

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1

PRISÃO PREVENTIVA: SUA APLICAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO ÀS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO EM DELITOS COM PENAS INFERIORES A 4 ANOS

Renato Penha Ruffato¹
Andreia Cadore Tolfo²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DAS MEDIDAS CAUTELARES; 2 AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO; 3 APLICAÇÃO SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA EM RELAÇÃO À MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO DESCUMPRIDA EM DELITOS CUJA PENA MÁXIMA COMINADA SEJA INFERIOR A QUATRO ANOS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO

A lei 12.403/2011 rompeu com o sistema binário cautelar no processo penal, o qual vinculava as ações judiciais à liberdade provisória ou a prisão preventiva - temporária. Porém, hodiernamente, com a positivação das novas medidas cautelares diversas da prisão no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP), discricionalizou-se a ação judicial, proporcionando ao magistrado outras ferramentas que favorecem a devida *persecutio criminis*. Todavia, malgrado a positivação das novas medidas no ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm divergido acerca da possibilidade de aplicação da prisão preventiva substitutiva (art. 312, p.ú, do CPP) por ocasião do delito cominar pena máxima inferior a quatro anos e haver inobservância dos preceitos cautelares imputados. Essa problemática exsurge devido ao art. 313, inciso I, do CPP, prever como requisito para o cárcere preventivo, que o delito seja doloso e que a pena máxima seja superior a quatro anos. Nesse impasse, há quem defenda que inobstante a ausência do quesito do art. 313, I, do CPP, a prisão preventiva deve ser aplicada, vez que, se o suspeito não tiver o temor do cárcere, o descumprimento das medidas do art. 319 do CPP será inevitável. Para essa corrente, portanto, é necessária a aplicação da prisão preventiva para que seja proporcionada força coercitiva e exequibilidade prática às novas medidas. De outra banda, uma parte da doutrina, notadamente os garantistas, aduzem que caso o aplicador do direito se valha da preventiva em substituição às cautelares diversas da prisão, inobservando o art. 313, inciso I, do CPP, estará violando o sistema jurídico positivo por criar modalidade de prisão cautelar não prevista no ordenamento. Dessa forma, por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando o método dedutivo, este trabalho busca analisar se os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência atendem a devida subsunção ao conjunto normativo e principiológico formador do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva; Medida Cautelar.

¹ Graduado em Processos Gerenciais pela Universidade Internacional – UNINTER; Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha - URCAMP. Endereço eletrônico: renatoruffato4@gmail.com

² Mestre em Direito pela UFSC. Professora do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha-URCAMP. E-mail: andcadore@gmail.com

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

2

ABSTRACT

Law 12.403 / 2011 broke with the interim binary system in criminal proceedings, which tied the lawsuits release or probation - temporary. But in our times, with the new assertiveness several precautionary measures from prison art. 319 of the Code of Criminal Procedure (CPP), the lawsuit is discricionalizou, yielding to judge other tools that promote proper persecutio criminis. However, despite the assertiveness of the new measures in the law, doctrine and jurisprudence have differed about the possibility of application of substitutive preventive detention (art. 312, p.ú, CPP) at the time of the offense cominar maximum penalty less than four years and be non-observance of the alleged precautionary principles. This problematic Exsurge due to art. 313, item I of the CPP, predict a requirement for preventive prison, that the offense is intentional and that the maximum penalty is more than four years. In this impasse, some argue that regardless of whether the absence of the requirement of the art. 313, I, of the CPP, the detention shall be applied as if the suspect does not have the prison of fear, noncompliance with the art of the measures. 319 of the CPP will be inevitable. For this current, so the pre-trial detention to be provided coercive force and practicality to the new measures is required. On the other band, a part of the doctrine, notably garantistas, adduce that if the right applicator is worth preventive replacing the various precautionary prison, inobservando art. 313, item I of the CPP, is violating the positive legal system to create protective arrest mode not provided for in planning. Thus, through literature, using the deductive method, this paper seeks to analyze whether the positions of the doctrine and jurisprudence meet due to subsumption set of rules and principiológico trainer of paternal law.

Keywords: Preventive prison; Precautionary measure.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de aplicação da prisão preventiva como substitutiva às cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal que forem inobservadas, em casos em que o tipo imputado cominar pena máxima inferior a 04 (quatro) anos, instaurou polêmica na doutrina e na jurisprudência.

No sistema jurídico, se uma cautelar diversa da prisão for descumprida, gerando o desrespeito ao comando judicial, surge a necessidade de aplicação de sanções ao sujeito infringidor como garantia do devido processo legal. Nesse contexto, busca-se verificar se é razoável que uma medida do art. 319 do CPP, inobservada pelo acusado, seja majorada para o encarceramento preventivo. Esse é um dilema que o aplicador do direito enfrenta no cotidiano da justiça nacional.

Ressalva-se que o judiciário, em reiteradas oportunidades, aplica a prisão preventiva como uma alternativa à devida condenação, ou, em *ultima ratio*, utiliza-se do encarceramento preventivo por não haver no sistema jurídico positivo “ferramentas” diversas da dicotomia

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

cautelar “liberdade provisória/prisão preventiva” que imperava até 2011. Em consequência, resta a superpopulação do sistema carcerário brasileiro com indivíduos que nem ainda sofreram condenação definitiva.

Todavia, com o advento da lei 12.403/11, o sistema cautelar sofreu uma importante reforma, cujo principal objetivo é combater essa situação anômala. A grande aposta do legislador foi a inserção no artigo 319 do CPP de medidas cautelares diversas da prisão, as quais proporcionam ao aplicador do direito um rol de alternativas ao cárcere cautelar.

