



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA

**PRISÃO CAUTELAR:**  
RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA, SEU IMPACTO E ALTERNATIVAS.

ORIENTANDO: DANILO ERNANI FERREIRA GOMES  
ORIENTADOR: PROF. DR. NIVALDO DOS SANTOS

GOIÂNIA  
2020

DANILO ERNANI FERREIRA GOMES

**PRISÃO CAUTELAR:**

RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA, SEU IMPACTO E ALTERNATIVAS.

Monografia jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).  
Prof. Orientador - Dr. Nivaldo Dos Santos.

GOIÂNIA

2020

DANILO ERNANI FERREIRA GOMES

**PRISÃO CAUTELAR:**  
RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, SEU  
IMPACTO E ALTERNATIVAS.

Data da Defesa: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Dr. Nivaldo Dos Santos

Nota

---

Examinador Convidado: Prof. MSc. Marcelo Di Rezende Bernardes

Nota

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I - PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL .....</b>	<b>8</b>
1.1 BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO .....	8
1.2 O SISTEMA CAUTELAR ANTERIOR AO CÓDIGO DE 1941.....	9
1.3 ERA VARGAS E AS PRISÕES CAUTELARES.....	11
1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO CÓDIGO DE 1941 .....	12
1.5 PRISÕES E O TRATAMENTO JURÍDICO DE HOJE.....	13
<b>CAPÍTULO II - DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA.....</b>	<b>15</b>
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	15
2.2 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA .....	17
2.3 FAVOR REI .....	18
2.4 EXCEPCIONALIDADE .....	19
2.5 LEGALIDADE .....	20
2.6 VERDADE REAL.....	21
2.7 PROVISIONALIDADE .....	22
2.8 MOTIVAÇÃO .....	22
2.9 PROPORCIONALIDADE.....	24
<b>CAPÍTULO III - DAS MEDIDAS CAUTELARES HÁBEIS A SUBSTITUIR A PRISÃO.....</b>	<b>26</b>
3.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO AO JUÍZO .....	27
3.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES .....	28

3.3 PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA .....	28
3.4 PROIBIÇÃO DE SAIR DA COMARCA .....	29
3.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR.....	30
3.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA .....	32
3.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM CRIMES RELACIONADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, VERIFICADA A INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE.....	32
3.8 LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA, QUE SEJAM ADMITIDAS EM DETERMINADAS INFRAÇÕES .....	33
3.9 LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA .....	34
3.10 MONITORAMENTO ELETRÔNICO .....	35
3.11 DOS REQUISITOS E DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS .....	36
3.12 PRISÃO ACUTELAR E A PENA PROCESSUAL ANTECIPADA .....	37
<b>CAPÍTULO IV – MEDIDAS ADOTADAS EM OUTROS PAÍSES E AS QUE NÃO ESTÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>39</b>
4.1 MEDIDAS ADOTADAS EM OUTROS PAÍSES .....	39
4.2 USO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS, NAS QUAIS NÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO.....	41
<b>CAPÍTULO V - REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR, <i>FUMUS COMMISSI DELICTI</i> E O <i>PERICULUM LIBERTATIS</i> .....</b>	<b>43</b>
5.1 CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS .....	44
<b>CAPÍTULO VI – DAS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>47</b>
6.1 DA PRISÃO TEMPORÁRIA .....	47
6.2 DA PRISÃO PREVENTIVA .....	49
6.3 DA PRISÃO EM FLAGRANTE .....	51
6.4 DA PRISÃO DECORRENTE DA PRONÚNCIA.....	53
6.5 DA PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL .....	54
<b>CAPÍTULO VII – A REFORMA E PACOTE ANTICRIME .....</b>	<b>56</b>
7.1 MUDANÇAS COM A VINDA DO PACOTE ANTICRIME .....	56
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>

## RESUMO

Como as sociedades foram se evoluindo, foram criados meios para que se tivesse o controle social, controle esse inicialmente feito de forma arbitrária, tendo como escopo a simples questão de controle social. Com a evolução, essas práticas vistas como banais, foram substituídas por práticas menos evasivas ao contexto em que se insere, tendo como objetivo assegurar um mínimo de coerência diante da justificativa adotada. Com o desenvolvimento social, intelectual e cultural, veio à tona alternativas a tentarem a substituir tais medidas assecuratórias, sendo elas medidas alternativas em que leve o agente passivo de tais medidas a segui-las por risco de tê-las revogadas e assim voltar a condição anterior imposta. As prisões cautelares são usadas de forma específica em cada caso, tendo sempre o desafio de se balancear entre o cerceamento da liberdade e a garantia processual em detrimento da instrumentalidade e aplicação da lei. Assim sendo, leis são editadas, com o intuito de sempre racionalizar o processo, tendo como objetivo o encontro de alternativas menos penosas, tanto para o indivíduo, a sociedade e ao Estado.

Palavras-chave: Prisão, Cautelar, Estado, Sociedade, Desenvolvimento Social.

## INTRODUÇÃO

É sempre importante se verificar as legalidades, motivos, princípios e proporcionalidade de todas medidas que visam e que ferem restringir o direito de locomoção. As prisões cautelares devem ser vistas como um ato excepcional, visando a garantia da proteção social, a manutenção coletiva da sociedade e a manutenção coletiva de uma eventual desordem, diante uma eventual sensação de ineficácia na eficiência em persecução dos delitos, isso levando em contraponto um grande problema, que é esse complicado balanceamento entre a proteção efetiva das liberdades e direitos fundamentais.

Como fazer esse confronto entre a limitação da liberdade, direitos fundamentais e a presunção de inocência é de tamanha complexibilidade, que se fará a necessidade em se verificar a legalidade de tais medidas e como utiliza-las de modo a sempre respeitar as garantias individuais, caso, é claro, não havendo alternativas a substitui-las

O assunto que será tratado é de grande importância, havendo uma apresentação desde como era aplicadas as prisões cautelares, levando em conta sempre o momento histórico em que era utilizada, para assim podermos entender as suas características mais exclusivas na qual foram aplicadas, e com o andar do desenvolvimento até ao que conhecemos hoje como prisão cautelar, sempre levando essa comparação aos direitos inerente ao homem e a sua presunção de inocência.

Será feita uma apresentação bem detalhada dos requisitos, legalidades, levando sempre em conta essa presunção de inocência, verificando assim com é abordado essa problemática na Constituição Federal, leis e demais Doutrinas, de forma consistente e fundamentada.

## **CAPÍTULO I**

### **PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL**

#### **1.1 BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO**

Prisão, conceito originado do latim *prensione* ou *prehensione*, consiste no ato de prender alguém que desrespeita as normas jurídicas, normas essas estabelecidas pelos legisladores em observância aos procedimentos estabelecidos pela nossa Constituição Federal. Devendo se observar o seu caráter punitivo relacionada a uma pena, sempre relacionando assim, com um procedimento administrativo criminal investigatório, que nem sempre foi aplicado aos moldes em que se pode ver hoje.

Antigamente, o aprisionamento era feito através dos cativeiros do rei, não tendo essa visão de uma sanção penal, pois não se tinha normas codificadas, nem cadeias ou presídios. Tendo assim a prisão um papel de intimidação a um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, tornando-o dócil e submisso a um rei em razão de algum motivo em que lhe pareceu razoável para tal medida.

Com o passar dos tempos, a prisão ganhou um teor de punição a práticas religiosas, mostrando assim, mais uma vez o seu uso como mera ferramenta para mostrar sua superioridade e domínio. Tendo a prisão uma origem na própria igreja com a criação do tribunal de inquisição, em que era utilizada para os hereges que desrespeitavam as vontades da igreja, sendo usada como medida de castigo, privando assim a sua liberdade.

Tendo em vista em que a prisão se revelou uma medida com objetivo da privação da liberdade de locomoção diante de fatos, digamos assim, dos mais variados possíveis, sendo tais motivos até questionáveis, mas porém de acordo com o contexto histórico e ao depender da sociedade, se mostrou uma medida adequada, levando sempre em conta, o governo vigente.

Mesmo sendo muitas vezes questionáveis, essa privação de liberdade se mostrou uma verdadeira evolução histórica das penas ao redor do mundo, isso tudo se levando em conta como eram aplicadas as sanções a crimes praticados, que eram ou com o próprio corpo, tendo dedos arrancados, mãos arrancadas nos casos de furtos, isso não levando em conta outros crimes mais graves e penas mais severas, evidenciando assim a brutalidade na forma de punir. Medidas essas muito criticadas a época por pensadores iluministas, que alegavam a afronta a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais que não eram respeitados.

Como se pode verificar, a prisão propriamente dita e a prisão cautelar, eram unas, ou seja, não tinham de um lado uma medida de assegurar a justiça e a ressocialização, nem de outro como um meio de assegurar que tal justiça aconteça baseadas em um devida punição e a preservação de todo o processo investigativo, mas sim, servia como uma ferramenta de demonstração de poder e superioridade.

## 1.2 O SISTEMA CAUTELAR ANTERIOR AO CÓDIGO DE 1941

No Brasil, é importante de se observar, que antes mesmo da proclamação da independência, o príncipe regente Dom Pedro, com data de 23 de maio de 1821, depois de considerar o comportamento de governadores, juízes criminais, magistrados, que violando o poder jurisdicional em que lhes fora concedido, mandavam prender por mero arbítrio, antes de culpa formada, com pretexto de denúncias que deveriam ser sigilosas, suspeitas veementes, e outros motivos graves a humanidade, para assim conservar em masmorras, com a utilização de pesos de ferro, veio a decretar que a partir de tal ato que nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem escrita do juiz ou

magistrado criminal no território, exceto somente em caso de flagrante delito, em que qualquer pessoa do povo deva prender o delinquente.

Logo que o Brasil alcançou a independência política, foi outorgada a primeira carta política, a constituição do império de 1824, cujo artigo 179 continha que ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, exceto no casos declarado em lei e que mesmo com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela conservado, se prestasse fiança idônea, caso fosse possível. Sendo ainda que, em se tratando de crime punido com pena não superior a seis meses de prisão ou que não fosse “de desterro para fora da comarca”, poderia o réu obter sua liberdade sem pagar fiança.

A formação de culpa era regulada pelos artigos 134 e seguintes pelo código de processo criminal de primeira instância, que permitia ao juiz, a depender do caso, após o oferecimento da denúncia ou queixa, ao se convencer da existência do delito e de quem era seu ator, em que declarava por meio do despacho nos autos, o prosseguimento ao processo em vista ao julgamento em definitivo.

Tal “culpa formada” que representava um filtro para a admissibilidade da acusação, tinha como apoio as provas até então produzidas (perícia, testemunhos e interrogatório do acusado) e, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão (art. 146). A justificativa era de que a prisão decorrente de pronúncia possuía um lastro mais seguro do que a prisão preventiva, por ser aquela decorrente de uma instrução preliminar sob o contraditório (*apud* FREDERICO ALVES, 1965).

O código imperial também previa, como podia constatar, a prisão, mesmo sem culpa formada para aqueles que viessem a ser detidos em flagrante em delito, ou para os que viessem a ser indiciados por crimes em que não fossem dados a possibilidade de pagando de fiança.

Posteriormente, como a reforma de 1841, foram introduzidas mudanças significativas no processo criminal, nas quais, foi feita a implantação do que ficou conhecido como policialismo judiciário:

Essa expressão remete ao período de 30 anos de uma peculiar estrutura da justiça criminal, em que a polícia prendia, investigava, acusava, e pronunciava os acusados de certos crimes de menor importância. (CRUZ, 2020, página 46).

