

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
DIREITO

Gustavo Rodrigo da Silva Júnior

**PRISÃO PREVENTIVA E OS MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DA
LIBERDADE**

Bauru
2020

Gustavo Rodrigo da Silva Júnior

**PRISÃO PREVENTIVA E OS MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DE
LIBERDADE**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do
Professor Dr. Carlos Reis da Silva
Júnior.**

Bauru

2020

Silva, Gustavo Rodrigo

Prisão preventiva e os mecanismos de manutenção de liberdade. Gustavo Rodrigo da Silva Júnior. Bauru, FIB, 2020.

33f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Carlos Reis da Silva Júnior

1. Prisão Preventiva. 2. Medidas Cautelares. 3. Liberdade. 4. Dignidade da Pessoa Humana I. Prisão Preventiva e os Mecanismos de Manutenção da Liberdade II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

Gustavo Rodrigo da Silva Júnior

**PRISÃO PREVENTIVA E OS MECANISMOS DE MANUTENÇÃO DA
LIBERDADE**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito,**

Bauru, 08 de janeiro de 2021

Banca Examinadora:

Presidente/ Orientador: Carlos Reis da Silva Júnior

Professor 1: Marcio José Alves

Professor 2: Bazilio Alvarenga Coutinho Junior

**Bauru
2020**

Dedico o presente trabalho aos meus pais (Gustavo e Fabiana), avós (Nilma, Osvaldo, Regina e Cícero) e meu tio (Adriano) que tiveram papel fundamental para a conclusão deste curso, sempre me apoiando incondicionalmente do início ao fim. Preciso dividir essa alegria especialmente com vocês, pois sem vocês tudo seria mais difícil.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus pelas graças alcançadas ao longo de minha vida.

Aos meus magníficos mestres e doutores pelo excelente ensinamento e compreensão que me ofereceram a todos esses anos.

Aos meus pais e avós que souberam passar tantos ensinamentos e amor para que me tornasse quem sou.

Ao meu orientador professor Dr. Carlos Reis, pela paciência, persistência, serenidade, para a elaboração deste trabalho.

SILVA, Gustavo Rodrigo. **Prisão preventiva e os mecanismos de manutenção a liberdade**. 2020 35f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

RESUMO

Desenvolvemos neste trabalho pesquisas referentes à prisão preventiva e os mecanismos previstos na legislação para a manutenção da liberdade, observando também o enfoque constitucional que deve ser garantido ao tema. Temos por objetivo nesse estudo demonstrar que a liberdade é a regra no ordenamento jurídico brasileiro e que a decretação da prisão preventiva é algo excepcional, carecendo de uma especial fundamentação por parte do magistrado. Utilizamos na pesquisa elementos metodológicos referentes ao estudo das leis nacionais sobre o tema, bem como da Constituição Federal de 1988, e da doutrina e jurisprudência sobre o tema, elementos indispensáveis à investigação durante a realização deste trabalho de conclusão de curso. Discorreremos sobre a prisão e assuntos afins relevantes sob o enfoque constitucional, as medidas cautelares diversas da prisão, as hipóteses de cabimento de liberdade provisória e da exclusão de ilicitude e a possibilidade de aplicação concomitante das medidas cautelares, sempre consignando que a prisão é uma medida extrema que deve ser aplicada em caráter excepcional e com proporcionalidade e razoabilidade.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Medidas Cautelares; Liberdade; Dignidade da pessoa humana.

SILVA, Gustavo Rodrigo. **Prisão preventiva e os mecanismos de manutenção a liberdade**. 2020 35f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

ABSTRACT

I have developed here a research related to pre-trial detention and the permitted mechanisms in the legislation for the maintenance of freedom, also observing the constitutional approach that must be guaranteed to the theme. The aim of this study is to demonstrate that freedom is the rule in the Brazilian legal system and that the decree of preventive detention is exceptional, where a special reasoning on the part of the magistrate is sometimes absent. I used methodological elements in the work, related to the study of national laws on the subject, as well as the Federal Constitution of 1988, and the doctrine and jurisprudence on the subject, which are indispensable elements to the investigation during the completion of this research. The imprisonment and related matters which are relevant from the constitutional point of view were discussed, the precautionary measures other than detention, the hypothesis of provisional freedom and the exclusion of illegality and the possibility of applying the precautionary measures concomitantly, always stating that imprisonment is a measure that must be applied exceptionally and with the due proportion and reason.

