

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

Ana Maria Ferreira da Silva

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

**Paranaíba, MS
2015**

Ana Maria Ferreira da Silva

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Profº Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior

**Paranaíba, MS
2015**

ANA MARIA FERREIRA DA SILVA

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título em bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em ____/ ____/ ____

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof^o. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof^a. Esp. Delaine Oliveira Souto Prates
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof^a. Me. Lisandra Moreira Martins
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, a Ele toda honra e toda glória, por ter me sustentado ao longo desta trajetória por vezes tão difícil e exaustiva, seu fôlego de vida em mim se fez meu sustento e me encorajou a seguir.

Ao meu esposo Milton, eterno companheiro, por toda paciência, compreensão, carinho e amor, e por me ajudar muitas vezes a achar soluções quando elas pareciam não existir. Você foi a pessoa que compartilhou comigo os momentos de angustias, ansiedades, incertezas, tristezas e alegrias, me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades e desespero, foi meu ponto de equilíbrio, por sua capacidade de acreditar em mim, a você minha eterna gratidão e amor.

Aos meus queridos e amados filhos, Joice Roberta e Milton Júnior, que iluminaram de maneira especial os meus pensamentos e meu coração, por estarem sempre presente em minha vida me impulsionando a seguir sempre, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos meus pais Aparecido e Helena, de maneira especial a minha mãe, por ser a grande responsável pela minha formação pessoal, pelo incentivo nas horas difíceis, pelo seu apoio e por ser meu maior exemplo de caráter, garra, determinação e dignidade.

Aos meus queridos irmãos Antonio Marcos, Maria Aparecida e Neuzira, e a minha cunhada Rozeni, que me incentivaram, apoiaram e sempre estiveram ao meu lado durante esta longa caminhada.

Aos meus amados sobrinhos Maília, Paulo Henrique, Geraldo, Lucas, Ariana, Thanna, Nicole, Antonio e ao meu genro Danilo, por estarem presentes em minha vida, tornando meus dias mais felizes e agradáveis. De maneira especial a você Geraldo pelo incentivo, apoio e colaboração, a você minha eterna gratidão.

A minha tão querida, amada e inesquecível avó Maria Dominga (*in memoriam*), que infelizmente não pode estar presente neste momento tão feliz da minha vida, mas que não poderia deixar de agradecer por seus ensinamentos e valores passados. Obrigada por tudo! Saudades eternas!

A todos os meus colegas, que durante esses anos fizeram parte da minha vida e ficarão guardados em minha memória, em especial aqueles mais próximos, aos quais posso chamar de amigos, Lhyzzie Kharollyne, Luís Antonio, Gracielli Reis, Flavia Claudiano e Higor Mayke, pessoas admiráveis, aos quais agradeço pela amizade e agradável convivência.

Ao meu orientador, Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior, pela paciência, pelo incentivo e dedicação constante durante o desenvolvimento deste trabalho.

A medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita.

Ada Pellegrini Grinover

Diz-se que o homem nasceu livre, que a liberdade de cada um acaba onde começa a liberdade de outrem; que onde não há liberdade não há pátria; que a morte é preferível à falta de liberdade; que renunciar à liberdade é renunciar à própria condição humana; que a liberdade é o maior bem do mundo; que a liberdade é o oposto à fatalidade e à escravidão; nossos bisavós gritavam “Liberdade, Igualdade e Fraternidade!”. Nossos avós cantaram: “Ou ficar a Pátria livre ou morrer pelo Brasil!”; nossos pais pediam: “Liberdade! Liberdade! – abre as asas sobre nós”, e nós recordamos todos os dias que “o sol da liberdade em raios fúlgidos – brilhou no céu da Pátria...”

Cecília Meireles

LISTA DE SIGLAS

CF - Constituição Federal

CPP - Código de Processo Penal

CPC - Código de Processo Civil

N.P - Não Paginado

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma breve análise acerca das medidas cautelares menos gravosas, advindas da Lei 12.403/11, analisando ainda a efetiva aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência no Processo Penal. Na pesquisa, fundamentada em fontes bibliográficas, procuramos evidenciar o ponto de vista da doutrina, assim como o posicionamento da jurisprudência sobre a possível aplicação em sede de Direito Processual Penal para as chamadas cautelares atípicas ou inominadas, além da possibilidade do juiz penal ter Poder Geral de Cautela. Constatou-se que a predominância dos julgados e das abordagens doutrinárias é a de que pode haver a antecipação cautelar da prisão, desde que respeitados os pressupostos e demonstrada a necessidade da medida.

Palavras-Chave: Lei 12.403/2011 – Cautelares Atípicas – Presunção de Inocência - Poder Geral de Cautela.

ABSTRACT

This paper aims to make a brief analysis about the precautionary measures less restrictive, resulting from Law 12.403/11, still analyzing the effective implementation of the constitutional principle of presumption of innocence in criminal procedure. In the survey, based on literature sources, we seek to highlight the point of view of doctrine, as well as the positioning of the jurisprudence on the possible application in place of Criminal Procedure for atypical or unnamed precautionary calls and the possibility of criminal courts have General Power of caution. It was found that the prevalence of the courts and doctrinal approaches is that there may be a precautionary anticipation of the prison, provided they comply with the assumptions and demonstrated the necessity of the measure.

Keywords: Law 12.403 / 2011 – Atypical Stealth - Presumption of Innocence - General Power of caution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS MEDIDAS CAUTELARES	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Origem Histórica - Lei das XII Tábuas	15
1.3 Influência do Direito Romano	16
1.4 Direito Germânico	17
1.5. Direito Francês	18
1.6 Direito Brasileiro	18
2 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	20
2.1 Princípio da Presunção de Inocência	21
2.2 Princípio da Presunção de Inocência versus Princípio da Não Culpabilidade	23
2.3 Considerações Gerais Sobre as Medidas Cautelares	25
2.4 Os Fundamentos das Medidas Cautelares	29
2.5 Características e Requisitos das Medidas Cautelares	30
2.6 A Classificação das Medidas Cautelares no Processo Penal	31
3 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL.....	36
3.1 O Poder Geral de Cautela no Processo Civil	40
3.2 Prisão Cautelar	43
3.2.1 Conceito.....	43
3.2.2 A Natureza Jurídica da Prisão Cautelar.....	44
3.3 Modalidades de Prisão Cautelar.....	45
3.3.1 Prisão em Flagrante.....	45
3.3.2 Prisão Preventiva.....	47
3.3.3 Prisão Temporária.....	49
3.3.4 Audiência de Custódia.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

No presente trabalho fez-se uma breve abordagem acerca das alterações relevantes no Título IX, do Código de Processo Penal, no tocante às Prisões Cautelares e Medidas Cautelares.

Visa ainda refletir sobre a Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011, com destaque para sua aplicação no tempo, a adequação da medida à gravidade do crime, as investigações, o reconhecimento da natureza cautelar da prisão, possibilitando a substituição de cautelares substitutivas como medidas alternativas à prisão processual.

Com o advento da referida Lei houve uma mudança substancial sobre as matérias das cautelares no processo penal, até então resumidas na bilateralidade das prisões cautelares e da liberdade provisória.

Dentre os pontos que merecem destaque, ressalta-se a liberdade que o magistrado passa a exercer sobre a liberdade do sujeito que está sendo investigado ou que já foi acusado da prática de um crime, sem ter a necessidade do controle máximo que se daria por meio da prisão, justificando do ponto de vista jurídico por sua pertinência no que tange às medidas distintas do encarceramento, com o escopo de garantir aos cidadãos uma melhor política criminal, sem, no entanto, causar sensação de impunidade no âmbito social.

O tema abordado mostra-se pertinente, pois, antes da mudança legislativa, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, o juiz tinha uma situação extrema, que perdurou por muitos anos, que era a liberdade do investigado sem nenhum controle do Estado, e do outro lado a privação total de liberdade, que é a prisão propriamente dita.

Com essa importante alteração o legislador trouxe nove medidas cautelares alternativas à prisão, que são gradativamente estabelecidas em razão da restrição que elas vão propiciar à liberdade de locomoção, mas não são elas prisão.

Não obstante a inserção dessas medidas cautelares diversas da prisão apontadas no art. 319 do Código de Processo Penal, a doutrina processualista ainda passou a discutir se tal rol apresentava hipóteses taxativas ou apenas exemplificativas.

Cumprindo ainda ressaltar que o ordenamento jurídico traz o cárcere como forma de garantir o Processo Penal. Não obstante, analisam-se formas para melhor garantir princípios fundamentais como: o da dignidade da pessoa humana, liberdade, proporcionalidade, razoabilidade e presunção de inocência.

O cumprimento dos princípios constitucionais aludidos não impossibilita a decretação de qualquer das prisões provisórias. Entretanto, é essencial ter em mente que essas medidas devem ser decretadas em caráter excepcional, respeitando os requisitos limitadores previstos pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal de 1988.

Em outros termos, a discussão se concentra em viabilizar ou não a incidência do Poder Geral de Cautela tão atuante no Código de Processo Civil, no direito processual penal.

A despeito das modificações inseridas no Código de Processo Penal, a Lei 12.403/2011 acrescentou a ele um novo rol, que contém nove medidas cautelares diversas da prisão, as quais poderão ser aplicadas de forma concomitante pelo magistrado, desde que de forma justificada e levando sempre em conta os critérios de necessidade e adequação previstos no artigo 282, incisos I e II.

Como necessidade, é evidente que em razão do princípio do devido processo legal a sua incidência somente ocorrerá quando, de fato, se vislumbrar algum prejuízo à preservação da aplicação da lei penal. Isto é, quando exista algum risco de que sua aplicação não se efetive ao final da persecução penal, inclusive para lúdima apuração dos fatos e a reiteração criminosa.

Por sua vez, a adequação deve ser guiada a partir de três parâmetros fixados no inciso II do referido dispositivo legal: a gravidade do crime, as circunstâncias em que o fato foi praticado e, por fim, as condições pessoais daquele que irá suportar a medida cautelar.

Trata-se de uma atividade hermenêutica necessária a ser realizada pelo magistrado, conquanto seja uma hipótese de cláusula de reserva jurisdicional. Essa exegese, no entanto, encontra contornos claros e fixados na lei, vale dizer, a luz do princípio da proporcionalidade e cotejado com as hipóteses legais do art. 319 do CPP, se encontrará a medida cautelar a subsumir o caso concreto.