Havendo assim uma completa confusão entre as funções policiais e judiciais, sendo que os Chefes de Polícia Delegados eram escolhidos por ato do imperador ou dos Presidentes das Províncias, entre os Desembargadores e Juizes de Direito.

Os Chefes de Polícia passaram a exercer atribuições destinadas aos Juizes de paz, assumindo assim a competência para processar e julgar contravenções bem como crimes punidos com prisão, degredo ou desterro de até 6 meses (artigo 58, 6º regulamento nº 120, de 31/01/1842).

Tal possibilidade de exercer essa determinada competência, foi mitigada pela lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, retirando a competência de julgar certas infrações penais, mesmo lhes mantendo o poder de fiança, mas mantendo a possibilidade de nomeação dos Chefes de Polícia entre os magistrados.

Com a proclamação da República, foi adotado um modelo federativo parecido com o adotado pelos Estados Unidos, dando a cada Estado membro a competência para legislar sobre matéria processual.

### 1.3 ERA VARGAS E AS PRISÕES CAUTELARES

Com a chegada do código de Processo Penal de 1941, elaborado em um contexto autoritário que caracterizou o Estado Novo de Getúlio Vargas, sendo influenciado pela matriz fascista de Mussolini, e depois pelos códigos elaborados em base do regime de caráter totalitário.

Na seara das prisões cautelares, o recrudescimento legislativo foi anunciado expressamente na Exposição de Motivos do Código Penal de 1941, após a afirmação de que a prisão em flagrante e a preventiva passavam a ser “definidas com maior latitude do que na legislação em vigor”, uma vez que “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos...”. (PAZ, 2020).

No caso das prisões preventivas, buscou a liberá-la dos limites impostos a sua admissibilidade, prevendo o seu cabimento nos casos em que reclamasse o interesse da ordem pública, da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal.

A grande novidade, resultou na introdução do instituto da prisão preventiva obrigatória, que era cabível em determinados casos, para autores de

crimes em que se cominasse pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos, sendo dispensada outro requisito além da prova da prática de determinada conduta pelo acusado.

#### 1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO CÓDIGO DE 1941

O rigor característico do Código de 1941, que o atribuiu a marca de um código que deixou marcas eternas da era totalitária em foi promulgado. Passando assim, por mudanças após transcorrido um quarto de século, no mesmo momento em que vigorava ou período de exceção de Estado de Direito, sendo esse o regime militar instaurado em 1964.

A prisão preventiva de forma obrigatória foi expurgada pela lei nº5.349/73, que de espaço a redação atual ao artigo 311 do código Penal. A possibilidade de se manter em liberdade o réu pronunciado ou condenado veio com a alteração dos artigos 408, 594 e 596 do CPP pela lei nº 5.941/73, dando-lhe no referido nome de lei Fleury referente ao Sérgio Fernando Paranhos Fleury, também chamado como Delegado Fleury, que atuando como representante do Estado, atuou como Delegado no Departamento de Ordem Pública e Social (DOPS) de São Paulo durante a ditadura Militar, tendo feito a sua fama conhecida, pela atuação violenta e que depois foi acusado por ter praticado tortura e homicídio de inúmeras pessoas pelo Ministério Público, mas morrendo antes do devido julgamento. Assim, o alargamento da liberdade provisória sem fiança, que passou a ser cabível, na forma do parágrafo único, sendo acrescentado ao artigo 310 do CPP, quando o juiz verificasse a inocorrência de qualquer das possibilidades em que autorizasse a prisão preventiva, vindo tal requisito com a lei nº 6.416/77.

Diante a reforma de 1977 o instituto da fiança se reduziu drasticamente a quase uma inutilidade por assim dizer, pelo fato que o autor de qualquer crime passou a ser beneficiário de liberdade provisória sem fiança, assim a fiança passou a servir apenas para que o autuado em flagrante de delito por crime punido com prisão simples ou detenção pudesse ser posto em liberdade com maior rapidez pela autoridade policial, pois não se exigia a participação prévia do juiz e do Ministério Público.

Desde então apresentaram enormes dificuldades legislativas para a provação de um novo código processual penal que desse um ar de novidade e acompanhasse a mudança social em que vivemos, vendo que o código é de 1941, ou seja, mais de 58 anos de vigência, tendo no seu corpo várias mudanças, formando um corpo todo costurado de vários remendos.

Até o código de 1941, o fato de ser preso em flagrante e não a necessidade de avaliação concreta de necessidade de ser preso, não impedia que o autuado fosse posto em liberdade diante de pagamento de fiança quando se tratasse de crimes classificados como afiançáveis ou por crimes que permitissem a responder em liberdade. Não sendo preso em flagrante, a sorte do sujeito dependia do arbítrio judicial e da classificação do crime, pois poderia ser preso por crime inafiançável, ou por não ter o dinheiro correspondente a tal fiança. Nos casos em que o acusado, permanecendo solto durante o sumário de culpa nos procedimentos do tribunal do júri, que caso fosse pronunciado, seria recolhido a prisão, salvo fosse se tratasse de crime afiançável e fosse prestada tal fiança. E outro ponto a se destacar, é que em casos em que não houvesse flagrante delito, ninguém poderia ser preso cautelarmente em virtude de autoridade competente em que não precisava ser originária de um juiz de direito.

## 1.5 PRISÕES E O TRATAMENTO JURÍDICO DE HOJE

Após o código de 1941, houve vários avanços, passando a se exigir que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto a sua necessidade e por critérios que conferem maior objetividade a tal decisão.

A partir da década de 60, vieram inúmeras modificações, sendo essas muito importantes como se pode verificar:

- a) Estando o investigado ou acusado solto, valerá a regra de que ninguém poderá ser preso antes de sentença penal condenatória definitiva, salvo nos casos de flagrante delito, mediante ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária, nos casos previstos em lei ou em virtude de prisão temporária ou preventiva. Devendo estar presente o pressuposto inerente a qualquer medida cautelar o *fumus comissi delicti*, caracterizando assim, a efetiva necessidade de tal medida, observando sempre o juízo de

proporcionalidade e a inviável necessidade de substituição da prisão por alguma cautelar alternativa ( artigo 319 do CPP) ou até mesmo que o juiz conceda liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais ( artigo 321 do CPP).

- b) Estando preso o indiciado ou acusado, será necessário verificar nos casos em prisão em flagrante, a obtenção de liberdade nos casos em que a infração com pena máxima não superior a quatro anos, e não havendo vedação a fiança (artigo 323 e 324), sendo assim o juiz ou o Delegado poderá arbitrar fiança e soltar o autuado (artigo 322, caput). Nos casos de infração com pena superior a quatro anos, tendo somente o juiz a possibilidade para conceder a fiança (artigo 322, parágrafo único), valendo também nos casos em que o preso não poder pagar o valor acordado para a fiança (artigo 350). Nos casos em que a lei não autorize o arbitramento de fiança em face da natureza do crime ou por motivos impeditivos, tendo que somente a autoridade judicial conceder a liberdade sem fiança, que tenha entendido que o agente praticou o fato em situação de excludente de ilicitude ou por entender que não esteja presente qualquer dos motivos que justificariam a prisão preventiva e que afastariam a aplicação de outra cautelar ( artigo 310 c/c 312 e 321). Se estiver preso em decorrência de prisão temporária, a liberdade do acusado está condicionada ao escoamento do prazo da prisão temporária sem conversão em prisão preventiva, ou que nos dois casos, não haja mais um motivo que justificou a cautela.
- c) Nos casos dos fatos definidos como de menor potencial ofensivo, em que deverá ser posto em liberdade, sem pagamento de fiança, se obrigando a comparecer futuramente ao juizado.

## **CAPÍTULO II**

### **DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO TEMA**

#### **2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

É atualmente aceito como um princípio universal, que se encontra presente no ordenamento jurídico de qualquer nação em que se caracteriza por ser civilizada. Que de acordo com o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos caracteriza que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, sintetizando assim o ideário do homem, no qual fora construído ao longo da história. Os direitos fundamentais podem ser tratados como uma matéria fundamental em qualquer estudo social, como define Ronaldo Bezerra:

Os direitos fundamentais podem ser considerados um dos temas mais importantes a serem tratados em qualquer trabalho científico dentro das ciências sociais, pois, além de serem garantia, possuem conceitos e teorias diversificadas, de acordo com a área que se busca pesquisar e entender. (SANTOS, 2017, página 27.)

Sendo assim de difícil definição, se levando em conta a sua natureza abstrata, em que se vincula a qualquer ofensa à condição humana em sua essência. Tendo assim, sua avaliação ante a efetiva violação analisada no caso concreto, especialmente em confronto com outros direitos fundamentais:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada a designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e aquelas constituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação

de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem sempre sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamental encabeça como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17. (*apud* SANTOS, 2017, página 28.)

Considerada a importância da dignidade da pessoa humana como referência para a concretização dos direitos fundamentais, a sua conceituação baliza-se por três perspectivas, a dignidade como respeito ao ser humano, em que não poderá ser tratado arbitrariamente; a dignidade como liberdade do indivíduo, em sua capacidade de ser e de definir seus próprios rumos; e a dignidade como emancipação do ser humano, de modo a assegurar os meios e o ambiente favorável à que cada um tenha sua liberdade de se expressar em sua ampla liberdade, havendo assim a ausência de opressão política, econômica e social.

Nesse conflito de persecução penal, o poder-dever de punir de um lado e o direito de liberdade ao outro lado, deixa o acusado na tradicional condição de mero objeto da lide, devendo ser respeitado em sua liberdade moral.

Daí, portanto, a necessidade de que o processo penal moderno facilite a elevação do acusado à condição de protagonista da atividade processual, promovendo sua personalização para que passe a ser um sujeito processual com voz ativa, perante o órgão julgador participando na produção do seu caso. (*apud* CRUZ, 2020, página 70.)

Demonstrando assim a necessidade que de o órgão que acusa e o que o julga o acusado conheçam a pessoa alvo de acusação e julgamento, não sendo pertinente apenas a qualificação pessoal. Se faz necessário a investigação histórica da pessoa, a trajetória de vida, se verificando todas as etapas vividas por essa pessoa, no âmbito familiar quanto social.

De há muitos os juristas se aperceberam de que, para o juízo penal, precisa, além do fato, conhecer o homem; e não é possível conhecer o homem sem reconstruir lhe a história. (*apud*, Cruz, 2020 página 71.)

A aplicação objetiva do direito penal e processual penal é plenamente compatível com o rigor eventualmente se mostre necessário na adoção dessas medidas cautelares ou punitivas, sempre devendo ser baseada na lei, devendo os juízes de direito e promotores estar cientes, ao exercer os poderes em que lhe foram conferidos por lei, mostrar o bom uso, para que de um lado, não tenhamos um princípio ferido, e de outro a justiça a ser concretizada.

A partir de tal conceituação, é imprescindível entender a dignidade da pessoa humana dentro de sua relação íntima com a prisão cautelar e seu aspecto jurídico de pena processual penal antecipada.

## 2.2 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A presunção de inocência ou de não culpabilidade, se exige que no processo penal se conceda ao acusado direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação.

Assim, é necessário ao Estado em especial ao Estado-Juiz respeitar e aplicar sempre a presunção de inocência, pois, é uma garantia ao acusado de que terá a oportunidade de demonstrar o contrário da imputação, ou a forma diversa do fato ocorrido sendo considerado totalmente inocente, perdendo tal direito, apenas quando for condenado por decisão judicial condenatória devidamente fundamentada e transitada em julgado. (SANTOS, 2017, página 61.)