Keywords: Preventive Detention. Precautionary Measures.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ENFOQUE CONSTITUCIONAL.....	12
2.1. Dignidade da pessoa humana.....	12
2.2. Presunção de inocência (não culpabilidade) (artigo 5º, LVII)	13
2.3. Da vigência e cabimento da liberdade provisória	13
2.4. Da retroatividade da lei mais benéfica ao réu.....	15
2.5. Da humanização das penas	16
3. DA PRISÃO PREVENTIVA	17
3.1. Natureza jurídica da Prisão Preventiva.....	17
3.2. Hipóteses para a decretação da Prisão Preventiva.....	18
3.3. Pressupostos da Prisão Preventiva	19
3.4. Características gerais	22
3.5. Prisão Preventiva domiciliar	23
4. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	27
4.1. Objetivos das medidas cautelares diversas da prisão	27
4.2. Requisitos genéricos.....	27
4.3. Medidas em espécies	28
5. CONCLUSÃO	33
6. REFERÊNCIAS	35

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho analisamos inicialmente a prisão e seus respectivos pontos relevantes sob a égide da Constituição Federal.

Tratamos da mudança trazida com a lei 12.403/11, onde passa a ser regra, a liberdade e, não sendo possível sua manutenção, poderão ser impostas as medidas cautelares diversas da prisão, ficando em último caso, a prisão preventiva.

Serão apresentadas as modalidades de Prisão Preventiva e sua aplicação no âmbito do Código Processo Penal, da Constituição Federativa do Brasil de 1988, leis esparsas, da doutrina dominante e jurisprudências.

O presente trabalho é dividido em 3 capítulos, o primeiro analisa-se os princípios constitucionais compreendidos no princípio da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e cabimento da liberdade provisória, da retroatividade da lei mais benéfica ao réu e, por fim, o princípio da humanização das penas.

O segundo capítulo faz menção a Prisão Preventiva como medida de prevenção, seus fundamentos e pressupostos, verificados através do "*Periculum in mora*" (perigo na demora processual) e "*fumus boni iuris*" (fumaça do bom Direito), sua função auxiliadora na fase do Inquérito Policial entre outros aspectos considerados importantes para conceituar a Prisão Preventiva.

No terceiro e último capítulo, tratamos, das medidas cautelares criadas com o escopo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuar os rigores da prisão em flagrante, dentre os quais o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; a proibição de frequência em determinados lugares, desde que relacionados ao fato evitando-se o risco de novas infrações; a determinação de distância mínima ou proibição de manter contato com pessoa certa; proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; 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; internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e

houver riscos de reiteração; a fiança com novos valores e parâmetros e a monitoração eletrônica

2. ENFOQUE CONSTITUCIONAL

A prisão é tema que indiscutivelmente exige a prévia análise e conceituação dos direitos fundamentais, para apenas posteriormente adentrar no estudo sobre os princípios que permeiam a hermenêutica da lei.

Direitos fundamentais são aqueles inerentes ao ser humano e essenciais a vida digna, forma de instrumento de proteção do indivíduo frente a atuação do Estado. Eles estão previstos no título II da Constituição Federal de 1988.

Assim, ressalta-se que direitos fundamentais “são os valores jurídico, políticos originados da dignidade inerente ao humano, pois atualizam as potencialidades essenciais ao ser” (CUNHA, 2010, p.15).

Portanto, a prisão é caráter excepcional a regra geral e constitucional pétrea de liberdade do ser humano. De forma que, o fato típico em si, por si só, não pode ser motivo para impedir que o acusado/ réu responda em liberdade pelo delito cometido. Há que estar presentes as condições autorizadoras, sob pena de quebra dos princípios fundamentais ao cidadão.

Vale a pena comentar sobre alguns princípios relacionados ao tema.

2.1. Dignidade da pessoa humana

Previsto no artigo 1º, inciso III, no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana tem a finalidade de garantir ao homem um mínimo de direitos que devam ser respeitados pela sociedade e o Estado, de forma a não ferir sua existência. Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet define (2001, p.60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Deve-se salientar que todos os direitos fundamentais encontram sua nascente no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aponta a autora Flávia Piovesan (2000, p. 54):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Pode-se concluir que independente de raça, posição social, gênero, faixa etária, são todos possuidores do princípio em questão. Portanto, a dignidade é ilimitada se não ferir a dignidade de outrem ou a própria.

Embora o Código de Processo Penal não tenha expressado tal princípio, traz em seu artigo 3º, “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

Aplica-se então subsidiariamente o os princípios gerais de direito nos casos em que a lei for omissa.

2.2. **Presunção de inocência (não culpabilidade) (artigo 5º, LVII)**

De acordo com o artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Pode-se concluir que a inocência é presumida, cabendo ao M.P ou a parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça a ação penal deverá ser julgada improcedente.

De acordo com Moraes, em regra, direitos constitucionais definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. E a própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina esse fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (MORAES, 2007).

2.3. **Da vigência e cabimento da liberdade provisória**

A liberdade é um estado de liberdade limitada pelos escopos do processo penal.

É chamada de provisória porque quem cometeu a infração penal nem fica preso, nem goza de total liberdade, pois assume compromissos que, privam de liberdade total, vinculando a atividade persecutória.

O fundamento de tal liberdade é o fato de assegurar a presença do réu ao processo, sem ter que mantê-lo preso. É também provisória pelos fatos, de poder ser revogada a qualquer tempo e vigorar até o trânsito em julgado da sentença.