Não se trata, por evidente, de processo criativo do juiz – como classicamente visto no processo civil, que para alcançar a finalidade do processo, é imprescindível a proteção cautelar em razão da urgência na obtenção de algumas medidas. Diante disso, surge o poder geral de cautela com a pretensão de preencher as brechas provenientes da improbabilidade de antever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar.

A legislação prevê um rol de procedimentos cautelares específicos, que estão elencados nos artigos 813 e seguintes do Código de Processo Civil, além destas medidas, pode o Magistrado, consoante ao art. 798 do CPC, aplicar medidas provisórias as quais ele achar necessária, para garantir a satisfação da parte ante a demora do processo.

No Processo Penal, logo surgindo a necessidade cautelar pode o juiz aplicar as medidas restritivas ou privativas de liberdade, as restritivas vão se tornando gradativamente mais restritivas até chegar na privativa que é a prisão. As medidas cautelares de natureza pessoal, ou seja, prisões cautelares também chamadas de prisões processuais, tendo em vista o seu caráter urgente e excepcional, necessitam ter como pressuposto fundamental os requisitos gerais para decretação das medidas cautelares penais, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

As medidas cautelares são, portanto, atos que visam garantir o desenvolvimento do processo e a aplicação eficaz do *jus puniend*. Por tal premissa, é evidente que de igual forma ao princípio da legalidade no direito penal material, o mesmo entendimento deverá ser estendido ao direito penal adjetivo (direito processual).

Atento a essa objetivo, o presente trabalho foi pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método dedutivo.

Para tanto, no primeiro capítulo foi apontado um contexto histórico das medidas cautelares. No segundo, a análise do princípio da presunção de inocência e regra de tratamento dela decorrente, cujos reflexos são bastante evidentes nas medidas cautelares. Por fim, no terceiro capítulo, tratou de um assunto de grande relevância, procurando fazer uma breve interpretação e aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, tendo sempre como princípio norteador a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, sua aplicação antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória apresenta-se como exceção, por fim adentrou ao tema propriamente dito, ao aprofundar o estudo no poder geral de cautela, com seus reflexos no processo penal.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Conceito

Inicialmente, é importante trazer a definição de “medida cautelar” compreendida pelos atuais juristas brasileiros.

Discorre Nucci (2014, p. 26) que no “estado democrático de direito, deve-se ressaltar constituir a liberdade à regra, no Brasil; a prisão, a exceção”. Contudo, mesmo o direito à liberdade, sendo considerado como direito humano fundamental, ele pode ser restringido, quando a prisão for oriunda de condenação com sentença transitada em julgado.

Todavia, para garantir um melhor prosseguimento do processo, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu algumas exceções em que é possível restringir o direito de liberdade sem uma sentença penal condenatória, como a prisão cautelar, nesse sentido prossegue o autor:

[...] em caráter excepcional, buscando-se assegurar o curso do processo, sem qualquer espécie de deturpação, além de proporcionar, em situações específicas, segurança à sociedade, pode-se decretar a prisão cautelar. Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio. (NUCCI, 2014, p. 26).

Entre os tipos de prisão processual cautelar existente, Nucci (2014, p. 26) lembra que tem se aqueles,

[...] quanto ao momento de decretação: 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.

Em contraposição a prisão cautelar existe medidas cautelares que visam garantir o direito à liberdade do indiciado, até que o trâmite processual finde-se, entre elas pode-se destacar a liberdade provisória.

A liberdade provisória é um benefício concedido ao preso em flagrante, não sendo a prisão convertida em preventiva, nem relaxada por ilegalidade. Admite a fixação de

fiança ou de outras condições diversas do pagamento de valor ao Estado. Pode-se estranhar a terminologia utilizada (liberdade provisória), pois o estado de inocência é o prevalente, assim como a liberdade é a regra. Logo, em tese, não teria sentido denominar esse favor legal como provisório. Mais adequado seria mencionar a hipótese de liberdade fiscalizada. (NUCCI, 2014, p. 26).

No direito brasileiro não existe um direito processual cautelar penal, sendo que as medidas cautelares podem ser requeridas em fase de processo, ou mesmo em fase de investigação.

Elucida Lima (2011, p.1125) que

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

O autor explica que é muito comum uma ação penal demorar exigir um grande lapso de tempo até que seja proferida uma sentença, nesse ponto as cautelares são de grande importância, pois servem para amenizar algumas situações decorrentes dessa grande demora. Nesse sentido:

É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Daí a importância da tutela cautelar no-processo penal, a qual é prestada independentemente do exercício de uma ação dessa natureza, que daria origem a um processo cautelar com base procedimental própria, mas sim através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo. (LIMA, 2011, p.1125)

Por conseguinte, medida cautelar pode ser compreendida como um meio existente tanto para assegurar o andamento normal do processo, evitando contratemplos e também para garantir o direito fundamental do indivíduo litigado, eis que muitas vezes grande é o tempo despendido para que uma ação termine.

Desta forma, a função primária da medida cautelar é “garantir” algo que será determinado futuramente, ou seja, asseguram que em uma ação em andamento o objeto não seja perdido, antes de seu fim.

Outra característica das medidas cautelares é sua provisoriedade, eis que no processo cautelar não existe coisa julgada material, assim pode o julgador conceder o objeto pleiteado em sede de cautelar, mas negar quando der uma decisão definitiva.

1.2 Origem Histórica - Lei das XII Tábuas

Alguns estudiosos remetem a gênese das medidas cautelares ao período em que surgiu a Lei das XII Tábuas de Moisés:

Se pode falar que o embrião das medidas cautelares tiveram origem na Lei das XII Tábuas, ou seja, é nesta lei que se considera a primeira expressão de tutela cautelar, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*. (CALVOSA apud RIBEIRO, 2014, p. 02)

E ainda assevera o Autor¹:

La condizione dell'addictus, limitatamente però ai sessanta giorni, durante i quali, per ordine del magistrato, restava costretto nelle carceri private del creditore, sembra proprio quella d'un soggetto, costituito in garanzia d'un credito.

Calvosa (2014) explica que a relação estabelecida entre as medidas cautelares e as XII Tábuas se dá em razão do *addictus*, pois este era uma atividade, pela qual o Estado interferia na relação particular, para coibir o excesso de defesa que uma das partes poderia utilizar em face da outra, conservando dessa forma a harmonia na sociedade.

Além disso, muito semelhante ao procedimento cautelar “quer seja pela função ou aparência, era o *nexus*” (CALVOSA apud RIBEIRO, 2011, p. 01), vez que era uma garantia “e não constituía uma relação obrigacional, mas que de certo modo era uma extensão da obrigação”.

Sobre o *nexus* discorre Calvosa (apud Ribeiro, 2011, p. 01):

“Infatti, il nexum non era altro che un'autooppignorazione o anche un'oppignorazione delle persone in potestà, che il debitore poneva in essere volontariamente e con il consenso de creditore”.

Também explica Oliveira (2003, n.p):

¹ A condição do *'addictus'*, está limitado à 60 dias, durante os quais, por ordem do magistrado, o credor pode permanecer em cárcere privado, até que ele próprio ou um sujeito, oferecesse à garantia do crédito.

O ‘nexum’ surge na Lei das XII Tábuas, e tem como escopo garantir o pagamento de mútuo de dinheiro. Consistia numa obrigação contraída em virtude da qual, o devedor insolvente ficava temporariamente a serviço do credor até extinguir sua obrigação, ou lhe oferecia bens a serem penhorados [2]. Deve-se ficar bem claro, que o ‘nexum’ não se confundia com a escravidão.

O direito cautelar brasileiro foi influenciado por diversas culturas, sendo impossível abordar todas no presente, todavia, tentou-se ao máximo traçar as principais influências sobre o procedimento cautelar.

1.3 Influência do Direito Romano

Para alguns o direito romano é considerado o berço de vários institutos jurídicos, assim como o das medidas cautelares.

As medidas que existam àquela época, apesar de não terem isoladas em um procedimento absolutamente cautelar, procuravam tutelar os direitos substanciais. Dos vários institutos que no Direito Romano funcionavam de forma acautelatória, três gostaríamos de destacar: o *nexum*, a *cautio damini infecti*, e a *missio in possessionem*. (OLIVEIRA, 2003, n.p)

Como citado anteriormente o *nexus* teve origem com o advento da Lei das XII Tábuas e posteriormente foi abraçado pelo direito romano.

Conforme Oliveira (2003, n.p) a *cautio damini infecti* (caução de dano temido) era uma “medida que o pretor determinava uma caução para garantia do requerente. Caso a caução não se efetivasse, ele determinava a posse de quais bens do requerido este teria direito”.

Já o *cautio damini infecti* não comportava duas fases, uma extrajudicial e outra judicial, como na primeira ação, mas consistia em ir imediatamente ao pretor, o qual não só emanava o interdito proibitório, mas ainda impunha uma *stipulatio* garantindo a prestação da *cautio*, tentando assim obter uma espécie de medida cautelar. (RIBEIRO, 2011, p. 17)

Já em relação ao *missio in possessionem* (entrada na posse), era uma medida com finalidade preventiva, “na qual pretor ordenava a entrega da coisa objeto do litígio a um dos litigantes ou a um curador” (OLIVEIRA, 2003, n.p).

Entre outros importantes institutos do direito romano que serviram de base para a criação do procedimento cautelar, o autor aponta o *apud sequestrem* e o *operis novi nuntiatio*, a saber:

A medida consistia em se entregar nas mãos de um terceiro, o chamado sequestrar, um bem, com o fim de que este fosse conservado e depois devolvido ao vencedor demanda, evitando-se assim, que a coisa ficasse nas mãos de um dos litigantes, podendo este deixar a coisa se deteriorar. (OLIVEIRA, 2003, n.p)

Corroborando ainda mais com o assunto:

A operis novi nuntiatio, que é instituto antigo do *juris civilis*, servia para impedir que o vizinho, com a construção de obra nova, pudesse de alguma maneira evitar o curso natural da água, dividindo-se em duas fases: a primeira fase era extrajudicial e consistia em se intimar o vizinho a interromper a obra iniciada, que podia consistir em lançar uma pedra, ato simbólico da repulsa; e a segunda fase que se fundava sobre o *imperium* do pretor que impunha de qualquer maneira o trancamento da obra. (RIBEIRO, 2011, p. 15)

De mais a mais, o depósito da coisa poderia ser realizado tanto de maneira voluntária, caso existisse acordo entre os litigantes, ou necessariamente, que no caso seria semelhante a uma ordem judicial.

