o juiz decretar a prisão preventiva, mesmo que o agente descumprisse a medida cautelar fixada?

De acordo com o entendimento do doutrinador Renato Brasileiro a resposta é negativa, pois não atenderia ao dispositivo no art. 313 e art. 312 do CPP, para ele deve haver uma interpretação sistemática dos referidos artigos e caberá ao julgador impor outras tantas cautelares suficiente para o agente não mais descumpri-las, mas não poderá prendê-lo.

A corrente majoritária entende que se o agente descumprir a medida cautelar pessoal diversa da prisão o juiz deverá decretar a prisão preventiva, afinal, qual seria a finalidade da medida cautelar? Pois o indiciado ou acusado estando sob a obrigação de cumprir determinada medida, não a cumpre, e nada lhe causará. A questão certamente gerará muita polêmica, mas entendemos que o magistrado deve encarcerar o sujeito que descumpriu a medida cautelar.

2.4 DOS CRIMES PASSÍVEIS DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

No artigo 313 do Código de Processo Penal estão dispostas as possibilidades em que se admitirá a prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP – prova de materialidade do crime e indícios de autoria, somada a um dos fundamentos que autorizam do *periculum libertatis* – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal ou à conveniência da instrução criminal.

A Lei 12.403/2011 não trouxe modificações em relação ao fato de se permitir, apenas, a prisão preventiva a crimes dolosos. Os incisos I, II, do art. 313 do CPP diz expressamente que só se aplica a prisão preventiva a crimes dolosos, já a hipótese do inciso III está implicitamente abarcada por tal previsão.

Portanto, não mais se diferencia o crime em função da espécie da pena privativa de liberdade – se é de detenção ou reclusão, mas o norte será a partir do elemento subjetivo, o dolo será o referencial.

2.4.1 Crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos

Na antiga redação do art. 313, inciso I, do CPP estava previsto que a prisão preventiva será admitida nos crimes dolosos: “*punidos com reclusão*”.

O novo diploma traz que independentemente, de ser a pena de reclusão ou detenção, será admitida a decretação da prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos para réus primários

O magistrado, ao fixar a pena-base, deve atender aos limites impostos pelo Estado e obedecer ao sistema trifásico de aplicação da pena que é regulado por três fases: a aplicação da pena-base, observância das circunstâncias atenuantes e agravantes e consideração das causas de aumento e diminuição.

Desta forma, para se verificar se um crime tem pena superior a quatro anos, não podemos olvidar que nos casos de concursos de crimes, seja concurso material, concurso formal próprio ou impróprio, como também na hipótese de crime continuado, leva-se em consideração o resultado da soma ou da majoração legal das penas.

Da mesma maneira nos casos de concurso de crimes que ensejem qualificadoras – as mesmas servirão de base para averiguar a possibilidade de decretação da prisão preventiva.

Em relação às causas de aumento e diminuição modificam os limites da pena e são verificadas de acordo com o “pior dos cenários”, imagina-se o delito do modo mais gravoso ou de modo mais leve possível, assim, quando for causa de aumento, verifica-se *quantum* que mais eleve a pena, na hipótese de causa de diminuição, o *quantum* que menos abrande a pena. Por fim, quando se tratar de agravantes e atenuantes, não poderá ser aplicado o mesmo juízo de valor, visto que não há critério inserido em lei para a majoração ou diminuição da pena.

2.4.2 Investigado ou acusado condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, salvo a hipótese do art. 64, I, Código Penal

Sabidamente o legislador retirou na nova redação dada ao art.313, II, do CPP, da Lei 12.403/2011, a hipótese de vadiagem como causa que ensejasse a prisão preventiva. O vadio era considerado, aquele que mesmo tendo a oportunidade e tendo condições de labor, insistia na ociosidade. A figura do vadio sempre foi

amplamente criticada pela doutrina, isso se deve ao fato de ser considerado resquício de direito penal do autor, ou seja, a pessoa responde pelo que ela é consubstanciando verdadeiro atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sabemos que só se admite o direito penal do fato – o sujeito responde pelo que fez. Oportunamente o legislador expurgou tal previsão do nosso ordenamento jurídico.