Muito importante ressaltar a diferença entre liberdade provisória e o relaxamento da prisão em flagrante, pois liberdade provisória não se discute a legalidade, apenas a necessidade ou não da sua manutenção. Enquanto no relaxamento de prisão segue-se o preceito do artigo 5º, inciso LXV, da C.F, segundo qual a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Prisão ilegal é prisão ilegítima do ponto de vista do ordenamento jurídico e está sujeita a relaxamento pela autoridade judiciária, que, ato contínuo poderá adotar medidas no sentido de responsabilizar o agente policial que o afetou.

A prisão, por privar a pessoa de um direito fundamental é sempre medida extrema, devendo ser efetivada e mantida quando justificada por razões igualmente extremas e de interesse público. O tratamento a ser dado ao preso pelo Estado deve estar em consonância aos direitos e garantias constitucionais, uma vez que pessoas humanas.

Assim, se a lei prevê a possibilidade do uso da ampla defesa e do contraditório em liberdade provisória, a eficiência com que deve agir o estado impõe-lhe que busque obter mais efeito em sua atuação com o mesmo vigor de atividade e de restrição ao direito dos cidadãos.

Distinguindo a liberdade provisória do relaxamento da prisão processual, o STF editou a súmula 697, com a seguinte redação: “A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.”

No Brasil, por força constitucional, a regra é a liberdade, “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, artigo 5º, inciso LXVI, da C.F.

Antes da lei 11.464/2007 o instituto de liberdade provisória não era compatível com crimes hediondos, visto a proibição contida na redação da lei 8.072/1990, aos crimes hediondos e equiparados. Isso ocorreu devido ao fato de grande parcela da doutrina entender ser inconstitucional tal vedação absoluta, pois o artigo 5º, XLIII da

C.F apenas veda a liberdade provisória com fiança por se tratarem de delitos inafiançáveis (artigo 5º, XLIII, da C.F), fato este que não impede a concessão de liberdade provisória sem fiança, conforme demonstra a Lei 11.464/2007 em seu artigo 1º.

2.4. Da retroatividade da lei mais benéfica ao réu

A retroatividade da lei mais benéfica é um direito fundamental consagrado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, localizado no capítulo que versa sobre direitos e deveres individuais e coletivos.

O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal consagra a regra do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Assim, de uma só vez, assegura tanto o princípio da legalidade (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, como o princípio da anterioridade, visto que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

A regra do inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, por sua vez, ao tempo que estabelece a irretroatividade da lei penal in pejus (pior), concomitantemente admite a retroatividade da lei penal mais benéfica.

O texto constitucional faz menção apenas ao réu, mas através de uma interpretação extensiva, deve ser incluído o preso condenado.

O princípio da *“novatio legis in melius”* também foi consagrado pelo Código Penal, em seu artigo 2º, caput

Ninguém pode ser punido por fato que Lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” e, parágrafo único “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Em suma, a retroatividade da lei mais benéfica, como do próprio nome se extrai, beneficia o réu e os condenados, de forma que a Constituição Federal e leis Infraconstitucionais permitem a retroatividade sempre que for melhor para os mesmos, ademais em hipótese alguma se admite a retroatividade “in pejus”

Súmula 611, do STF, dispõe “transitada em a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”

Por fim, a súmula 611, do STF, reforça a Lei 7.210/84 de modo a não deixar dúvidas sobre a competência do juiz da execução penal em empregar lei posterior a fato delituoso, desde que mais favorável ao réu.

2.5. Da humanização das penas

Caracteriza-se o princípio da humanidade pela presença tanto de uma vertente positiva quanto de uma vertente negativa.

A vertente negativa caracteriza-se pela presença de proibições que se apresentam nas vedações constitucionais da pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), das penas perpétuas, dos trabalhos forçados, dos banimentos ou meios cruéis, conforme disposto no artigo 5, inciso XLVII da Constituição Federal. Já a primeira vertente caracteriza-se pela proteção da dignidade da pessoa humana em especial daquele que se encontra no cárcere.

Neste sentido temos o posicionamento do professor Capez:

Disso resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém (atentar necessariamente significa restringir alguns direitos nos termos da Constituição e quando exigido para a proteção do bem jurídico).

Do princípio da humanidade decorre a impossibilidade de a pena passar da pessoa do delinquente, ressalvados alguns dos efeitos extrapenais da condenação, como a obrigação de reparar o dano na esfera cível, que podem atingir os herdeiros do infrator até os limites da herança (CF, art. 5o, XLV)."

Tal princípio encontra aplicação em dois objetivos da execução penal, que culminam na busca de ressocialização. A presença do princípio da humanidade da pena no ideal ressocializador se apresenta na aplicação dos princípios da atenuação ou compensação.

O princípio da atenuação ou compensação caracteriza-se pela impossibilidade de a pena privativa de liberdade resumir-se ao isolamento total do preso, pois deve proporcionar a este, medidas compensatórias ao encarceramento como forma de estimular a sua efetiva ressocialização.

