



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO**

**LEI N.º 12.403/2011 E OS NOVOS CAMINHOS PARA A DECRETAÇÃO DA  
PRISÃO PREVENTIVA**

**LEANDRO PEREIRA LIMA**  
**RIVALDO SALVINO DO NASCIMENTO FILHO**

**ARACAJU**

**2015**

**LEANDRO PEREIRA LIMA**

**LEI N.º 12.403/2011 E OS NOVOS CAMINHOS PARA A DECRETAÇÃO DA  
PRISÃO PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo  
– apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Tiradentes – UNIT, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

**RIVALDO SALVINO DO NASCIMENTO FILHO**

**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**

**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**

**Universidade Tiradentes**

# LEI N.º 12.403/2011 E OS NOVOS CAMINHOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Leandro Pereira Lima<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho traz um debate acerca das modificações estabelecidas com a promulgação da Lei n.º 12.403/2011, que cuida do regime de prisões, medidas cautelares e liberdade provisória no Direito brasileiro. A sistemática de aplicação das medidas cautelares, mormente as de natureza pessoal, foi bastante modificada, inovando o arcaico modelo de prisão em primeira circunstância, fazendo valer um pouco mais do princípio da presunção de inocência insculpido na Carta Magna de 1988. A decretação da prisão preventiva agora se tornou medida excepcional, isto é, só cabível quando não suficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Assim, a restrição da liberdade, como forma de medida cautelar de natureza processual, tornou-se *ultima ratio*. Nesse diapasão, abordar-se-á aqui os novos caminhos para a decretação da prisão preventiva, suas peculiaridades, fundamentos, críticas etc.

Palavras-chave: Prisão. Preventiva. Medidas Cautelares.

## 1 INTRODUÇÃO

O Sistema Penal e Processual Penal vem passando por mudanças ao longo do tempo. Após Constituição da República de 1988 os que respondem por infrações penais, crimes ou contravenções, são titulares dum rol de direitos e garantias que nem sempre existiram.

O aumento no índice de criminalidade, a brutalidade no modo de cometimento dos delitos, a demonstração de frieza do autor da infração, nada disso pode ser levado em consideração quando o assunto é Prisão Preventiva.

A Lei n.º 12.403/2011 modificou o Título IX do Código de Processo Penal, que passou a ser denominado de “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

---

<sup>1</sup>

Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: leandro.lima90@hotmail.com

Diversas mudanças foram implementadas com a nova “Lei de Prisões”. Uma das principais medidas, que merece aplausos, foi o fato de estabelecer medidas cautelares diversas da prisão, tornando a restrição da liberdade do indivíduo a *ultima ratio* no sistema Processual Penal vigente.

Além de trazer medidas menos danosas ao imputado pela prática de uma infração penal, teve o preclaro legislador a acuidade de expressamente estabelecer a observância da proporcionalidade em qualquer que seja a medida cautelar imposta ao indivíduo.

Desafio ainda dos mais difíceis é o de se conseguir conciliar a possibilidade de decretar uma prisão cautelar processual preventiva sem ferir a presunção de inocência. Porém, a Lei n.º 12.403/2011 ainda não tem a maturidade suficiente para resolver todos os problemas, sendo ainda objeto de críticas e debates entre os estudiosos, principalmente os criminalistas.

Entretanto, não se pode deixar infectar o processo, mormente o Processo Penal, fazendo-se substituir a sentença final de mérito (condenatória ou absolutória), por medidas cautelares, em atendimento ao clamor social ou midiático hodierno.

Deve o julgador ter a sabedoria para direcionar de forma adequada cada caso concreto, observando suas peculiaridades, sem influências externas, aplicando, assim, a melhor técnica, porém, sem perder o senso de Justiça que se encontra atrelado ao Direito.

## **2 NOTAS INTRODUTÓRIAS**

Inicialmente, importante apontar algumas noções gerais sobre o tema, porquanto serão fundamentais para a compreensão do estudo. Uma das questões a ser levantada diz respeito à natureza jurídica do instituto da prisão preventiva.