Porém, uma reforma significativa como esta, traz consigo uma série de questionamentos doutrinários no momento da sua aplicação ao caso concreto. Dessa forma, sobrevém o problema da pesquisa: embora não esteja devidamente presente o art. 313, inciso I, do CPP, mormente, crime doloso, com pena máxima cominada superior a 04 anos, seria possível, neste caso, aplicar a prisão preventiva no caso de descumprimento das cautelares diversas da prisão (art. 319 CPP)?

Como exemplo dessa situação, considera-se a prática de um crime de Lesão Corporal Leve, previsto no artigo 129 do Código de Processo Penal, caput, cuja pena é de detenção, de 03 meses a 01 ano (o que impediria, em tese, a decretação da prisão preventiva por inobservância do art. 313, I, do CPP).

Visando impedir a reiteração delituosa, já que o acusado estaria ameaçando a vítima, o juiz determina a imposição da medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III), no caso, o próprio ofendido. Mas o acusado passa a frequentar as imediações próximas ao local de trabalho do ofendido. Ciente do descumprimento da primeira medida imposta, o juiz resolve impor outra cumulativamente, a saber, proibição de frequentar o local de trabalho da vítima (Art. 319, II). Novamente, o acusado deixa de observar as medidas cautelares impostas pelo juiz. Neste caso, questiona-se: seria cabível a decretação da prisão preventiva, embora o delito praticado pelo agente não se enquadra na hipótese do Art. 313, I, do CPP?

A doutrina e a jurisprudência têm divergido acerca dessa hipótese. Alguns doutrinadores aduzem que inobstante não estejam previstos os requisitos do art. 313, I, do CPP, é necessário que o infrator tenha o temor do cárcere para garantir a eficácia dos novos institutos (319, do CPP). De outra banda, outros defendem que a aplicação da prisão cautelar

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

4

sem que seus pressupostos estejam configurados, é afrontar ao sistema jurídico positivo, pois o exegeta estaria criando nova modalidade de constrição da liberdade cautelar por interpretação ampliativa do instituto penal, o que é inadmissível num Estado de direito.

Diante do impasse entre positivistas e garantistas, por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando o método dedutivo, objetiva-se investigar os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

1 DAS MEDIDAS CAUTELARES

Apesar da inexistência de um processo cautelar autônomo no âmbito do Processo Penal, existe um série de medidas imperiosas que tutelam não só a correta apuração do ato delituoso, nas também a futura e possível execução da sanção e a proteção da coletividade pelo risco de reiteração da conduta.

Indubitavelmente, se mostra necessária a disposição de medidas cautelares no sistema jurídico, as quais sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo no processo durante a persecução penal. Essa necessidade se justifica pela possível demora da prestação jurisdicional que pode vir a prejudicar o escopo de apurar a concretude do fato e assegurar a efetivação da correspondente sanção (LOPES JR., 2011, p. 09).

As medidas cautelares são atos jurídicos que se propõem a evitar que eventos danosos, surgidos durante a relação jurídica processual, ou até mesmo antes da formação dessa relação, possam comprometer a obtenção de um provimento final eficaz. Dessa forma, a sentença definitiva, quando proferida, satisfaz o direito da parte, realizando a finalidade instrumental do processo (FERNANDES, 2010, p. 279).

Em geral, para a decretação das medidas cautelares há a necessidade de estar configurados certos requisitos e pressupostos positivados em lei, pois os provimentos cautelares não poderão ter efeitos automáticos da prática de determinada infração penal.

Salienta-se que não se pode transferir conceitos do Processo Civil para o Processo Penal. Nesse sentido, ao analisar os fundamentos e os requisitos das cautelares em geral, destaca-se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Todavia, há uma impropriedade jurídica ao se afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária à existência do *fumus*

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

boni iuris. Não se pode afirmar que para prender alguém é necessário a “fumaça do bom direito”, pois o delito é a negação do direito. Logo, o aplicável ao processo penal é o *fumus comissi delicti*, pois nessa seara jurídica a decretação de uma medida coercitiva, ao contrário do processo civil, não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim, de um fato aparentemente punível, ou seja, prova da existência do fato e indícios suficientes da autoria (LOPES JR., 2011, p. 6-8)

Para Lopes Jr. (2011, p. 6-8), o *periculum in mora* é outro requisito das cautelares, associando a valoração do perigo da demora ao processo penal. Isso se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado. Todavia, verifica-se que no âmbito processual penal, o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. O perigo não advém da dilação temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, contudo, da situação de liberdade do acusado. Por conseguinte, o fundamento no processo penal não é o *periculum in mora* nem o *fumus boni iuris*, mas sim o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* (LOPES JR., 2011, p. 6-8).

Por *fumus comissi delicti* entende-se a demonstração do cometimento de um delito. Porém a prova não se exaure na demonstração de um fato em seu aspecto externo, mas ultrapassa a tipicidade e a ilicitude fáticas, exigindo-se uma probabilidade razoável do cometimento do delito, ou seja, deve estar demonstrada não meramente a existência de um fato, mas de um crime. Esse pressuposto comporta ainda a necessidade da presença de indícios suficientes da autoria. Nesse sentido, a lei não se contenta com meros indícios, mas com uma suficiência indiciária, a qual permite uma aproximação da certeza da autoria, mesmo que não possa ser proclamada antecipadamente, pois não se trata de um veredicto condenatório. Portanto, são condicionantes do *fumus comissi delicti* a devida guarida de indícios suficiente de autoria e de materialidade (LOPES JR., 2011, p. 08-09).