Ainda, Nucci afirma que o princípio da humanidade:

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem

ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: 1) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão do Código Penal Militar); 2) de caráter perpétuo; 3) de trabalhos forçados; 4) de banimento; 5) cruéis (art. 5.º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX)

A seguir, jurisprudência de Habeas Corpus transcrita:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. SUPERLOTAÇÃO E PRECARIEDADE DAS CASAS DE ALBERGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se, por culpa do Estado, o condenado não vem cumprindo pena em estabelecimento prisional adequado ao regime fixado na decisão judicial (aberto), resta caracterizado o constrangimento ilegal. 2. A superlotação e a precariedade do estabelecimento penal, é dizer, a ausência de condições necessárias ao cumprimento da pena em regime aberto, permite ao condenado a possibilidade de ser colocado em prisão domiciliar, até que solvida a pendência, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da individualização da pena. 3. Ordem concedida para que o paciente seja imediatamente colocado em regime aberto domiciliar, até o surgimento de vaga em casa de albergado com condições mínimas necessárias ao adequado cumprimento da pena em regime aberto, restabelecido o decisum de primeiro grau. (HC 216828 / RS – HABEAS CORPUS – 2011/0201579-0 – Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) – Órgão Julgador T6 / SEXTA TURMA – Data do Julgamento: 02/02/2012 – Data da Publicação/Fonte DJe: 15/02/2012)

Como podemos perceber na jurisprudência acima, o réu foi colocado em prisão domiciliar, pois o Estado não obtinha estabelecimento prisional adequado. Nesse caso, a permanência do réu infringiria o princípio da humanização da pena, dignidade humana.

3. DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1. Natureza jurídica da Prisão Preventiva

De acordo com Capez, 2011, p. 323:

A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o

acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo.

É importante ressaltar a diferença entre prisão penal e processual. A primeira, também chamada de prisão-pena, decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, aquela imposta quando o juiz põe fim ao processo. Destinada a execução da pena imposta pelo Estado.

A segunda, também chamada de prisão sem pena, é prisão imposta com finalidade cautelar, para assegurar que solto, o sujeito não continue praticando delitos, ou que ainda, não se atrapalhe a produção de provas (Capez, 2011, p. 296).

Antes da lei 12.403/2011, a prisão cautelar era regra e, a liberdade provisória ou outras medidas cautelares, exceção. Pós lei, a liberdade passou a ser regra e, não sendo possível a sua manutenção, poderá ser aplicada as medidas cautelares diversas da prisão e em último caso, as medidas cautelares de prisão.

3.2. Hipóteses para a decretação da Prisão Preventiva

Previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, que dispõe:

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

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

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

São quatro fundamentos que ensejam a decretação da prisão preventiva:

a) Garantia da ordem pública:

É necessário que os atos praticados pelo acusado tragam o ensejo de ausência de tranquilidade em toda à sociedade, como risco de poder voltar a delinquir, ameaçar testemunhas ou “ferir” ainda mais a vítima. Constata-se que recorrentemente a definição de risco para a ordem pública é sinônimo de “clamor popular”. Entretanto, é

importante ressaltar que o clamor popular não é suficiente para a decretação da prisão preventiva, é apenas um referencial a mais.

b) Garantia da ordem econômica:

Justifica a prisão preventiva se o indivíduo em liberdade praticar crime contra a ordem econômica. Nesse sentido, Marcão (2011, p. 148), “o que se leva em conta, neste caso, é uma significativa lesão econômica e suas repercussões na ordem financeira, no mercado de ações, na credibilidade das instituições financeiras, etc”.

Então, pode-se concluir é indispensável que o crime afronte de forma direta a ordem econômica, para este tipo de tipificação de decretação de prisão preventiva

c) Conveniência da instrução criminal:

Tem como fundamento se o indivíduo é um risco para livre produção probatória. Para o professor Capez (2011, p. 326):

Visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará á verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo.

d) Assegurar a aplicação penal:

No que tange a aplicação da lei penal, Capez (2016) explica que a decretação da prisão preventiva com fundamento na aplicação à lei penal só se justifica nos casos de iminente fuga do agente do distrito da culpa.

Ou seja, deve ser comprovado que o agente solto, é perigo para o andamento do processo. O risco de fuga não pode ser presumido ou baseado em suposições, devendo ser fundamentado em circunstâncias concretas.

3.3. Pressupostos da Prisão Preventiva

Temos ciência que a Prisão Preventiva é aplicada no nosso ordenamento jurídico apenas como última opção “*ultima ratio*”, conforme disposto no artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso

concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Para a decretação da Prisão Preventiva é necessário o enquadramento de 3 requisitos fundamentadores. Quais são:

a) Prova da existência do crime e indícios da autoria do crime

Temos o instituto da “fumaça do bom direito” (*fumus boni iuris*). Nesse caso, precisa ser demonstrado que o crime realmente aconteceu e, possui indícios suficientes que o acusado é o autor do delito.