Salutar também trazer de logo o conceito de prisão. O Professor Guilherme de Souza Nucci assim conceitua prisão:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de

cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão Cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. (2012, p. 575)

O Doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho aponta em sua obra de Processo Penal que:

Prisão Preventiva é espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. Em rigor, toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva. Melhor seria a denominação “prisão provisória”, à semelhança do Direito Francês, mesmo porque sempre se entendeu que a prisão preventiva pressupunha, como pressupõe, a presença de uma das circunstâncias referidas no art. 312 do CPP e, desse modo, só poderá ser decretada presente uma daquelas circunstâncias que, malgrado sejam quatro, deveriam e devem ser apenas duas – preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. (2013, p. 543)

Com isso, percebe-se de logo que há outras medidas cautelares, sendo a Prisão Preventiva uma de suas espécies.

O Professor Guilherme de Souza Nucci declina, então, as outras espécies de prisão processual cautelar, indicando que são em um número de seis:

São seis, a saber: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia. (2012, p. 575)

Assim, verifica-se outra característica de destaque da Prisão Preventiva, qual seja, a natureza processual. Ser de natureza processual implica em dizer que não se trata de uma prisão que decorre de pena, porquanto esta somente é imposta/decretada ao final do processo, com o trânsito em julgado da ação penal.

Já em linhas iniciais, quando do tratamento do tema, Tourinho Filho traz críticas às modalidades de prisões de natureza processual, isto é, antes de formado o juízo suficiente de convicção para aplicação de uma sanção penal:

Já vimos que toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena. (2013, p. 544)

A preocupação do Douto Doutrinador Tourinho Filho é salutar, mormente quando a decretação da Prisão Preventiva estiver viciada de preconceitos referentes às diversas desigualdades existentes entre a população.

Porém, apesar de criticar o instituto da prisão preventiva, Tourinho Filho admite que trata-se de um mal necessário, ensinando que:

Em rigor, a prisão preventiva, embora pode em perigo o maior de todos os bens – a liberdade –, que a Lei Maior protege e reconhece, justifica-se como uma necessidade para assegurar o império efetivo do Direito Penal. Muitas vezes, o autor de delitos, especialmente aqueles apenados com maior rigor, procuraria buscar a impunidade com a fuga; outras vezes, solto, procuraria perturbar a instrução criminal, impossibilitando o Magistrado de recolher as provas necessárias ao julgamento. (2013, p. 545)

Dessa forma, percebe-se desde logo que o Professor Tourinho Filho destaca duas hipóteses de decretação da prisão preventiva (perturbação da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal), indo de encontro ao texto seco da lei, porém este será ponto de estudo em momento posterior.

### **3 FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

O Código de Processo Penal traz no bojo de um de seus dispositivos tanto os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, como também os seus pressupostos. Assim, não há que se confundir fundamentos com pressupostos, apesar de estarem topograficamente inseridos no mesmo artigo.

O dispositivo acima mencionado é o art. 312 do Código de Ritos Penais, que assim prescreve. Verbis:

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.  
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4.º).

Analisando o texto do art. 312 do Código de Processo Penal percebe-se a existência de cinco hipóteses que podem ensejar a decretação da prisão preventiva, estando quatro inseridas no caput e uma no parágrafo único do dispositivo.

Como bem salienta Tourinho Filho, fazendo uma mescla entre conceito e fundamento, ensinando que:

Prisão preventiva, já vimos, é espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. É a medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, nos crimes dolosos, em qualquer fase do inquérito (se houver pedido nesse sentido) ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal. E como dispõe o CPP, embora de rigor deveria e deve restringir-se a duas situações: preservar a instrução e assegurar a aplicação da lei. Fora daí não há cautelaridade. (2013, p. 545)

No entendimento de Tourinho Filho, só seriam fundamentos para a decretação da prisão preventiva a necessidade de garantir a retidão e a regular instrução criminal, e a eventual aplicação da Lei Penal. Assim, os demais requisitos não seriam legítimos, isto é, não se poderia fundamentar a preventiva na garantia da ordem econômica ou em nome da ordem pública.

Entretanto, nem todos os autores fazem essa crítica em relação à ordem pública e/ou econômica. Os Professores Luiz Cláudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva, em seu Manual de Processo e Prática Penal apenas listam as hipóteses, isto é, os requisitos:

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, sempre que houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria, conforme a redação dada ao art. 312 do Código de Processo Penal. Com a nova redação dada pela Lei n.º 12.403/2011, o art. 312, parágrafo único, também admite a prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares restritivas elencadas no art. 319, do mesmo diploma. Além disso, caberá ao juiz observar os parâmetros do art. 282 do Código de Processo Penal para a imposição da prisão preventiva, que também ostenta natureza de medida cautelar, fundamentando sua decisão. (2013, p. 224)

Embora haja essa discussão a respeito de quais seriam os requisitos, os Juízes e Tribunais vêm decretando muitas vezes a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, que como será analisado posteriormente, é de difícil delimitação conceitual, tormentoso para se definir o alcance.