Já por *periculum libertatis*, pressupõe-se que o fato de o indivíduo suspeito permanecer em liberdade possa causar risco ou prejuízo a outrem. Porém, essas situações não são presumíveis, mas exigem um suporte fático suficiente e demonstrável empiricamente de situações concretas, justificantes do motivo legal e da necessidade da prisão, ou seja, se exige

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

a presença de uma base probatória justificadora do *periculum libertatis* (LOPES JR., 2011, p. 08-09)

No que concerne aos pressupostos elencados no art. 282, inciso I e II, a doutrina considera serem sub-requisitos do método de interpretação conhecido como Princípio da Proporcionalidade, presentes implicitamente nos requisitos genéricos das cautelares. A rigor, tal princípio seria um “superprincípio” balizador de decisões, solucionador da colisão de direitos. Nesse sentido, caberá ao julgador aplicar casuisticamente a aplicação da medida cautelar cabível à luz da proporcionalidade (MONGENOT, 2012, p. 577). A respeito disso, é necessário verificar o art. 282, do CPP:

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.

O inciso I do artigo acima considera a necessidade para a aplicação da lei penal para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita de elementos indiciários e a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos. Já o inciso II determina que na aplicação de medida cautelar deve ser observada a adequação da gravidade do crime e a circunstância do fato, as condições pessoais do indiciado ou do acusado. As condições previstas nesses incisos (Inciso I e II) são vetores interpretativos que vão balizar a escolha da cautelar que se subsume as circunstâncias do fato delituoso, retratando as condições pessoais do agente nessa interpretação (LOPES JR., 2011, p. 25-26).

Portanto, para que ocorra a devida aplicação de medidas cautelares (*latu sensu*) é necessário estar presente no caso os pressupostos e requisitos mencionados anteriormente. Contudo, o aplicador do direito, no escopo de decretar medidas cautelares, também deve considerar o princípio da presunção de inocência em sua decisão.

1.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

7

As medidas cautelares, em especial as de natureza pessoal, constroem o paciente em menor ou maior grau em seu direito fundamental de liberdade. Diante disso, inerente é a junção de uma base principiológica a disposição da matéria. Assim, destaca-se o principal princípio aplicável as cautelares pessoais no processo penal: Presunção da Inocência.

Historicamente, no direito Romano, por influência do Cristianismo, na apuração de uma pessoa acusada, incidia o princípio de *indubio pro reo* como regra referente à valoração da prova. Já a Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei, após um justo julgamento pelos pares. Na Idade Média, mais especificamente nas inquisições, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema a inocência era declarada quando o acusado a demonstre, bastando um simples indício para a formação do juízo condenatório. Com o surgimento do pensamento iluminista, a presunção da inocência ganha corpo a partir das críticas dos pensadores acerca dos sistemas penais, resultando na sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, rompendo com o antigo sistema (GIACOMOLI, 2013, p. 18-19)

O ordenamento jurídico brasileiro hodierno, notadamente a lei 12.403/11, estabeleceu profundas mudanças nas regras carcerárias no país. O Código Penal de 1941, em sua primeira redação, foi elaborado a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade na medida em que a fundamentação da custódia referia-se apenas à lei e não a uma razão cautelar específica. Contudo, atualmente, toda e qualquer prisão realizada antes da sentença condenatória transitada em julgado (cautelar), deverá ser fundada em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (PACELLI, 2012, p. 491).

Assim, pode-se inferir que o ordenamento brasileiro não aduz sobre qualquer presunção de inocência, mas realiza a sua afirmação, como valor normativo a ser seguido em toda persecução penal, desde a fase investigatória e na fase processual. A Constituição Federal promoveu a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal, além de a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente (PACELLI, 2012, p. 491-492).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

8

O princípio da inocência pode ser definido como sendo o direito de não ser tratado pelas autoridades judicantes como culpado antes da decisão definitiva. Tal princípio implica em duas conseqüentes regras fundamentais: uma probatória e outra de tratamento. Por aquela se extrai que compete à parte acusadora o ônus de provar a culpabilidade do acusado e não este de provar sua inocência, ou seja, convencer o magistrado da autoria e materialidade do fato imputado ao agente passivo incumbe à acusação. De outra banda, por regra de tratamento entende-se que apesar da positivação em lei da presunção da inocência, esta não impede a aplicação de medidas cautelares de constrição da liberdade antes do trânsito em julgado, desde que a medida seja em caráter excepcional e não perca sua instrumentalidade e precariedade e, ainda, se mostre aplicável ao caso concreto (LIMA, 2013, p. 774).

De acordo com Aury Lopes Jr (2011, p. 05), o princípio da inocência se divide em duas dimensões: interna e externa ao processo. A interna refere-se ao ônus da acusação de provar a autoria e materialidade do acusado, sendo que, na dúvida, o magistrado deve conduzir o feito à absolvição. Já na senda externa, o princípio exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, protegendo-se a reputação do acusado, impondo-se limites à exploração midiática em torno do fato criminoso e do processo judicial. O doutrinador ressalva que o espetáculo midiático criado por programas sensacionalistas devem ser coibidos pelo princípio da inocência.

Nesse contexto, a presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal, interferindo, substancialmente na limitação do direito de liberdade do cidadão. Quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade dos direitos da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais usados na Idade Média (GIACOMOLI, 2013, p. 22).

Portanto, para a decretação de medidas cautelares gerais no processo penal, inclusive as capituladas do art. 319, do CPP, é consectário que o magistrado observe os requisitos referidos.

2 AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

9

Uma das principais alterações da reforma de 2011 foi a implementação no Código de Processo Penal de um sistema polimórfico de cautelares, consubstanciado nas medidas cautelares diversas da prisão. Positivadas no artigo 319 do CPP, essa inovação rompeu com o binômio prisão-liberdade até então vigente, proporcionando maiores alternativas ao aplicador do direito. Agora, passou a vigorar um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto ao cárcere e nem tão brandas quanto à mera manutenção da liberdade do agente. (Lopes Jr., 2011, p. 04).

Não há de se olvidar que as medidas cautelares, mesmo as alternativas, produzem certo constrangimento ao imputado, uma limitação de seus direitos, que embora não proveniente de uma sentença penal condenatória, produz os mesmos danos e sofrimentos do recolhimento a prisão. Apesar de não representar uma antecipação da pena, elas se situam na perspectiva de assegurar a instrumentalidade do devido processo legal, desde a fase preparatória até o final do processo (GIACOMOLI, 2013, p. 101).