A figura da prisão do vadio foi retirada do Código de Processo Penal. Não obstante, permanece a contravenção penal de vadiagem disposta no art. 59 da Lei das Contravenções Penais, com a seguinte redação:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.
Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

O legislador perdeu a oportunidade de também ter revogado a contravenção de vadiagem, assim como o fez com a contravenção de mendicância na Lei nº. 11.983/2009. É de se observar que a contravenção de vadiagem fere o princípio da isonomia porque como se pode notar com a leitura do parágrafo único do art. 59, caso o condenado adquira renda, ou seja, deixe de ser pobre na forma da lei, a pena será extinta. Podemos confirmar que a contravenção de vadiagem se aplica, apenas, ao vadio pobre.

O art. 313, II, do CPP, da Lei 12.403/2011 trouxe também a mesma previsão anterior, que caberá a decretação da prisão preventiva, se o investigado ou acusado estiver sido condenado em outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, ressalva a hipótese do art. 64, I do Código Penal, isto é, não prevalece a condenação anterior com efeito de reincidência, de decorrido o período de 5(cinco) anos contados da data do cumprimento da pena ou da sua extinção e da data do cometimento do novo crime.

Vale lembrar, com fulcro no artigo 120 do Código Penal: “*A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência*”.

2.4.3 Quando 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

O inciso IV do antigo art. 313 do CPP fora revogado. Não obstante, a previsão que constava foi acrescentada no inciso III, do art. 313 do CPP pela Lei em estudo e seu leque de possibilidades foi abrangido. Vejamos:

IV – Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Incluído pela Lei nº 11.340/2006) - revogado

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

Importante ressalva faz Renato Brasileiro de Lima:

à primeira vista, pode-se pensar que, nesta hipótese, a prisão preventiva seria cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto em face de crimes culposos, pois se refere a crimes. Assim, por se tratar de violência de gênero, deve ficar evidenciada a consciência de atingir uma das vítimas ali enumeradas, ou seja, conduta dolosa. (nosso grifo).

2.4.4 Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la

A inclusão feita pela Lei 12.403/2011, do parágrafo único, no art. 313 do CPP ratificou a possibilidade que já existia no art. 313, II, da redação antiga, do Código de Processo Penal, ou seja, caso haja dúvida quanto a identificação civil da pessoa, pode ser decretada a prisão preventiva. Tal dispositivo é de extrema importância porque o Estado necessita saber contra quem será instaurado o processo.

Se o indivíduo se recusar a fazer a identificação e, através da identificação criminal realizada por meio do processo datiloscópico e fotográfico, for suficiente e eficaz para sanar a dúvida quanto a identidade do agente, não se faz necessária a decretação da prisão preventiva.

2.5 DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

É sabido que não existe prazo predeterminado para prisão preventiva. Ao contrário da prisão temporária que tem prazo fixado em 5 (cinco) dias (Lei 7.960/89), e em se tratando de crimes hediondos e equiparados o prazo é de 30 (trinta) dias (Lei 8.072/90), em ambos os prazos podem ser prorrogados por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Apesar de não haver prazo predeterminado fixado na lei processual penal, é certo que o CPP prevê prazos para o cumprimento de vários atos processuais. Desta forma, o prazo que a doutrina e a jurisprudência chegaram totalizou o número de 81 (oitenta e um) dias conforme o antigo procedimento. Esse prazo de 81 dias é um prazo anterior a reforma processual de 2008. Como o procedimento foi alterado através da Lei nº. 11.719/08, o prazo de duração do processo também o foi.

Sendo assim, o novo prazo para a conclusão do processo será calculado da seguinte forma: o inquérito policial tem prazo de 10(dez) dias; no caso da Justiça Federal o prazo é de 15(quinze) dias somado com 15(quinze), ou seja, até 30(trinta) dias; o oferecimento da denúncia é 5(cinco) dias; recebimento da peça acusatória, como é uma decisão interlocutória o prazo é de 5(cinco) dias; citação para que seja oferecida a resposta à acusação: prazo de 10(dez) dias. Se o réu não apresentar a peça o juiz, haverá a nomeação de advogado dativo que tem prazo de 10(dez) dias; análise de possível absolvição sumária, se o juiz negar o pedido o acusado tem prazo de 5(cinco) dias; audiência una de instrução e julgamento deve acontecer em até 60(sessenta) dias; pode ser que o juiz conceda as partes prazo para apresentar memoriais e assim, cada parte terá direito a 5(cinco) dias, ou seja, o prazo será de 10(dez) dias, pois conta-se de forma sucessiva. Nesse caso, o juiz terá mais 10(dez) dias para proferir sentença (o art. 800, §3º do CPP prevê que o juiz pode duplicar o prazo da sentença – mais 10 dias).