Esclarece ainda o Professor Tourinho Filho, trazendo dados históricos do tema:

A Lei n. 12.403/2011, contrariando o projeto de reforma do Processo Penal aprovado pelo Senado, infelizmente, manteve a redação do art. 312, e nem sequer estabeleceu prazo de vigência da medida extrema. Mas, não obstante, foi além do projeto, ao permitir a preventiva como *ultima ratio*. Deve o juiz, em face de representação

da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, com a sua sensibilidade, procurar, dentre as diversas cautelares, qual a apropriada para a hipótese concreta e, em último caso, lançar mão da medida extrema. E repetimos: ao nosso aviso, a preventiva somente poderá ser decretada em duas hipóteses: se o réu estiver perturbando a instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal e, obviamente, no auto de prisão em flagrante nenhuma dessas condições seria constatada. (2013, p. 547)

Com isso, verifica-se que apesar de Tourinho Filho fazer críticas ao art. 312 do Código de Ritos Penais, aponta também melhorias trazidas pelo legislador, que agora impõe a medida cautelar de prisão preventiva como sendo exceção, isto é, quando não for possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, menos danosas, pois não há cerceamento do direito de locomoção, ou há menos restrição ao direito ambulatorial.

Analisar-se-á, então, cada um dos fundamentos da prisão preventiva, para melhor entendimento do tema.

O primeiro deles é a Ordem Pública. O Professor Aury Lopes Júnior ensina que:

Por ser conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual. Apavorante, como mostraremos no próximo item, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceito ainda mais grossa, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração da justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (2015, p. 637)

Verifica-se grande crítica à ordem pública como fundamento que possibilita a decretação da prisão preventiva, e um dos principais fatores que torna tão controversa essa hipótese está na não delimitação do seu conceito.

O Professor Fernando da Costa Tourinho Filho salienta:

Quando se decreta a prisão preventiva como “garantia da ordem pública”, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão “ordem pública” diz tudo e não diz nada. Os exemplos das decisões dos



tribunais que o digam... Se o criminoso demonstrou profunda insensibilidade moral, por que prendê-lo preventivamente? Se toda prisão provisória há de apresentar, necessariamente, caráter cautelar, se a cautela está em prevenir possíveis danos que a liberdade do imputado possa causar ao processo condenatório, indaga-se: que reflexo poderá recair sobre o processo pelo fato de o réu haver cometido crime grave, de repercussão? Não se pode falar em prisão preventiva sem estar com as vistas voltadas para o princípio da presunção de inocência. Do contrário, para que serviria esse princípio? Se é dogma constitucional, todos devem respeitá-lo. Na hipótese de “preservação da ordem pública”, a prisão preventiva não tem nenhum caráter cautelar; ela não acautela o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa. Que espécie de dano a liberdade do réu pode causar ao processo se o crime foi cometido com requintes de perversidade? (2013, p. 555)

Sobremaneira, o Princípio da Presunção de Inocência deve ser levado em consideração para a decretação da prisão preventiva, pois trata-se de mandamento insculpido na Carta da República de 1988.

Guilherme de Souza Nucci importante lição traz sobre a possibilidade de decretação da preventiva com base na ordem pública, indicando as razões de sua facilidade de aplicação:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva, Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. (2012, p. 607)

Sobre o Princípio da Presunção de Inocência, ensina Wanderson Gutemberg Soares:

Mas os caminhos que levam à democracia e, concomitantemente, a preservação dos direitos e garantias individuais não são tão simples. Na primeira metade do século XX, surgiram novos tipos de sociedades, totalitárias, fascismo e nazismo, que procuravam negar o princípio da presunção de inocência. Notório é que os regimes totalitários ou autoritários excluem o princípio da presunção de inocência para manutenção de seus Estados. A ausência do princípio da presunção de inocência é marcante em Estados absolutistas, autoritários, totalitários ou ditatoriais. A sua inexistência ou inversão em regimes fascistas, por exemplo, gerou a legitimação do uso arbitrário do poder e força estatal em face do indivíduo. Assim, se nas sociedades ditas autoritárias a regra é, havendo dúvida, a permanência da presunção de culpabilidade, no entanto, nas sociedades democráticas não pode haver esse, mesmo, sistema.