1.4 Direito Germânico

O direito germânico exerceu grande influência, quando se refere em matéria processual, pois “a ciência processual se desenvolveu muito no final do século passado, e em certo aspecto iniciou-se, com as magníficas obras de BÜLOW em 1868, WACH em 1885, KÖHLER em 1888 e HELLWIG em 1912, entre outros”. (RIBEIRO, 2011, p.15).

Por muito, no direito germânico permaneceu a forma de execução estabelecida no século XII, qual seja, a execução privada iria recair sobre a pessoa e ou seus bens, conforme o valor da dívida, e para garantir a eficiência do ato, executava-se de forma antecipada o devedor e depois seus bens.

Dominou no mundo germânico, máxime no século XII, como já sabido, a execução privada sobre a pessoa ou bens do devedor. Para se ter certeza de que seria eficaz a execução, se fazia uma maneira de execução antecipada, primeiramente sobre a pessoa do devedor, depois em seus bens.

O direito germânico do final do século XIX conheceu alguns tipos de medida cautelar, inseridas no sistema do processo executivo, que foram introduzidos pela primeira vez na *einstwilige Verfügungen* nos §§ 935 e 940 da ZPO, que constituía no procedimento final de um particular tipo de processo cautelar. Era uma medida tipicamente processual. (RIBEIRO, 2011, p.15)

Assim, desde o século XII, já existia no Direito Germânico a noção de necessidade de uma execução provisória, para se evitar a perda do objetivo, ou garantir a satisfação do credor, e isso em muito contribuiu com as bases de todo o processo cautelar, tanto cível como penal.

1.5 Direito Francês

No Direito Francês o tema cautelar foi inserido com a vigência do antigo Código de Processo Civil Francês de 1976, que em seu artigo. 484 trazia a seguinte disposição:

une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi ou principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires².

Sobre o assunto:

A chamada *jurisdiction des référés* (jurisdição de urgência) é um meio excepcional, um instituto de urgência para resolver as dificuldades da execução de forma sumária e provisória, de extrema rapidez, dirigida ao Presidente do Tribunal. Possui alguma parelha, quanto ao exercício do juiz, a um poder geral de cautela mais amplo e de tudo vinculado ao juízo de mérito. (RIBEIRO, 2011, p. 19)

Evidencia então, que a jurisdição de urgência possui um caráter basicamente provisório, não podendo prejudicar nem incidir sobre o mérito.

1.6 Direito Brasileiro

Não é fácil determinar o início das cautelares no Brasil, pois existe muita divergência, conquanto a esse assunto, assim como também o ordenamento jurídico passou por severas mudanças antes de se consolidar no que se tornou hoje.

Para Pacelli (*apud* Queiroz, 2011, p. 05),

após a vigência das ordenações do Reino de Portugal (do século XVI ao início do século XIX), a primeira legislação brasileira codificada foi o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, em 1832, merecendo registro também algumas disposições processuais previstas na Constituição de 1824, que lhe antecedeu.

Alguns autores traçam seu início junto com o a colonização das Ordenações Afonsinas, a saber:

Visualiza-se a presença das medidas assecuratórias no ordenamento jurídico brasileiro, bem no início de sua colonização à época das Ordenações Afonsinas, que assim dispunham a respeito da proibição dos arrestos realizados por autoridade própria: ‘Parando mentes a prol do rregno estabelecemos que nehum hom ouse a penhorar outro senom aquel que poder prouar que he seu devedor ou fiador. E aquel as fazer seja peado em quinhentos soldos e correga o dano ao que recebeo.’ Mas apesar das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas fazerem menção expressa às medidas de cunho acautelatório, nenhuma delas conseguiu separar com nitidez o seqüestro do arresto. (OLIVEIRA, 2003, n.p).

Nessa época, o demandando quando objetivava deixar o local da causa, poderia ter seus bens sequestrados, acaso a outra parte solicitasse, ou também quando o caso era de extrema gravidade.

Com a independência, houve uma mudança significativa, trazendo a possibilidade da propositura de indenização *ex delicto*, nesse sentido:

Após a independência do Brasil, a primeira legislação genuinamente brasileira, a falar a respeito da indenização ‘ex delicto’ foi o Código Criminal de 1830. Esta codificação no seu artigo 21, prescreveu que a indenização supracitada, somente deveria ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. As únicas exceções, a esta regra, isto é, a proposição da ação de reparação do dano antes do trânsito em julgado da ação penal, seriam quando o réu estivesse ausente; se após a decisão de pronúncia ele falecesse; ou quando a ação indenizatória era interposta no juízo cível diretamente, sem se aguardar a decisão no processo criminal. (OLIVEIRA, 2003, n.p).

A possibilidade de ação *ex delicto* foi repetida no código de processo criminal de 1832 e com o advento do Código de Processo Criminal de 1841, o referido dispositivo foi revogado.

O Código de Processo Criminal de 1832, também, fez referências à reparação do dano ex delicto. Podemos citar a título de exemplificação, o artigo 234, in verbis: ‘Art. 234. Nos casos do artigo antecedente poderão propor-se contra o ausente as ações cíveis, que competirem, para haver-se a ‘indenização do damno’, que houver causado como o delicto’.

Ocorre que na reforma do Código de Processo Criminal de 1841, ambos dispositivos foram revogados, e a competência para a interposição da ação ex delicto passou a ser exclusiva do juízo cível.

Desta forma, é possível constatar que até naquele momento, não havia nada no ordenamento jurídico que especificadamente mencionasse as medidas cautelares, contudo, já existia em vários dispositivos a previsão de uma tutela de urgência.

As medidas cautelares foram mencionadas pela primeira vez em 1935, em um projeto de Código de Processo Penal, todavia, o referido diploma não foi aprovado.

Por fim, as medidas cautelares foram criadas com o nascimento do Código de Processo Penal de 1941, ou Decreto Lei n.º 3689, que alguns autores afirmam ser um diploma autoritário, vez que foi influenciado pelas ideias do regime fascista.

O nosso Código de Processo Penal, conforme ventilado acima, foi editado em 03 de outubro de 1941, publicado no DOU em 13.10.41 e retificado em 24.10.41, com vigência em 01 de janeiro de 1942. Teve por inspiração a legislação italiana da década de 30, notadamente autoritária (fascista) e apresentava como foco principal a demonstração da responsabilidade do agente, em vez de se constituir numa garantia dos indivíduos frente ao poderio do Estado. (BARRETO, 2011)

Atualmente, no Brasil, com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, houve uma mudança substancial sobre as matérias das cautelares no processo penal - até então resumidas na bilateralidade das prisões cautelares e da liberdade provisória.

Com a citada modificação na legislação, o artigo 319 do CPP passou a prever um rol de medidas cautelares diversas da prisão, quais sejam: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, suspensão do exercício de função pública, recolhimento domiciliar, internação provisória do acusado, fiança e monitoração eletrônica.

Sabemos que, Princípios Constitucionais devem ser respeitados quando há edição ou modificação na lei, e que direitos fundamentais, como o princípio da presunção da inocência não podem ser esquecidos. No nosso ordenamento jurídico a liberdade é a regra e a prisão exceção, ou seja, ninguém será preso sem uma sentença transitado em julgado que o condene e que não caiba mais nenhum recurso, conforme o disposto no art.5º, LVII da CF/88.

2 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de entrarmos no tema das Medidas Cautelares diversas da prisão, necessário se faz falar sobre o Princípio da Presunção de Inocência. Tal Princípio, a exemplo de outros presentes na Carta Constitucional, dão subsídios aos fundamentos de todo sistema legal, é ele um dos princípios fundamentais do Direito, tendo em vista que tutela a liberdade dos homens, está previsto na CF/88 em seu art. 5º, LVII, e disciplina que: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória” .

O Estado, no interesse de punir o indivíduo, deve sempre respeitar sua liberdade pessoal, que é o bem jurídico do qual não pode ser privado, senão nos limites da lei, resguardando sempre as garantias constitucionais para que haja o devido processo legal e enquanto não houver uma sentença transitada em julgado e que não caiba mais recurso, o acusado presume-se inocente.

2.1 Princípio da Presunção de Inocência

A Constituição Brasileira de 1988 mudou radicalmente o processo autoritário do Código de Processo Penal de 1941, o principio da presunção da inocência ou principio da não culpabilidade, refere-se a um principio jurídico, que se aplica ao Direito Penal. Ampara-se na Constituição Federal e estabelece a inocência do acusado. Sendo assim só podemos designar alguém culpado após seu julgamento e o seu processo concluído.

Para compreendermos melhor Lima (2013, p. 63, *apud* BECCARIA, 1764, p. 69):

[...] um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Ou seja, o homem não pode ser condenado antes que sua sentença saia e que não caiba mais recurso e o defina como culpado, pois esse direito foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Assim todo pessoa tem o direito de provar sua não culpabilidade.

Lima (2012, p.11), afirma que:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Sobre o assunto Lopes Júnior (2013, p. 166), disciplina que:

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano, mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade.

Corroborando com esse entendimento acerca da presunção de inocência na Idade Média, Ferrajoli (2002, p. 441) aduz que,

[...] apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semi culpabilidade e uma semi condenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia.

No sistema inquisitorial não existia a presunção de inocência, havia muita desigualdade e arbitrariedade, se viu então uma maior necessidade de proteção ao acusado. Foi a partir do Iluminismo que esse princípio se fundamentou em documento, com a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão.

Sobre o assunto, Ferrajoli (2002, p. 443) afirma que

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão per tormenta. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio "nulla pena, nulla culpa sine iudicio" e à redescoberta do processo acusatório.

Com a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, o princípio da presunção de inocência se reergueu. A referida Declaração previa no art. 9º que, *“todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”*.