Pode-se concluir que o prazo mínimo é de 95 (noventa e cinco) dias e o prazo máximo é de 185 (cento e oitenta e cinco) dias.

A natureza jurídica desse prazo é relativa. Assim têm entendido os Tribunais, podendo ser dilatado em virtude da complexidade da causa e/ou pluralidade de acusados.²³

²³ STJ HC 91982 – “o STJ entendeu que o prazo poderia ser relativizado, em virtude da quantidade de acusados e que residiam em localidades diferentes.” (Grifo nosso).

Tal relativização tem como fundamento a razoabilidade. Se surgem motivos justificáveis para que o processo tenha duração maior do que a soma dos prazos de cada fase, há amparo constitucional para a exceção.

A duração da prisão preventiva está relacionada à duração razoável do processo conforme o art. 5º LXXVIII “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, que foi incluído com a edição da Emenda Constitucional nº45/2004.

Da contagem desses prazos poderá resultar o chamado “excesso de prazo na formação da culpa”, autorizando o relaxamento da prisão sem prejuízo da continuidade do processo.

Excesso de prazo provocado pela defesa é aquele que ultrapassa o limite razoável de duração, mas por iniciativa e no interesse da própria defesa. O Superior Tribunal de Justiça já sumulou a questão – *Súmula 64: Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.*

2.6 FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A decisão que decreta a prisão preventiva deve ser fundamentada sob pena de nulidade. Com a reforma da Lei em estudo o legislador corrigiu o erro da redação do antigo art. 315, do CPP que falava em “despacho” que decretar ou denegar a prisão preventiva. Assim, já se entendia que onde se lê “despacho” ler-se-ia “decisão”.

O art. 315 do CPP traz o seguinte conteúdo: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. O juiz não pode se limitar a fazer simples menção da hipótese autorizadora da prisão preventiva, ou seja, não pode decretar prisão apenas repetindo a letra da lei. É preciso que o juiz mencione os fatos concretos que o levaram a concluir pela necessidade da prisão preventiva.

A doutrina majoritária tem se posicionado contra a chamada fundamentação “*per relationem*” ocorre quando o juiz adota como fundamento de sua decisão as alegações contidas na representação do delegado ou no requerimento do membro do Ministério Público, do querelante ou assistente. A doutrina critica sob o argumento que o dever de fundamentar é da autoridade jurisdicional, mas os

Tribunais Superiores são favoráveis, desde que os argumentos estejam devidamente fundamentados.

Segundo Badaró, a técnica da "fundamentação" *per relationem* é caracterizada por "uma inversão cronológica da motivação, visto que a motivação do ato já existia antes do ato em si ser realizado." Mais grave do que esse desencontro temporal é a inconsistência lógica que normalmente se apresenta em uma decisão maculada por esse tipo de motivação²⁴. Para Badaró, "em nenhuma hipótese pode ser admitida a motivação *per relationem* quando a impugnação dirigir-se contra o método de valoração dos fatos ou das regras jurídicas empregados na sentença. Também não pode ser aceito quanto o ato pretérito que irá integrar a motivação tenha sido realizado por uma das partes"²⁵.

Seguindo a mesma linha, Távora e Antonni:

entendemos que esta é uma discussão estéril, pois se o pedido os órgãos da persecução pela decretação da medida está amparado em elementos extraídos dos autos, basta que o magistrado se valha daquilo que já foi compilado pelo promotor ou pelo delegado. Se não houver tal amparo, estando o requerimento baseado em especulações, a toda evidência, não poderá o magistrado valer-se de tais elementos, e se o fizer, a prisão será ilegal."²⁶

Adverte Taruffo apud Gomes Filho, em relação fundamentação *per relationem*: "sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação autônoma ad hoc, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão"²⁷.

A doutrina critica sob o argumento que o dever de fundamentar é da autoridade jurisdicional, mas os Tribunais Superiores²⁸ são favoráveis, desde que os argumentos estejam devidamente fundamentados.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 9, n. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

²⁵ Gustavo Henrique Righi Ivahy BADARÓ. Op. cit. p. 140.