Fato é que o princípio da presunção de inocência nunca desapareceu, e que ele se ergue sempre em prol de sociedades democráticas. Assim é que após a Segunda Guerra Mundial o princípio da presunção de inocência aparece descrito na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos. 156 Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência é uma garantia típica de sociedades democráticas, representando a base do devido processo legal e consagrando a valorização do humano. (2010, p. 155)

Portanto, alçado está o princípio da presunção de inocência ao status de norma constitucional, com isso devendo ser observado por toda a legislação infraconstitucional, porquanto hierarquicamente em plano superior.

Leciona ainda o Professor Gutemberg:

O princípio da presunção de inocência é a base de uma sociedade democrática e, no Brasil, pode-se verificar que esse princípio alçou o patamar de garantia constitucional, descrito no art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, elegendo que o indivíduo somente poderá ser considerado culpado após sentença transitada em julgado. Sabe-se que o princípio da presunção de inocência alçou o patamar constitucional, porém, apesar dessa conquista não impedir a prisão de um investigado/acusado, durante a fase pré-processual ou fase processual, ela impõe um limite não só a decretação da prisão preventiva, como também sua manutenção. O princípio da presunção de inocência não deve ter uma interpretação de forma literal, sob pena de inviabilizar o próprio processo e, conseqüentemente, a aplicação de uma pena. Este deve ser interpretado de forma que garanta que a pena somente será imposta ao final do processo. Nesse sentido, a prisão antecipada só se justifica enquanto medida puramente cautelar. (2010, p. 155)

Entretanto, apesar de ser expresso no Texto da Carta Magna do Brasil de 1988 o Princípio da Presunção de inocência, há grande dificuldade em compatibilizá-lo com a prisão preventiva.

O Ilustre Doutrinador Aury Lopes Jr., com a sabedoria de sempre, esclarece que há dimensões do princípio da inocência, assim dividindo-as em interna e externa:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ad) uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). (2015, p. 588)

E continua Lopes, noutro giro do princípio da presunção de inocência:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (2015, p. 588)

De mais a mais, certo é que, além da norma constitucional prevista no inc. LVII, do art. 5.º, do Pacto Fundamental de 1988, estabelecer a presunção de inocência, ninguém podendo ser considerado culpado senão após o transitar em julgado da sentença penal condenatória, em plano infraconstitucional há expressa previsão do caráter excepcional da prisão preventiva, ao estabelecer o Código de Processo Penal em seu parágrafo 6.º, do art. 282, que somente será admissível enclausurar preventivamente quando não cabíveis outras medidas, que apesar de mais brandas, são eficazes para garantir a retidão no fluxo do processo até a sentença final, condenatória ou absolutória.

O próximo fundamento autorizador da prisão preventiva é o da “garantia da ordem econômica”. Bem explica o Professor Lopes Jr. o bem jurídico que se visa tutelar com essa cautelar:

Tal fundamento foi inserido no art. 312, do CPP por força da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. Tal situação, além da crítica que faremos ao final, teve e tem pouquíssima utilização forense. A “magnitude da lesão”, prevista no art. 30 da Lei n. 7.492, quando invocada, em geral o é para justificar o abalo social da garantia da ordem pública, vista no item anterior, e não para tutelar a ordem econômica. (2015, p. 638)

Não são poucas as críticas ao fundamento da ordem econômica como hipótese autorizadora da prisão preventiva. Dentre eles, encontra-se o pensamento de peso do Professor Tourinho filho, que leciona:

À primeira visa, tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Não porque ofenda a ordem jurídica, mas por sua manifesta extravagância. Na verdade, se a prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantir o cumprimento da decisão (assegurar a aplicação da lei