Quanto aos objetivos das medidas cautelares diversas da prisão, interessante ressaltar o entendimento de Nereu José Giacomolli (2013, p. 102):

Um dos objetivos das medidas cautelares diversas da prisão preventiva é diminuir a ampla utilização no Brasil do recolhimento cautelar ao cárcere. Segundo, oferecer ao magistrado, alternativas cautelares, rompendo-se com a dicotomia reducionista prisão/liberdade total. A aplicação de uma cautelar não concede ao sujeito passivo a liberdade plena, diante da permanência de certas limitações, inclusive no ir e vir. Terceiro, outorgar a cautelar de prisão preventiva o seu lugar constitucional e convencional, ou seja, a de ultima ratio, de medida excepcional e proporcional à situação concretizada nos autos. Em quarto lugar, manter o controle sobre o sujeito e suas atividades, sobre os atos processuais e desenvolvimento do processo, situação menos onerosa que o recolhimento ao cárcere, satisfazendo certa exigência cautelar.

As cautelares não devem ser aplicadas com efeitos imediatos à prática de determinada infração penal, pois sua decretação está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, quais sejam, as previstas no artigo 282, inciso I e II do CPP.

Destarte, as medidas alternativas somente deverão ser utilizadas quando presentes os requisitos e pressupostos a prisão preventiva, mas, se em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar a situação, esta deverá ser aplicada no lugar da prisão. Logo, o artigo 319 tem caráter substitutivo em relação à prisão preventiva,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

10

e, portanto, as cautelares não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos (PACELLI, 2014, p. 494-495).

Nesse contexto, verificando o magistrado que tanto a prisão preventiva quanto as medidas alternativas são idôneas a atingir o fim proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, preservando, assim, a liberdade de locomoção do agente (LIMA, 2013, p. 785-786).

Portanto, essas medidas são cabíveis quando demonstrada a existência de um fato típico, ilícito e culpável, haja indícios de autoria e materialidade e ainda alguma das hipóteses do artigo 312 do CPP. Ademais, as nove medidas alternativas positivadas no artigo 319 preveem requisitos especiais em cada uma delas que devem ser observados.

Sobre os requisitos, Aury Lopes Jr. (2011, p. 120) explica que as medidas cautelares diversas da prisão também estão condicionadas aos pressupostos do artigo 313 do CPP, ou seja, crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos, além dos casos de condenados por outro crime doloso e ainda nos delitos de violência doméstica.

O referido autor aduz ser incabível qualquer medida cautelar diversa se, por exemplo, o crime for culposo ou com a pena máxima inferior a quatro anos. Ressalta que as cautelares diversas são alternativas à prisão preventiva e devem ser aplicadas com caráter substitutivo, nos limites e casos previstos para a preventiva. Ademais, o autor destaca que as medidas do art. 319 estão sujeitas aos mesmos princípios das cautelares, quais sejam, jurisdicionalidade, contraditório, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade (LOPES JR., 2011, p. 120).

2.1 Medidas cautelares diversas da prisão em espécie

No artigo 319 do CPP estão previstas as medidas cautelares diversas da prisão. O artigo referido prevê que:

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

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

A seguir, comenta-se cada uma das medidas alternativas à prisão.

2.1.1 Comparecimento periódico em juízo

O comparecimento periódico em juízo possui o escopo de verificar as atividades do acusado em sua rotina, bem como compeli-lo a permanecer à disposição do juízo para prática de qualquer ato processual. Sobre a periodicidade do comparecimento, ante a omissão do artigo 319, inciso I, nota-se que compete ao magistrado fixá-la a luz do caso concreto, considerando a situação familiar e profissional do indivíduo. Essa medida alternativa ao cárcere já existia no ordenamento jurídico, prevista na lei 9099/95, mais precisamente no artigo 89, §1º, IV, com a diferença de que nesta a exigência quanto ao comparecimento do acusado para justificar suas atividades é mensal. O comparecimento periódico, em determinadas situações, poderá atender as exigências da cautelaridade, mormente nas situações em que há risco de fuga, pois o objetivo é manter o sujeito na comarca, garantindo a tramitação do processo e, ao final, a aplicação da sanção (LIMA, 2013, p. 981-983).

Aury Lopez Jr. (2011, p. 122) critica o referido dispositivo, ressaltando que na fixação do cumprimento da presente medida, haveria de ser considerado na lei a jornada de trabalho do sujeito, ao qual deveria se apresentar na polícia mais próxima de seu domicílio e não na comarca, vez que a estrutura territorial das polícias é mais dilatada.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

2.1.2 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

A utilização dessa medida se dá para evitar a reiteração delituosa, pois, determinados locais por sua natureza, finalidade ou tipo de frequência, favorecem a prática de infrações penais. Daí a importância dessa medida para resguardar a ordem pública, se mostrando, a depender do *in casu*, como mais adequada. Ressalte-se, que a lei não descreve quais são os lugares proibidos, ficando o magistrado livre para restringir o comparecimento do sujeito tanto em lugares públicos (parques, casas noturnas, prostíbulos, bares...), bem como em lugares privados (casa do ofendido ou de testemunha) (LIMA, 2013, p. 983-984).

Todavia, não poderá o juiz utilizar termos genéricos como “proibição de frequentar qualquer local”, deve aquele especificar os locais proibidos e ainda fundamentar cada restrição imposta (TÁVORA, 2014, p. 820).

O receio da doutrina refere-se à fiscalização da presente medida (LOPES JR., 2011, p. 126). Para essa problemática, Pacelli sugere a obrigatoriedade da aplicação cumulativa da medida com a prevista no inciso IX, qual seja, a monitoração eletrônica. Justifica-se essa necessidade cumulatória para tornar exequível a fiscalização da presente limitação, devendo, se necessário, aplicar a prisão preventiva (PACELLI, 2012, p. 504).