Em relação da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Constituição Federal, ao pesar de prever exceções ao *favor libertatis*, consagra uma regra central de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, inciso LXVI, da CF).

Sendo assim, esse princípio, hora se apresenta como regra probatória e outras como regra de tratamento do acusado. Ao funcionar como regra de atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra decisões baseados em mera probabilidade, determinando assim, que somente a certeza poderá definir uma condenação e que o ônus da prova caberá ao órgão acusador.

O órgão acusador terá o ônus de provar as afirmações de responsabilidade feitas ao acusado, e caso havendo alguma dúvida em relação ao elemento de prova, deverá assim, se revolver em favor da defesa. Devendo,

de acordo com as regras do devido processo penal, sendo assim, essas informações, em se encontrando em base de provas consistentes e submetidas ao crivo do contraditório, servir a não restar dúvidas dos fatos atribuídos ao imputado.

Sendo como tratamento, se exige que o investigado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade, não sendo equiparado a aquele em que lhe recai uma prisão definitiva. Devendo assim, ser preso mediante de uma inegável necessidade devidamente justificada e apoiada em critérios legais, objetivos e demonstrados concretamente, não devendo ser mantido em prisão quando houver outras medidas aplicáveis:

Na dicção do legislador constituinte, ninguém poderá ser mantido preso “ quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (artigo 5º, inciso LXVI, da C.F.), pois o “ direito à coerção mais benigna” - a liberdade provisória ( ou qualquer das medidas cautelares alternativas à prisão, que não deixam de representar um ônus ao investigado/réu) – também se revela como uma das manifestações do princípio de inocência. (*apud* CRUZ, 2020, página 79.)

E por conseguinte, o uso de algemas de quem se apresenta ao Tribunal ou ao Juiz para ser interrogado ou assistir um julgamento como acusado, poderá comprometer a esse princípio, devendo ser justificado por um motivo concreto, devidamente explicado sobre algum risco ou receio de ação prejudicial ao processo ou as pessoas em que participam do ato processual.

### 2.3 FAVOR REI

O princípio do *favor rei* ou que também pode ser chamado de *favor defensionis*, *favor innocentie* ou *favor libertatis*, é um típico de sistemas mais democráticos, no qual ao confronto da ideia de que uma intervenção muito severa do Estado produz maior controle sobre a criminalidade mesmo levando em conta a punição de todos os culpados e de alguns inocentes, prefere trabalhar com a ideia de que nenhum inocente poderá ser punido, mesmo que leve a não punição de alguns culpados.

É válido observar a sua importância e utilidade na formulação legislativa, servindo de norte para produção normativa, inspirando também como ferramenta de interpretação de aplicação de tais normas, de modo a levar ao aplicador da

lei, diante da incerteza da aplicação da norma, a optar pela solução mais benigna aos interesses do acusado.

É importante de ser destacado, que nos casos em que a analogia em prejuízo do acusado, não é permitida no Direito Penal mas porém se faz a possibilidade de uso nos casos em que envolver matéria processual, mas que apesar de tudo, deve-se, nos casos em que envolver razões de liberdade, ter sua interpretação de forma limitada, seguindo assim tal posicionamento, que segundo Cruz:

[...] em nome do *favor libertatis*, o uso da interpretação extensiva, da analogia e dos princípios gerais do direito deve ser limitado, na medida em que não autorizam o aplicador da lei manter alguém cautelarmente preso sem que esteja estritamente caracterizada a incidência legal da prisão provisória e, uma vez verificados os seus pressupostos e requisitos, que ela seja imposta por mais tempo do que o expressamente previsto, diante do favor do princípio *favor libertatis*, que está acima de qualquer outro. (CRUZ, 2020, página 69.)

## 2.4 EXCEPCIONALIDADE

Na interpretação desse princípio, podemos retirar na sua integralidade, interligando ao assunto de prisões cautelares, é a de que deve ser utilizada com exceção, devendo ter a liberdade sempre como regra.

Sendo assim, tal concepção se prevalecendo nos ordenamentos modernos, como nos tratados e convenções internacionais.

A consagração do princípio da excepcionalidade da prisão preventiva denota de forma clara ao que externaliza nos artigos que compõem o título IX do código de processo penal, nos quais evidencia com clareza a exigência de a prisão preventiva, por ser uma medida de *extrema ratio* dentre todas as cautelares pessoais, devendo ser imposta ao acusado ou indiciado somente quando as outras medidas, nas quais elencadas no artigo 319 do CPP, se mostrarem, na sua aplicabilidade, inadequadas ou insuficientes diante as exigências cautelares.

De acordo com o artigo 282, tanto em seu parágrafo 4º quando explana que a prisão preventiva deve ser utilizada em último caso, quanto no seu parágrafo 6º quando transcreve na possibilidade de prisão preventiva quando não cabível sua substituição por outra medida cautelar e também no caso do inciso II do artigo 310 do CPP no qual condiciona a excepcionalidade da prisão

nos casos em que houver prisão em flagrante, sempre em que for inadequada ou insuficiente tais medidas cautelares diversas da prisão.

Sendo assim, um elemento necessário a se mencionar, algo que já era característico de imprescindível necessidade e que foi enfatizado pelo pacote anticrime (lei 13.964/2019), de que deve haver indício suficiente de autoria e de perigo gerado ao deixar em liberdade o imputado, e de que deve ser motivada e fundamentada ao ponto de justificar tal medida adotada:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.” (BRASIL, lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.)

## 2.5 LEGALIDADE

Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, há de forma expressa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo complementado com o que dispõe no inciso LXI, no qual descreve que “ninguém será preso senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo em casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Assim, só pode haver privação da liberdade humana se houver previsão legal expressa, devendo tal procedimento seguir as regras estabelecidas em lei e que a autoridade judiciária previamente competente, poderá ordenar a prisão de alguém, salvo na hipótese de flagrante delito, em que qualquer pessoa pode, e a polícia deve dar voz de prisão a quem se encontre em situação de flagrante. Sendo assim, além de estarem previstas no código de Processo Penal, ou em lei extravagante, a regra é de que todas as modalidades de prisão cautelar devem submeter-se ao prévio exame judicial.

Quanto ao princípio da legalidade constitucional, o art. 5º, inciso II da constituição federal de 1988 (BRASIL, 1988) dispõe que: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de

lei. A partir deste dispositivo constitucional nasce para nós o princípio da legalidade nos moldes da constituição em vigor. Silva (2014) afirma que este princípio é essencial para o Estado de Direito, bem como basilar para o Estado Democrático de Direito, pois, subordina-se a constituição com fundamento na legalidade democrática. (SANTOS, 2017, página 45.)

Assim, para além da sua validade normativa- formal, também se faz necessário a exigência e a validade material de tal medida, de modo a verificar a presença do pressuposto fundamental de qualquer cautela, que é o lastro probatório que demonstre a existência do crime, os indícios suficientes de autoria e que demonstre a necessidade de preservação do bem ou interesse jurídico ameaçado, diante da liberdade do acusado ou investigado.

Devendo então, de resumo, que a prisão cautelar somente pode ser decretada e mantida se autorizada por lei, e se for ordenada por decisão, suficientemente fundamentada, de autoridade judiciária.

## 2.6 VERDADE REAL

A análise de determinado princípio se inicia pelo conceito de verdade, sempre de caráter relativo, pois o juiz possui essa dificuldade de assegurar que tenha alcançado a verdade objetiva, sendo aquela na qual corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real, sendo assim exposto em sua obra NUCCI demonstra:

[...] a verdade é a “conformidade da noção ideológica com a realidade” e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que “certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda”. (NUCCI, 2017, página 114.)

Como se está se verificando valores de suma importância ao homem, como a liberdade, integridade psicológica até mesmo a honra, que são afetados, mesmo que se trate de uma prisão dita temporária por ser cautelar, deve o juiz se atentar a busca dessa verdade real, sempre observando a real necessidade de tais medidas, sendo justificadas no plano real do acontecimento dos fatos.

## 2.7 PROVISIONALIDADE

Qualquer medida tem como característica a Provisionalidade, pois de acordo com seus efeitos, eles persistem até que não os emanarem com o que a providência jurisprudencial em que ela procura, não garantir ou tutelar.

Implica o conceito de temporariedade, mas não coincide com esta. A singular temporariedade de uma situação, ou seja, a sua duração limitada no tempo, não é suficiente para caracterizar como provisória, e portanto como cautelar, uma situação, mas é necessário que o limite de tal duração seja em função do surgimento (ou não) de uma situação processual posterior que, com sua relevância jurídica, ou absorve a medida acautelar ou a contradiz e assim, em ambos os casos, lhe elimina qualquer justificação e a faz cessar. A provisoriedade, portanto, é uma temporariedade condicionada a verificação de uma situação futura. (*apud* CRUZ, 2020, página 110.)

Sendo assim, uma determinada medida cautelar no âmbito penal jamais poderá se tornar definitiva, pois é funcionalmente caracterizada como uma ferramenta em relação ao processo de conhecimento ou de execução.

Toda decisão em que decretar a prisão cautelar está sujeita à verificação de seu cabimento, por motivo de eventual revogação, sendo esta cessada pela causa ou motivo que a justificou, por motivo de verificação de sua validade em relação aos requisitos ou que seja por substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja tão adequada e suficiente para alcançar para ao alcance do objetivo.

Com a reforma de 2011, deu-se nova redação ao antigo texto do artigo 317, agora § 5º do artigo 282, que estabelece que o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (CRUZ, 2020, página 111)

Sendo nenhuma prisão definitiva, tendo prazo definido, devendo perecer assim que cesse o motivo que a justificou. Sendo essa prisão cautelar, com prazo máximo definido em lei, sendo esse prazo modificado pelo juiz ao que determinar números dias inferior ao máximo previsto, devendo sempre de observar, a necessidade de tal medida.

## 2.8 MOTIVAÇÃO

Seguindo os ditames históricos, há de constatar, que essa história é marcada de idas e vindas, sempre se levando esse contra ponto os avanços e retrocessos. Com certeza, o dever de motivação pode ser considerado um deles, como o juiz ao longo da história deixou de lado essa figura de ditador, no qual detinha e aplicava o poder de acordo com sua vontade, hoje se faz a característica desses avanços, a prestação de contas de seu provimento, se sujeitando-se ao exame interno e externo de sua legalidade e legitimidade.

Sendo assim, o dever de motivação de bastante relevância, servindo desde um mecanismo de controle, na garantia imparcial do julgador, permitir o melhor exercício ao recurso e facilitar o julgamento do recurso. Trazendo assim, uma colaboração a esse entendimento, explana CRUZ, em sua obra, tal necessidade de motivação:

1. Assegurar um mecanismo formal de controle das partes sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes, e se bem aplicou o direito ao caso concreto e, por conseguinte, se é caso de aceitar a decisão ou impugná-la.
2. Garantir a atuação imparcial do órgão julgador, que, ao exteriorizar seu raciocínio e sua percepção e compreensão sobre as provas dos fatos produzidos nos autos, sobre os argumentos e as teses sustentadas pelas partes e sobre o direito aplicado à espécie, afasta questionamentos acerca de sua imparcialidade.
3. Permitir o melhor exercício do direito de recurso, que depende, para a precisa explicitação dos argumentos sobre os quais se assentam as razões e contrarrazões das partes, de todas as nuances do raciocínio judicial que conduziram ao ato decisório impugnado.
4. Facilitar o julgamento do recurso pelo órgão jurisdicional destinatário da impugnação, de maneira a poder confrontar as razões que delimitam e explicam o recurso com as razões utilizadas na decisão recorrida. (CRUZ, 2020, página 117.)