²⁶ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosnar. Curso de direito processual penal. 6ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.559

²⁷ Apud Antonio Magalhães GOMES FILHO. A Motivação das Decisões Penais., p. 199.

²⁸ STJ - HC 83073, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU de 20/02/2004). "HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. Documento: 6598257 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 4 de 7.Superior Tribunal de Justiça FUNDAMENTAÇÃO. ADOÇÃO DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CF, ART. 93, IX. Decisão que adota o parecer do Ministério Público como razão de decidir, está formalmente fundamentada. A Constituição Federal não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes. Precedentes. HABEAS indeferido."

2.7 REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Durante todo o curso do processo os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva devem estar presentes. Desta forma, a decisão que decreta ou denega a prisão preventiva é feita com base na cláusula “*rebus sic stantibus*”, ou seja, mantidos os pressupostos fáticos e jurídicos a decisão deve ser mantida; com a alteração de seus pressupostos, a decisão pode ser modificada.

Por isso que de acordo com o art. 316 do CPP “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

2.8 RECURSOS

Da decisão que indeferir o requerimento da prisão preventiva caberá recurso em sentido estrito com fulcro no art. 581, inciso I, do Código de Processo Penal. Caberá *habeas corpus* contra a decisão que decreta a prisão.

Conforme, Rogério Sanches Cunha, “Na nova sistemática, o juiz, ao invés de simplesmente denegar ou revogar a custódia, pode substituí-la (ou não) por medidas cautelares de coação. Entretanto, dessa decisão não foi previsto recurso específico.”

CAPÍTULO III - PRISÃO DOMICILIAR

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA PRISÃO DOMICILIAR

No texto do Código de Processo Penal de 1941, havia previsão expressa a respeito da apresentação espontânea do acusado. Estava inserto o Capítulo IV – *Da apresentação espontânea do acusado*. Após a edição da Lei 12.403/2011, o conteúdo do capítulo em questão fora revogado. Os dois artigos 317 e 318, que dispunham sobre a apresentação espontânea do acusado e os efeitos da apelação em relação àquele que tiver se apresentado de forma natural à prisão, receberam novo conteúdo, deixando tal matéria de ser regulamentada.

Vale repisar que tal revogação poderá, em tese, mitigar a grande divergência doutrinária sobre o tema “apresentação espontânea do acusado”.

Alguns defendiam que a apresentação espontânea do acusado à autoridade, após o cometimento do crime, mesmo que em tese mostrasse a boa-fé, não seria óbice para a decretação da preventiva se presentes os requisitos do art. 312. Os contrários a esse entendimento acreditavam que a apresentação espontânea não geraria as condições para que o agente fosse posto no cárcere, pois não haveria motivos que ensejassem a decretação da preventiva.

Por certo, afasta-se o debate acerca dessa questão, pois a norma não está mais em vigor.

Desta feita, a Lei 12.403/2011 renomeou o Capítulo IV do CPP e modificou o conteúdo de seus artigos para dispor sobre a prisão domiciliar.

O artigo 317 tem agora a seguinte redação: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

Nas palavras de Lima (2011, p. 349):

Levando em consideração certas situações especiais, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

Conforme Távora e Antonni (2011, p. 576):

A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento é exigida prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 79) sobre o tema:

A prisão domiciliar é uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva; em lugar de se manter o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante as 24 horas do dia.

No livro sob o título “Medidas cautelares e prisão processual” de Choukr (2011, p. 100):

Deve-se recordar que residência é um conceito jurídico que integra o de domicílio, que lhe é mais amplo a teor do disposto no art. 70 do Código Civil – *O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo* e a ausência da residência deve ser caracterizada como de forma permanente, desnaturando o elemento subjetivo que acompanha esse conceito e, por conseqüência, o próprio conceito de domicílio.

As hipóteses taxativas que permitem ao aplicador da lei penal fixar regime domiciliar para cumprimento da medida cautelar preventiva externam hipóteses de grande vulnerabilidade, ou do próprio agente, ou de seus dependentes.

Não há prejuízo para a segurança pública, pois em caso de descumprimento da medida, há sempre a possibilidade de reverter a prisão domiciliar em prisão preventiva.

