



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

**TUTELA CAUTELAR PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA**

**ELVYS PLÍNIO ALVES**  
**ORIENTADOR: MARCIO CESAR FONTES SILVA**

**ESTÂNCIA**  
**2016**

**ELVYS PLÍNIO ALVES**

**TUTELA CAUTELAR PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA**

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

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

**Banca Examinadora**

---

**Marcio Cesar Fontes Silva**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Professor Examinador**  
**Universidade Tiradentes**

# TUTELA CAUTELAR PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA

Elvys Plínio Alves<sup>1</sup>  
Marcio Cesar Fontes Silva<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho teve por finalidade examinar as providências cautelares criminais, para tanto foi aplicada como metodologia o método dedutivo, já que serão analisados aspectos concernentes a Teoria Geral do Processo e ao Direito Processual Penal. Desta maneira, foi empregado o método histórico, em conjunto com o método bibliográfico. Foi utilizado como fonte a legislação pátria, a jurisprudência e o posicionamento de doutrinadores da seara jurídica. Este artigo buscou abordar, de forma pormenorizada, uma espécie de medida cautelar pessoal criminal. A prisão preventiva aparece como um dos grandes problemas existentes na Justiça brasileira, bem como representa um dos maiores despotismos das autoridades envolvidas na persecução criminal, razão pela qual o seu estudo merece reservada atenção.

**Palavras-Chave:** Providências cautelares – Prisão preventiva – Problemas.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por alvo, expor a respeito das Prisões Cautelares do Direito Processual Penal Brasileiro, e, detalhadamente a respeito da Prisão Preventiva, com vistas a garantir uma correta aplicação pelas autoridades competentes.

Para tanto, a proposta tem como escopo esclarecer: Qual o objetivo das medidas cautelares no processo penal?

Nesta senda outros questionamentos surgiram, como:

- Qual a finalidade das novas regras da Lei n. 12.403/2011?
- Qual a importância das modificações relativas à prisão preventiva introduzida pela Lei n. 12.403/2011?

De antemão cabe, apontar que o presente tema com os seus respectivos questionamentos, surgiram a partir de indagações durante as aulas na faculdade, assim como da oportunidade de vivenciar o Direito na prática durante oportunidades de estágio. Ante a relevância do tema para a sociedade contemporânea, nasceu o desejo e ao mesmo tempo a curiosidade de investigar o tema, a fim de explicar que a prisão preventiva deve ser decretada apenas e tão somente quando se mostrar necessária, de modo que não pode ser utilizada indiscriminadamente pelo Estado.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. E-mail: elvys\_11n@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre pela PUC de São Paulo. Professor da Universidade Tiradentes. Advogado.

Ademais, como metodologia o presente artigo utilizou-se do método dedutivo, tendo em vista que será analisada a Teoria Geral do Processo, para chegar ao objetivo desta pesquisa. Por conseguinte, foi empregado o método histórico, aliado ao método bibliográfico, para responder aos questionamentos levantados, através de doutrinadores, entendimentos jurisprudenciais, e leis no âmbito jurídico que com o decurso do tempo se tornam cada vez mais restritivas quanto à restrição da liberdade dos indivíduos.

Conforme se infere, o presente estudo foi dividido em quatro vertentes. Na primeira, foram retratadas as noções prévias em relação às medidas cautelares criminais, demonstrando as suas mais variadas espécies que recaem sobre a liberdade, a prova e a aplicação da lei; no segundo momento, teve como fito tecer minúcias a respeito da prisão preventiva, trazendo a tona seus aspectos técnicos, pressupostos, requisitos, hipóteses de cabimento, legitimidade, autoridade competente, decretação, revogação, redcretação, prazos e vedações; em seguida, no terceiro aspecto, abordou-se acerca das inovações inseridas pela Lei n. 12.403/2011, no tocante a prisão preventiva; e pôr derradeiro as considerações finais de pesquisa.

## **2 MEDIDAS CAUTELARES EM GERAL**

O encarceramento cautelar é uma espécie das medidas constantes no gênero das providências acautelatórias tracejadas pela teoria geral do processo, as quais se mostram necessárias para alcançar a efetividade do processo.