Levando a outra vertente, se faz importante, se verificar nítido benefício, pois contribui ao controle social diante a atividade judiciária e impondo um limite ao poder jurisdicional a sua plena e permanente justificação, servindo como, segundo (TARUFO, 2015, p. 300) “meio de controle público sobre o exercício do poder” (*apud* Cruz, 2020, página 117).

Por assim interferir na liberdade do acusado, é de suma importância tal justificativa de motivação, para mostrar também a compatibilidade da prisão com a presunção de inocência. Sendo legítima se evidente a necessidade concreta da cautela de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Assim ao indiciado ou acusado, a autoridade judiciária deve, indiciar os fundamentos fáticos e jurídicos acerca de sua decisão, cuidando em sempre a fundamentar, que de acordo CRUZ, define como sendo:

1° - A existência dos pressupostos fáticos para crer na existência de um crime, sujeito ao encarceramento cautelar objeto da decisão, e na existência de indícios suficientes de autoria ( expressão utilizada para a decretação da prisão preventiva, conforme o artigo 312 do CPP), ou fundadas razões para de autoria ou participação do indiciado ( expressão utilizada para a decretação da prisão temporária, conforme o artigo 1° da lei 7.960/89);

2° - A necessidade concreta da medida cautelar, i.e., *periculum libertatis*, traduzido em alguma ou algumas das expressões referidas no artigo 312 do Código de Processo Penal, que indicam os fins legítimos da prisão *ante tempus*, a saber, a necessidade de garantir a ordem pública ou a ordem econômica, a conveniência (*rectius*: necessidade) de preservar a instrução criminal, e/ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. (CRUZ, 2020, página 123.)

Havendo a falta com a motivação clara e eficiente, há um forte prejuízo ao direito de liberdade do indivíduo, mostrando a fragilidade do amplo poder jurisdicional.

## 2.9 PROPORCIONALIDADE

Essa noção de proporcionalidade das medidas cautelares é de muita importância, pois tende existir convivência dessas medidas com a presunção de inocência. Sendo assim, é muito importante de se verificar essa adequação entre legalidade e proporcionalidade, pois mesmo uma lei adequada e necessária, poderá ser considerada inconstitucional, quando adotar cargas excessivas, desproporcionais, desajustadas ou fora de medida.

Sendo assim, de acordo com a análise do caso concreto, se faz a necessidade de se verificar, ao se decretar uma cautelar, três elementos caracterizadores de proporcionalidade, que são a adequação, necessidade e proporcionalidade. Sendo importante de se observar também que, ao que dizem, que quando essa medida é inteiramente cautelar, sem assumir uma medida de clara função punitiva, poderá haver essa convivência com as cautelares.

Outro ponto a se pontuar, é que há a necessidade de relação justa e adequada, dos benefícios e os meios empregados. Nas medias cautelares, haverá a justificativa desde que guarde a relação de proporcionalidade de

proteção do objeto e o sacrifício da liberdade, devendo o juiz, ao analisar esse pedido de restrição de liberdade temporária, ou que já se encontra preso, ao ver e manter a legitimidade de tal decisão, analisar diante das circunstâncias concretas na acusação e já colhidas na instrução criminal, se é realmente razoável de tal aplicabilidade de tal medida, sendo possível a justificativa nos casos em que seja provável a condenação do indiciado diante dos fatos em concreto.

Sendo possível de se verificar que as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade, visam impedir ou restringir a prisão cautelar ou outras medidas, no qual leve o acusado a sofrer um mal maior do que a própria sanção penal.

### **CAPÍTULO III**

#### **DAS MEDIDAS CAUTELARES HÁBEIS A SUBSTITUIR A PRISÃO**

São indicadas várias as medidas de natureza cautelar nas quais se podem ser hábeis a substituição da prisão preventiva, sendo de tal necessidade ser observada nos casos em que uma providência menos gravosa seja vista como adequada ou suficiente à proteção do bem ameaçado em detrimento da liberdade do indiciado ou acusado.

Podendo essas medidas serem aplicadas de modo isolado ou de forma acumulada, sendo essa precedida por decisão dotada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, quando em curso de uma investigação criminal, por meio de uma representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, e com ressalva no casos em que forem observados a urgência ou o perigo de ineficácia da medida, dando sempre a oportunidade de manifestação sobre o pedido ao acusado.

Sendo essas medidas aplicadas a autores nos quais, quaisquer infrações penais a que cominarem pena privativa de liberdade, incluindo assim crimes culposos e crimes nos quais a lei prever a possibilidade de substituição de pena.

Há de se ponderar dois casos em que há restrição a imposição de alguma medida cautelar, que são nos casos em que haver a internação provisória do acusado, ao ser considerado inimputável ou semi-imputável, cautela na qual só poderá ser aplicada quando se tratar de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça; e no segundo caso, quando se tratar de fiança, sendo vedada a sua utilização nas situações previstas no art. 323 e 324 do CPP:

Art. 323. Não será concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes de racismo; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV ~~-(revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).~~

(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

V ~~-(revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).~~

(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - em caso de prisão civil ou militar; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III ~~-(revogado); (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).~~

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.)

Havendo qualquer descumprimento de tal medida imposta, poderá ocorrer a decretação de prisão preventiva, sendo como uma sanção processual ao comportamento a quem não soube se utilizar de tal benefício. Devendo se verificar sempre os fundamentos relacionados ao caso concreto, sendo essa medida aplicada sempre de forma individualizada.

### 3.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO AO JUÍZO.

Aqui, o objetivo é a verificação de que o acusado continuará à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual. Também servirá como propósito de o juiz ser informado sobre as suas atividades aos quais o acusado está exercendo, permitindo assim, ao juiz o acompanhamento de sua vida ao meio da sociedade, garantindo como consequência, a certificação de seu paradeiro.

Sendo assim, não podendo se envolver em confusão a obrigação já prevista no artigo 310, parágrafo único do CPP, sendo o qual, determina o comparecimento a todos os atos processuais, bem como na condição de *sursis* processual. Sendo essa medida de comparecimento uma medida cautelar autônoma, se encaixa na modalidade ao que é proposto, à obrigação sujeita ao

acusado com o intuito de substituir a prisão em flagrante pelo regime de liberdade provisória.

O não comparecimento do acusado, como consequência, pode-lhe ser revogada o benefício, que nos casos de prisão em flagrante, o retorno ao cárcere, não mais com o título de prisão em flagrante, mas a título de prisão preventiva, caso em que não for verificada a possibilidade de ser aplicada outra medida menos gravosa.

### 3.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES.

Tendo um caráter de prevenção, essa medida de evitar a frequência do réu a determinados lugares possa evitar no caso cometimentos de novos crimes, sendo esse objeto do processo em curso ou mesmo de outros crimes.

Tratando assim, as circunstâncias e as peculiaridade subjacente a determinadas práticas delitivas, como fatores indutores de uma nova reiteração delituosa.

Não tendo por determinado fundamento de proteger a jurisdição penal (salvo se vier em algum momento inferir em probabilidade de prejudicar a colheita de provas), e muito menos presença do réu no processo. Sendo essa medida, de defesa da sociedade, assumindo uma menor onerosidade, o papel de defesa da ordem pública ou econômica.

A maior dificuldade, ao que se pode verificar, se fiz respeito a fiscalização de seu cumprimento, nas quais demandaria visitas periódicas aos locais vedados ao acusado. Sendo assim, aconselhável e muitas vezes adotadas, a junção dessa medida com o uso monitoração eletrônica.

### 3.3 PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA.

Essa medida possui um objetivo mais específico, sendo o intuito de proteção de pessoa determinada, que se encontra em situação de risco diante do comportamento do acusado, ou de evitar o contato do acusado ou réu com certas pessoas, em que favoreça uma reprodução do comportamento criminoso.

Essa determinada medida visa a proteção da sociedade em geral ou de pessoas incertas, que são colocadas em risco, devido em face do possível comportamento do acusado em relação ao possível crime já praticado no qual já é acusado. Sendo esse foco dada a uma pessoa ou até mesmo a mais de uma, quando houver essa característica de vulnerabilidade pela presença física do réu.

Tendo essa medida, uma dificuldade de fiscalização ao cumprimento, caberá ao interessado no qual cuja proteção se volta a cautela, levar ao conhecimento do juiz da causa, ao fim de que se for o caso, decretar a prisão preventiva da pessoa determinada ao qual descumpriu tal obrigação assumida judicialmente, levando a esse contra ponto, relacionado a liberdade do acusado ou a vida da pessoa por ele ameaçada, se faz pender a balança a vida da pessoa por ele ameaçada, impondo ao Estado tomar medida cabível, diante do seu dever de proteção.

#### 3.4 PROIBIÇÃO DE SAIR DA COMARCA.

Sendo tal medida adotada sempre quando sua permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Mesmo se referindo a conveniência da instrução criminal, a medida cautelar referida no inciso IV do artigo 319 terá aplicação nas hipóteses em que se deva praticar ato introdutório para qual senha indispensável a presença física do acusado.

É de suma importância em se verificar que, em artigo próprio, vincula-se a proibição de se ausentar-se do país, estipulando-se outra proibição como medida cautelar, não consta, como visto, nas medidas elencadas no artigo 319 do CPP, sendo assim, vinculadas apenas a necessidade de proteger a investigação ou a instrução, não indicando o objetivo voltado a evitar a fuga do investigado ou acusado:

**Art. 320.** A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941)

Sendo tal medida de proibição de se ausentar do país questionável, pois sem justificativa plausível, fugiria da sua principal funcionalidade prevista em lei,

que é a de assegurar tal aplicação penal, que segundo CRUZ, possui tal entendimento:

Feita essa ressalva, vale acrescentar que a proibição de ausentar-se do país - para evitar a fuga do investigado ou acusado e para, conseqüentemente, assegurar a aplicação da lei penal - não significará, se isoladamente aplicada, nada além de mera extorsão judicial a que o acautelado não se ausente do país. (CRUZ, 2020, página 203)

Tendo assim, outras medidas cautelares permitidas, como comparecimento periódico ao juízo e a comunicação da proibição às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, além da retirada iminente do evasor, no prazo de 24 horas. Devendo o magistrado, um esforço para justificar tal medida, como o emprego de meios ilícitos para concretizar tal finalidade.

### 3.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR.

Sendo uma medida cautelar muito similar, ainda que com objetivos diversos, à prisão de albergue, destinada aos presos definitivos, aos quais cumprem pena em regime aberto, ou dos que cumprem pena de limitação de fim de semana.

Assim como como é exigido aos presos definitivos que cumprem suas penas sob condições, essa medida cautelar se baseia em uma autodisciplina e sendo de responsabilidade, para que não seja prejudicado por uma consequência mais grave em sua vida cotidiana, como a perda do emprego, se sujeita ao recolhimento domiciliar durante o período noturno e aos fins de semana.

Devendo se ater que o recolhimento domiciliar noturno e nos finais e nos dias de folga, não se confunde com a prisão domiciliar nos quais tratam os artigos 317 e 318 do CPP, embora que em ambos os casos, o intuito é a prisão preventiva.