A respeito desse requisito temos o entendimento do professor Capez (2011, p. 325)

Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu o (princípio do *in dubio pro societate*)

b) Perigo na liberdade do Agente

Regido pelo instituto do “perigo da demora” (*periculum in mora*). É o instituto que defende que a demora da privação da liberdade do agente, colocará em risco a efetividade do processo.

c) Cabimento

Previsto no artigo 313 do Código de Processo Penal:

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).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente

em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

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

Na hipótese do inciso I, mesmo que o crime seja doloso, ou seja, o agente tenha tido intenção de praticar, e tenha pena máxima em abstrato maior que 4 anos, se não estiverem presentes o *periculum in mora* e o *fumus bonis iuris*, não haverá possibilidade de decretação da prisão cautelar.

Caso o crime seja culposo ou contravenção penal, não caberá prisão preventiva. Excepcionalmente, a preventiva poderá ser decretada em crime doloso apenado com detenção (previsto nos incisos do 313) e não com reclusão que é a regra

Se existir indícios de excludentes de ilicitude, representados por legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal, não será permitido tal espécie de prisão. Da mesma forma, não será permitida nos casos de excludentes de culpabilidade, ressalvada a inimputabilidade, ou seja, o simples fato do indivíduo ser inimputável não afeta a possibilidade da decretação da preventiva.

Segundo o Código de Processo Penal no artigo 315, caput: “ A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”

No inciso II, a reincidência como forma de cabimento da prisão cautelar, só é permitida se a reincidência for de crime doloso. Nesse sentido, temos o posicionamento do professor Nucci (2013):

faz uma alerta no sentido de que não se admite a reincidência para fins de preventiva quando envolver crime culposo, ou seja, para que a reincidência para fins de preventiva possa ser utilizada, deve tanto o crime anterior quanto o crime posterior serem dolosos.

A Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha é que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, consubstanciada no §8º do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher’.

É também cabível a prisão preventiva, em relação ao criminoso covarde, autor de crime praticado com violência doméstica contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

O parágrafo 1º, prevê a possibilidade da prisão preventiva quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa ou quando não forem fornecidos elementos suficientes para esclarecer.

Por fim, o parágrafo 2º garante a não aplicação da prisão cautelar sem os devidos requisitos para tal. Não podendo ser utilizada como forma de antecipação de condenação.

3.4. Características gerais

A decretação da prisão preventiva pode ocorrer em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, para garantir a ordem jurídica social. É cabível somente após a instauração do inquérito policial.

Poderá requerer a decretação da prisão preventiva o órgão do Ministério Público, o querelante ou assistente e a Autoridade Policial, conforme dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal:

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

Cumpre lembrar que o artigo 10, caput, do Código de Processo Penal, fixa o prazo de 10 dias para a conclusão de inquérito após o mandado de prisão preventiva.

Há um entendimento do professor Capez (2011, p. 328) interessante sobre o assunto em questão:

Devemos distinguir: se o inquérito ainda estiver em andamento, sem que a polícia tenha concluído as investigações, nada impede seja decretada a prisão, contando-se, a partir da sua efetivação, o prazo de dez dias para a conclusão. Por outro lado, se o inquérito policial já estiver concluído, mas o Ministério Público requerer a realização de novas diligências, por entender ainda não demonstrada suficiente autoria, nesse caso não caberá em prisão preventiva, pelas razões acima expostas. Note-se que a regra fala em prazo de dez dias para a conclusão do inquérito, não podendo ser aplicada para inquéritos já concluídos.

O artigo 314 do Código de Processo Penal estabelece as exceções de prisão preventiva, das quais estão elencadas no artigo 23 do Código Penal. Quais são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Segundo o artigo 316 do Código de Processo Penal:

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

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

Pode-se concluir que a qualquer tempo o juiz poderá revogar a prisão preventiva, bastando apenas indícios para tais atos. Poderá ser feita de ofício ou pedido das partes.

Outra curiosidade da prisão preventiva é se o tempo será computado em uma posterior pena após o trânsito em julgado, e a resposta é sim, pois o artigo 42 do Código Penal regula a detração penal nos seguintes termos: "Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior" (hospital de custódia e tratamento psiquiátrico). Sendo assim, é considerado, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, o tempo em que o apenado permaneceu preso provisoriamente (prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária) ou internado. A Lei de Execução Penal dispõe sobre o instituto no artigo 66, III, "c", atribuindo a competência para decidir sobre a detração da pena ao juiz da execução penal.

3.5. Prisão Preventiva domiciliar

Salienta-se, que somente a péssima condição do sistema prisional não é suficiente para justificar o cumprimento da pena em prisão domiciliar. Contudo, a inexistência de prisão albergue na comarca é considerada suficiente para justificar a conversão do regime aberto para prisão domiciliar.