Decerto, o vínculo processual desenvolve-se mediante um encadeamento lógico de atos ordenados. O lapso temporal essencial para o desenvolvimento procedimental pode demandar uma dilatação demasiadamente longa, a qual pode gerar danos aos litigantes. Destarte, é normal que por vezes sejam adotadas providências provisórias até que se tenha um pronunciamento final do Estado-juiz.

Se o processo em si serve de instrumento necessário para a satisfação de um direito material invocado, o processo cautelar objetiva garantir a sua efetividade, ou seja, se apresenta como verdadeiro instrumento do processo principal.

Neste sentido, são extraídas as lições de Grinover (2013, p. 353):

Os provimentos cautelares são em princípio provisórios; o provimento definitivo que coroa o processo principal ou reconhecerá a existência do direito (que será satisfeito) ou sua inexistência (revogando a medida cautelar). Outra característica é sua instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.

A providência cautelar é sempre determinada no bojo de uma ação própria, com finalidades próprias e por intermédio do processo de natureza cautelar. Desta forma, as medidas acautelatórias possuem aspectos especiais como a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade, a facultatividade e, por derradeiro, a fungibilidade.

A instrumentalidade visa assegurar o bom resultado do processo principal, tendo em vista que o processo cautelar não justifica sua existência por si só.

Por sua natureza e seu fim específico, a ação cautelar é provisória, levando em voga que só dura até a solução do processo principal.

Ante a ausência de profundidade de cognição exigida para reconhecer a procedência ou não da pretensão cautelar, justifica-se a característica da revogabilidade quando a situação assim exigir.

Não há determinação legal que obrigue a tomada de medida cautelar, razão pela qual são facultativas, visto que, de acordo com o caso *sub judice* é que poderão ou não ser praticadas.

Por fim, de modo a concluir as características gerais das medidas cautelares, os provimentos acautelatórios também podem ser substituídos quando outra forma de assegurar a efetividade do processo principal seja adequada e suficiente.

## **2.1 Tutela cautelar penal**

Os mais variados ramos do direito, bem como o direito processual penal, aderem à teoria geral cautelar com vistas a garantir a efetividade do processo, com supedâneo tanto nas normas de ritos penais brasileiros como em sede constitucional. Em regra, se sujeita também a pressupostos gerais como a aparência do bom direito e o perigo da demora.

Na seara penal, particularmente no tocante as medidas cautelares que incidem *in casu*, sobre o *ius libertatis* do indivíduo, esses requisitos são a comprovação da existência de um fato delituoso e indícios suficientes de autoria, aliado ao perigo da liberdade.

Dentre as medidas cautelares, existem diversas espécies de prisão provisória, detalhadamente, a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, a decorrente da decisão de pronúncia e a prisão por sentença condenatória recorrível.

Tais modalidades de prisões possuem base jurídico-constitucional e necessitam de previsão em lei para que sejam aplicadas, uma vez que, na seara penal, o poder geral de cautela atribuído ao Estado-juiz, que autoriza a concessão de medidas cautelares atípicas,

assim entendidas as que não possuem previsão legal, não é permitido, sob pena de evidente afronta ao princípio da legalidade, em sua dimensão da taxatividade.

## **2.2 Objetivo da medida cautelar no campo processual penal**

Quando se transfere a teoria geral cautelar para a seara do processo penal, precisa-se atentar para o fato de que o bem jurídico que é objeto da pretensão é o direito à liberdade, motivo que, por si só, emana direitos individuais constitucionais ao indivíduo, os quais, inclusive, superam os limites processuais penais.

O processo penal é pautado no devido processo legal, princípio base sobre o qual os demais princípios processuais se sustentam, e que exige respeito a um conjunto de garantias processuais mínimas e legitima a decisão judicial. Nesta senda, as medidas cautelares assumem fundamental importância, visto que asseguram a integridade do procedimento. Tem como alvo, sem dúvida, a higidez do procedimento e é absolutamente viável no processo penal e harmonizável com o fito acessório da cautelar.