Estando a prisão domiciliar prevista no art. 318:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).  
I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - ~~gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.~~ (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

(Revogado)

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941)

Tal dispositivo também se preocupou com a mulher gestante, que seja mãe ou responsável por crianças ou pessoa com deficiência, concedendo também prisão domiciliar, desde que verificadas determinadas condições.

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018). (BRASIL, Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941)

Tendo que a concessão desse benefício, poderá ser efetuada, sem o prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319.

Já o recolhimento noturno e nos dias de folga, (previstas no art. 319, inciso V) se exige critérios de idoneidade e suficiência da medida, como alternativa à prisão, para salvaguardar determinado direito ameaçado. Devendo tais medidas cautelares, terem pressupostos fáticos inerentes a tal medida. Tendo a prisão domiciliar, verificada no art. 317, mais semelhança a uma prisão preventiva, e o recolhimento domiciliar, previsto no art. 319, inciso V, mais para liberdade provisória.

Tendo tais medidas, dificuldades quanto ao seu cumprimento, requerendo meio eficaz de fiscalização. Tendo essa vigilância, praticada de várias formas, sendo ela mediante por efetivo policial, como ocorre nos Estados Unidos, mediante rotas diurnas e noturnas; arbitramento de um valor a título de

fiança; e a monitoração eletrônica, na qual se prevê, um meio mais eficaz de controle.

### 3.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.

Trata-se de uma medida na qual se destina à aquelas situações em que o acusado, impossibilitado de exercer determinada função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, possa por alguma razão, vir a praticar alguma nova infração penal, se valendo dessa função ou atividade.

Sendo assim, uma cautela direcionada e específica, sendo utilizada principalmente para crimes funcionais, econômicos ou contra a ordem tributária, sendo aplicado nas hipóteses em que se vê necessário e suficiente ao evitar a prática de novas infrações penais, sendo tais atividades, facilitadoras de um novo cometimento de ilícito penal.

Sendo cada caso, de acordo com a sua individualização, ser analisada ao caso em questão, como por exemplo um crime praticado por uma simples ingerência funcional, ou quando se tratar de um caso de criminalidade organizada.

### 3.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM CRIMES RELACIONADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, VERIFICADA A INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE.

Sendo essa medida, aplicável nas hipóteses em que o acusado apresentar quadro psíquico de inimputabilidade ou semi-imputabilidade e pelo modo em que fora praticado tal delito, tenha empregado violência ou grave ameaça, sendo assim um perigo a sociedade.

Sendo assim, não se tratando de medida de segurança provisória, mas sim de medida cautelar de internação provisória voltada ao acusados, que mediante invés de serem recolhidos em um estabelecimento prisional, deverá ser internado em razão de suma imputabilidade, sendo ela parcial ou total, e diante de sua periculosidade, em que enseje um risco de reiteração delitiva.

Sendo assim, a internação provisória do acusado terá como motivos justificadores os mesmos necessários para a decretação da custódia preventiva, direcionada, todavia, a quem, comprovadamente, se encontre e, estado de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. (*apud* CRUZ, 2020, página 209)

Sendo que essa medida possui a finalidade de facilitar a recuperação ou a cura do acusado, quer pela desintoxicação química ou pela assistência psicológica apropriada. Sendo a finalidade da internação, segundo VILAR (página 241), citado por CRUZ em sua obra, define:

Será a de por o imputado à disposição médica para, com o devido tratamento, tentar sua cura a fim de poder submeter-se, desse modo, ao julgamento e também prevenir, visto ser suspeito de haver cometido um delito, para que não se cometam outros crimes, os quais, pelo estado de enfermidade mental, poderiam ser mais graves. (*apud* CRUZ, 2020, página 209)

Assim, sendo o tempo de duração a essa cautela, baseada aos eventuais motivos justificadores, não podendo se exceder ao que seria tolerável.

### 3.8 LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA, QUE SEJAM ADMITIDAS EM DETERMINADAS INFRAÇÕES

Sendo a fiança uma garantia real, consistente ao pagamento em dinheiro ou em valores ao Estado, para assegurar o direito de se permanecer em liberdade durante todo o processo.

Com objetivo de assegurar essa liberdade provisória enquanto decorre o inquérito policial, dependendo de preenchidas determinadas condições. Na entrega desses valores, estaria vinculado ao comparecimento de atos em que fosse necessário e caso fosse condenado, obteria de volta o que pagou. Tendo outras garantias, como a garantia de pagamento das custas, quando houver, da indenização do dano causado pelo crime, caso existente, da prestação pecuniária e quando houver a aplicação de multas.

De acordo com o artigo 343 do CP, estabelece que, nos casos em que há o quebramento injustificado da fiança importará na perda da metade de seu valor, mas em caso em concreto, não importará na automática decretação de uma cautela extrema, cabendo o juiz determinar sobre a imposição de outras medidas cautelares.

Assim, previstas nos artigos 323 e 324 do código de processo penal, há determinados crimes em que não se encaixam nessa modalidade de fiança, sendo eles:

- a) Crimes envolvendo racismo;
- b) Nos crimes em que envolver tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos crimes definidos como hediondos;
- c) Em crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, que sejam contra a ordem constitucional e do Estado democrático;
- d) Nos casos em que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido qualquer das obrigações referentes aos artigos 327 e 328 do CP;
- e) Nos casos de prisão civil (ao devedor de alimentos) ou militar (destinados a disciplina);
- f) Tendo motivos autorizadores de decretação da prisão preventiva.

### 3.9 LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

É importante de se verificar que para a imposição de liberdade provisória sem fiança caberá nos casos, em que o juiz verificar, que de acordo com o caso concreto, que o agente praticou o fato escudado por qualquer das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do CP, sendo essas, agido em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Nos casos em que o magistrado verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer hipótese em que autorize a prisão preventiva e que também não seja cabível fiança, sendo assim, não preenchidos os requisitos ensejadores.

Sendo também a possibilidade de se verificar nos casos em que o réu for pobre e não poder arcar com o valor da fiança, sendo assim, presentes as demais condições de acordo com o artigo 327 ( comparecimento a todos os atos e termos do processo do inquérito) e com o artigo 328 ( mudança de residência nos casos em que se exija a previa autorização e nos casos em que haver a

ausência da residência por mais de oito dias, em que não houver a indicação de seu paradeiro.

### 3.10 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

A monitoração eletrônica, veio como uma medida cautelar subsidiária, voltada a conferir maior grau de eficácia a outras alternativas à prisão, nas quais determina a imposição ao sujeito passivo da medida permanecer em determinado local ou não se aproximar de pessoas ou lugares, conferindo assim, um maior controle sobre o sujeito no qual recai determinada medida.

O monitoramento eletrônico foi inventado no início da década de 60, mas somente utilizado a partir dos anos 80, quando passou a popularizar-se principalmente nos Estados Unidos da América, onde, em levantamento feito em 199, já era utilizado em 95.000 pessoas. (*apud* CRUZ, 2020, página 217)

Havendo assim, três principais finalidades para o uso da monitoração eletrônica: detenção, restrição e vigilância. Podendo ser usada para assegurar que o indivíduo permaneça em determinado lugar, sendo utilizada como forma de restrição, servindo como limitador de acesso a áreas ou locais proibidos, ou que se aproxime de determinadas pessoas; podendo também servir ao caso, como meio de prover uma certa vigilância, de modo a permitir o acompanhamento dessas determinadas pessoas.

Existindo assim, dois meios de monitoramento eletrônico, sendo mencionados como ativos e passivos. No sistema ativo, sendo usado geralmente um bracelete ou uma pulseira, sendo esses dispositivos acoplados ao pulso ou no tornozelo do indivíduo, sendo emitido um sinal no qual ajuda na monitoração. Nos sistemas passivos, o indivíduo é contatado periodicamente por telefone no local onde deve permanecer e assim sendo identificado por algum modo, sendo esse modo realizado por meio de uma senha, voz etc.

Há de verificar seu benefício diante as restrições em sua liberdade ambulatorial, o fato de tal medida traz muitos benefícios, sendo eles a redução da população carcerária, a possibilidade de o acusado manter algumas atividades, como trabalhar e estudar e permanecer junto ao seu grupo familiar,

principalmente deixar de lado os malefícios trazidos com o recolhimento ao presídio.

Sendo essa medida de monitoração eletrônica, não feita de modo obrigatório, levando assim uma alternativa muitas vezes mais benéfica.

### 3.11 DOS REQUISITOS E DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS

Tais medidas cautelares, jamais podem ser impostas sem a devida necessidade, não sendo assim medidas automáticas e não bastando para que haja uma investigação ou processo. Devendo tais medidas, terem dois requisitos genéricos: necessidade e adequabilidade. Sendo acumulativos para ser fundamentada uma medida cautelar.

No primeiro requisito genérico caberá para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais. Sendo alternativos, não necessitando a acumulação para configurar a necessidade.

Sendo a aplicação penal vinculada a assegurar a aplicação penal, se atentando a possibilidade fuga do acusado, devendo se analisar ao caso concreto, se atentando a sua individualidade.

No caso da investigação ou instrução criminal, vinculada a conveniência da instrução criminal. Sendo necessário geralmente quando há o risco deterioramento das provas pelo acusado, havendo assim esse risco, se faz necessário a proteção por meio da medida cautelar.

Nos casos de evitar práticas de infrações pelo imputável ou semi-imputável, devendo ser decretada seu recolhimento a internação provisória.

No segundo requisito, é importante de se analisar a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado.

No caso da gravidade do fato, é importante de se analisar no modo concreto, analisando cada caso com singularidade e não na sua forma genérica.

Nas circunstâncias do fato estão ligadas as especificidades de cada crime, como se pode verificar na possibilidade de qualificadoras, privilégios e casos de aumentos e diminuição de penas.

Já nas condições pessoais do indiciado, há de verificar os antecedentes criminais, se primário ou reincidente e outros fatores pessoais.

Devendo assim o juiz, para fins processuais, a individualizar a medida cautelar, havendo harmonia com os princípios constantes na Constituição Federal.

Nos casos de descumprimento de tais medidas, é importante se verificar, como já dito antes, o juiz em ofício ou em requerimento feito pelo Ministério Público, na figura de seu assistente ou do querelante, a determinar a substituição da medida por outra, podendo impor mais uma em cumulação ou em último caso decretar a preventiva. Podendo também, a qualquer momento, o juiz rever a medida e voltar a sua decretação, pelo fato de novas razões.

### 3.12 PRISÃO ACUTELAR E A PENA PROCESSUAL ANTECIPADA

O direito penal material, é visto como importante meio para que o Estado, possa fazer a aplicação de seu poder punitivo e assim o controle social. Devendo essa aplicação a ser realizada por meio do direito processual penal no qual determina normas processuais e procedimentais. Assim, o direito penal se faz necessário em conjunto com o direito processual penal para a sua efetiva aplicabilidade.

A prisão provisória, nos casos determinados em lei, não é vista como espécie de prisão penal, pois aqui é abordado uma espécie de restrição de liberdade sem que tenha havido uma sentença penal condenatória transitado em julgado.