O Pacto de São José da Costa Rica também influenciou bastante o nosso ordenamento jurídico e adentrou na nossa Constituição Federal em 1988, reafirmando o conceito que está previsto no inciso LVII do artigo 5º.

Com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-92, vige no País a regra de que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”* (art. 8º, 2, da Convenção) (MIRABETE, 2000):

Art. 8º. [...]

II - Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...].

Sendo assim quem acusa é quem deve provar a culpabilidade do acusado, pois, necessita-se de provas certas e que sejam apresentadas no julgamento comprovando a culpabilidade desse acusado, ao término do julgamento. Todavia, a prisão cautelar não é proibida, tendo que seguir aos requisitos do artigo 312 do CPP, sendo eles:

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.

Ou seja, a Presunção de Inocência não proíbe a prisão do acusado antes de ser julgado, necessita-se de um processo regular, para assim ver a culpabilidade do indivíduo ou não e em caso de culpado ser submetido a uma pena. A presunção de Inocência garante então uma segurança, deixando de lado os riscos da criminalidade.

2.2 Princípio da Presunção de Inocência Versus Princípio da Não Culpabilidade

São termos diferentes, pois o texto constitucional não fala em presumir o estado de inocência do acusado e sim em não considerá-lo culpado até o trânsito em julgado da sentença

condenatória. A presunção de inocência só viria com a decisão do juiz ao prolatar a sentença absolutória ou condenatória.

Para compreendermos melhor Mirabete (2000, p. 42) afirma que:

O que se entende hoje, é que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do "princípio de não culpabilidade". Por isso, a nossa Constituição Federal não "presume" a inocência, mas declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

O Princípio da não culpabilidade faz com que haja uma inversão do ônus da prova, ao contrario dos tempos inquisitoriais onde havia sempre a presunção de culpa ao acusado, agora o ônus de provar cabe à acusação e não a defesa é a acusação que deve provar que o acusado é culpado.

Consoante a isso Mirabete (2000, p. 43) aduz que:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (in dubio pro reo).

Uma grande discussão havia sobre o direito de apelar em liberdade do acusado. Anteriormente o artigo 594 do Código de Processo Penal (revogado) disciplinava que para o acusado recorrer ele tinha que ficar preso e caso ele fugisse a apelação dele devia ser julgada deserta.

Quando a Constituição Federal foi promulgada muitos artigos do Código de Processo Penal foram recepcionados por ela e outros foram revogados, a exemplo dos 393, 594 e 595 por irem contra o texto constitucional.

Art. 594: o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto. (Revogado)

Art. 595: Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação. (Revogado)

Art. 393: São efeitos da sentença condenatória recorrível:

- I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;
- II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. (Revogado)

Se o acusado fosse considerado culpado não havia nenhum dispositivo ou regulamento de lei que positivasse sua liberdade caso ele entrasse com recurso especial ou extraordinário. Após interpretações dos tribunais o entendimento passou a ser que essa prisão seria ilegal, ou seja, seria a antecipação da pena.

Existia uma grande discussão justamente sobre esse artigo 594 do CPP, e o entendimento inicial dos Tribunais era de que essa prisão não era contra o ordenamento jurídico e que ele não violava o estado de presunção de inocência, conforme o estabelecido na súmula 9 do STJ (Revogada) : *A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.*

Em sede de apelação a prisão provisória ainda está autorizada e não viola a presunção de inocência, desde que ela seja necessária e devidamente fundamentada, e estejam evidenciados os requisitos disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Conclui-se que, de acordo com o Princípio da Presunção de Inocência, expresso na Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, todo acusado deve ser considerado inocente até que se tenha uma sentença transitada em julgado e que não caiba mais nenhum recurso. O acusado só poderá, portanto, ter sua liberdade restringida antecipadamente, quando for necessário e devidamente fundamentada.

2.3 Considerações Gerais Sobre as Medidas Cautelares

Dentre os pontos que merecem destaque, ressalta-se a independência que o magistrado passa a exercer sobre a liberdade do sujeito que está sendo investigado ou que já foi acusado da prática de um crime, sem ter a necessidade do controle máximo que se daria por meio da prisão.

Consoante a isso, Lopes Júnior, (2013, p. 614) disciplina que:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise podemos verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância (eficácia). É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha – se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da

consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro. Em suma, a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente.

Antes da mudança legislativa, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, o juiz tinha uma situação extrema, que perdurou por muitos anos, que era a liberdade do investigado sem nenhum controle do Estado e do outro lado a privação total de liberdade, que é a prisão propriamente dita.

Com essa importante alteração trouxe o legislador nove medidas cautelares alternativas à prisão, que são gradativamente estabelecidas em razão da restrição que elas vão propiciar à liberdade de locomoção, mas não são elas prisão.

Não obstante a inserção dessas medidas cautelares diversas da prisão apontadas no art. 319 do Código de Processo Penal, a doutrina processualista ainda passou a discutir se tal rol apresentava hipóteses taxativas ou apenas exemplificativas.

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 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.

Em outros termos, a discussão se concentra em viabilizar ou não a incidência do Poder Geral de Cautela tão atuante no Código de Processo Civil, no direito processual penal.

Nesse trilha, bastante relevantes são os ensinamentos de Lopes Júnior (2013, p. 617), que aponta os efeitos do princípio da legalidade do direito penal irradiarem de igual forma nas medidas cautelares pessoais, logo, elencadas em hipóteses *numeros clausus*:

A lei 12403/11, de 04 de maio de 2011, instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Portanto, hoje estão autorizadas as medidas previstas no art. 319 e 320, ou seja, um rol taxativo de medidas diversas da prisão.

Claro que medidas necessárias para a implantação da cautelar podem ser adotadas, inclusive porque possuem previsão legal. É o caso da entrega do passaporte, agora previsto no art. 320. Qualquer restrição fora desses limites é ilegal. Segue o juiz ou tribunal atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.

A despeito das modificações inseridas no Código de Processo Penal, a Lei 12.403/2011 acrescentou a ele um novo rol, que contém nove medidas cautelares diversas da prisão, as quais poderão ser aplicadas de forma concomitante pelo magistrado, desde que de forma justificada e levando sempre em conta os critérios de necessidade e adequação previstos no artigo 282, incisos I e II.

Como necessidade, é evidente que em razão do princípio do devido processo legal a sua incidência somente ocorrerá quando, de fato, se vislumbrar algum prejuízo à preservação da aplicação da lei penal. Isto é, quando exista algum risco de que sua aplicação não se efetive ao final da persecução penal, inclusive para lúdima apuração dos fatos e a reiteração criminosa.

Com a mudança legislativa trouxe o artigo 282 do Código de Processo Penal, os requisitos para a aplicação das medidas cautelares:

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou 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;

§ 5º 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.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautela.

Por sua vez, a adequação deve ser guiada a partir de três parâmetros fixados no inciso II do referido dispositivo legal: a gravidade do crime, as circunstâncias em que o fato foi praticado e, por fim, as condições pessoais daquele que irá suportar a medida cautelar.

Trata-se de uma atividade hermenêutica necessária a ser realizada pelo magistrado, conquanto seja uma hipótese de cláusula de reserva jurisdicional. Essa exegese, no entanto, encontra contornos claros e fixados na lei, vale dizer, a luz do princípio da proporcionalidade e cotejado com as hipóteses legais do art. 319 do CPP, se encontrará a medida cautelar a subsumir o caso concreto.

Não se trata, por evidente, de processo criativo do juiz – como classicamente visto no processo civil – mas, claro processo hermenêutico de encontrar a partir da razoabilidade a medida cautelar que melhor alcance a necessidade com ela pretendida. Não por menos, a insuficiência de alguma, por consequente, ocasionará a aplicação de outra e, em última razão, a segregação acautelatória (prisão cautelar).

Logo, surgindo a necessidade cautelar pode o juiz aplicar as medidas restritivas ou privativas de liberdade, as restritivas vão se tornando gradativamente mais restritivas até chegar na privativa que é a prisão.

Como ensina Lopes Júnior, trazendo as lições Calamandrei (2013, p. 617):

É reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*) confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que se deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que considerem oportunos e apropriados ao caso. Significa dizer que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatórios, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar. Tanto que o processo civil, além das medidas de antecipação de tutela, consagra um rol de medidas cautelares nominadas

e a aceitação das medidas inominadas, em nome do poder geral de cautela que confere o art. 798 do CPC. Mas isso só é possível no processo civil. No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é a garantia. Logo, não há espaços para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limite e à forma legal.)

As medidas cautelares são, portanto, atos que visam garantir o desenvolvimento do processo e a aplicação eficaz do *jus puniend*. Por tal premissa, é evidente que de igual forma ao princípio da legalidade no direito penal material, o mesmo entendimento deverá ser estendido ao direito penal adjetivo (direito processual).

2.4 Os Fundamentos das Medidas Cautelares

O processo é um conjunto de atos que regula e produz efeitos jurídicos. Essa relação jurídica formada é a consequência dos atos processuais.

Nesse sentido, Lopes Júnior (2013) discorre (BULOW *La teoria de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, 1868):

O processo é uma relação jurídica, de natureza pública que se estabelece entre as partes, (MP e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar antes entre as partes e o órgão público da Administração da Justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.

Temos então que, o processo é uma relação de atos juridicamente organizados e que, desde o início até a finalização do processo, há um lapso temporal não determinado para efetivação dos atos processuais.

Sobre o assunto é importante citar o entendimento de Távora (2013, p. 636), a saber:

[...] Se o *status* de inocência só pode ser ilidido com o advento da sentença condenatória transitado em julgado, a regra é a manutenção da liberdade, e a prisão cautelar só pode existir ou perpetuar enquanto for necessária. Caso contrário, deve-se assegurar ao indiciado ou ao réu a liberdade e, se preciso for, aplicar outra medida cautelar não cerceadora da liberdade (art. 319, CPP).

Tal fator explica as medidas cautelares, pois, são medidas onde o juiz poderá ter um maior controle sobre a pessoa que está sendo investigada ou que já foi acusada da prática de um crime, sem ter a necessidade do controle máximo, que é a privação total da liberdade.