Atualmente, o processo penal não é tão somente um instrumento na aplicação do direito material. Com o advento da Constituição da República de 1988, o indivíduo deixa de ser objeto de investigação e passa a figurar como sujeito de direitos, possuindo, portanto, diversas garantias fundamentais que são garantidas através do processo penal.

O processo é o único instrumento legítimo através do qual o Estado pode aplicar o seu direito de punir. Desta forma, emerge a justificativa a respeito das medidas cautelares como forma de assegurar a efetividade do processo.

## **2.3 Pressupostos Para a Caracterização das Medidas Cautelares de Natureza Penal**

Os pressupostos exigidos para que se venha a adotar determinada medida cautelar estão lastreados na aparência do bom direito e no perigo da liberdade.

Diante das peculiaridades do processo penal o *periculum in mora* não está na urgência de se afastar o perigo de dano pela demora de um provimento jurisdicional final, mas sim na ameaça eventualmente existente de não se alcançar o resultado final.

Igualmente, o *fumus boni iuris*, não se caracteriza como a possibilidade de uma solução favorável no processo, mas sim a precaução de não vedar a liberdade de alguém sem o mínimo de embasamento fático relevante consistente nos indícios de autoria e materialidade delitiva.

A aparência do fato delituoso, especificamente, no tocante a prisão preventiva, consiste nos indícios mínimos de autoria e a prova da materialidade, unido ao perigo da liberdade que pode ser delimitado pelos fundamentos expostos no artigo 312 do Caderno de Ritos Penais Brasileiro.

### **3 PRISÃO PREVENTIVA**

De início, impende destacar que a expressão prisão preventiva abarca mais de um sentido. Em sentido *lato sensu* quer dizer a restrição da liberdade antes do julgamento definitivo. Já no sentido *stricto sensu* significa a prisão decretada por um magistrado durante a fase pré-processual ou judicial.

Prisão preventiva é a privação da liberdade de locomoção por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

É uma das modalidades de prisão processual, levando em voga que toda custódia anterior à sentença penal condenatória com trânsito em julgado é provisória.

A prisão preventiva encontra respaldo legal em quase toda a totalidade de ornamentos jurídicos, mesmo tendo caráter excepcional. O Estado possui o poder soberano, genérico e abstrato do *ius puniendi*. Acontece que a partir do momento em que uma infração penal é cometida, tal poder passa a ser pessoal e concreto momento em que surge um confronto de interesses, pois há o direito à liberdade pessoal e o direito de segurança do Estado.

De acordo com a jurisprudência pátria, a prisão provisória não ofende o princípio da não culpabilidade, exposto no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição da República, mesmo porque a própria Carta Magna admite a custódia provisória nos casos de flagrante e crimes inafiançáveis.

#### **3.1 Pressupostos**

Para haver o decreto de prisão preventiva é necessária a existência de prova da existência do delito (prova da materialidade) e indícios suficientes de autoria. A prova da existência da infração penal diz respeito à materialidade do crime, ou seja, a prova da ocorrência do evento delitífero. Indícios ou presunções descabidas de comprovação não são suficientes, visto que a lei exige absoluta segurança quanto a essa situação fática.

Exige-se também a presença de indícios suficientes de autoria. Consoante se infere da expressão indícios, para sua configuração basta a existência de um elemento leve, uma prova fraca, todavia, é necessário que a prova indiciária seja suficiente.

Conforme preleciona Capez (2014, p. 336):

Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, sendo suficiente a existência de meros indícios. Basta a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória.

Para a decretação da custódia preventiva é importante que a autoria do fato típico, se não for conhecida, seja ao menos determinada por meio da análise de um conjunto de circunstâncias que tenham a capacidade de levar o julgador a uma certeza razoável.

Juntamente com esses requisitos, a decisão terá que ser fundamentada, melhor dizendo, haja o apontamento dos motivos de fato e de direito, tomando como base as provas existentes. É o que dispõe o artigo 315 do Caderno de Ritos Penais Brasileiros: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.”