Sendo a detração penal uma espécie de desconto, no qual é realizado na execução de pena privativa de liberdade. No caso das medidas cautelares em que se faz o uso de restrição de liberdade, se faz a possibilidade essa computação, nos casos em que se possibilitar a determinação do regime inicial, sendo ela em período de recolhimento a seguir de requisitos ou da internação em algum estabelecimento em casos de inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Detração é a denominação que se dá ao instituto por meio no qual o tempo em que o condenado esteve preso provisoriamente, antes da sentença condenatória, deve ser descontado da execução da pena privativa de liberdade aplicada. O instituto também se aplica aos casos de medida de segurança, nos quais o tempo de internação deve ser considerado para se determinar o período mínimo de duração da medida, bem como da realização do exame de cessação da periculosidade (art. 97, §§1º e 2º). Com a detração, não se considera

que a pena aplicada tenha sido menor, mas que o tempo de prisão cautelar foi computado como o de cumprimento de pena. (*apud* SANTOS, 2017, página 191)

Por isso a necessidade de fundada necessidade de tal medida de restrição de liberdade como medida cautelar, tendo em vista a evitar uma arbitrariedade, e caso condenado, que haja a detração da cautelar no cumprimento de pena em esfera definitiva. Cabendo ao magistrado, em primeiro lugar, em fase de sentença a aplicação dessa detração, se certificando desse direito, e cabendo ao juiz de execução penal a garantir a sua aplicabilidade em fase de execução.

## **CAPÍTULO IV**

### **MEDIDAS ADOTADAS EM OUTROS PAÍSES E AS QUE NÃO ESTÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO**

#### 4.1 MEDIDAS ADOTADAS EM OUTROS PAÍSES

Assim como buscam, em nossa ordem jurídica, soluções jurídicas à pena privativa de liberdade, em outros países em que se compartilham dessa mesma preocupação, a legislação processual penal tem procurado determinadas alternativas ao encarceramento preventivo, garantindo assim, de modo, a atingir eficácia cautelar similar, assim a garantir ao processo, um menor dano à pessoa humana.

Um dos primeiros países a perceber a necessidade de criar alternativas à medida extrema da prisão provisória foi a FRANÇA, que introduziu, no início da década de 70, diversas modalidades de controle judiciário, previstas no artigo 138 do código de processo penal. (CRUZ, 2020, página 227)

Sendo a França, pioneira a oferecer alternativas à autoridade judiciária, de modo a vir a facilitar ao encontro de alternativas que se tornem mais adequadas e suficientes para satisfazer as exigências cautelares do caso concreto.

Sendo tais medidas descritas a título de *contrôle judiciaire*, mencionadas por Cruz:

1° não deixar os limites territoriais determinados pelo juiz de instrução;  
2° não se ausentar de seu domicílio ou de sua residência fixada pelo juiz de instrução;  
3° não frequentar certos lugares;  
4° informar o juiz de instrução de todo deslocamento além dos limites determinados;  
5° apresentar-se periodicamente à autoridade designada ou ao juiz de instrução;

- 6° responder às convocações das autoridades designadas;
- 7° entregar documento de identidade e passaporte à autoridade, mediante recibo;
- 8° abster-se de conduzir veículos e entregar sua carteira de habilitação, ressalvada avaliação judicial quando for a condução de automóveis necessária à atividade profissional do acusado;
- 9° abster-se de ter contato com certas pessoas;
- 10° submeter-se a medidas curativas, inclusive mediante internação hospitalar;
- 11° oferecer caução;
- 12° não exercer determinadas atividades de natureza profissional ou social;
- 13° não emitir cheques
- 14° não guardar ou portar armas;
- 15° constituir, por período e montante fixado pelo juiz de instrução, garantia pessoal ou real;
- 16° demonstrar que contribui para os encargos familiares ou que provê regularmente os alimentos a que foi condenado a pagar por decisão ou acordo judicial. (CRUZ, 2020, página 228)

Na Alemanha, se estabeleceu, no § 116 da STPO, reforma essa dada pela reforma legislativa ocorrida em 1972, medidas de suspensão da execução da ordem de execução da ordem de prisão contra o réu, tendo como foco a sua apresentação periodicamente a autoridade designada, não abandonar o domicílio sem a devida permissão judicial, deixar a residência somente com a devida vigilância de uma pessoa predeterminada, de prestar caução e de não se aproximar de corréus, testemunhos ou peritos.

Já em Portugal, prevê nos artigos 196 e seguintes do código de processo penal de 1987, medidas nas quais já mencionadas, como por exemplo, de não abandonar o domicílio sem permissão, não entrar em contato com outras pessoas que fazem parte do processo, prestação de caução etc. Sendo tais medidas, ao ser consideradas pelo juiz competente, as mais adequadas ao caso em concreto.

Na Itália, nos artigos 280 e posteriores do código de processo penal de 1988, juntamente com as reformas trazidas pela reforma legislativa ocorrida em 2001, há a enumeração de diversas medidas alternativas a que se sujeita a pessoa, nas quais possuem as *interditivas* nas quais atingem o exercício de faculdades ou direitos conexos a profissão, e medidas coercitivas nas quais impõem determinadas limitações à esfera de liberdade individual, sendo semelhantes às adotadas por países da Europeus.

## 4.2 USO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS, NAS QUAIS NÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO

Seguindo entendimentos de pensadores, é plausível que juízes apliquem medidas alternativas atípicas, seguindo as diretrizes de acordo com o princípio da intervenção mínima, pela proibição ao excesso, e decorrente de uma interpretação das normas em sentido mais favorável, nos quais prestigie à efetividade dos direitos fundamentais.

Como explanado por CRUZ, seguindo a linha de pensamento de SERRANO (1990, página 200), ele propõe em que seja observada três condições necessárias para a aplicação de medidas alternativas atípicas, garantindo assim a evitar a arbitrariedade judicial, a alegação de desconhecimento das formalidades legais e a falta característica da substituição por outra medida mais eficaz:

As condições são a seguintes: (a) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; (b) cobertura legal e suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja; e (c) existência da infraestrutura necessária para a sua aplicação. (Cruz, 2020, página 230)

No primeiro caso, é de se verificar que se mostrou característico o princípio da proporcionalidade, de acordo com três vertentes, nas quais impõe a escolha da medida seja idônea e adequada ao alcançar o seu êxito, não se mostre por um lado excessiva e por fim, insuficiente para a preservação do direito protegido pela providência cautelar.

No segundo caso, se diz na possibilidade de tomar medidas não previstas em lei, porém com avaliação criteriosa, sendo essas menos danosas em relação às normativamente positivadas.

A relativização do princípio da legalidade que esta maneira se produz é tão-somente parcial, de caráter quantitativo e em face do interesse do cidadão, que vê limitados os seus direitos em um grau menor do que o previsto pela lei em caráter geral. (*apud*, CRUZ, página 230)

A outro passo, seguindo a outra condição, se dá por uma adequada estrutura para se garantir a eficácia da aplicação da medida, nos quais

dependerá de meios materiais e humanos a serem fornecidos pelo poder público para a efetiva execução e fiscalização do cumprimento das medidas adotadas.

Apesar de ser uma forma de a se pensar, tais medidas não previstas na legislação, se tem tido um forte obstáculo ao princípio da legalidade ao uso dessa discricionariedade pelo juiz.

Sendo também, visto como possível tal medida, por meio de interpretação extensiva possível, haja vista essa possibilidade de aplicação, não podendo a supressão do julgador ao seu poder geral de cautela:

Creemos, portanto, que não se poderá subtrair do julgador a possibilidade de fazer o uso de seu poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva. Poderá o magistrado, então, impor ao investigado ou acusado medida que, embora não conste literalmente ao rol positivado no artigo 319 do CPP, seja prevista em outra norma do ordenamento, ou possa ser considerada, por meio de interpretação extensiva, abrangida na dicção de algum dos incisos que compõem o elenco das cautelares pessoais diversas da prisão, indicadas no referido dispositivo. (CRUZ, 2020, página 235)

## **CAPÍTULO V**

### **REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR, *FUMUS COMMISSI DELICTI* E O *PERICULUM LIBERTATIS***

Ao se analisar esses quesitos, é importante de se analisar que mesmo com a ampliação dos estudos e do crescimento da literatura processual penal ao longo dos anos, é de se verificar a mal construção do código penal, que não acompanhou o desenvolvimento social ao qual é inerente a toda sociedade, sendo essa uma característica natural e de importância a ser analisada pelos que tem o poder de modifica-la, para assim, agregar mais efetividade da aplicação penal e garantir maior adequação aos procedimentos, não infringindo direitos e princípios conquistados ao longo da história. Sendo assim, o direito processual penal veio se pavimentando, quase que integralmente aos institutos e conceitos do direito processual civil.

Portanto é necessário que ao processual penal ter seus próprios institutos, pois, como ciência autônoma e independente deve trazer a realidade não as categorias do processo civil, mas sim, os próprios da sua espécie pela relevância que o tema traduz. (SANTOS,2017, página 138)

Assim, a aplicação de cautelares se justificam ao passo do risco evidente a ocorrer, sendo ao curso do processo, podendo agregar ineficácia e utilidade do julgado como também comprometer a relação jurídica processual.

Com efeito, os fundamentos que devem ser aplicados, nos extremos casos de segregação antecipada não são o *fumus buni iures* e o *periculum in mora*, mas, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. A fumaça para garantir a prisão antecipada é a da possibilidade do cometimento da infração penal, enquanto que o perigo não pode ser da demora, mas sim o da liberdade do acusado, que poderá continuar a cometer os crimes, se tornando um risco à sociedade e também ao processo.(SANTOS, 2017, página 138)

O que é importante a se verificar é qual o tipo de urgência ou de exigência cautelar justifica a adoção de qualquer medida. Em relação ao pressuposto fático de qualquer medida cautelar, sendo qual seja a sua natureza, se faz verificar nos autos do inquérito policial, das peças de informação ou do processo, a confirmação do cometimento de algum ilícito e os indícios suficientes de que fora o sujeito passivo da cautela o seu autor ou partícipe.

Sendo definido o conceito de indício, de acordo com o código de processo penal em seu artigo 239, como sendo “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Mas para a decretação de uma medida cautelar, a lei processual vale-se da palavra “suficiente”, levando-se a existência mais robusta de indícios acerca do fato.

Assim, se deve ater que os elementos aos quais se dispõe, devem ser suficientes a permitir, pela sua robustez, de prever, que diante de uma futura aquisição de elementos ulteriores, serão capazes de demonstrar a responsabilidade e de embasar uma probabilidade específica de culpabilidade.

## 5.1 CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS

Como verificado anteriormente, a justificativa de uma cautelar extrema, há de se ter presente uma ou mais das seguintes circunstâncias: a verificação de necessidade da prisão para a garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei ou para preservar a aplicação da lei penal e quando houver provas da existência do crime e indício suficiente de autoria, devendo tais medidas sempre explicadas e relacionadas ao caso concreto para a aferição da legítima legalidade.

Quanto às circunstâncias autorizadas das cautelares, fundamentos que justificam ou motivam a providência de caráter urgente, é mister distinguir as medidas de cautela pessoal em relação às demais. É dizer, enquanto as providências que interferem na liberdade humana são motivadas pela verificação de que a liberdade do investigado ou acusado representa um perigo à investigação ou instrução do processo (cautela instrumental), à aplicação da lei penal (cautela final) ou à ordem pública ou econômica (cautela social), as providências que objetivam preservar fontes de prova (cautelares introdutórias, bem assim as que visem a acautelar o patrimônio do agente (cautelares reais) têm como fator desencadeador o perigo de que a demora do provimento

final do processo possa comprometer a atividade jurisdicional ou a eficácia do resultado do processo.( CRUZ, 2020, página 241)

Na questão da prisão preventiva, relacionada por conveniência da instrução criminal, tendo assim críticas relacionadas ao fato de se fazer essa contra ponto entre o cerceamento da liberdade individual pela simples conveniência. Tal circunstância autorizadora, ao objetivar a proteger os meios do processo, permite a garantir os elementos informativos ou provas, afastando assim interferências e tornar mais clara a verdade real.