Tais medidas não têm o viés de pena, ela visa acautelar, e serão aplicadas no decorrer do processo e servirá de foco para persecução da ação penal. Para sua aplicação é necessário que haja indícios de autoria e materialidade e tais medidas não servirá como antecipação da pena e sim para que sejam formados ou preservados os elementos de convicção, sua aplicação será em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

Pontua Távora (2013, p. 665) que:

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão branda quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento dos atos da persecução penal (Antiga redação do art. 310, CPP).

As medidas cautelares, portanto, tendem garantir à segurança da atuação jurisdicional e garantir que ao final da persecução penal a tutela jurídica tenha alcançado sua eficácia.

Tendo em vista que no nosso ordenamento a liberdade é a regra e a prisão é a exceção, e não sendo possível manter a liberdade do acusado aplicar-se á uma das modalidades das medidas cautelares diversas da prisão, em conformidade com o disposto no art. 282 do CPP.

2.5 Características e Requisitos das Medidas Cautelares

Visando garantir os direitos do ofendido, o Código de Processo Penal permitiu a reparação do dano por parte do autor do dolo. Estabelecendo assim que, as Medidas Cautelares estão passíveis de aplicação a qualquer momento da persecução penal, inclusive na fase do inquérito.

São elas nove medidas que são estabelecidas gradativamente em razão da restrição que elas vão propiciar, mas não são prisões. Tais medidas estão previstas no art. 319 do CPP, é um rol taxativo, pois são cautelares pessoais e não podem ser vistas de maneira exemplificativa.

As Medidas Cautelares têm como característica essencial a instrumentalidade, pois sua função é prevenir um prejuízo causado pela demora da persecução penal.

Sobre o assunto Mirabete (2000, p. 237) disciplina que:

Essas medidas assecuratórias têm a característica da instrumentalidade, pois destinam-se a evitar o prejuízo que adviria da demora da conclusão da ação penal

(*periculum in mora*), garantindo, através da guarda judicial das coisas, o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito.

Os requisitos para a aplicação das medidas cautelares são essencialmente o binômio necessidade e adequação, conforme os incisos I e II do art. 282 do CPP.

Nos ensinamento de Távora (2013, p. 666):

Como toda medida cautelar, pressupõem a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e demonstração da materialidade), que é a justa causa para a decretação da medida, somando se ao *periculum* ao regular transcorrer da persecução penal, ou o risco inerente a liberdade plena, de sorte que as amarras ao agente caracterizam exatamente a pertinência da constrição às circunstâncias dos fatos.

Como necessidade, é evidente que em razão do princípio do devido processo legal a sua incidência somente ocorrerá quando, de fato, se vislumbrar algum prejuízo à preservação da aplicação da lei penal, quando o acusado de alguma forma atrapalhar a apuração dos fatos, ainda para resguardar a aplicação da lei penal ou quando há risco que o investigado volte a cometer novos crimes.

Corroborando com esse entendimento, Távora (2013, p. 666) leciona que:

Não há, na lei, prazo de durabilidade da medida. Portanto, a dilação no tempo depende do fator necessidade. A depender do estado das coisas (cláusula *rebus sic stantibus*), e da adequação no caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não se faça mais necessária. Sobrevindo novas provas indicando sua conveniência, nada impede que seja redetretada.

Surgindo a necessidade deverá o magistrado ver qual das medidas será adequada. Essa adequação deve ser guiada a partir de três parâmetros fixados no inciso II do referido dispositivo legal: a gravidade do crime, as circunstâncias em que o fato foi praticado e, por fim, as condições pessoais daquele que irá suportar a medida cautelar.

2.6 A Classificação das Medidas Cautelares no Processo Penal

As medidas cautelares podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, desde que não seja a prisão, porque não pode cumular uma medida cautelar que é a prisão com outra

alternativa à prisão, surgindo a necessidade o juiz verificará qual medida será adequada ao caso concreto.

Assim elucida Nucci (2014, p. 27).

Não se pode olvidar que as medidas cautelares, previstas no Título IX do Código de Processo Penal, envolvem várias modalidades de restrições à liberdade individual, desde a mais grave consistente na própria prisão, até a mais leve, baseada na proibição de contato com determinada pessoa. Por isso, não podem ser decretadas sem base legal e fática, uma vez que acima das regras processuais, encontra-se o princípio constitucional da presunção de inocência (art.5º, LVII, CF).

Podem ser decretadas medidas cautelares diversas da prisão, para a efetivação concreta da aplicação da lei penal, para que haja uma sequência de atos que garanta o curso do processo sem qualquer prejuízo ao acusado e que garanta a segurança da sociedade.

Passemos à análise, portanto, das medidas cautelares em espécie, constantes dos incisos do novo art. 319 do Código de Processo Penal.

I - Comparecimento periódico em juízo é uma obrigação que o juiz estabelece, para que a pessoa de tempos em tempos vá a justiça informar suas atividades, esse tempo é estipulado pelo magistrado, podendo ser semanalmente, quinzenalmente ou mensalmente, a análise é feita pelo juiz que decidirá a forma de comparecimento.

Nesse sentido Távora (2013, p. 667) trás que “[...] a frequência do comparecimento deve ser estabelecida pelo juiz sempre com a finalidade de que o agente venha informar e justificar suas atividades, vinculando-o na persecução penal [...]”.

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.

Em determinados casos, as circunstâncias do crime pode estar relacionada com o lugar, o juiz ao aplicar a cautelar impede que o acusado volte a frequentar o lugar relacionado ao crime.

Sobre esse inciso Távora (2013, p.667) disciplina que,

A vedação deve ser revestida de plausibilidade, não sendo admissível que seja dissociada dos fatos. Daí que, quando a frequência de determinados ambientes seja fator de potencialização da prática de delitos, como festas de largo, bares, prostíbulos, a restrição será pertinente, desde que coerente com o contexto do delito anteriormente praticado.

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

A exemplo do inciso anterior, tal proibição é para se evitar nova prática do crime, ou que acusado não se aproxime da vítima.

Távora (2013, p. 667) discorre a esse respeito que,

Pode o agente ser proibido de entrar em contato com determinada pessoa, mas a vedação, consoante critério de proporcionalidade, deve guardar relação com o fato delituoso, a exemplo da necessidade dessa cautela no caso de infração que envolva violência ou grave ameaça ao indivíduo.

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

Essa proibição pode se estender, não permitindo que se ausente do país, inclusive podendo o juiz fazer o recolhimento do passaporte, conforme art. 320 do CPP.

Nas lições de Távora (2013, p. 667),

Como se depreende, a vedação não pode ser arbitrária. Em regra, o acusado deve responder ao processo em liberdade provisória, comumente com a imposição de obrigações. A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na processual.

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

Essa medida domiciliar é concedida aquelas pessoas que tem endereço e emprego fixo, onde tem-se a liberdade para ir trabalhar, mas a noite, finais de semana, dias de folga e feriados tem que ficar recolhido na sua residência.

Assim explica Távora (2013, p.667),

A medida cautelar em tela é ideal para tornar a prisão preventiva realmente excepcional. Sendo suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária é a segregação cautelar. Para ser possível sua imposição, exige-se que o agente possua residência e trabalho fixo.

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.

Sobre o referido inciso, Távora (2013, p. 669) esclarece que, “havendo pertinência funcional, com facilitação da atividade criminosa, admite-se que ela seja cautelarmente suspensa, notadamente em se tratando de crimes contra a administração pública [...]”.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável.

Se tiver reconhecido a situação de inimputável ou semi-imputável e tiver cometido um crime com violência ou grave ameaça, determina-se a internação provisória num lugar adequado para o seu tratamento e assim evitar a reiteração da prática delituosa.

Como leciona Távora (2013, p. 668),

[...] no entanto, a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como se fosse um efeito automático da doença mental.

A decisão deve estar apoiada no respectivo incidente da insanidade ou similar, não apenas para aferir a higidez mental do agente, como também para dosar a probabilidade de reiteração de condutas.

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.

A fiança é uma contracautela que visa garantir que o acusado compareça em todos os atos processuais. Para Távora (2013, p.670),

[...] De regra, funciona como contracautela, ou até mesmo como cautela autônoma, assegurando o comparecimento do agente aos atos processuais, evitando a obstrução da persecução penal, ou sendo imposta quando o agente resiste injustificadamente à ordem judicial, evitando o encarceramento.

IX - monitoração eletrônica.

É a utilização de pulseiras ou tornozeleiras que vão permitir identificar os lugares onde essas pessoas possam estar frequentando.

A esse respeito Távora (2013, p. 670) discorre dizendo que,

Com o advento da Lei 12.403/11, o instituto passa a permear toda persecução penal, desde a fase investigativa, contemplando inclusive a evolução processual, funcionando como verdadeiro substitutivo do cárcere cautelar, para aferir a ida e vinda ou permanência do indivíduo em determinados lugares, por meio de aparato tecnológico não ostensivo, com impacto mínimo na sua rotina, em consonância com o estipulado em decisão judicial motivada.

A Lei 12.403/11 trouxe um rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, que tem por objetivo evitar o encarceramento do acusado, o indivíduo não está preso, mas a sua liberdade não é plena, ela é restringida de acordo com a gravidade do delito cometido.

Até 2011 a prisão cautelar era regra, a liberdade provisória ou a aplicação de outras medidas cautelares era exceção. Hoje houve uma inversão, pois a liberdade é a regra, e em

não sendo possível a manutenção da liberdade plena, haverá a aplicação de uma das medidas cautelares diversas da prisão. O artigo 282, § 4º do CPP determina que, havendo o descumprimento da medida cautelar imposta, o Juiz poderá substituí-la, cominar outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

3 O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Após uma breve análise da classificação legal e doutrinária das medidas cautelares e das prisões cautelares, deve-se fazer um breve estudo acerca do poder geral de cautela e sua aplicabilidade no processo penal. Sabe-se que o processo penal apresenta autonomia limitada, dado o bem que tutela, qual seja, a liberdade do indivíduo.

Há uma grande discussão no que tange o atual modelo de Estado democrático de direito, em sede de direito processual penal, e se nele há espaço para as chamadas cautelares atípicas ou inominadas, e se tem o juiz penal Poder Geral de Cautela em sede de direito processual penal.