### **3.2 Requisitos**

O art. 312 do Código de Processo Penal aduziu que a prisão preventiva poderá ser determinada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal.

Salienta a lei, inicialmente, a garantia da ordem pública e da ordem econômica, as quais visam impedir que o agente, em liberdade, continue a praticar ilícitos penais. Nesse caso, o lapso temporal natural da persecução penal põe em risco a coletividade.

Em seguida, menciona a norma a respeito da conveniência da instrução criminal. Este fundamento objetiva impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, intimidando testemunhas, por intermédio de ameaças, subordine pessoas envolvidas no processo, destrua provas etc. Resta claro que, por esse fundamento, o agente tenta deturpar a verdade real.

Vale dizer, por oportuno, que dada à natureza excepcional da medida preventiva, deve-se interpretar a expressão “conveniência” como “necessidade”.



Assinala também a lei a circunstância de garantir a aplicação da lei penal. No caso, para a sua caracterização, deve-se existir o iminente risco de fuga do distrito de culpa, inviabilizando uma eventual execução da pena.

Por fim, havendo o descumprimento de qualquer das medidas cautelares expostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, poderá o juiz, em último caso, decretar a custódia preventiva. Trata-se de prisão preventiva subsidiária, pois somente é aplicada depois de frustradas todas as tentativas de se garantir o processo, através de meios menos gravosos. A desobediência do indiciado ou acusado em cumprir suas obrigações processuais torna inevitável a medida extrema.

### **3.3 Hipóteses de cabimento**

Nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nas seguintes hipóteses: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – condenação definitiva por outro crime doloso, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do artigo 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III – crime que envolva 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 – quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa; ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

A primeira situação ocorre quando o crime imputado ao investigado/acusado é doloso e comina pena privativa de liberdade superior a quatro anos. O critério não é mais pena de reclusão ou detenção, mas quantidade de pena. A decretação da custódia preventiva, todavia, terá cabimento no caso de concurso de crimes, material ou formal, ou de continuidade delitiva, caso a adição das penas supere os quatro anos.

O inciso II do artigo 313 do Código de Processo Penal, por seu turno, preocupa-se com a periculosidade do agente. Mesmo que a pena máxima cominada seja igual ou inferior a quatro anos, caberá a prisão preventiva. É suficiente para tanto a condenação definitiva por outro crime doloso, e desde que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência (art. 64, I, do Código Penal).

Na penúltima hipótese, o decreto prisional cautelar somente tem cabimento se for imperioso para a concretude de medida protetiva de urgência. Como consequência, o cárcere

deverá durar o tempo necessário para assegurar a execução da medida protetiva. A Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha, já previa a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. O Código de Processo Penal ampliou o cabimento para as hipóteses de o ofendido ser criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência.

A última hipótese legal foi introduzida pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, a qual prevê as situações em que, embora apresentado o documento de identificação, a identificação criminal é autorizada e deve servir de norte para a caracterização da presente hipótese. Feita a identificação, o indivíduo deverá ser colocado em liberdade.

### **3.4 Legitimidade para o seu requerimento**

Em conformidade com o artigo 311 do Caderno de Ritos Penais, possuem legitimidade para requerer a medida cautelar em voga o órgão do Ministério Público ou seu assistente, o querelante e a autoridade policial.

O *Parquet*, seu assistente e o querelante devem se manifestar sob a forma de requerimento. Já a autoridade policial se manifesta através de representação que é uma exposição escrita dos motivos da medida e a necessidade de tal determinação.

### **3.5 Autoridade competente**

A autoridade competente para a decretação da custódia preventiva é o juiz. A prisão preventiva poderá ser decretada de ofício, ou seja, sem a provocação de qualquer dos legitimados para requerê-la, no curso da ação penal.

### **3.6 Decretação**

A medida preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal. Durante a investigação, não cabe decretação *ex officio*, ressalvados os casos de conversão do flagrante em preventiva. Já no curso da ação penal, pode ser ordenada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de seu assistente, do querelante ou por representação da autoridade policial. Cabe tanto em ação penal pública quanto ação privada.