Vale observar sobre o tema, as considerações de Nucci, (2011, p. 79):

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

Tal modalidade de prisão pode ser solicitada diretamente pelo preso, inclusive de próprio punho, por seu defensor, e ainda, por meio de representante do Ministério Público e autoridade policial, quando no curso da investigação criminal.

Seja quem for o autor do pedido, deverá ser feito fundamentadamente e amparada em prova que o legitime.

Assim dispõe o §2º do artigo 282 do Código de Processo Penal:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Antes da Lei 13.964, de 2019, o juiz poderia decretar de ofício as medidas cautelares, pós lei, ele deve ser provocado pelas partes, Ministério Público ou por autoridade policial (nos casos de processo de investigação criminal.)

A substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar poderá ocorrer no curso da investigação ou processo penal, desde que observadas as regras do artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal:

§ 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, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Entende-se por prisão domiciliar aquela prevista no artigo 317 do Código de Processo Penal, que dispõe: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O artigo 318 do Código de Processo Penal, dispõe os casos de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

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

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

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

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

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

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

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

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

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

A seguir, jurisprudência transcrita:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. PROTEÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. 1. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada na apreensão de grande quantidade de droga e de apetrechos para o tráfico e no fato de a paciente pertencer a grupo criminoso, não há ilegalidade no decreto prisional. 2. É descabida a discussão de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois condição legalmente presumida, e não devidamente justificada a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. Não se tratando de crime praticado com violência ou grave ameaça ou contra os seus filhos e dependentes, o fato de a paciente ser mãe de criança de 12 anos de idade justifica a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal - HC n. 143.641 -, assim priorizando o cuidado da criança, mas com a proteção social contra a reiteração. 3. Habeas corpus concedido para a substituição da prisão preventiva da paciente ALINE APARECIDA DE OLIVEIRA GARRIDO por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas de prisão, por decisão fundamentada.

Na jurisprudência acima, podemos analisar um caso concreto em que a ré, acusada de tráfico de drogas, obteve a conversão de prisão preventiva para prisão domiciliar, com fundamento no inciso V, do artigo 318 do Código de Processo Penal, pois a mesma, é responsável por filho menor de 12 anos completos. Vale salientar, que só fora permitida pois o crime não foi cometido contra o filho, conforme dispõe o artigo 318-A, inciso II, do mesmo código.

4. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

4.1. Objetivos das medidas cautelares diversas da prisão

O principal objetivo das medidas cautelares diversas da prisão é possibilitar ao indiciado ou ao réu o direito de aguardar em liberdade o desfecho da atividade persecutória (inquérito policial e processo criminal), garantindo assim os princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade provisória (artigo 5º, LXVI, C.F), segundo os quais como regra, a pessoa deve ter preservado o direito de liberdade até que se tenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado.

Contudo, embora em liberdade, o indivíduo ficará vinculado à atividade persecutória, sob a fiscalização do Estado e, se descumprir, poder-se-á decretar a prisão preventiva.

4.2. Requisitos genéricos

De acordo como artigo 282 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares devem ser aplicadas observando-se a:

Necessidade para: (a) aplicação da lei penal, (b) investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, (c) evitar a prática de infrações penais;

Adequação da medida cautelar imposta à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado;

Que o crime seja punível com pena privativa de liberdade.

O artigo 282, {1º, do Código de Processo Penal, estabelece que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

A decretação das medidas cautelares não será feita de ofício pelo Juiz, devendo ser requerido pelas partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

No caso de o indiciado/acusado descumprir alguma das medidas impostas a ele, o juiz, mediante requerimento do MP, de seu assistente ou querelante, poderá substituir, impor outra por cumulação ou, até mesmo, decretar prisão preventiva.

O juiz, a qualquer tempo, de ofício ou a pedido das partes, poderá revogar ou substituir a medida cautelar, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A prisão preventiva somente poderá ser determinada se não houver possibilidade de substituição por outra medida cautelar. Portanto, utilizada em último caso, sempre devidamente fundamentada tal aplicação.

Além dos requisitos genéricos para a facção das medidas cautelares diversas da prisão, o legislador estabelecerá outros condicionantes, que estão previstos no artigo 319 CPP.

4.3. Medidas em espécies

Foram adotadas novas medidas cautelares, como se fossem substitutas iniciais da prisão cautelar.

A necessidade dessas novas medidas é dada ao fato de os juízes terem um leque de opções a serem adotados e em última hipótese, a prisão. Até mesmo porque, reitera-se, que a regra geral é a liberdade e a prisão preventiva é uma medida extrema e excepcional.

De acordo com o artigo 319 do Código de Processo Penal, são essas medidas:

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

Essa medida em estudo é a mais genérica, pois sua eficácia não depende da implantação de sistema específico de controle. Cabe ao juiz aferir periodicidade do comparecimento, onde o acusado deverá comparecer para informar onde está residindo e qual atividade está exercendo (caso esteja empregado). Importante ressaltar que no caso de o acusado residir em outra comarca, o juiz poderá, por meio de carta precatória, enviar para o juiz da comarca da qual o acusado reside, a fiscalização da execução da medida.