3.2 HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR

No artigo 318, do CPP, como citado acima, estão descritas as possibilidades do agente que estiver preso preventivamente ter sua prisão preventiva convolada em prisão domiciliar se estiver presentes os requisitos que a autorize. Vejamos:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7.º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Aqui estão indicadas as situações, condições, às quais esteja submetida a pessoa presa para que se admita a prisão domiciliar. Tratam-se de condições objetivas sobre as quais deva ser produzida prova idônea e cabal.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011),

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação do alto risco da gestação, à necessidade de cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente, bem como a doença grave, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência.

Urge analisar agora cada uma das previsões legais do art. 318 do CPP.

3.2.1 Maior de oitenta anos

Objetivamente, satisfaz a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar o preso complete os 80 anos de idade, sendo hábil a própria identificação realizada sobre sua pessoa no momento de sua prisão, assim como qualquer outro documento de identificação válida para a identificação civil. Se eventualmente, trata-se de pessoa não identificada civilmente, a idade será a aquela considerada quando dos outros meios de identificação empregados. Assim, se a idade presumida do agente que era de idade aproximada de 80 anos, essa proximidade há que ser interpretada em favor do preso ou seja, analogia *in bonam parte*, o que, entretanto, será ainda passível de interpretação.

Convém mencionar que esta hipótese de substituição não fará jus a pessoa idosa. Conforme, Silvio Maciel (2011, p. 166):

Insta acentuar que a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva não pode ser aplicada a qualquer idoso – pessoa com 60 anos ou mais (art. 1.º da Lei 10.741/2003) – mas somente àqueles com idade superior a 80 anos. A propósito, o STF e STJ já pacificaram o entendimento de que o conceito

de idoso previsto na Lei 10.741/03 não possui reflexo sobre normas penais e processuais penais.

3.2.2 Doença que deixou o condenado debilitado

Como *doença grave* deve ser compreendida toda aquela cujo tratamento seja inviável no presídio. Se a permanência no cárcere impedir o tratamento da doença ela deve ser considerada grave.

O dispositivo exige doença grave, bem como que o preso esteja *extremamente debilitado*. Assim, não basta a presença, apenas da enfermidade, como descreve Guilherme de Souza Nucci:

sendo, igualmente, necessário que o indiciado ou réu esteja por ela bastante debilitado. Exemplo: o portador do vírus HIV pode ser classificado como pessoa acometido de doença grave, mas, conforme o estágio da doença, não pode ser automaticamente diagnosticado como debilitado pela enfermidade.

A prova idônea para este inciso se fará tecnicamente, podendo ser de natureza documental, a mesma pode vir a ser confirmada por perícia.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE NÃO COMPROVADA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.1. A jurisprudência, sensível aos fatos, tem admitido a concessão de prisão domiciliar para condenados em regime fechado, mas somente em situações excepcionalíssimas, no caso de portadores de doença grave, quando comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem pena.2. Na hipótese, a impetração não indica qual a enfermidade do paciente, quais as necessidades terapêuticas de que necessita e, principalmente, a impossibilidade de o tratamento ser prestado pelo estabelecimento prisional.3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.4. Ordem denegada.3

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já estava deferindo a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, mesmo da edição da Lei 12.403/2011 sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE ACOMETIDO DE ENFERMIDADES GRAVES. RECONHECIMENTO, PELO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, DE QUE NÃO TEM CONDIÇÕES DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA. PRISÃO DOMICILIAR. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA NO

ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. ARTIGO 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL [PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA].

1. Autos instruídos com documentos comprobatórios do debilitado estado de saúde do paciente, que provavelmente definhará na prisão sem a assistência médica de que necessita, o estabelecimento prisional reconhecendo não ter condições de prestá-la.

2. O artigo 117 da Lei de Execução Penal determina, nas hipóteses mencionadas em seus incisos, o recolhimento do apenado, que se encontre no regime aberto, em residência particular. Em que pese a situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691-STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil]. Ordem concedida.⁴

3.2.3 Imprescindibilidade de cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência

O referindo inciso garante ao acusado a prisão domiciliar desde que pessoas menores de seis anos de idade ou com deficiências necessitem de seus cuidados especiais.