penal), parece um não senso decretar a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica. Em rigor, toda preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para a garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Como a prisão decretada como garantia da ordem econômica não apresenta caráter cautelar, é medida esdrúxula, estúpida, grosseira. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes tem acentuadas e equivocadas funções repressivas. Se a medida visa a preservá-la evitando a ganância, a *auri sacra fames*, o certo seria adotar uma espécie de medida de segurança à maneira daquelas que havia, entre nós, até antes da reforma da Parte Geral do nosso Código Penal. Que sejam previstas sanções contra a empresa. Para nós, trata-se de medida sem nexo e inútil. Se a providência tem como objetivo perseguir a ganância, o lucro fácil, a safadeza de industriais e comerciantes desonestos, que se estabeleçam sanções em relação à pessoa jurídica, à semelhança do estabelecido nos arts. 104 e 105 do Código Penal peruano: art. 104 – “a perda dos benefícios obtidos pelas pessoas jurídicas como consequência da infração penal cometida no exercício de sua atividade...”; art. 105 – “fechamento dos locais ou estabelecimentos temporária ou definitivamente; dissolução ou liquidação da sociedade; suspensão de suas atividades por um prazo máximo de 2 anos; proibição de a sociedade estabelecer-se novamente com aquelas mesmas atividades em cujo exercício foi cometido, favorecido ou encoberto o delito”. Se a farmácia vende um produto por preço extorsivo, que se instaure processo-crime contra o proprietário e, ao mesmo tempo, que se aplique, provisoriamente, esta ou aquela medida de segurança de natureza patrimonial em relação ao estabelecimento. Os resultados seriam bem melhores... Essa a medida certa. Para o ganancioso, para o industrial ou comerciante que só tem em vista o lucro, para esses shylock da vida, meter-lhes a mão no bolso é pior que a prisão. (2013, p. 560)

Magnífico o pensamento do nobre Doutrinador Tourinho Filho. Se o delito é contra a ordem econômica, logo, além do processo criminal que deve ser instaurado em desfavor do autor, deve-se também impor sanções de cunho econômico, porquanto é uma forma de ressarcir os danos e coibir a prática de novos delitos, com a recuperação do produto do crime, atingindo também a pessoa jurídica.

O Professor Guilherme de Souza Nucci traz informações complementares acerca do tema, declinando que:

A garantia da ordem econômica é uma espécie do gênero anterior (garantia da ordem pública). Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, na medida em que o desfalque em uma

instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples roubo contra um indivíduo qualquer. Assim, continua-se contando com os elementos já descritos: gravidade do delito; repercussão social; periculosidade do agente; particular modo de execução; envolvimento com organização criminosa, de maneira a garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível de muitos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público. (2012, p. 609)

Perceptível, então, que tanto a ordem pública, como a ordem econômica, são fundamentos autorizadores de eventual prisão preventiva, porém duramente criticados pela Doutrina, por considerarem verdadeira antecipação de pena a Prisão Preventiva decretada com base nessas hipóteses.

Dessa maneira, não estaria presente um dos requisitos pra a decretação da prisão preventiva nessas duas hipóteses (garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica), porquanto inexistente o *periculum libertatis*, conforme ensina Gutemberg:

*Periculum libertatis* é o perigo que corre o processo diante da ameaça causada pelas atitudes concretas do imputado. Para tanto, a medida cautelar, prisão preventiva, é justa quando o normal desenvolvimento do processo está em risco devido as atitudes do imputado. O entendimento do risco que o processo penal corre diante das ameaças concretas que a liberdade do acusado provoca reforça o conceito das medidas cautelares, qual seja: a de um instrumento de proteção do processo. Mas, o risco que o processo corre tem, necessariamente, de ser um risco real, e não uma mera suposição. Um dos principais motivos autorizadores da prisão preventiva é o risco que corre não só o processo, mas, também, a execução diante da possibilidade de fato, real, de fuga do investigado/denunciado. O risco que corre o processo penal em caso de fuga daquele que poderia vir a sofrer com a pena imposta determina a decretação da prisão preventiva, bem como a sua manutenção. (2010, p. 162)

Com isso, de acordo com alguns autores, somente poderiam dar ensejo ao decreto de prisão preventiva duas hipóteses: a) por conveniência da instrução criminal; e b) para garantir a aplicação da lei penal. Serão então esses fundamentos objetos de análise nos próximos parágrafos.

O decreto de prisão preventiva com fulcro na conveniência da instrução criminal visa garantir o regular trâmite do processo, para que não se prejudique o convencimento do juiz sobre o que se debate no processo.

De acordo com Aury Lopes Jr., assim se aplica o fundamento da conveniência da instrução criminal:

É empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado. Feita essa ressalva, a prisão preventiva para tutela da prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo. Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. (2015, p. 638)

Importante frisar que não só o processo, as testemunhas ou a vítima estão no intento de serem resguardadas por essa hipótese autorizadora da prisão preventiva, mas também o próprio Magistrado ou o Promotor. São as lições de Lopes Jr.:

Também se invoca esse fundamento quando o imputado ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo. Por fim, não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou força-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar-se o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*. Daí por que é incabível a prisão preventiva com esses fins, em que pese o emprego por parte de alguns. (2015, p. 639)

Seria a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal uma forma de “sanear” o procedimento, caso alguém esteja interferindo de modo a prejudicar o regular caminhar do feito para a formação do juízo de culpa.