A cláusula constitucional do princípio do devido processo legal e outras garantias fundamentais também consagradas na Constituição Federal, assim como o princípio da presunção de inocência representa uma importante limitação ao poder geral de cautela.

Assim está expresso no texto constitucional:

Art. 93, IX, da CF: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Então, ao contrário do que acontece com as medidas cautelares penais de natureza real, que se assemelham às cautelares reais do Processo Civil, as medidas cautelares pessoais não guardam interdependência com o âmbito cível, uma vez que o juiz penal não possui o denominado “poder geral de cautela” que possui o juiz cível.

As medidas cautelares estão previstas de maneira taxativa no art. 319 do CPP, são elas a prisão e as nove medidas alternativas à prisão, não permitindo que o Juiz crie outras cautelares se valendo de um possível poder geral de cautela.

Sobre o tema Lopes Júnior (2013, p. 617), disciplina que:

No processo penal, não existe medidas cautelares inominadas, tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo.

Na esfera penal, o juiz atua dentro dos pressupostos previstos na lei penal, *in abstracto*, encontram-se presentes no caso concreto e, somente em caso positivo, poderá se

valer do instrumento cautelar, que deve ocorrer por meio de uma motivação adequada, com a presença dos pressupostos autorizadores da aplicação da excepcional medida.

O poder geral de cautela decorre do direito processual civil, onde o juiz determina uma medida cautelar não prevista em lei para adequar uma situação ou caso concreto.

Assim discorre Lopes Júnior (2013, p. 617, apud CALAMANDREI).

No processo civil é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*) confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que considerem oportunos e apropriados ao caso. Significa dizer que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar.

Partindo do pressuposto que toda medida cautelar é um direito incerto, faz-se necessário a presença dos requisitos fundamentais para sua aplicação. Assim sendo, o poder de cautela do juiz penal, ao aplicar as medidas cautelares, em particular, às prisões processuais, depara-se com os limites no direito de liberdade do cidadão em conflito com o dever do Estado de garantir a eficácia da persecução.

Consoante a esse entendimento Barros (1982, p. 15) aduz que,

A teoria do processo cautelar penal apresenta maior dificuldade de que nos outros ramos do direito. Justamente porque grande parte das cautelas envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesse entre a pretensão do estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de ir, vir, permanecer e estar.

Prossegue assim, Barros (1982, p. 17-18) em outro trecho:

[...] o conceito de lide no processo penal, apesar de controvertido, é fecundo para elaboração da doutrina, sendo também admissível no processo cautelar, uma vez que neste existe o perigo de que a liberdade individual seja inutilmente sacrificada. Daí surgir o contraste entre o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que aquele fuja, tornando impossível a execução da pena imposta enquanto o sujeito passivo de tais medidas, resiste a tal pretensão, alegando o seu direito de liberdade. Esse conflito de interesses do Estado em impor a medida cautelar, e o interesse do indivíduo em não suportá-la, estará sempre em contraste. É de se acentuar mais que se em algumas medidas cautelares, o erro na imposição da medida poderá ser reparado, através de uma indenização, noutras, tal como a perda da liberdade, é praticamente irreparável.

Compete, então, avaliar com especial atenção os pressupostos necessários a decretação de toda medida restritiva da liberdade, os quais deverão ser expressa e fundamentalmente demonstrados pelo magistrado em sua decisão.

No ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade é a regra, com a Lei 12.403/11, a prisão provisória passou a ser a exceção. Diante disso, deve o julgador, antes de restringir a liberdade do acusado por meio da prisão, constatar se não é caso para aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Se o investigado não oferece risco à sociedade, ao processo, ou à própria persecução penal, a privação da liberdade, medida extrema não se mostrará apropriada, sendo, portanto, necessário a imposição de uma ou mais medidas cautelares, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Sobre o assunto é importante destacar o entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios, veja-se:

HABEAS CORPUS. Crimes de estupro de vulnerável. Denúncia. Prisão preventiva relaxada pelo Juízo por excesso de prazo. Decreto prisional no bojo da sentença condenatória. Paciente pretende aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação. Pleito subsidiário de internação em hospital penitenciário para tratamento de saúde. Paciente que é considerado juridicamente pessoa idosa e apresenta problemas de saúde. Nos casos em que o réu chega solto ao momento da entrega da prestação jurisdicional este órgão fracionário tem se inclinado à concessão de habeas corpus, para efeito de revogação do decreto prisional que não esteja fundado na superveniência de fato novo que indique a necessidade concreta da segregação cautelar. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, o Poder Judiciário passou a contar com mecanismos diversificados para preservação da ordem pública e da efetividade de suas decisões, traduzidos no elenco de outras medidas cautelares, que podem substituir a ordem prisional, oferecendo soluções mais adequadas ao caso concreto. Sopesados os critérios da necessidade e adequação das medidas constritivas, a melhor solução in casu será a revogação da custódia, procedendo-se, à luz das novas regras processuais introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, a sua substituição por outras medidas cautelares, estabelecido, por ora, o cumprimento das condições previstas no artigo 319, incisos I, II, III e V do CPP, sob a fiscalização do juízo monocrático. Concessão parcial da ordem, para revogar o decreto prisional com imposição das medidas cautelares indicadas. (TJ-RJ - HC: 00442604620128190000 RJ 0044260-46.2012.8.19.0000, Relator: DES. ANTONIO JAYME BOENTE, Data de Julgamento: 27/08/2012, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/10/2012 16:13)

No caso apresentado não foram demonstrados fatos novos, que ensejassem a necessidade da restrição da liberdade do acusado, e deve ser levado em conta as condições pessoais do indiciado, por ser pessoa idosa e apresentar problemas de saúde. Visando assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal, decretou o Juiz a aplicação de medidas cautelares assecuratórias, diante do fato do acusado e vítima serem vizinhos.

E ainda:

ACÇÃO PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. ACUSADOS PRIMÁRIOS, COM OCUPAÇÃO LABORAL E COM RESIDÊNCIA FIXA. PRISÃO COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO QUE NÃO SE ADEQUA AO CASO CONCRETO. MEDIDAS CAUTELARES PENAS ALTERNATIVAS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO JUÍZO DE ORIGEM. ORDEM CONCEDIDA. Com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão provisória passou a ser a exceção da exceção, ou seja, impõe-se ao Magistrado antes de decretá-la, verificar diversas probabilidades, sendo elas o risco à sociedade, ao processo, ou à própria execução da pena, como observar se, ao final da persecução penal, poderá vir a ser aplicada pena privativa de liberdade suficiente para impor ao acusado a privação da liberdade. Sendo negativas as observações, a medida extrema não se mostrará adequada, devendo, quando cabível, ocorrer a imposição de uma ou mais das medidas cautelares, doravante previstas nos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal. (TJ-SC - HC: 957538 SC 2011.095753-8, Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 12/01/2012, Quarta Câmara Criminal (Janeiro), Data de Publicação: Habeas Corpus).

PRISÃO PREVENTIVA - RELAXAMENTO - CRIME HEDIONDO - A interpretação sistemática da Lei nº 8.072/90, a supremacia da Constituição ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" - artigo 5º, inciso LVII - conduzem à possibilidade de a prisão preventiva ser relaxada, mormente quando envolvida tentativa de homicídio e o processo revela dissenso sobre a qualificadora - excluída pelo Juízo que manteve contato direto com a prova e incluída, para apreciação do Júri, pelo Órgão revisor. Interpretação teleológica e sistemática do inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 76853 RJ , Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/06/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00433 EMENT VOL-02031-05 PP-00982)

Verificado o binômio necessidade e adequação de tais medidas constritivas, a melhor saída a revogação da custódia, aplicando se as novas regras introduzidas pela Lei n.º 12.403/11.

Para a situação em tela, deve-se estabelecer, por ora, como substituição à prisão cautelar, as medidas previstas no artigo 319, incisos I, II, III e V do CPP, quais sejam:

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;

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

A definição dos critérios para cumprimento das medidas caberá sempre ao Juiz, que deverá sempre fiscalizar e observa seus limites. Ficando o réu informado que qualquer

descumprimento das medidas a ele impostas, poderá ser decretada a prisão preventiva, conforme o disposto no § 4º do art. 282 do CPP.

Art. 282. [...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou 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 (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

No Processo Civil é confiado aos juízes um poder geral de cautela, para que eles atuem de maneira preventiva, de modo a eliminar algum dano que poderia surgir devido a demora do procedimento.

No processo penal, não é reconhecido o poder geral de cautela do juiz, por que o poder é vinculado à lei. E não se observa brecha no Código para interpretação extensiva ou a aplicação por analogia de normas tomadas, por empréstimo, de ramos diversos do Direito, a exemplo o art. 798 do CPC.

Também é inviável lançar mão de graduações vagas sobre as diversas hipóteses previstas no artigo 319 do CPP, a fim de reconhecer a incidência de medida cautelar inominada, pois essa providência corresponde a inegável arbítrio judicial, conforme ensinam Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, em seu recente livro intitulado *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*.

In verbis:

O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma e garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distancia da forma legal, resulta patente a violação à legalidade. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, n.p).

3.1 O Poder Geral de Cautela no Processo Civil

O poder geral de cautela tende resguardar a eficácia dos provimentos definitivos, que não são ministradas de forma imediata, mas sim após uma sucessão de atos que vão dar ao magistrado a motivação de seu convencimento. Assim sendo, é necessário um lapso temporal

para que se de o trâmite processual, razão pela qual se pode acarretar alterações insanáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas envolvidas.

Deste modo, para que se alcance a finalidade do processo, é imprescindível a proteção cautelar em razão da urgência na obtenção de algumas medidas. Diante disso, surge o poder geral de cautela com a pretensão de preencher as brechas provenientes da improbabilidade de antever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar.

A legislação prevê um rol de procedimentos cautelares específicos, que estão elencados nos artigos 813 e seguintes do Código de Processo Civil, a saber: arresto; sequestro; caução; busca e apreensão; exibição; produção antecipada de provas; alimentos provisionais; arrolamento de bens; justificação; protestos, notificações e interpelações; homologação do penhor legal; posse em nome do nascituro; atentado; protesto e apreensão de títulos.