Sendo assim, qualquer tipo de eventual ameaça, chantagem ou promessa de vantagem a testemunhas ou ao ofendido, interferências ao trabalho dos peritos, a produção de prova documental falsificada e atos similares, poderão ser motivadores do ensejo da prisão preventiva.

No caso da aplicação da lei penal, a prisão preventiva visa a proteger os fins do processo penal, conferindo a imposição da sanção criminal. Devendo sempre se se analisar que para a completa efetividade do Direito Penal, se faz a necessidade dessa ferramenta na qual é de suma importância o Processo Penal, e a garantia desse instrumento se torna muito evidente pois um não vive sem o outro, um só se concretizando por meio do outro.

Outro ponto a se verificar o limiar entre prisão preventiva e uma medida de segurança, nos quais o Estado, ao inserir uma medida cautelar, não estaria a tutelar o processo no qual o sujeito está estritamente ligado, mas a ordem pública.

A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar uma medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório. (*apud* CRUZ, 2020, página 257)

Medida, essa, questionável ao ponto de vista de juristas, visto que dizem que é de muito ruim transformar uma medida cautelar em atividade típica de polícia, fugindo assim da sua principal função e se tornando mais uma ferramenta em sua atividade típica de polícia, desnortando então com as finalidades propostas de tais medidas.

Trata-se, segunda afirma, “de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos”. (CRUZ, 2020, página 257)

Sendo tal medida questionada no âmbito econômico, há ênfase a críticas, visto que seria incompatível tendo em vista o contexto de pobreza em que vivemos, e em casos envolvendo questões financeiras, seriam mais prudentes a adoção de outras medidas previstas em seu sentido legal.

Quanto à prisão para garantia da ordem econômica, seria risível se não fosse realidade. Num país pobre como o nosso, ter uma prisão preventiva para tutelar o capital especulativo envergonha o processo penal. É elementar que, se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas e coisas do gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva. (*apud* CRUZ, 2020, página 257)

É visto que em outros países, a prisão cautelar possui, em seus próprios ordenamentos, funções como medida de segurança ou defesa social, visto que visam a segurança social de investidas criminosas ao que tem potencial lesividade a paz e a ordem pública.

É possível de se verificar, em justificativas de tais imposições de prisões cautelares por juízes, motivos nos quais se pode evidenciar: em face da gravidade ou magnitude da infração; para assegurar a credibilidade da justiça e das instituições; a satisfação de sentimento de justiça da sociedade; por motivo de clamor público gerado em razão do delito; prover segurança ao investigado ou réu; ao ponto de servir de exemplo a outros criminosos e como uma devida resposta eficaz a conduta correlacionada ao réu. Sendo questionáveis ao ponto de não trazer uma medida ligada a uma situação concreta.

## **CAPÍTULO VI**

### **DAS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES**

#### **6.1 DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Introduzida pela lei 7.960 de 1989, sendo assim a única prisão cautelar não prevista no código de processo penal que assim, foi de encontro com muita resistência doutrinária, na qual foi identificada como um meio de legalização, que segundo chamavam de “prisões para averiguação” e que também de início, fora introduzida por meio de uma medida provisória, sendo essa de forma inadequada.

Sendo assim, tais requisitos para a decretação da prisão temporária nos seguintes termos definidos rol:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;  
II- quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;  
III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);(Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- k) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal

- l) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- m) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- n) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- o) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016) (BRASIL, lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.)

Tendo assim a evidência de que o primordial objetivo de tal medida é a de acautelar o inquérito policial. Sendo assim, necessário, para a justificativa de tal medida, a constatação de que a prisão é imprescindível para as investigações, se tratando assim de uma verdadeira necessidade, e não uma discricionariedade voltada pela conveniência ou comodidade, respeitando é claro, ao princípio da legalidade.

Sendo necessário, além do *periculum libertatis*, como também haja fundadas razões, que se estabeleça em forma das provas admitidas na legislação penal, indicando a autoria ou participação do indiciado previstos no art. 1 da lei 7.960/89, evitando-se a banalização de tal medida.

Outra questão a se verificar é em relação ao inciso segundo, no qual prevê a possibilidade de adoção de tal medida, nos casos em que “ quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”, gerando assim dúvidas em relação da possibilidade de tal decretação a ser realizada unicamente em tal motivo. Como pela análise doutrinária, não se faz possível, tendo em vista que se faz necessário a análise do caso concreto em conjunto com o inciso terceiro.

Sim, porque, a falta de esclarecimento sobre a identidade do investigado ou mesmo o fato de não possuir residência somente autorizará a supressão de sua liberdade se estender-se que uma dessas duas circunstâncias poderá comprometer o êxito das investigações e que somente a prisão poderá obviar esse risco. É dizer, o inciso II deve ser lido como se estivesse incluído na imprescindibilidade do inciso I, pois apenas reforça o fundamento da prisão. (CRUZ, 2020, página 243).

Tendo como prazo, no máximo de 5 dias, podendo ser prorrogável por igual período em caso de comprovada necessidade. Sendo que de acordo com a lei 8.072/90 em seu artigo segundo, nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, o prazo será estabelecido por 30 dias, podendo ser prorrogável em caso de necessidade, sendo também questionável

tal duração, pela possibilidade de ficar até 60 dias em cárcere para a segurança da prática os procedimentos, sendo alvo também de juristas sobre a proporcionalidade de tal tempo previsto, sobre a violação ao princípio da proporcionalidade.

## 6.2 DA PRISÃO PREVENTIVA

Seguindo a nova redação dada ao artigo 283 do CPP, a prisão preventiva, ao que pode extrair, será o único caso em que será possível o uso dessa cautelar no curso da ação penal. Tendo assim, o seu uso regulado delineado no artigo 313 do CPP, no qual mostra:

**Art. 313.** Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**I** - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**II** - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**III** - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

**IV** ~~-(revogado)-(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).~~  
(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

**~~Parágrafo Único.~~**

(Revogado)

~~Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.~~

(Revogado)

~~(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).~~

(Revogado)

**§ 1º** Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

~~(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).~~

(Revogado)

(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

**§ 2º** Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941)

Tendo como inovação em relação ao antigo texto, a substituição do critério reclusão-detenção para o de quantidade da pena, passando a prever a prisão preventiva contra autores de crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 anos, outra questão é, de acordo com a redação, a não possibilidade dessa cautelar contra crimes culposos, porém há juristas que defendem essa possibilidade nos casos em que haver reiteração de comportamento e dos danos causados a terceiros.

Desde o advento da lei 11,340/06, era permitida a prisão preventiva contra autores de crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, porém praticados somente contra ela, com o intuito de alcançar, perante ela as medidas protetivas de urgência. Dada com a inovação, houve a ampliação e assim passou a embarcar a violência cometida no contexto doméstico familiar, englobando a criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

E por último, caberá tal preventiva nos casos em que haver dúvida em relação a sua identidade civil e não havendo o fornecimento necessário para esclarecê-la. Sendo assim, verificado clara ausência dessas informações, se fará essa possibilidade, mas há uma ressalva, que no caso em que a identificação, será colocado em liberdade após a identificação, a não ser que outra hipótese recomende a manutenção da medida.

Outra informação de importância relevante é que possível de se extrair é a que no caso da quantidade de pena prevista no inciso I não se aplica aos casos previstos no inciso II e III, assim como ao parágrafo único. Podendo assim, o acusado ser preso, em crimes nos quais a pena não passe 4 anos, mas que se ajuste nas situações previstas nos incisos.

É importante frisar que essas hipóteses previstas para a prisão preventiva, não afasta, como visto em outras medidas cautelares, a verificação da existência de prova da ocorrência de outros crimes e indícios de que o sujeito passivo de tal medida seja autor ou partícipe e a verificação de que a liberdade dele represente um risco concreto à aplicação da lei penal, instrução criminal ou à ordem pública ou econômica.

Há também as possibilidades de aplicação de tal medida em casos em que haver o descumprimento de qualquer obrigação imposta por força de outras medidas cautelares, como pode ser visto no artigo 282, § 4º:

**Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941)

É importante se analisar, fazer referência ao artigo 310 do CPP, no qual prevê a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos constantes no artigo 312 do CPP e que tais medidas “e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

**Art. 310.** Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941)

Em resumo, se faz enfatizar da necessidade de estarem presentes ao decretar a prisão preventiva, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* que de acordo com o artigo 312 do CPP: a) como providência cautelar autônoma; b) como conversão do auto de prisão em flagrante; c) como consequência dos descumprimento de obrigação relativa a cautela pessoal imposta anteriormente.

### 6.3 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

De forma etimológica, a palavra flagrante, cuja origem se dá da palavra latina *flagrantis*, tem como significado algo em que queima, que arde, algo que é evidente, incontestável, evidente, atual. Prisão essa, na qual não está

vinculada a um mandando judicial fundamentada em requisito a cautelaridade, porque se encontra diante do próprio ato delituoso, autorizando por si só a privação de liberdade, pois se evidencia sinais claros da autoria e materialidade, estando presente de forma clara o *fumus comissi delicti*.

Tendo como argumentos sobre a prisão em flagrante, definindo-o a como uma prisão precautelada, tendo a sua função como a de preparar o poder judiciário, para que a partir dela se possa evidenciar uma prisão cautelar, tendo assim a prisão em flagrante uma natureza administrativa e que depois seria jurisdicionalizada, tendo como consequência a evitar uma futura prática delituosa e preservar a prova da ocorrência do crime e sua autoria.

Tendo como prazo máximo de 24 horas, no qual terminará o prazo máximo para que a autoridade policial remeta os autos ao juiz como também a Defensoria Pública em casos em que o acusado não ter advogado constituído. Podendo essa prisão em flagrante a ser relaxada em caso de irregularidade. Podendo também ser convertida em preventiva, sendo procedida em *ultima ratio*, salvaguardando o direito fundamental de liberdade.

Sendo um documento ao qual é elaborado pela autoridade policial em que formaliza as circunstâncias do crime e da prisão em flagrante. Sendo como conta no artigo 304 do código de Processo Penal, um conjunto de peças autônomas, no qual consiste na oitiva da vítima, testemunhas (sendo essas duas pessoas nas quais tenham testemunhado o ocorrido) e do conduzido. Sendo após ao auto de prisão em flagrante em que a autoridade policial poderá restringir sua liberdade ou soltá-lo mediante ou não de fiança.

Tendo característica precautelada, a prisão em flagrante deve ser vista como excepcional, sendo previstas tais hipóteses no artigo 302 do Código Processual Penal.

Tendo questionamentos em relação a sua aplicabilidade, as prisões assim definas como própria ( quando o indivíduo está cometendo ou acabou de cometer o delito), flagrante impróprio (nos quais há a perseguição pela autoridade policial ou qualquer pessoa após o cometimento do crime); flagrante presumido (quando é encontrado logo após a prática delituosa, com instrumentos e demais objetos aos quais o façam presumir ser o autor da infração penal; flagrante preparado ou provocado (quando há a instigação a alguém a cometer determinada infração, para assim poder prendê-lo); flagrante

forjado (em que há um preparado sem que se tenha o acusado o praticado, tornando assim esse flagrante vicioso em sua natureza e ilícito também por parte de quem o executa); Flagrante esperado (no qual é recebida a notícia de um crime, e a autoridade policial, por meio de seu corpo de agentes, se desloca ao local da denúncia e espera o crime em que tese poderá ou não acontecer); flagrante diferido ou retardado (quando a polícia retarda a realização da prisão para que consiga maiores informações sobre aquele crime); e flagrante nos crimes habituais e permanentes ( aos quais se consumam em um única ação, visto em crimes aos quais se prolongam no tempo).