Nos ensinamentos de Choukr (2011): *“para a configuração do presente inciso é de ser provado com destaque a condição de imprescindibilidade, sem o que a hipótese não se aperfeiçoa”*

De acordo com Eugênio Pacelli Oliveira (2011), *“o menor haverá que residir no local. Não se há de exigir parentesco de primeiro grau, mas relação de dependência imediata e direta, ainda que sob regime informal.”*

Portanto, a criança deverá ser dependente da pessoa presa - não há nenhuma distinção de sexo, como também na hipótese em que não sejam parentes, a pessoa presa deverá cumprir a prisão domiciliar na mesma residência em que esteja a criança, ou que a criança seja transferida para o domicílio em que deva ser cumprida a domiciliar, caso não seja onde se encontre a criança.

3.2.4 Gestante a partir o 7º mês de gestão ou alto risco

O doutrinador Silvio Maciel, atenta ao fato que não importa se a gravidez é de baixo ou alto risco. O que importa saber é se o estabelecimento prisional tem estrutura de cuidar da mulher gestante com algum risco.

Sendo assim, se para a gestante não estiver assegurado e resguardado que no cárcere ela receberá cuidados médicos necessários ao desenvolvimento da

gestação com o devido zelo, ao juiz cabe substituir a prisão preventiva em prisão domiciliar.

Como foi explanado no início desse capítulo a prova deverá ser idônea, ou seja, exige-se prova técnica médica, vindo a constituir prova de natureza documental, podendo ser um relatório, exame ou prontuário médico podendo ser confirmada por perícia.

3.3 RECOLHIMENTO DOMICILIAR *VERSUS* PRISÃO DOMICILIAR

Necessária distinção se faz em relação a medida cautelar descrita no Código de Processo Penal por meio da Lei 12.403/2011 e a substituição para o regime aberto contido na Lei de Execução Penal.

Importante diferenciação é trazida no livro “Prisões e medidas cautelares” de Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques (2011) no que tange ao seguinte aspecto:

Prisão domiciliar-pena que é uma forma de cumprimento da pena imposta e já está prevista nas hipóteses excepcionais e taxativas do art. 117 da Lei de Execução Penal. Tal cabimento é para o preso que cumpre a pena em regime aberto e que tenha alguma das condições estabelecidas, quais sejam: pessoa maior de 70 (setenta) anos, ou acometida de doença grave, ou filho menor ou deficiente físico, ou quando for gestante.

Prisão domiciliar processual podem ser medida cautelar autônoma ou medida cautelar substitutiva da prisão preventiva. Na primeira proposição a medida será imposta quando o juiz verificar que não necessita que o agente seja posto no cárcere, ou seja, não existe cabimento para a prisão preventiva sendo suficiente a prisão domiciliar. Na segunda proposição, a medida cautelar da prisão domiciliar irá substituir a prisão preventiva, pois o indiciado ou acusado estará inserido no rol do art. 318 do CPP.

Mister se faz lembrar que a medida cautelar do art. 318 do CPP não se confunde com a cautelar do recolhimento domiciliar do art. 319, V, do CPP. Na prisão domiciliar o preso deve ficar recolhido durante todo o dia em sua residência, podendo sair mediante autorização da justiça; já no recolhimento domiciliar o agente, apenas, recolhe-se em sua residência no período da noite que compreende o lapso temporal das 18h00min às 6h00min e nos horários de folga. Sendo assim, como as duas são medidas cautelares ao juiz é dado o poder discricionário de

aplicar esta ou aquela, verificando os liames do art. 282, I e II, do Código de Processo Penal.

É sabido que a edição da Lei 12.403/2011 trouxe inúmeras modificações ao sistema prisional brasileiro. Dentre as mais importantes foi a mudança do sistema binário que antes da promulgação da Lei, ou o juiz decretava a prisão ou o juiz concedia a liberdade provisória com ou sem fiança. Agora com o novo sistema que é o multicautelar – o magistrado antes de decretar a prisão cautelar deverá examinar se cabíveis uma ou mais medidas cautelares para não colocar o indiciado ou acusado no cárcere de forma desnecessária e inadequada (art. 282, CPP).

No referido trabalho de conclusão de curso, apenas mencionamos sobre a medida cautelar inserida no inciso V, do art. 319 visa acautelar o indivíduo que não teve sua prisão preventiva decretada porque o magistrado averiguou que o *recolhimento domiciliar* seria a medida mais cabível e adequada ao invés de decretar a prisão preventiva.