A decisão que decreta a prisão preventiva será sempre motivada, diante do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

Vale mencionar que não cabe recurso em face do decreto de prisão preventiva, no entanto, pode-se impetrar *habeas corpus*.

### **3.7 Prazos**

Ao contrário de algumas legislações, o Código de Processo Penal não prevê prazo expresso para a duração da prisão preventiva e nem das demais cautelares. A única exceção está na Lei n. 12.850 /2013, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas, cujo artigo 22, parágrafo único, estabelece o prazo de 120 (cento e vinte) dias para o encerramento da instrução criminal, quando preso o acusado.

Na realidade, a fixação em lei do mencionado prazo tem a sua origem em construção jurisprudencial, firmada, ao longo do tempo, em consideração aos prazos legais fixados para a prática dos atos processuais no processo penal.

A contagem do prazo terá início com a prisão, seja ela preventiva, seja ela decorrente de flagrante delito, convertida em preventiva. Com a prisão, deverá o inquérito policial se encerrar em 10 (dez) dias, na Justiça Estadual, e em 15 (quinze dias), prorrogáveis, na Justiça Federal. O prazo será de 05 (cinco) dias para o oferecimento de denúncia; de 10 (dez) dias para a resposta escrita (art. 396, CPP); até 60 (sessenta) dias para a audiência de instrução (art. 400, CPP), a serem acrescidos do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a decisão de recebimento da peça acusatória, e, eventualmente, do prazo de prisão temporária (Lei n. 7.960/1989).

No processo do Tribunal do Júri, o prazo de conclusão do procedimento reservado à acusação e à instrução preliminar é de 90 (noventa) dias (art. 412, CPP), aos quais se somaria o prazo de prisão anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.

Quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 (vinte) dias, sendo 5 (cinco) para cada parte e 10 (dez) para o juiz sentenciar.

A regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se admitindo a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual valor.

### **3.8 Revogação e redacção**

A prisão preventiva, mesmo após ter sido decretada pode ser revogada e cassada. Consoante manda o artigo 316 do Código de Processo Penal, o juiz deverá revogá-la se verificar falta de motivo para que subsista. Do mesmo modo que a legislação confere ao magistrado o poder discricionário de decretá-la, atribui o poder de revogá-la.

A revogação pode ser pleiteada pelo indivíduo coagido, por seu curador ou pelo Ministério Público, além da possibilidade de ser concedida de ofício.

Em relação ao momento, a revogação é permitida durante o decurso da persecução criminal, especificamente, desde o momento da decretação até a sentença. Embora possa ser revogada a qualquer tempo, desde que cessados os motivos que a autorizaram, há momentos em que o magistrado, obrigatoriamente, deverá se manifestar sobre sua subsistência. É o que ocorre no caso de decisão de pronúncia.

Ademais, nada impede o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante redacte a custódia cautelar, se sobrevierem razões que a justifique.

### **3.9 Vedação legal à prisão preventiva**

Nos termos do disposto no *caput* do artigo 236 da Lei n. 4.737/1965 (Código Eleitoral), é vedada a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período de 05 (cinco) dias antes e 48 (quarenta e oito horas) depois do encerramento das eleições, salvo em flagrante delito, em virtude de sentença penal condenatória definitiva por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

O parágrafo primeiro do citado artigo 236 prevê que os membros de mesa receptora e os fiscais do partido, assim como todos os candidatos, gozarão do mesmo benefício, vedado a prisão ou detenção, porém, 15 (quinze) dias antes das eleições e, também, 48 (quarenta e oito) horas depois.

## **4 ALTERAÇÕES RELATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.403/2011**

A Lei n. 12.403/2011, que passou a vigorar no Brasil em 04 de julho de 2011, implementou no Processo Penal brasileiro uma série de medidas cautelares específicas, com vistas as evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, quando não houver necessidade da prisão. Para tanto, operou várias modificações legais no Título IX, do Código de Processo Penal, o qual passou a contar com a rubrica “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

A nova lei possui natureza processual, pois disciplina a prisão provisória, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares, as quais têm reflexos apenas no processo. O aumento ou diminuição da restrição do direito à liberdade se impõe por uma necessidade ou conveniência do processo, sem respingar no direito de punir do Estado. Em razão disso, a lei tem incidência imediata e alcança os fatos praticados antes de sua vigência, mesmo que prejudique o indiciado ou acusado. Não se podem acoimar tais normas de híbridas, para o fim de submetê-las ao princípio da irretroatividade (CF, art. 5º, XL), pois, como não afetam o direito de punir do Estado, não têm natureza penal.