Bem esclarece a situação de decretação de prisão preventiva o Julgado de Relatoria do Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça:

PRISÃO PREVENTIVA. INFLUÊNCIA. TESTEMUNHAS. Trata-se de paciente pronunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 121, § 2.º, I e IV, art. 211, ambos do CP, e art. 14 da Lei n.º 10.826/2003. No momento da pronúncia, também foi decretada sua prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, visto que o paciente estaria influenciando as testemunhas. Para o ministro relator, em se tratando de processo de competência do Júri, essas testemunhas poderão vir a ser chamadas para depor em plenário.

Ademais, explica que há provas nos autos que indicam a existência de influência do acusado no depoimento das testemunhas, o que é suficiente para motivar sua segregação provisória como garantia da regular instrução do feito. Quanto aos argumentos da impetração sobre as condições pessoais favoráveis ao paciente, o ministro relator entende que elas não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos autos. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem. Precedentes citados: RHC n.º 27.105/CE, DJe 23.08.2010; HC n.º 141.125/MG, DJe 03.11.2009. HC n.º 177.774, rel. Min. Gilson Dipp, j. 07.10.2010.

Analisando o caso concreto da jurisprudência acima declinada, percebe-se que atos que tenham como móvel prejudicar a regularidade do feito podem gerar a decretação da preventiva como meio idôneo para se resguardar o devido processo legal.

Contribui Tourinho Filho:

Pode também ser decretada se for conveniente para a instrução criminal, ou seja, a fase procedimental em que o Juiz procura, com a colheita das provas, reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar. Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a “não encontrar as pessoas que devam prestar esclarecimentos em juízo” etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução. Não confundir conveniência com comodidade. Não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos. (2013, p. 558)

Dessa forma, nota-se que se de um lado a decretação da prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal visa proteger as pessoas que fazem parte da relação jurídico-processual-penal, doutro tenta-se garantir a higidez necessária para que o julgador profira sua decisão tendo como parâmetro informações verdadeiras, desvinculadas de vícios ou máculas incrementadas por quem as interesse.

Seguindo nas causas que podem ser fundamentos para a decretação da prisão cautelar preventiva, passa-se agora à análise da segregação cautelar para resguardar eventual aplicação da lei penal.

Esta hipótese está prevista no caput do art. 312 do Código de Processo Penal, e é assim ensinada por Aury Lopes Jr:

Em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas. Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos. (2015, p. 639)

Facilmente percebe-se que trata-se de norma de caráter processual que visa resguardar a eficácia e/ou efetividade do Direito material, para que ao final o processo não se torne inócuo.

Segue o Professor Lopes Jr.:

Explicamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sendo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in)conscientemente, estão se identificando (ficar-idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória. (2015, p. 639)

Tanto por tanto, analisando com cautela, nota-se que a prisão preventiva, nesses casos, é decretada em razão do preconceito do julgador, que se antecipa na mente do autor (que na mente deste poderia até nunca ter pensando em se furtar à aplicação da lei) e supõe que pelas condições sociais, econômicas e financeiras, o agente empreenderia fuga.

Complementando o estudo do tema, salientam Luiz Cláudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva:

Busca a medida, por esse fundamento, a certeza da efetividade da prestação jurisdicional a ser concretizada, pois, quando exposta a risco de que aplicada a lei ao caso concreto, o acusado possa se furtar ao cumprimento da pena que lhe for imposta pelo decreto condenatório, impõe-se a prisão preventiva quando ficar provado concretamente que o réu pretende fugir para não ter de cumprir a pena, quando certa sua condenação, diante do conjunto probatório carreado aos autos, como a atitude cabalmente demonstrada do réu de se mudar de endereço sem comunicar nos autos a mudança, contratar viagem para o exterior sem previsão de retorno, e outras situações que possam levar a essa interpretação, de sorte que, não



basta mera especulação, mas sim fundamentar o decreto em situações concretas que tragam a certeza ao julgador de que o acusado pretende se furtar ao cumprimento de pena a ser imposta em possível condenação. O simples fato de não comparecer a determinado ato processual ou mudar de endereço com a prévia comunicação não permite a decretação da prisão preventiva. (2013, p. 231)

Com isso, não se pode tolher a liberdade, sangrando direito fundamental primário, com base em apelos sociais ou midiáticos, nem mesmo em suposições de possibilidades infundadas de que o imputado possa evadir-se, frustrando a aplicação da lei.