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

Esta medida tutela a pessoa em situação de risco, ressaltando-se que a sua aplicabilidade não se limita apenas à vítima, podendo se estender da mesma maneira para as testemunhas e até mesmo para os corréus. O contato compreende não só o físico, abrangendo, o telefônico, o audiovisual e por mensagem. (LIMA, 2013, p. 985)

De outra banda, diante da omissão do comando legal, fica a critério do magistrado estabelecer a distância mínima em que deverá o agressor se afastar da vítima, todavia essa não

pode ser exagerada a ponto de evitar que o réu conviva no mesmo bairro ou município, nem mesmo seja tão módica de maneira que permita a aproximação (LIMA, 2013, p. 984-985). Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 984) exemplifica a cautelar da seguinte forma:

Suponha que uma pessoa esteja sendo vítima de ameaça por parte do agente, ou, ainda, hipótese em que um indivíduo esteja sendo ofendido em sua honra subjetiva por meio de ligações telefônicas. Em tais situações, como os crimes de ameaça e injúria têm pena máxima inferior a 4 anos, não seria cabível a decretação da prisão preventiva, porém, a fim de se evitar que haja a reiteração da conduta delituosa, poderá o juiz determinar que o acusado se abstenha de manter contato com a vítima, hipótese em que referida medida seria dotada de modo a evitar a prática de novas infrações penais.

Não obstante, o dispositivo legal seja silente quanto à fiscalização da presente cautelar, compete a vítima, logo que descumprida a medida imposta, comunicar a autoridade competente o desrespeito ao comando judicial, podendo o juiz aplicar cautelar mais severa, até mesmo decretando a prisão, a fim de tutelar a vítima (LOPES JR. 2011, p. 126).

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

A medida tem por escopo evitar que o acusado perca a vinculação ao distrito da culpa. A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória. Para que a medida seja eficaz, é importante que a decisão seja incluída no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, possibilitando que as autoridades policiais possam auxiliar na fiscalização (LIMA, 2013, p. 986).

Entende-se que a cautelar impeditiva de se ausentar do país deve ser interpretada conjuntamente com o art. 320 do CPP, o qual aduz que o sujeito deverá entregar o passaporte em até 24h à autoridade competente e, ainda, deverá esta comunicar aos órgãos encarregados da saída e entrada do país a restrição imposta ao indivíduo (LOPES JR., 2011, p. 128).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

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

Verificando que não é necessário privar o agente de sua liberdade de locomoção em absoluto, e que seu recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga já será suficiente e necessário para garantir a aplicação da lei penal e para evitar a prática de novas infrações penais, deve o magistrado optar pela presente medida cautelar. Ela possibilita que o agente exerça sua atividade laboral, exigindo autodisciplina do acusado para não sair da sua casa nos períodos noturnos e de folga. Para a imposição dessa cautelar, exige-se que o acusado tenha trabalho e residência fixa (GIACOMOLI, 2013, p. 107-108).

A doutrina questiona a exequibilidade dessa medida, aduzindo que sua aplicação isolada é de difícil, se não impossível, fiscalização, devendo ser aplicada cumulativamente com a monitoração eletrônica para garantir a sua eficácia (LOPES JR. 2011, p. 128-129).

2.1.6 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

A imposição da referida cautelar é aplicável quando o acusado se vale da função pública para a prática delitiva, notadamente nos delitos contra a administração pública. Ressalta-se, que o escopo dessa medida não é limitado à prevenção da reiteração da prática delitiva, podendo, a depender do caso concreto, servir para evitar a destruição de provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou da busca da verdade (LIMA, 2013, p. 989).

Portanto, havendo pertinência funcional, com facilitação da atividade criminosa pela função desempenhada, admite-se que o cargo seja cautelarmente suspenso. Em sendo aplicada a cautelar, importante destacar, que como se trata de mera suspensão, a remuneração continuará a ser paga ao agente público. De outra banda, a aplicação na atividade econômica-

financeira irá depender do tipo de delito que se esteja investigando ou processando, quais sejam, os crimes contra a ordem econômica ou financeira (LIMA, 2013, p. 991).

Ademais, essa medida cautelar somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas ou de sua atividade de natureza econômica ou financeira para a prática do delito, ou seja, deve haver um nexo funcional entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente e, ainda, deverá levar em consideração à posição ocupada pelo agente junto à instituição, se esse é um fator de risco para a reiteração da conduta delituosa (GIACOMOLI, 2013, p. 109).

2.1.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do CP) e houver risco de reiteração

Trata-se de medida já contemplada no ordenamento jurídico desde o CP de 1941, porém com nova roupagem. Essa medida evita a decretação da prisão preventiva com o consequente recolhimento ao cárcere de pessoas com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental. No entanto, a medida deve ser justificada pelo risco de reiteração delituosa, o que impede a aplicação imediata da medida em qualquer delito praticado por inimputável ou semi-imputável (LIMA, 2013, p. 992).

A realização de perícia técnica é indispensável para a aferição da imputabilidade do agente, devendo os peritos em laudo fundamentar a necessidade da internação do sujeito. Assim, é preciso estar presente três requisitos: delito praticado com violência ou grave ameaça, laudo pericial e risco de reiteração. Ademais, ressalte-se que a internação se dará em hospitais de custódia e tratamento (TÁVORA, 2014, p. 828).

2.1.8 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

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

16

A fiança está positivada nos artigos 322 a 350 do CPP, e também foi alvo de relevante alteração com o advento da lei 12.403/11. No processo penal, é um instituto que exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos, metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca, com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo e evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência a ordem judicial, evitando o encarceramento (PACELLI, 2014, p. 515-516).