Existem, ainda, outras medidas, previstas no artigo 888 e incisos do CPC, podendo o julgador, na ação principal, ou antes, da propositura ordenar ou autorizar: obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida; a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; o depósito de menores castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal; a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós e a interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público. Todas essas medidas são nominadas, vale dizer, típicas, visto que expressamente previstas na lei.

Além destas medidas, pode o Magistrado, consoante ao art. 798 do CPC, aplicar medidas provisórias as quais ele achar necessária, para garantir a satisfação da parte ante a demora do processo.

Assim disciplina o referido artigo:

Art. 798 CPC. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Refere-se ao poder geral de cautela, que ocorrerá quando, afastada das hipóteses asseguradas na lei, aparecer situação que venha exigir o desempenho cogente do Juiz, para resguardar o direito de uma das partes.

Só se concederá a tutela antecipada, se eventualmente a ação for julgada improcedente e puderem reverter os efeitos concretos gerados pela decisão provisória, fazendo as partes retornarem ao status anterior.

Barros (1982, p. 42) explica,

A cautela importa em um sacrifício para o sujeito passivo dela, visto que a disponibilidade de pessoas e coisas também importa num custo, tornando-se necessário pesar esse custo, tendo em consideração o perigo e o risco deste decorrente. Portanto, é importante examinar o grau do prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela, custo esse que varia tendo em vista as diversas modalidades de cautela.

A aplicação da ação cautelar inominada é consequência direta do poder geral de cautela, sendo admissível, assim, que a parte requeira qualquer outra medida cautelar, ainda que não prevista em lei, desde que presentes *fumus boni iures* e *periculum in mora*.

O poder geral de cautela precisa obedecer aos seus limites, entre eles a impossibilidade de serem empregados de maneira a ludibriar os requisitos legais expressamente impostos para medidas cautelares nominadas. Para que haja atuação cautelar, se faz necessário a presença das características fundamentais, a saber: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade e provisoriedade.

3.2 PRISÃO CAUTELAR

3.2.1 Conceito

A prisão cautelar é aquela que se dá antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, não é uma condenação, mas sim um cerceamento da liberdade do agente durante a instrução do processo, em virtude de flagrante delito ou em decorrência de prisão temporária ou preventiva.

Por conseguinte, conceitua Lopes Junior (2013, p.78)

Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo a liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentando sua decisão, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição e do novel art. 315 do CPP.

A prisão cautelar não viola o Princípio da Presunção de Inocência, uma vez que ela analisa o mérito, os indícios de autoria e materialidade. Essa prisão deve ser analisada e ser decretada somente em caráter de excepcionalidade, pois existem outras medidas que podem ser adotadas pelo magistrado, sendo a prisão a última opção.

É possível perceber no ordenamento jurídico brasileiro, e nos conceitos trazidos pelas doutrinas, que a prisão se divide em: prisão pena e prisão sem pena (prisão com finalidade acautelatória) que é a chamada prisão processual ou prisão cautelar.

A prisão cautelar é aquela aplicada durante a investigação ou no andamento do processo, com o propósito de garantir a eficácia da persecução penal e a prisão pena é a que decorre de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Corroborando a esse entendimento Capez (2012, p. 301) elucida:

a) prisão-pena ou prisão penal: é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão acusatória do Estado. b) Prisão sem pena ou prisão processual: trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. É imposta apenas para garantir que o processo atinja seus fins. Seu caráter é auxiliar e sua razão de ser é viabilizar a correta e eficaz persecução penal.

De acordo com a doutrina, existem cinco modalidades de prisão cautelar previstas no texto Constitucional no art 5º, LXI: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. O texto constitucional expressamente delegou ao legislador a competência para estabelecer as hipóteses de prisão cautelar, porém não permitiu em nenhuma circunstância que se realize uma antecipação da pena.

3.2.2 A Natureza Jurídica da Prisão Cautelar

As prisões de natureza processual são meramente medidas instrumentais de natureza acautelatória, também chamadas de prisão cautelar, que cerceiam a liberdade de locomoção do sujeito.

As imposições dessas medidas cautelares visam garantir à efetividade do processo, buscando alcançar a garantia para que se torne eficaz a persecução criminal, evidenciando assim, o seu caráter instrumental.

Marques (2003, p. 11), disciplina que “as providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo”.

Consoante a esse entendimento Jardim (2007, p. 245), discorre que,

[...] a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilidade regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

As prisões cautelares destacam-se como sendo de natureza protecionista, pois se destina a garantir o resultado da ação e examinar se há existência do delito e culpa do acusado. Assim sendo, essas medidas têm sempre caráter provisório e instrumental, e sua aplicação deve ser sempre no sentido de assegurar o equilíbrio do processo.

Estas medidas restritivas de liberdade de caráter excepcional podem ser aplicadas desde que obedeça a um controle de legalidade e proteção das garantias individuais do indivíduo.

3.3 Modalidades da Prisão Cautelar

Existem cinco modalidades de prisão cautelar, sendo todas fundamentadas no art 5º, LXI da Constituição Federal, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Devemos assim compreender, pois o constituinte expressamente incumbiu ao legislador a competência para estabelecer as hipóteses de prisão cautelar, porém estão banidas de nosso ordenamento jurídico todas as situações que realizem a antecipação da pena.

No que se refere a classificação das prisões, não há uma unanimidade doutrinária nesse sentido. Para Tourinho Filho (2009, p. 408), a prisão se classificaria basicamente em dois tipos: a prisão pena e a prisão sem pena.

Lima (2011), afirma que seriam três os tipos de prisão: a extrapenal, cujas subespécies seriam a prisão civil e a militar; a penal, também denominada prisão pena ou pena e a cautelar, provisória, processual ou sem pena, que seriam a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.

3.3.1 Prisão em Flagrante

Trata-se daquela prisão que ocorre no momento em que se consuma a infração penal, é a excepcional espécie de prisão realizada sem ordem judicial.

É uma medida cautelar de natureza processual, para a qual não necessita de uma ordem escrita, diante da necessidade social que se tem de cessar a conduta criminosa, é prevista expressamente na Constituição Federal em seu artigo 5º, LXI.

Para Mirabete (2000, p. 371)

Cabe não só com relação à prática do crime, em sentido estrito, como também de contravenção, aplicando-se também a estas os preceitos do CPP que se referem a prisão em flagrante delito quando da prática de “infração penal”(art. 302,I)

Nesse sentido, Fernandes (2010, p. 285-286) disciplina que,

Essa espécie de prisão cautelar demanda a existência de dois elementos essenciais: a atualidade e a visibilidade. O primeiro refere-se à própria situação de flagrância, na qual um fato delituoso está a acontecer no instante em que se opera a prisão. Por outro lado, aliado a esse elemento se coaduna a questão da visibilidade, que pressupõe alguém ter presenciado o fato, podendo atestar a sua ocorrência.

Assim, com sua conversão em medida cautelar, a prisão em flagrante adquire forma de qualquer outra prisão provisória e sua continuidade só se dará se estiverem presentes requisitos gerais das prisões cautelares, quais sejam: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O artigo 302 do Código Processual Penal demonstra em quais situações se dá o estado de flagrância.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
 I - está cometendo a infração penal;
 II - acaba de cometê-la;
 III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
 IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A doutrina trás as hipóteses de flagrante previstas pelo Código de Processo Penal (art. 302), sendo os dois primeiros flagrantes próprios, previstos no inciso I e a segunda no inciso II do referido artigo:

- a) Flagrante Próprio, de acordo com Capez (2006, p. 252) “é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II)”
- b) Flagrante impróprio é quando há a perseguição do agente logo após a prática do delito sendo dispensado o “contato visual”.
- c) Flagrante presumido acontece assim que o agente é encontrado imediatamente após a prática de uma infração, portando instrumentos, armas objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, neste caso, não se exige a perseguição já que os objetos encontrados com o autor por si só já constituem indícios de autoria.
- d) Flagrante Preparado é aquele que tem a participação de um policial, na qual induz ou instiga alguém a praticar a conduta delituosa com a intenção de proceder com a restrição da liberdade deste, não sendo este tipo de flagrante aceita no Brasil, de acordo com a Súmula n. 145. ”Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação” (SÚMULA 145 do STF)
- e) Flagrante Esperado ocorre quando a autoridade encarregada de cumprir a manutenção da harmonia social aguarda a pratica contundente da infração, sem, contudo, interferir induzindo ou instigando a realização da conduta tipificada.
- d) Flagrante retardado esta espécie de flagrante encontra se prevista na lei do crime organizado, neste tipo de crime é comum que a autoridade postergue a autuação do infrator da

norma com a finalidade de obter maiores informações e que se concretize a formação de provas.

A nossa legislação prevê que qualquer pessoa possa capturar a outra na situação de flagrante, embora a lei não seja expressa, ela permite que o particular ofendido, possa ser o autor da prisão.

Após a prisão em flagrante, o autor deverá ser apresentado a autoridade competente para que se proceda a autuação. De acordo com art. 306 CPP, a autoridade deverá entregar a nota de culpa ao preso no prazo de até 24 horas após a apresentação à autoridade. Sendo constatadas irregularidades na autuação de flagrante a prisão deve ser relaxada de acordo com o artigo 5º, LXV da CF/88, sem qualquer prejuízo a investigação ou ao inquérito policial.

3.3.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, constituída no aspecto do Estado Democrático de Direito é, sem dúvida, a mais importante das espécies de prisão penal de natureza cautelar. No Brasil, deve-se ressaltar que a liberdade é a regra e a prisão a exceção, pois a liberdade é um dos princípios fundamentais dos direitos humanos, só podendo ser cerceada em decorrência da lei, após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória ou para garantir a instrução criminal.

Sobre o assunto de prisão, Nucci (2014, p. 26) disciplina que:

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio de recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de uma sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida cautelar, com o fim de assegurar algo. Não é o fim, mas um meio.

A prisão preventiva poderá ser decretada sempre que houver prova da autoria do crime ou indícios de materialidade, para garantia da ordem pública e econômica, observando-se o *periculum in mora* que é o fundamento de toda medida cautelar.