Analisadas as hipóteses ensejadoras dum eventual decreto de prisão preventiva descritas no caput do art. 312, do Código de Processo Penal, passa-se ao conteúdo do parágrafo único desse mesmo dispositivo, que para melhor compreensão, será declinado:

Art. 312 [...]

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações empostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4.º).

Trata-se de dispositivo incrementado ao texto do Código de Ritos Penais pela Lei 12.403/2011, que trouxe mudança importantíssima.

Apesar de aparentar ser uma norma restritiva, perceptível que ao final do parágrafo único do art. 312, o legislador abriu parênteses para citar o art. 242, § 4.º, do mesmo Diploma Processual Penal.

Importante, antes de tudo, repisar que a prisão preventiva tem natureza jurídica de medida cautelar de natureza processual, porém não se trata da única.

O art. 319, do Código de Processo Penal elenca uma série de medidas alternativas à prisão preventiva. Esta é medida extrema, *ultima ratio*, pois amputa o direito ambulatorial.

Em razão disso, a Lei 12.403/2011 trouxe grandes avanços na constitucionalização do Processo Penal. Um deles foi o art. 282, § 6.º, que informa: verbis:

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

[...]

§ 6.º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)

Assim, dentre as medidas cautelares cabíveis, a segregação preventiva, isto é, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é exceção. Havendo outro meio, menos evasivo, de se garantir a regularidade do processo sem cercear a liberdade, provisoriamente, do imputado, este deve responder em liberdade, homenageando o Princípio da Presunção de Inocência, que fora fonte de incentivo para que o legislador criasse a norma do § 6.º do art. 282, do Código de Processo Penal.

O art. 319 do Código de Ritos Penais fornece possibilidades de se evitar a medida extrema de privação da liberdade, indicando determinadas condições. Verbis:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4.º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares

Analisadas as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, caso não sejam suficientes para o regular transcorrer do feito até a sentença penal final (condenatória ou absolutória), resta, então, como medida última, a decretação da prisão preventiva, nas iras do parágrafo único do art. 312, do mesmo Diploma Processual Penal.

Observe-se que de acordo com o teor do § 4.º do art. 282, não há restrições em cumular as medidas cautelares diversas da prisão. Aliás, caso tenha sido decretada apenas uma, razoável que se esgote o leque de medidas não privativas da liberdade e, só em caso de não serem suficientes, decretar-se-ia a cautelar odiosa de privação da liberdade.

#### **4 PRESSUPOSTOS**

Como já afirmado, apesar de os fundamentos/hipóteses e os pressupostos encontrarem-se no conteúdo do mesmo dispositivo legal, não se deve fazer confusão entre eles.

Os fundamentos para a decretação da preventiva, expostos acima, são: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) resguardar a aplicação da lei penal; e f) por descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão (esta última incluída pela Lei n.º 12.403/2011).

Entretanto, os pressupostos são outros. Tourinho Filho ensina:

Os pressupostos da prisão preventiva estão contidos no art. 312 do CPP. São eles a “prova da existência do crime” e “indícios suficientes da autoria”. Assim, em caso algum poder-se-á decretá-la se ausente qualquer um deles. (2013, p. 547)

Com isso, percebe-se que há dois requisitos pra a decretação da preventiva. Importante frisar que há de se ter prova da materialidade do delito, e indícios suficientes de autoria, portanto, o texto da Lei não fala em simples indícios, mas em fortes indícios, isto é, devem ser “suficientes”.

O Renomado Doutrinador Aury Lopes Júnior, em sua rica obra de Direito Processual Penal, leciona que:

Partindo do art. 312, verifica-se que o *fumus commissi delicti* é requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo interpretação sistemática e constitucional. (2015, p. 633)

Dessa forma, não há como se extrair o conteúdo dos requisitos da preventiva apenas com a leitura do texto da lei. Lopes Júnior então ensina:

Para decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhança ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.

Nota-se, então, que não são simples indícios, com fraco lastro de veracidade, mas a existência de “indícios suficientes da autoria” do crime, porquanto as consequências da prisão preventiva são drásticas e de lesões irreversíveis.