Norma penal cria, extingue, aumenta ou reduz o direito de punir do Estado. Norma processual é a que reflete apenas no processo, deve ser regulada conforme o artigo 2º do Código de Processo Penal.

As alterações propõem uma nova ideologia de forma a restringir a aplicação da prisão preventiva, objetivando substituí-la por outras medidas menos gravosas, mas capazes de produzirem o mesmo efeito.

A reforma introduziu a valorização de um paradigma substitutivo ao cárcere. Assim, a nova legislação representa uma dilatação da não intervenção estatal no direito à liberdade do indivíduo. Outrossim, o novo texto legal diferenciou dois tipos de prisão preventiva, sendo a primeira a tradicional, já conhecida no ordenamento jurídico pátrio, denominada autônoma, e a segunda, nova modalidade, apropriada a assegurar o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, é denominada como subsidiária ou substitutiva.

Portanto, a prisão preventiva subsidiária ou substitutiva está exposta no §4º do artigo 282 do Código de Processo Penal:

§4º - No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outro em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

O supramencionado texto legal remete ao artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal:

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.

Ante o exposto, percebe-se que existem duas espécies diferentes de pressupostos para a decretação da prisão preventiva. De início, o *caput* do artigo 312 do Código de Ritos Penais reza sobre os requisitos tradicionais da prisão preventiva denominada autônoma, enquanto o parágrafo único dispõe um requisito subsidiário, qual seja a prisão cautelar como medida de eficácia ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Interessante é a menção feita no texto do artigo 282 do Código de Processo Penal a respeito do Princípio da Proporcionalidade. Conforme a redação do texto legal acima citado, a decretação de quaisquer medidas cautelares fica condicionada à necessidade e à adequação.

No que pertine as medidas cautelares expostas no artigo 319 do Código de Processo Penal, consoante aduz o artigo 321 do mesmo diploma legal, não se submetem aos mesmos requisitos da prisão preventiva clássica:

Art. 321 – Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319 deste Código e observados os critérios constantes do artigo 282 deste Código.

Pelo exposto, a prisão preventiva ordenada com lastro nestes últimos textos legais, como subsidiária das medidas cautelares, também prescinde os requisitos dos artigos 312, *caput*, e 313, ambos do Código de Processo Penal, especialmente este último.

Na conformidade em que se criam possibilidades diversas à prisão, ampliam-se as hipóteses de tutelas menos gravosas, porém, como visto, a prisão preventiva garante a elas, em caso de descumprimento, efetividade, ainda que, neste caso, dispensados os requisitos do artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Assim, na nova sistemática do processo penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, fundamentadamente, poderá: I – relaxar a prisão, caso esta seja ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

No primeiro evento, caso sejam desobedecidas às formalidades exigidas pela lei para a lavratura do auto, o juiz deverá relaxar a prisão. Trata-se de nulidade de um ato formalmente imperfeito. Relaxado o flagrante, nada impede que o magistrado decrete a prisão preventiva, desde que presente um dos motivos do art. 312 do Código de Processo Penal.

No segundo caso, não havendo nulidade, a conversão se dará quando presentes os requisitos da preventiva.

Na hipótese do terceiro acontecimento, ausentes os requisitos da custódia cautelar, o juiz deverá conceder a liberdade provisória.

Inovação importante é do artigo 318 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar, e ocorre quando: I- o agente tiver mais de 80 anos; II – esteja extremamente debilitado por moléstia grave; for imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 anos ou com deficiência; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

O parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Penal exige prova inconteste de qualquer dessas circunstâncias. É necessário frisar que a terceira hipótese não abarca somente o caso de o agente ser imprescindível aos cuidados do próprio filho deficiente ou menor de 6 anos, mas aos cuidados de qualquer pessoa, devendo o juiz ser cauteloso para coibir fraudes.