Consoante a isso Fernandes (2010, p. 285) esclarece que,

Assim como em todas as espécies de prisão cautelar, a prisão preventiva também demanda a existência de dois requisitos elementares: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro requisito, qual seja, o *fumus comissi delicti*, encontrar-se-á na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Por sua vez, o requisito do *periculum libertatis* reside em uma das hipóteses do artigo 312: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Deve se fazer uma melhor análise acerca dos limites de sua motivação, sobre seus fundamentos e se tem como finalidade encontrar a melhor adequação, sem afrontar o princípio da Presunção de Inocência.

Sobre o assunto, conceitua Mirabete (1999, p. 409):

A prisão preventiva, em sentido estrito, é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. E considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável. Por esse razão, a lei deixou de prever como obrigatória a prisão em determinadas situações, para ser uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais. Não é assim ato discricionário do juiz, limitado a certos, precisos e determinados casos. E praticamente pacífico nos tribunais que não impede a decretação da prisão Preventiva o art. 50, LVII. da CF, que se refere apenas ao princípio da presunção (ou estado) de inocência.

A prisão preventiva deverá ser decretada como medida excepcional, sempre que o acusado colocar em risco a prova processual ou apagar vestígios da autoria ou ainda constranger a vítima ou testemunhas.

Por conseguinte, conceitua Mirabete (1999, p. 387):

Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do artigo 312, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter instrução superior, ser industrial, ter famílias, etc. Também não impede a decretação da prisão preventiva o fato de o acusado se apresentar espontaneamente à autoridade, se presente os pressupostos legais.

O artigo 313 do CPP prevê as condições de admissibilidade da decretação da prisão preventiva, a saber:

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. 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).

A prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento, na fase de inquérito policial ou da instrução criminal, desde que presentes os pressupostos e fundamentos de admissibilidade em conformidade com a lei. Nos termos do artigo 311 do CPP, pode o Juiz de ofício decretar a prisão preventiva, a Requerimento do Ministério Público ou do querelante ou mediante representação da autoridade policial.

A prisão preventiva poderá ser revogada a depender do estado da causa, se no curso do processo as razões que a ela deu causa não mais subsista. Pode o Juiz decreta-la novamente se houver necessidade para alcançar os fins que a originou anteriormente.

3.3.3 Prisão Temporária

É uma prisão processual atípica prevista na Lei 7.960/89, é decretada para garantir a eficácia da instrução criminal, pode ser decretada a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, contudo, o juiz, de ofício, poderá decretá-la. Somente é aplicada para garantir a eficiência da investigação criminal. O prazo de duração da referida medida é de 05 ou 30 dias prorrogável por igual período, neste último caso para os crimes hediondos, se houver necessidade, desde que devidamente fundamentada pode haver prorrogação por mais tempo.

As hipóteses de decretação de prisão temporária se encontram elencadas nos termos artigo 1º da lei 7960/89, a saber:

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);

- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- 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);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

A prisão preventiva tem por finalidade admitir a execução dos atos da investigação, que poderia restar frustrado caso o indiciado se encontrasse em liberdade. Só se justifica a adoção dessa medida cautelar, se ela for inteiramente imprescindível para que ocorram todos os atos da investigação e que estes ficariam prejudicados caso o autor da infração se encontrasse em liberdade.

Assim explica Greco Filho (2012, p. 310):

Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com a hipótese de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir sua decretação. Por exemplo, não teria cabimento que toda vez que o indiciado não tivesse residência fixa ou que não fornecesse elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade a prisão fosse automaticamente decretada. Pode ser decretada, mas sê-lo-á se for imprescindível às investigações do inquérito ou a necessária ordem pública ou a aplicação da lei penal.

O preso temporário deverá permanecer obrigatoriamente separado dos demais presos, de acordo com o artigo 3º da Lei 7.960/89, terá direito a se comunicar com seu advogado ou pessoa da família, respeitando o regulamento do estabelecimento penal. Decorrido o prazo o preso deverá ser posto em liberdade imediatamente, salvo quando já estiver decretada a sua prisão preventiva.

3.3.4 Audiência de Custódia

A audiência de custódia consiste no direito da pessoa presa em flagrante ser apresentado o mais rápido possível à autoridade judicial, e assim o Ministério Público e a Defesa do acusado analisarão a legalidade e a necessidade da prisão e de que forma e circunstâncias ela ocorreu, prevenindo possíveis casos de tortura.

A audiência de custódia encontra previsão normativa em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a saber: A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, prevê no art. 7º, item 5, que “*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)*”. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da mesma forma, estabelece no art. 9º,3 que “*Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)*”.

Sobre o tema Capez (2012, p. 309) leciona,

Ninguém será recolhido à prisão sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem deve ser entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia pela autoridade competente. A custódia, sem a observância dessas formalidades, constitui crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, arts 3º, a e 4º a). No caso de custódia em penitenciária, há necessidade de expedição de guia de recolhimento, nos termos dos arts. 105 e 106 da Lei de Execução Penal. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da Li de Execução Penal (art.300, caput do CPP, com modificações promovidas pela Lei 12403/11).

Na audiência de custódia o Juiz analisará se o preso sofreu abuso no momento da prisão e se há realmente necessidade do encarceramento. O Juiz analisará ainda se naquele caso estão presentes os requisitos que ensejam a prisão preventiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º disciplinou a dignidade da pessoa humana como fundamento primordial do Estado Democrático de Direito. Em decorrência disso, o inciso LXI, do artigo 5º do texto constitucional, trata que, pelo princípio da legalidade, a liberdade individual só poderá ser restringida em casos excepcionais.

A Carta Magna de 1988 mudou radicalmente o processo autoritário do Código de Processo Penal de 1941, o princípio da presunção da inocência ou princípio da não culpabilidade, refere-se a um princípio jurídico, que se aplica ao Direito Penal. Ampara-se na Constituição Federal e estabelece a inocência do acusado. Sendo assim só podemos designar alguém culpado após seu julgamento e o seu processo concluído. Ou seja, o homem não pode ser condenado antes mesmo que sua sentença saia e que não caiba mais recurso e o defina como culpado, pois esse direito foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Assim toda pessoa tem o direito de provar sua não culpabilidade.

O encarceramento fora dessas hipóteses será não só ilegal, mas, inconstitucional, deste modo, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá fim simplesmente cautelar, posto que, o embasamento da prisão cautelar é a necessidade, não a culpa. Ademais, verifica-se que toda e qualquer prisão cautelar exige a junção do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. O primeiro, unificado na prova da existência do crime e de indícios de autoria, repousa na imputação provável, e não na probabilidade de condenação. A prisão que não observar a essas hipóteses será considerada ilegal e inconstitucional, pois antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, qualquer restrição à liberdade do indivíduo, será meramente cautelar.

Em sede de apelação a prisão provisória ainda está autorizada e não viola a presunção de inocência, desde que ela seja necessária e devidamente fundamentada, e seja evidenciado os requisitos disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

Atualmente, tem-se ainda a necessidade de verificar, antes de decretar uma prisão cautelar, se o acusado não faz jus a outra medida alternativa. Em resumo, a prisão cautelar é exceção e a liberdade é a regra. Conclui-se, que a medida cautelar será acolhida e persistirá enquanto for necessária.

As medidas cautelares estão previstas de maneira taxativa no art. 319 do CPP, são elas a prisão e as nove medidas alternativas à prisão, não permitindo que o Juiz crie outras cautelares se valendo de um possível poder geral de cautela.

Na esfera penal, o juiz atua dentro dos pressupostos previstos na lei penal, *in abstracto*, encontram-se presentes no caso concreto e, somente em caso positivo, poderá se valer do instrumento cautelar, que deve ocorrer por meio de uma motivação adequada, com a presença dos pressupostos autorizadores da aplicação da excepcional medida.

O poder geral de cautela decorre do Direito Processual Civil, onde o juiz determina uma medida cautelar não prevista em lei para adequar uma situação ou caso concreto.

A aplicação da ação cautelar inominada é consequência direta do poder geral de cautela do Direito Processual Civil, sendo admissível, assim, que a parte requeira qualquer outra medida cautelar, ainda que não prevista em lei, desde que presentes *fumus boni iures* e *periculum in mora*.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luciano Silva. **O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal - Lei nº 12.403/2011** - Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_241.pdf>. Acesso em maio de 2015.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. São Paulo: Forense, 1982.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: 1988- texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas E+mendas Constitucionais de n.1, de 1992, a 32, de 2001, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n,1 a 6, de 1994. 17. ed. Brasília ; Câmara dos Deputados.405p.(Série textos básicos; n.25).

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. In: Vade Mecum. 20. ed. Saraiva: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. In: Vade Mecum. 20. ed. Saraiva: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Criminal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm> Acesso em 10 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei Nº 12.403, de 4 de Maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm> Acesso em 10 de novembro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 10 de novembro de 2015.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Decreto Nº 592, de 6 de Julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 10 de novembro de 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Pedro Ivo Queiroz; LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Hertha França. **As medidas cautelares processuais penais e a novel sistemática processual penal: uma análise da Lei nº 12.403/2011**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=12153&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em março de 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol IV. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed., rev. e atual. até dezembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Acauan de Azevedo. **Não há poder geral de cautela no processo penal**. 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-out-07/poder-geral-cautela-flagrante-ilegalidade-processo-criminal>> Acesso em 10 de novembro de 2015.

OLIVEIRA, Wesley Costa. **Medidas assecuratórias no Processo Penal Brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4159>. Acesso em março de 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Revista Temas Atuais de Processo Civil V.1 - N. 1** – Julho de 2011.

TJ-RJ - HC: 00442604620128190000 RJ 0044260-46.2012.8.19.0000, Relator: DES. ANTONIO JAYME BOENTE, Data de Julgamento: 27/08/2012, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/10/2012 16:13)

TJ-SC - HC: 957538 SC 2011.095753-8, Relator: Jorge Schaefer Martins, Data de Julgamento: 12/01/2012, Quarta Câmara Criminal (Janeiro), Data de Publicação: Habeas Corpus

STF - HC: 76853 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/06/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00433 EMENT VOL-02031-05 PP-00982

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. rev. amp. e atual. Salvador-Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 34. ed, revista e de acordo com a Lei 12.403/11- Editora Saraiva.