## **5 HIPÓTESES LEGAIS PARA DECRETAÇÃO E NÃO DECRETAÇÃO DA MEDIDA ODIOSA**

Além dos requisitos necessários para se decretar uma prisão preventiva, e de se encaixar o fato numa das hipóteses autorizadas do cerceamento cautelar da liberdade, o Código de Processo Penal estabelece as hipóteses legais que podem ser decretadas a prisão preventiva. Estas “situações” encontram-se no art. 313, do Diploma de Ritos Penais. Vide:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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

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;

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;

IV - [\(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011\).](#)

Parágrafo único. 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.

Assim, o art. 313 acima transcrito estabelece requisitos/hipóteses legais em que sem as quais a decretação da preventiva é incabível.

Extrai-se da letra da Lei que a prisão preventiva somente é cabível para crimes, e não para todas as infrações penais, isto é, não cabe prisão preventiva para contravenção penal.

Ainda, para que seja possível a cautelar de prisão preventiva, necessário que o crime cometido tenha pena máxima abstrata superior a 4 (quatro) anos, conforme indica o inciso I do art. 313, do Código de Ritos Penais.

Há situações, entretanto, em que a preventiva não poderá ser decretada por expressa disposição legal. É o caso do art. 314, do Código de Processo Penal, que afasta a possibilidade de decretação da prisão preventiva caso o agente tenha praticado o fato acobertado por uma das excludentes de ilicitude previstas no art. 23, do Código Penal.

Assim, verificando o Juiz que o agente cometeu o crime em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e/ou no exercício regular de direito, não poderá aplicar a constrição de natureza processual cautelar da liberdade, ou seja, inadmissível a preventiva nessas hipóteses.

## **6 AUTORIDADES QUE PODEM REQUERER A PREVENTIVA**

De acordo com o art. 311, do Código de Ritos Penais, a prisão preventiva pode ser suscitada, pelos termos adequados, da seguinte maneira, verbis:

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

O dispositivo é bastante esclarecedor e didático, porquanto informa quem pode requerer, representar e quem decreta a preventiva.

O requerimento da prisão preventiva é feito pelo Ministério Público, já a Autoridade Policial representa para a prisão preventiva.

A autoridade competente para decretar a prisão preventiva é o Juiz.

## **7 CONCLUSÃO**

O movimento de constitucionalização de todas as áreas do direito vem gerando modificações em diversos setores da legislação infraconstitucional que ainda guarda laços com um passado de absolutismo e desrespeito aos direitos humanos.

Cada vez mais o Direito Penal e o Processual Penal vêm evoluindo suas sistemáticas, abandonando um modelo antigo de pena-prisão, desligando-se do caráter meramente retributivo da sanção penal.

A ressocialização vem ganhando força, e a Lei n.º 12.403/2011, ao estabelecer novos critérios para decretação da prisão preventiva visa, claramente, afastar privação da liberdade como medida primária.

Novos parâmetros, como a necessidade de se esgotar medidas cautelares diversas da prisão, para que só assim se possa restringir a liberdade de alguém, é sinônimo de avanço do ordenamento Processual Penal.

Dilema ainda tortuoso é a conciliação entre o princípio da presunção de inocência, e a decretação de prisão preventiva sem um juízo formado de culpa.

Porém, há de se admitir que muito já fora mudado com a nova legislação sobre as medidas cautelares de natureza processual, dentre elas a prisão preventiva, tornando o direito penal mais humanista e garantista.

## **REFERÊNCIAS**

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de Processo e Prática Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOARES, Wanderson Gutemberg. **A Adequação da Prisão Preventiva com a Presunção de Inocência**. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1962/3942>>

Acesso em 13 de maio de 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

## **LAW NO. 12.403 / 2011 AND NEW WAYS TO DECLARATION OF PREVENTIVE PRISION**

### **ABSTRACT**

This work brings a discussion about the modifications established with the enactment of Law No. 12.403 / 2011, which takes care of the prison regime, precautionary measures and provisional freedom in the Brazilian law. The systematic application of the precautionary measures, particularly those of a personal nature, was highly modified, innovating archaic prison model in the first instance, enforcing a little more of the principle of presumption of innocence inscribed the Federal Constitution of 1988. The prison decree preventive now become exceptional measure, this is only applicable when not enough the various precautionary measures from prison. Thus, the restriction of freedom as a way of injunction procedural, became last ratio. In this vein, will address-here new paths for the enactment of probation, their peculiarities, foundations, criticism etc.

Keywords: Prison. Preventive. Precautionary