Não se deve confundir prisão domiciliar com o recolhimento domiciliar noturno encartado no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois este último consiste em medida cautelar alternativa e pode ser aplicado a qualquer pessoa, mesmo não enquadrada nas hipóteses do artigo 318 do Caderno de Ritos Penais. A prisão domiciliar, por seu turno, é prisão preventiva cumprida no domicílio do agente, ou seja, o magistrado constatando que as medidas cautelares diversas da prisão sejam insuficientes, decretou a medida excepcional. Entretanto, dadas as características especiais do sujeito, a restrição da liberdade poderá ser cumprida no próprio domicílio do indivíduo.

A diferença se torna relevante porque no caso das medidas cautelares não cabe detração penal, ao passo que na prisão preventiva domiciliar ela é admissível, já que se trata de prisão provisória.

Ampliaram-se as hipóteses de concessão de fiança pelo delegado de polícia para crimes com penas de até quatro anos.

Após a nova lei, o prazo de dez dias para a conclusão do inquérito policial no caso de indiciado preso não se conta mais a partir da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas da data de sua conversão em preventiva.

De fato, não há mais prisão provisória decorrente exclusivamente do flagrante. Sem urgência e necessidade, não existe segregação cautelar. Ou o flagrante é convertido em prisão preventiva ou o agente responde solto ao processo. A prisão em flagrante passou a ser mera detenção cautelar provisória pelo prazo de vinte e quatro horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal.

Assim, somente haverá inquérito policial com indiciado preso, após a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de maneira que, a partir desta deve iniciar-se a contagem dos dez dias para a conclusão das investigações, sob pena de relaxamento por excesso de prazo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como providência jurisdicional preventiva, as medidas cautelares em geral têm por finalidade prevenir, manter ou garantir a eficiência de um direito envolvido num processo principal, diante da prova de um risco de lesão ou demonstração de um motivo justo, desde que possua base legal.

A tutela cautelar possui aspectos próprios, como a autonomia, instrumentalidade, provisoriedade e revogabilidade.

O lapso temporal necessário para o encerramento do processo penal faz das medidas cautelares de instrumentos de suma importância. Assim sendo, somente se justificam caso estejam presente a prova da existência do delito e indícios suficientes de autoria, juntamente com o perigo da liberdade, e só deverá existir enquanto houver necessidade.

A regra é a liberdade, portanto, a prisão é exceção, a qual deverá obrigatoriamente submeter-se a critérios de estrita necessidade, visto que é medida extremamente gravosa e traz consequências de cunho individual e coletivo definitivas.

O decreto preventivo está intimamente ligado ao critério de necessidade que guarda relação com o objetivo da medida, em outras palavras, deve ser necessária para assegurar à ordem pública e econômica, a aplicação da lei penal, a instrução processual, ou no caso de descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. Desta maneira, a prisão provisória só tem legitimidade caso seja necessária. Na hipótese de decreto de prisão preventiva por



descumprimento de medidas alternativas, a sua adoção deve ser procedida em último caso. Terá lugar somente quando não for cabível a sua substituição por outra medida menos gravosa, pois é medida subsidiária.

## **REFERÊNCIAS**

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1943.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. V. III.

## **CRIMINAL CAUTAL PROTECTION AND PREVENTIVE PRISON.**

### **ABSTRACT**

The purpose of this study was to examine the criminal precautionary measures, for which the deductive method was applied as methodology, since aspects related to General Theory of Process and Criminal Procedural Law Will be analyzed. In this way, the historical method was used, together with the position of jurists of the legal seara. This article sought to address, in detail, a kind of personal precautinary measures. Pretial detention appears as one of the great problems that exist in Brazilian cortus, as well as representing one of the greatest despotisms of the authorities involved in the criminal prosecution, wich is why their study deserves undivided attention.

**Keywords:** Precautionary Measures – Preventive Detention – Problem.