Questionamentos centrados na modalidade impróprio e presumido, sendo que há grandes chances de pairar ilegalidades, com grandes chances de acontecimentos, de erros e além dá má fé perante as autoridades ou cidadãos envolvidos na prisão, sendo também questionáveis, os flagrantes preparados e os forjados, aos quais se mostra inteiramente viciosos em sua natureza, se moldando em crimes impossíveis.

#### 6.4 DA PRISÃO DECORRENTE DA PRONÚNCIA

Nos casos em que houver a necessidade de decisão de remeter o caso ao tribunal do júri, caberá ao juiz decidir sobre a possibilidade de o réu permanecer solto até o seu julgamento. Sendo assim, a prisão por pronúncia uma exceção, que quando optada, seguirá nos moldes da prisão preventiva.

**Art. 413.** O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) (BRASIL, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941)

Devendo assim, sempre decidir, de acordo com o caso concreto, dessa possibilidade, mantendo-a no presídio onde se encontra, ou determinando a sua captura nos casos em que estiver solto. Nessa decisão sempre deverá estar presente o equilíbrio de tal medida, individualizando assim a medida de acordo com a necessidade.

Em relação aos antecedentes e a reincidência, se faz verificar na sua utilização em casos em que for levado o requisito de ordem pública, podendo o magistrado se atentar tais fatores em sua decisão de recolhimento a prisão.

É importante fazer uma ressalva, porque em casos em que haver a pronuncia de crimes, nos quais sejam apenados com detenção ou quando se tratar de crimes apenados em reclusão mas que configurem em sua modalidade tentada e que se adeque a pena em que seja possível de receber outro benefício, deverá o magistrado prezar pela manutenção da liberdade do acusado. Devendo sempre, como primordial, se atentar a possibilidade de se optar por outra medida cautelar de forma alternativa a restrição de sua liberdade, podendo também o magistrado converter sempre que se verificar da não mais necessidade, a prisão preventiva em alguma cautelar alternativa.

## 6.5 DA PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

Em se analisando na perspectiva do juiz, nos casos em que deverá se fundar em justificativa plausível, sobre a manutenção ou a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sempre se tendo ciência da eventual apelação a ser interposta.

Seguindo assim a lógica, se antes do julgamento o réu já estava recolhido em alguma preventiva, em se tratando de condenação de aplicação de pena em regime inicial fechado, poderá permanecer o agente passivo da tal medida restritiva. Em casos em que incidir pena inicial em regime aberto, não há de se manter do jeito em que estava o réu. Se levando em conta o tempo da prisão cautelar em contra ponto a pena imposta pelo magistrado, tendo essa pena a ser branda, é de observar a detração, seguindo de acordo com o artigo 42 do CP.

**Art. 42** - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, deve-se tomar prudência, seguindo a especificidade de caso, a utilização dessa proibição de se recorrer em liberdade.

Nos casos em que se figura crimes hediondos ou equiparados, a tendência é na manutenção da restrição da liberdade, visto as penas elevadas, imposição de regime inicial fechado e também levando em conta a importância de se manter a ordem pública. Sendo importante de se analisar em que vários tribunais têm se tido a rotineira concessão, em se tratando de habeas corpus, de liberdade provisória, desde que não previstos os requisitos do artigo 312 do CPP.

Já nos crimes relacionados aos crimes de drogas, crimes previstos no artigo 33 caputs, §1º e 34 a 37, o réu não poderá apelar sem o recolhimento, salvo se for primário e de bons antecedentes. Sendo que, poderá o juiz permitir a liberdade para recorrer, por base de bons fundamentos,

## **CAPÍTULO VII**

### **A REFORMA E PACOTE ANTICRIME**

#### **7.1 MUDANÇAS COM A VINDA DO PACOTE ANTICRIME**

Denominada como anticrime na época em que fora proposta, o projeto acabou em culminação na lei nº 13.964/19, tendo várias modificações consideráveis.

Sendo assim, pela força dessa nova lei, foram modificados cinco dos seis artigos referentes aos que dão tratativa a prisão preventiva, tirando os inúmeros dispositivos que também foram modificados e nos quais fazem menção a prisão preventiva, sendo assim, reflexos de determinada temática.

No art. 282 do CPP, por meio de garantir a não arbitrariedade de determinada prisão, fora em seus §§4º e 6º, expostos que a prisão preventiva só será cabível em último caso depois da falha ao descumprimento de determinada medida imposta, sendo assim, uma garantia de que a prisão será proveitosa só quando não advir efeito de outra fonte normativa, e sendo essa de forma justificada de forma fundamentada em elementos presentes em cada caso, respeitando a individualização a qual seja merecida.

Vale ressaltar ainda que no art. 283 do CPP com redação dada pela nova lei, corrobora com tal entendimento, no qual deixa clara a necessidade de tal fundamentação em casos de prisão cautelar:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Deste modo, deixa claro as hipóteses cabíveis de prisão, sendo elas por meio do trânsito e julgado, ordem escrita e fundamentada ou em flagrante delito.

Ainda sobre esse texto, por força do art. 311 do CPP, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Tratativa essa, diferenciada a da anterior a lei, pelo fato de tal alteração legal vigente, visa inviabilizar que a prisão preventiva seja decretada pelo juiz de ofício nos casos em que não houver prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente ou representação da autoridade policial. Sendo assim, imprescindível que haja prévio requerimento ou representação, requisito anteriormente não endossada por jurisprudência, sendo tal mudança alvo de críticas, devido pelo fato de que o juiz deverá aguardar tal permissão descrita em tal artigo.

Em seu art. 312 do CPP, advinda de tal renovação legislativa, veio a consolidar o que já era seguido por jurisprudência, sendo tal entendimento de que a prisão preventiva deverá ser baseada em elementos concretos a que justifiquem sua necessidade, não sendo qualquer motivos, sendo motivos estes por base justificados em determinados requisitos base descritos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º 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). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Assim sendo, a necessidade de demonstração do *periculum libertatis* demonstrada por prova de existência de crime, indícios suficientes de autoria,

indícios de perigos gerado pelo estado de liberdade do imputado, sendo que este poderá decorrer de risco à ordem pública, risco à ordem econômica, risco à instrução criminal e risco para a aplicação da lei penal. Sendo que em seu §1º, se emolda nos casos de descumprimento de qualquer obrigação imposta por força de outras medidas cautelares.

Já no art. 313 do CPP, a lei 13.964/19 criou um segundo parágrafo, vedando assim, expressamente algo que antes já era de entendimento jurisprudencial e doutrinário, no sentido de vedar a decretação preventiva com finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Deste modo, a nova lei veio para sedimentar algo que já era de entendimento, dando uma tratativa legislativa ao caso.

Já em relação ao artigo 315 do CPP, foi dada uma tratativa de reiterar a disciplina da devida fundamentação:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Sendo assim, é importante destacar que o dever de fundamentação adequada não se aplica apenas a decretação de prisão preventiva, mas a toda e qualquer decisão judicial, sendo ela interlocutória, sentença ou acórdão por força do §2º.

Diante dessa necessidade de fundamentação em relação a prisões preventivas, destaca-se nas implicações a restrições de direitos individuais e além dos custos sociais irradiados de tal decisão, sendo alto o custo para o

Estado manter tal prisão e sendo aos familiares a suportar o peso de tal consequência.

Sendo substanciada por falta de motivo, o juiz, por força do art. 316 do CPP, poderá de ofício ou a pedido das partes revogar tal prisão preventiva:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Dessa forma, qualquer ato em que venha a ser eivado por falta de motivação poderá ser revogado, ou que venha a ser novamente decretada diante de novos elementos justificadores. Outro ponto a expor, por força do parágrafo único, caso seja decretada a prisão preventiva, deverá a cada 90 dias ser revisada tal medida, sempre de forma fundamentada, sendo feita de ofício, por consequência de tornar ilegal tal ato.

## CONCLUSÃO

Diante de tantas arbitrariedades históricas, é possível de se notar a melhora em tal tratativa dada as prisões cautelares. Diante do seu uso em vários momentos, sendo esse uso para intimidação, mostrar superioridade diante determinado grupo de indivíduos ou por fatos religiosos a depender do contexto histórico em que eram praticadas. Sendo tais medidas longe de terem um lado de ressocialização ou que sejam atos a garantir justiça.

Sendo os vários princípios norteadores em que se fazem a tomar por base tais medidas, garantindo assim requisitos mínimos para a garantia contra arbitrariedades. Tendo tal tema de base para vários argumentos doutrinários e jurisprudenciais, sendo muitas vezes difíceis de um consenso comum, mas que ao longo dos anos vem tendo um progresso, ou um retrocesso em alguns pontos, de acordo com alguns juristas.

As medidas cautelares são alternativas a serem observadas, devido a sua importância, tendo sua tratativa evidenciada de várias maneiras, por vários países, sendo que de qual modo sempre observado diante da peculiaridade de cada cultura.

Nesse sentido, a prisão cautelar vem tido modificações ao longo da história humana, tendendo sempre ao ponto da substituição, quando possível, por medidas alternativas e evitar a arbitrariedade sem fundamento de quem a esteja decretando.

## REFERÊNCIAS

ARCILLA, Yara Garcia; MATHEUS, Sérgio Henrique dos Santos. **Prisões cautelares em face do princípio da presunção de inocência**. 2012. Disponível em: <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/1467>>. Acesso em: 2 fev 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 9ª edição. São Paulo: Editora Método. 2017.

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2020.

CRUZ, Rogério Schiett. **Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. 5ª edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP E LEP**. 1ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm. 2020.

FERNANDES, Patrícia Vieira Dos Santos. **Prisão cautelar: à luz do princípio do estado de inocência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

METZKER, David. **Lei anticrime: comentários às modificações no CP, CPP, LEP, lei de drogas e estatuto do desarmamento**. 1ª edição. Timburi: Editora Cia do Ebook. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2017.

SANTOS, Ronaldo Bezerra. **A prisão Cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.

TEIXEIRA, Luciana de Sousa. **Audiência de custódia: eficaz para a redução da banalização das prisões cautelares?** 2015. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/10933>>. Acesso em: 03 mar 2020.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO  
INSTITUCIONAL  
Av. Universitária, 1069 | Setor Universitário  
Caixa Postal 86 | CEP 74505-010  
Goiânia | Goiás | Brasil  
Fone: (62) 3946.3081 ou 3089 | Fax: (62) 3946.3080  
www.pucgoias.edu.br | prodir@pucgoias.edu.br

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante Donilo Ernani Ferreira Gomes  
do Curso de Direito, matrícula 2016.2.0001.00.9.57,  
telefone: (62) 98226.7911 e-mail donilovernoni.dan@hotmail.com, na  
qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos  
Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a  
disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado  
Prisão cautelar: relativização do princípio da presunção de  
inocência, seu impacto e alternativas,  
gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme  
permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato  
especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND);  
Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou  
impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de  
graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 3 de Dezembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es): Donilo Ernani F. Gomes

Nome completo do autor: Donilo Ernani Ferreira Gomes

Assinatura do professor-orientador: Nivaldo

Nome completo do professor-orientador: Nivaldo dos Santos