Assim, verificada a necessidade da medida para aplicação da lei penal e nos demais casos previstos em lei, poderá o juiz, ao invés de decretar a prisão cautelar do sujeito, aplicar a cautelar alternativa de fiança, cumulada ou não com outra medida, desde que verifique que sua adoção se revela igualmente eficaz e suficiente para o fim desejado pela providência cautelar, porém com menor sacrifício à liberdade do acusado.

2.1.9 Monitoração eletrônica

Até o advento da lei 12.403/11, o monitoramento eletrônico estava previsto na Lei de Execuções Penais, cujo artigo 146-B havia sido introduzido pela lei 12.258/10, ao definir ao juiz da execução monitorar as saídas temporárias do regime semiaberto. Com a entrada em vigor da nova reforma, o monitoramento eletrônico pode ser adotado durante toda a persecução penal, funcionando como verdadeiro substituto do cárcere cautelar. (GIACOMOLI, 2011, p. 113).

Pode-se definir a monitoração eletrônica como a afiação de dispositivo não ostensivo ao corpo do acusado, para que tenha-se o controle da localização geográfica do indivíduo por todo o tempo. É importante que o processo adote medidas que utilizam os benefícios das novas tecnologias, já que o sistema carcerário não protege a integridade física e moral do detento. Se devidamente implantado, deve-se adotar o sistema eletrônico em substituição ao cárcere cautelar (LIMA, 2013, p. 996-999).

Acerca da aplicação da monitoração eletrônica, Aury Lopes Jr. (2011, p. 134) observa que:

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

17

Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar.

Portanto, o uso desta tecnologia se mostra eficaz no controle do cumprimento da pena, principalmente quando aplicada cumulativamente com outras medidas.

3 APLICAÇÃO SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA EM RELAÇÃO À MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO DESCUMPRIDA EM DELITOS CUJA PENA MÁXIMA COMINADA SEJA INFERIOR A QUATRO ANOS

A aplicação da prisão preventiva no processo penal hodierno pode se dar, dentre outras hipóteses, de forma autônoma ou substitutiva. Neste último caso, o art. 282, §4º, c/c o art. 312, parágrafo único, ambos do CPP, calcam a hipótese de redução ao cárcere preventivo por descumprimento imotivado de uma cautelar anteriormente imposta.

Todavia, questão que surge na doutrina e na jurisprudência é o fato de a pena máxima cominada no preceito secundário do tipo, imputado ao sujeito paciente, ser inferior a 04 (quatro) anos. Isso se dá porque o art. 313, I, do CPP, prevê como um dos requisitos condicionantes para a aplicação da prisão cautelar que o delito seja doloso e pena cominada superior a 4 (quatro) anos. Nesse impasse, passa-se a expor os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

Em sentido contrário a possibilidade de aplicação da prisão preventiva na presente hipótese, cumpre ressaltar o posicionamento de Edilson Mougenot Bonfin. Preliminarmente, tal doutrinador destaca que quando aplicada quaisquer das cautelares previstas no rol do art. 319, do CPP, e haja o descumprimento imotivado pelo investigado ou acusado, há a hipótese do aplicador do direito substituir a medida imposta, ou aplicar outra em acumulação e, em *ultima ratio*, decretar a prisão preventiva. Portando, infere-se que o juiz não fica vinculado à redução ao cárcere preventivo em caso de descumprimento da medida imposta (BONFIN, 2012, p. 634).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

18

Todavia, em sendo aplicada a preventiva tanto em sua forma autônoma (art. 312, *caput*) ou em caráter substitutivo (art. 312), Mougenot (2012, p. 634) defende a estrita observância dos preceitos do art. 313, e seus incisos (notadamente, crime doloso, pena máxima cominada superior a quatro anos), arguindo que o referido artigo prevê genericamente em seu *caput* que “nos termos do art. 312 deste código, será admitida a prisão preventiva (...)”.

Para Bonfim (2012, p. 635), há dois argumentos que afastam a preventiva por conversão nesses delitos. O primeiro é a questão hermenêutica, referindo que deve-se interpretar o art. 313 e 312 do CPP de forma restritiva, pois não pode-se realizar interpretação extensiva em matéria penal. Esclarece-se: quando o art. 313 em seu *caput* aduz “nos termos do art. 312 deste código (...)” ele se refere tanto ao *caput* (preventiva autônoma) quanto a do parágrafo único (preventiva por conversão), de maneira que se o legislador não quisesse submeter a preventiva substitutiva aos quesitos do art. 313, teria feito expressamente, sinalizando que tais requisitos não se aplicariam no caso de prisão imposta por descumprimento de medidas cautelares.

O segundo argumento de Bonfim (2012, p. 635) e o princípio do *in dubio pro reo*, observando-se que há dúvida quanto a submissão do parágrafo único do art. 312 aos ditames do art. 313, a boa prática hermenêutica aduz que deve-se interpretar o dispositivo de maneira menos coativa ao imputado. Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Aury Lopes Jr. (2011, p. 76).

Por derradeiro, recordemos que o art. 313 deve ser sempre conjugado com o art. 312, de modo que: I – ainda que tenha sido praticado um crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, sem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não há que se falar em prisão preventiva. II – mesmo que exista *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (art. 312), se o caso não se situar nos limites do art. 313, não caberá prisão preventiva.

Logo, para Lopes Jr., mesmo nos casos de prisão preventiva autônoma ou por conversão (art. 312), deve-se observar que o delito seja doloso e a pena máxima prevista superior a quatro anos.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

19

De outra banda, cumpre ressaltar a posição de Renato Brasileiro Lima. Tal doutrinador, outrora, também convergia no sentido das lições de Aury Lopes Jr. e Edilson Mougnot Bonfin. O principal argumento que o levava a sustentação da obrigatoriedade da observância dos requisitos postulados no art. 313 do CPP, na preventiva por conversão, era o princípio da homogeneidade (LIMA, 2013, p.795).