No entanto, o rol do art. 319 do CPP traz mais oito incisos, ou seja, são mais oito possibilidades que tem o julgador de conceder a liberdade do indivíduo sem que lhe seja tolhida a liberdade de ir e vir. Soma-se ainda com a possibilidade que tem o magistrado também de conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, bem como a retenção do passaporte.

3.4 QUESTÕES RELEVANTES SOBRE A PRISÃO DOMICILIAR

As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar são taxativas ou exemplificativas? Fazendo analogia com os cabimentos do art. 117 da LEP diríamos que são hipóteses taxativas. Até porque o STF e STJ já decidiram que não se podem ampliar as hipóteses descritas na Lei de Execução Penal. Assim, conforme Silvio Maciel, “*deve-se entender como taxativo também o rol do art. 318 do CPP*”

Para Nestor Távora o rol que substitui a prisão preventiva em prisão domiciliar é exemplificativo, pois

O juiz poderá assim determinar a prisão domiciliar em outras situações análogas toda vez que se revelar mais adequada (art. 282, CPP), a partir dos casos do art. 318, que servirão como vetores interpretativos, sempre por decisão fundamentada (art. 93,IX, CF).

O entendimento do eminente doutrinador esta pautado na decisão do STF, reconhecendo o cabimento da prisão domiciliar no caso em que inexistir sala de Estado Maior prevista aos advogados, conforme Estatuto da OAB. Em conformidade com a orientação, abaixo está a jurisprudência concedendo a prisão domiciliar ao advogado:

EMENTA: ADVOGADO. PRISÃO CAUTELAR. RECOLHIMENTO A SALA DE ESTADO-MAIOR. INEXISTÊNCIA DE REFERIDO ESTABELECIMENTO PÚBLICO. CONSEQÜENTE RECONHECIMENTO DO DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR. PRERROGATIVA PROFISSIONAL QUE, ASSEGURADA PELO ESTATUTO DA ADVOCACIA, PREVALECE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE EVENTUAL SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA (CF, ART. 5º, LVII). SUBSISTÊNCIA DO INCISO V DO ART. 7º DESSE MESMO ESTATUTO (LEI Nº 8.906/94), NÃO DERROGADO, NO PONTO, PELA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.258/2001. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA. DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus”, com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão emanada de eminente Ministro de Tribunal Superior da União, que, em sede de outra ação de “habeas corpus” ainda em curso no Superior Tribunal de Justiça (HC 200.053/SP), denegou medida liminar que lhe havia sido requerida em favor do ora paciente. Busca-se, na presente impetração, a concessão de medida cautelar destinada a garantir, ao ora paciente, advogado militante (OAB/MS 10.028), a prerrogativa que lhe assegura o art. 7º, inciso V, “in fine”, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Sustenta-se, em síntese, neste “writ”, a ocorrência de flagrante ilegalidade na denegação de medida liminar, eis que “esse Excelso Pretório pacificou o entendimento na ADIn 1.127-8/DP, de que o advogado é detentor de direito público e subjetivo, no que tange a suas prerrogativas, portanto, garantiu-se ao advogado nos casos de prisões cautelares, que seja recolhido em sala de Estado Maior ou, na sua ausência, a imediata colocação em prisão domiciliar”. Presente tal contexto, impende verificar, desde logo, se a situação processual versada nestes autos justifica, ou não, o afastamento, sempre excepcional, da Súmula 691/STF. Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, ainda que em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, “hic et nunc”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. (STF, HC 109213/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 06/09/2011)

Questão relevante pode depreender da citação de Távora e Antonni (2011, p. 576):

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.

É uma faculdade que o magistrado possui em conceder a prisão domiciliar ou o juiz estará adstrito a convolar a prisão preventiva em prisão domiciliar se atender um dos requisitos do art. 318 do CPP?

A nova Lei 12.403/2011 assegura a separação carcerária do preso provisório do preso com sentença transita em julgado, ou seja, do preso definitivo. No entanto, sabemos que o sistema carcerário do país é deficitário e que não existe na prática tal isolamento, poderia o juiz conceder a prisão domiciliar nesse caso?

Caberia detração no caso da prisão domiciliar que foi substituída da prisão preventiva? Sabemos que o legislador silenciou a respeito desse assunto. No entanto, a doutrina de Renato Brasileiro Lima (2011) entende a prisão domiciliar funciona modalidade do cumprimento da prisão domiciliar, devendo sim haver o desconto. Na mesma linha segue Fábio Machado de Almeida Delmanto (2008), acreditando pela possibilidade de detração da pena.