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;

Tal medida não é novidade, pois sempre foi utilizada para a concessão de outros benefícios, tais como SURSIS e livramento condicional. Ademais, é a conclusão extraída das diversas sentenças condenatórias proferidas. Com essa medida busca-se evitar o cometimento de novos crimes, assim como evitar a

perturbação ou acirramento entre pessoas dos locais onde o acusado costumava frequentar. A lei não dispõe sobre quais lugares o juiz pode restringir, ficando essa lacuna para cada caso específico.

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

Com o advento da Lei Maria da Penha em 2006 surgiu essa medida de forma específica e agora em caráter geral pós Lei 12.403/11 no Código de Processo Penal. Essa medida busca proteger a vítima, seus familiares e testemunhas. Por exemplo, quando a vítima esteja sendo ameaçada pelo acusado ou quando o acusado influencia ou ameaça a testemunha, causando prejuízo na verdade real. O juiz poderá fixar distância mínima que o acusado deve manter das partes, além de impedimentos de contatos telefônicos, email, entre outros meios de comunicação.

Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

Em consonância com o artigo 320 do Código de Processo Penal, a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo Juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro horas). O juiz poderá autorizar a saída da comarca, desde que devidamente comunicada e justificada.

NUCCI (2011, p. 88), nos ensina sobre tal medida cautelar:

Não é fácil apontar a sua relevância como medida processual, durante a instrução (ou mesmo durante a investigação), exceto em alguns casos, onde for necessário promover o reconhecimento de pessoa ou acareação. No mais, o réu tem direito de acompanhar a instrução do feito - e não obrigação. Logo, pode afastar-se quando bem entender, desde que tal atitude não signifique fuga.

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

Essa medida cautelar é repetição da figura de regime aberto, na prisão albergue domiciliar. As vezes, como medida processual tenha mais sucesso do que

como pena, pois, se descumprida, pode como consequência acarretar prisão preventiva, vale ressaltar que como pena, com cumprida em residência, tem se mostrado ineficaz no regime aberto.

Trata-se de limitar a locomoção do agente em horário noturno e dias de folga. Normalmente, essa medida vem atrelada a outras, pois visa garantir que o acusado não volte a cometer crimes.

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

Essa suspensão pode ser válida para aguardar o desenrolar do processo, lembrando que essa medida está voltada aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (ex: prevaricação, concessão, corrupção, etc). A medida busca impedir que o agente não irá utilizar tais circunstâncias para a reiteração de infrações penais, destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas.

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

Neste caso, a medida cautelar supriu a lacuna, até hoje existente, em relação à prisão provisória de doentes mentais e perturbados que cometeu crime com violência ou grave ameaça, sendo necessário a conclusão dos peritos sobre a insanidade mental do acusado.

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

Antes, a fiança era utilizada, apenas, como hipótese alternativa à prisão em flagrante, contudo ainda é utilizada com esse intuito (art. 310, III, CPP), mas neste tem caráter de garantia real, que já não é o caso, pois no artigo 319, III do CPP a fiança é medida cautelar e sem vínculo com a prisão em flagrante. Pode-se concluir que é uma medida de cunho patrimonial, da qual exige dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, entre outras formas.

monitoração eletrônica {1° (revogado). {2° (revogado). {3° (revogado). {4° A fiança será aplicada de acordo com as disposições do capítulo VI deste Título, podendo ser acumulada com outras medidas cautelares.

Confira-se a seguinte lição de NUCCI (2011, p.87).

A Lei 12.258/2010 criou a viabilidade legal de se determinar a monitoração eletrônica de condenados para dois fins: saída temporária no regime aberto e prisão domiciliar (art. 146-B, LEP).

Muito tímidas foram as possibilidades instituídas e não chegam a provocar nenhuma alteração de monta no sistema carcerário. Quem possuía o direito à saída temporária, continuará gozando do benefício, embora possa ser monitorado. O condenado que conseguiu a prisão domiciliar (P. A. D.) pode ser fiscalizado por monitoramento eletrônico.

Nota-se, pois, não ter havido nenhum incrementado à desprisionalização de sentenciados.

Surge agora a monitoração eletrônica, como medida cautelar, servindo para fiscalizar os passos do indiciado ou réu. Pode ser que, nesta hipótese, o juiz deixe de decretar a prisão preventiva, optando pela monitoração eletrônica e, com isso diminuindo a população carcerária.

Entretanto, a lei processual não fornece parâmetros para aplicação dessa nova medida cautelar, ficando a critério de cada magistrado regular as suas condições e limites. Além disso, preciso implantar centrais de monitoração eletrônica em várias regiões para que se possa utilizar desse novo instrumento como medida cautelar.

Não somente o juiz da execução penal terá acesso a tal controle por meio eletrônico, mas também o juiz processante. Haverá verba e interesse suficientes para instalar essas centrais de monitoração, além de permitir que todos os juízes brasileiros fixem tal medida? Enquanto os recursos não vierem e a viabilidade prática não ocorrer, trata-se de medida cautelar inoperante.