Pelo princípio da homogeneidade não é possível a aplicação de medida cautelar durante o curso da persecução penal que cause ao acusado malefícios mais graves do que a própria pena aplicada ao final do processo. Considerando o sistema penal hodierno, verifica-se que nos delitos de pena cominada inferior a quatro anos, na prática, dificilmente alguém enfrentará a prisão como pena ao final do processo, pois certamente aplicar-se-á a conversão em restritiva de direitos, a suspensão condicional do processo ou a suspensão condicional da pena, etc. Dessa forma, como fatalmente não irá preso ao final do processo, não é “homogêneo” que durante a persecução do delito, na qual nem há decisão condenatória definitiva, se recolha o imputado às mazelas do cárcere (LIMA, 2013, p.795).

Contudo, Renato Brasileiro Lima, em sua obra mais recente, alterou seu posicionamento, referindo que as cautelares diversas da prisão, em qualquer hipótese, poderão se substituídas pela prisão preventiva. O primeiro argumento que levou a Renato Brasileiro a mudar seu entendimento é o fato da necessidade de proporcionar força coercitiva às medidas do art. 319, destacando que se não houver a possibilidade de conversão em prisão no caso de descumprimento, as novas medidas se tornarão “letra morta” da lei. Pois, se o acusado sabe antecipadamente que a inobservância da cautelar não dará ensejo ao recolhimento prisional, isso implicará na retirada de qualquer força impositiva as cautelares recém-positivadas, vez que irá descumprir e nada de mais coativo poderá ser feito (LIMA, 2013, p. 795).

Logo, Renato Brasileiro sustenta a importância da ameaça psicológica que a prisão preventiva proporciona ao acusado, no sentido de coagi-lo a observar regularmente a cautelar imposta, que, se não houver tal “ameaça”, fatalmente acabar-se-á banalizando as medidas do art. 319 (LIMA, 2013, p. 795).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

20

Ressalta-se, ainda, que o fato de a prisão preventiva substitutiva não ter o dever de observar os quesitos do art. 313, inciso I, do CPP, não viola o princípio da homogeneidade. (LIMA, 2013, p. 795).

Fatalmente em crimes de penas menores, haverá a aplicação de institutos despenalizadores que não levarão o imputado ao efetivo recolhimento a prisão. Todavia, para que haja tal aplicação, não se considera somente o *quantum* de pena cominada no tipo, mas também as circunstâncias judiciais do acusado como os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente. Portanto, a pena em abstrato nem sempre levará a aplicação de benefícios que despenalizem a conduta (LIMA, 2013, p. 796).

Assim, em havendo descumprimento de uma cautelar imposta, esse fator certamente será levado em consideração pelo juízo em desfavor do imputado ao final do processo, acarretando na não aplicação dos institutos que o livrariam do cárcere penal. Logo, como o sujeito descumpriu as medidas do art. 319, isso pode implicar na sua prisão pena, mesmo que o delito comine pena ínfima, ou seja, neste caso poderá ser aplicada a prisão preventiva em conversão de cautelar descumprida, malgrado a pena inferior a quatro anos, sem haver quebra ao princípio da homogeneidade (LIMA, 2013, p. 796).

Para Andrey Borges de Mendonça, na combinação dos artigos 282, §4º e 312, parágrafo único do CPP, o legislador criou um microssistema da prisão preventiva substitutiva, que é independente das condições de admissibilidade do artigo 313. Assim, para que seja adotada essa modalidade prisional basta que haja: (a) decretação inicial de medida cautelar alternativa à prisão (art. 319); (b) descumprimento posterior de qualquer das obrigações impostas; e (c) ineficácia ou inadequação da imposição de outra medida alternativa em substituição ou em cumulação. Tal entendimento é corroborado pelo escopo de garantir eficácia as medidas do artigo 319 do CPP, sustentando que a prisão preventiva poderá ser aplicada independentemente da pena máxima cominada ao delito (MENDONÇA, 2011, p. 290).

Nesse contexto, para MENDONÇA (2011, p. 292-293) em se tratando de crime doloso sujeito à pena privativa de liberdade, caberá a decretação da preventiva substitutiva, independentemente do artigo 313, inciso I, do CPP.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

21

(...) embora o legislador não tenha sido explícito, é possível a decretação da prisão preventiva nesse caso, em razão da interpretação sistemática da nova legislação. Como é sabido, conforme leciona o ex-ministro Eros Grau, o direito não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços. Imprescindível a interpretação sistemática, pois, segundo leciona Carlos Maximiliano, 'por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.' Embora, em uma leitura apressada, possa-se chegar à conclusão de que as condições de admissibilidade indicadas no art. 313 seriam aplicáveis a todos os casos de prisão preventiva, isto não é verdade. No caso da prisão preventiva substitutiva (aplicável em caso de descumprimento das medidas alternativas à prisão) isto não se faz necessário. Em outras palavras, na hipótese do art. 282, § 4º, a prisão pode ser decretada independentemente da observância das condições de admissibilidade estipuladas no art. 313.

Também, tendendo a essa mesma linha de entendimento, impende trazer os comentários de Nereu José Giacomolli. Para Giacomolli (2013, p. 115) a prisão preventiva por conversão pode ser aplicada independentemente dos preceitos do art. 313 do CPP. Porém, ele ressalta que deve ficar demonstrada a extrema necessidade acautelatória para que o cárcere preventivo seja aplicado no caso concreto.