Questão que merece ser destacada é a limitação etária que impôs o legislador ao editar que, apenas, o preso que estivesse sob seu cuidado o menor de 6(seis) anos que pode ter a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar. Se na data que o menor fizer os seis anos completos, deve o magistrado revogar a prisão domiciliar? Vale lembrar que segundo o Estatuto da Criança e Adolescente em seu art. 2º – considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, ou seja, depreende-se que toda criança até esta idade tem os mesmos direitos de assistência.

Diferentemente do que prevê a LEP no art. 117 - Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. O legislador poderia ter repetido o que estava previsto na LEP, mas assim não o fez.

CONCLUSÃO

Após percorrermos por essa pesquisa desde a história da prisão até as especificidades da prisão domiciliar, como medida cautelar, foi possível extrair de nosso trabalho importantes premissas que aqui serão sintetizadas:

O *ius puniendi* do Estado, especialmente, com a pena de prisão é relativamente recente. Com a decadência do instituto da pena de morte e com os problemas socioeconômicos gerados no início do século XIX é que a prisão, até então sanção corporal, passou a ser considerada pena das sociedades civilizadas. No ápice do Iluminismo que ocorreu o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à pena criminal. Em 1784 foi publicada a obra de Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, intitulada “Dos Delitos e das Penas”, – combateu veemente a violência e o vexame das penas, além de exigir o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e estabelecer garantias processuais ao acusado.

A Lei 12.403, com vigência a partir do dia 4 de Julho de 2011, introduziu em nosso ordenamento jurídico, além de outras disposições relacionadas às medidas cautelares, a prisão domiciliar como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

A prisão preventiva é medida cautelar e, portanto, aplica-se antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sofreu diversas modificações decorrentes da Lei 12.403, inclusive recebendo pena mínima para viabilizar sua aplicação para réus primários. A opção político-criminal por menos prisões ficou evidenciada, e deslocou-se da lei (prisões *ex lege*) para o magistrado a análise da adequação e necessidade da prisão.

Há algumas hipóteses legais, de cabimento de prisão preventiva que, por força de algumas circunstâncias fáticas, expressamente previstas na lei processual penal (art. 318, CPP), permitem o cumprimento de prisão domiciliar. Trata-se de medida político-criminal com viés econômico e humanitário. Deve, assim como as demais cautelares, respeitar o binômio principiológico adequação – necessidade da medida cautelar.

Espera-se que a medida cautelar de prisão domiciliar possa ser utilizada de forma excepcional, taxativa e obrigatória, respeitando as condições da pessoa

humana tutelada pela lei para tratamento diferenciado, bem como uniformizando a medida cautelar com o princípio da presunção de inocência.

É bem verdade que boa parte das alterações introduzidas no texto da lei refletem o entendimento consolidado de Tribunais Superiores e da doutrina majoritária. Tal fato não retira o mérito da lei 12403/2011 que constitui, sem sombra de dúvidas, um avanço e importante instrumento de justiça, principalmente para as classes menos abastadas que não dispunham de meios suficientes para verem seus processos chegarem às mais altas cortes.

Como é de se esperar de uma nova legislação vários questionamentos surgem e apenas com o amadurecimento da doutrina e jurisprudência teremos as devidas respostas. Caberá ao Poder Judiciário traçar estratégias e aplica-la com vontade e criatividade, para dela extrair o máximo de efetividade. A nova lei pode alterar a imagem da Justiça Criminal, que ainda deve à sociedade presença mais marcante, justa e isonômica.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 9, n. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- CALAMANDREI. **Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. In Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1965. vol I.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 296.
- DRUMMOND, João da Costa Lima. **Noções de Direito Criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1919.
- FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br>, acessado em 12.10.2011 às 23h45min
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, v. 1, t. II, p. 449.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**, p. 199.
- GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luís (Coord.). **Prisão e medidas cautelares**. São Paulo: RT, 2011.
- JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. Niterói, RJ: Impetus. 2011.
- MACIEL, Silvio. Da Prisão Domiciliar. In: GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: RT, 2011.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bastos Freitas, 2002.

MARQUES, Ivan Luís. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: RT, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. São Paulo: 8. ed., Atlas, 1998

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora Del Puerto: 2000.

STUMN, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm: 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.