NUCCI (2011, p. 88) entende que este capítulo deve ser visto da seguinte forma:

Elimina-se do cenário processual penal qualquer modalidade de prisão administrativa.

Criam-se várias medidas cautelares, alternativas à prisão preventiva, quando possível a substituição.

Várias delas já são conhecidas como condições para o gozo de sursis, livramento condicional ou regime aberto. Há, inclusive, medida cautelar utilizada como pena alternativa, caso de proibição de freqüentar lugares.

O sucesso ou fracasso das novas medidas dependerá de dois fatores preponderantes: a) a efetiva aplicação pelos juízes, b) o apoio, em forma de recurso estatal, para muitas delas, como por exemplo, a monitoração eletrônica.

A mais importante novidade diz respeito à internação provisória, que permite o recolhimento cautelar de enfermos e perturbados mentais, que tenham cometido fato criminoso grave, sob suspeita de reiteração. Havia lacuna nesse sentido, pois a medida de segurança provisória fora revogada pela Lei de Execução Penal.

A fiança é ampliada, deixando de ser somente uma garantia real, aplicada na concessão de liberdade provisória, para tornar-se medida cautelar, passível de cumulação com outras medidas provisórias.

Instaura-se a monitoração eletrônica como medida cautelar, dilatando, sobremaneira, a sua relevância, antes restrita às saídas temporárias de presos no regime semi aberto e às prisões domiciliares.

Cabe ressaltar que todas as medidas elencadas no artigo 319 do CPP, se forem descumpridas, podem ser substituídas por outra medida, ou em último caso, decretada prisão preventiva.

5. CONCLUSÃO

Após discorrermos sobre a prisão e seus assuntos afins sob o enfoque constitucional, as medidas cautelares diversas da prisão, as hipóteses de cabimento de liberdade provisória e da exclusão de ilicitude e a possibilidade de aplicação concomitante das medidas cautelares, extraímos as conclusões a seguir.

A prisão é uma medida extrema que deve ser aplicada em caráter excepcional e com utilização da teoria da ponderação (proporcionalidade e razoabilidade), uma vez que temos como regra a liberdade, na condição de direito humano fundamental, protegido como cláusula pétrea, no art. 5º, da Constituição Federativa do Brasil.

Em que pese a postura adotada pela maioria dos nossos estudiosos de que a consagração do Princípio da Presunção de Inocência em nossa carta constitucional não afasta a constitucionalidade das espécies de prisão provisória, em especial a prisão preventiva, este mesmo diploma maior vedou terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exatamente porque as previu e manteve-as como medidas cautelares de prisão utilizáveis como instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade.

Porquanto, não previu a Constituição Federal de 1988, qualquer outro fundamento para este tipo de prisão que não estes: a processual e a penal. Principalmente quando se constata que o argumento que mais ampara os defensores da prisão preventiva é o volúvel clamor social exigindo que o delinquente ainda não julgado seja punido exemplar e imediatamente.

Partindo dessa premissa, podemos observar que o principal efeito do castigo antecipado com a utilização das prisões provisórias é aumentar a prudência ou o cuidado do criminoso de não ser pego pelas malhas da justiça. A possível deturpação que ocorre em nossos mecanismos legais advém com o aumento da criminalidade, da violência e do medo, fomentado concomitantemente o agravamento de penas e a efetivação de medidas antigarantistas como respostas rápidas que banalizam o sistema processual penal brasileiro, principalmente frente a alguns setores marginalizados de nossa sociedade.

Constatamos inclusive, que até mesmo sob o aspecto econômico é melhor priorizar aplicação de medidas não privativas de liberdade, por ser menos custoso aos cofres públicos a manutenção do complexo e amplo sistema prisional atual. Pois podemos contabilizar milhares de mandados de prisão que aguardam execução, seja

por falta do devido aparelhamento policial seja por falta de vagas nas instituições carcerárias resultando no abalo da legitimidade do sistema judicial criminal com o enfraquecimento dos profissionais desta área e a falta de cooperação por parte da comunidade

Necessário frisar, que não protegemos a abolição da prisão. Porém, deve a drástica medida da prisão ser reservada para os casos reprováveis realmente necessários. Até mesmo por ser público e notório que o atual sistema prisional é falho e não atinge o seu verdadeiro escopo de ressocialização.

6. REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme. Manual de processo Penal e Execução Penal. 8 ed. Revista dos Tribunais, 2012

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2009

MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas cautelares Restritivas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 482885 SP 2018/0327215-0. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data: 02/04/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=habeas+corpus+para+prisao+p+reventiva>. Acesso em: 09/12/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 217058 RS 2011/0204904-0 Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data: 11/04/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21600412/habeas-corpus-hc-217058-rs-2011-0204904-0-stj>. Acesso em: 12/06/2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo Penal. 23 ed. Saraiva, 2016