Dessa forma, quando há o descumprimento das medidas do art. 319, do CPP, essa tal necessidade de acautelar a persecução penal exsurge, de uma maneira que justificaria a possibilidade de ultrapassar os pressupostos do art. 313 de forma excepcional, para prender preventivamente o sujeito paciente, mesmo que o delito imputado tenha pena cominada inferior a quatro anos. Trata-se de medida extrema, que não deve ser aplicada como regra no caso de simples de descumprimento da cautelar imputada, vez que o cárcere preventivo deve ser adotado como *ultima ratio* (GIACOMOLLI, 2013, p. 115-116)

Por fim, consolidando a posição doutrinária dominante, impende trazer os entendimentos de Eugênio Pacelli. Para Pacelli (2014, p. 561-564) os preceitos do art. 313, I, do CPP não são regras absolutas para a aplicação da prisão preventiva. Tal doutrinador aponta alguns delitos que embora não estejam de acordo com o art. 313, devido a seu potencial lesivo, justificaria a redução ao cárcere preventivo. Os crimes enquadrados nessa hipótese são o de Associação Criminosa (art. 288, do CP), o de Sequestro e Cárcere Privado (art. 148, CP) cujas penas máximas são de três anos.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

22

Logo, Pacelli refere que a aplicação das condicionantes previstas no art. 313 deve atentar para critérios de proporção entre a gravidade do delito e o resultado ao final do processo, de maneira que excepcionalmente pode haver preventiva mesmo em delitos de penas menores (PACELLI, 2014, p. 564).

Nesse sentido, tal doutrinador aponta que a preventiva por conversão é outra exceção ao art. 313, inciso I, referindo que no caso de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta, a decretação da prisão preventiva não se subordina à pena cominada no tipo (PACELLI, 2014, p. 561).

Quanto à posição jurisprudencial do tema, há diversos entendimentos, não havendo uma posição consolidada até o momento. Com o fito de demonstrar a divergência nos tribunais, colacionam-se dois julgados com casos semelhantes, porém com entendimento antagônicos.

Tendo posição contrária à decretação da prisão preventiva substitutiva à cautelar descumprida, sem observar os requisitos do art. 313, do CPP, colaciona-se jurisprudência recente do Tribunal de Justiça - RS:

HABEAS CORPUS. DELITO DE AMEAÇA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A HIPÓTESE EM TELA. 1-Nos termos do parágrafo 4º do art. 282 do CPP, descumprida a obrigação imposta na medida cautelar, o juiz deverá, primeiramente, substituir a medida ou impor outra em cumulação e, em último caso, poderá decretar a prisão preventiva do réu. A prisão é a ultima ratio. E somente poderá ser determinada se em consonância com as hipóteses descritas nos artigos 312 e 313 do CPP. 2- Tratando-se de crime de ameaça, cuja pena máxima é de seis meses de detenção, e não possuindo o paciente sentença condenatória transitada em julgado, nem sendo o caso de crime envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher, mostra-se inviável o decreto de prisão, por afronta ao art. 313 do CPP. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 71005059829, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Madgeli Frantz Machado, Julgado em 08/09/2014).

De outra banda, o tribunal do Mato Grosso do Sul adotou entendimento diverso, referindo que a prisão preventiva por conversão poderá ser aplicada independentemente da pena cominada ao delito:

HABEAS CORPUS - PROCESSO PENAL - REVOGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ESTABELECIDAS - PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUTIVA DE MEDIDA CAUTELAR INÓCUA -

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

23

INEXIGIBILIDADE DE LIMITAÇÃO TEMPORAL -NÃO CONCESSÃO. O descumprimento de obrigações impostas pela concessão de liberdade provisória impõe sua revogação, **acarretando a decretação de prisão preventiva substitutiva, que encontra fundamento no art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal, e não se limita às hipóteses do art. 313**, do mesmo Codex Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a inobservância das condições previstas para a liberdade concedida em caráter precário. TJMS, HC 2012.007523-1/000-00- Ivinhema, 2ª Câmara Criminal, relator. Desembargador. Carlos Eduardo Contar, 09/04/2012, DJ 18/04/2012.

Portanto, verifica-se que mesmo apreciando casos semelhantes, os tribunais ainda não tem uma posição consolidada.

CONCLUSÃO

Foi verificado ao longo do trabalho os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca sobre a possibilidade de aplicação da prisão preventiva por conversão de cautelar inobservada em delitos de penas inferiores a 04 anos.

Primeiramente apresentou-se o conceito de medida cautelar, seus pressupostos e requisitos de aplicação. Posteriormente, foi comentado o importante princípio da presunção de inocência que diretamente relaciona-se com o cárcere preventivo. Depois, passou-se a apresentar as novas cautelares diversas da prisão, comentou-se cada uma das nove medidas que poderão ser aplicadas pelo juízo em substituição a prisão quando esta não se justificar.

Por fim, foram trazido os diversos posicionamentos a respeito de converter uma cautelar do art. 319, do CPP não observada pelo imputado, quando o crime cominar pena inferior a quatro anos. Verificou-se que não há uma posição firmada pela doutrina, mas há um indicativo que grande parte dos estudiosos tem o entendimento de aplicação do cárcere preventivo por substituição independente da pena cominada no tipo.

Acredita-se que o posicionamento de Edison Mongenot Bonfin possa ser o mais acertado, pois não se pode fazer interpretação extensiva na matéria penal, nem mesmo violar o princípio do *In dubio pro reo*, vez que a maioria da doutrina, ao anuir a possibilidade de aplicação da preventiva na aludida hipótese, afronta as regras de hermenêutica jurídica, já que o art. 313, do CPP, em seu caput é claro em afirmar que as regras ali contidas aplicam-se

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

24

também ao art. 312, o que certamente inclui o seu parágrafo único, o qual prevê a prisão preventiva por conversão.

Porém, é preciso ressaltar que esse tema fatalmente será levado nos próximos anos à apreciação dos tribunais superiores para uniformização de entendimento, vez que não há posição consolidada.

REFERÊNCIAS

BONFIN, Edson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Cautelares alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). **Prisão e Medidas Cautelares**. Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/11**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Editora Jus Pódium, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.