

## AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO - REFORMA COM A LEI 12.403/2011

Revista dos Tribunais | vol. 938/2013 | p. 333 - 362 | Dez / 2013  
Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 7/2015 | Dez / 2015  
DTR\2013\10483

**Karen Louise Jeanete Khan**  
Procuradora da República/SP.

### **Marcelo Batlouni Mendroni**

Pós-Doutor pela Università di Bologna. Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Integrante do Gedec-MP/SP. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

**Área do Direito:** Penal; Processual

**Resumo:** Em novo artigo, Marcelo Mendroni e Karen Khan problematizam as novas questões relativas às medidas cautelares no processo penal, trazidas pela Lei 12.403/2011. Sob rígida análise, os autores tratam das inovações apontadas pela legislação assim como as medidas necessárias para que sejam cumpridas tais mudanças.

**Palavras-chave:** Medidas cautelares - Processo penal - Alterações - Lei 12.403/2011.

**Abstract:** In this new article, São Paulo State Prosecutor Marcelo Mendroni and Federal Prosecutor Karen Khan problematizes the new questions related to the writ of prevention on the criminal procedures, brought by the Law 12.403/2011. Under a rigid analysis, the authors deals with the innovations pointed by the new legislation as well as the necessary measures to the have those changes fulfilled.

**Keywords:** Writ of prevention - Criminal procedures - Modifications - Law 12.403/2011.

### **Sumário:**

I. Introdução - II. Espécies - III. Regras - IV. Prisões cautelares - V. Gravidade do fato criminoso como vetor na adequação das medidas cautelares detentivas e restritivas de direitos - VI. As prisões cautelares no sistema processual penal alemão - VII. Conclusão - VIII. Bibliografia

### **I. Introdução**

A Lei 12.403/2011, que alterou o Título IX do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), trouxe, ao ordenamento jurídico brasileiro, sensíveis mudanças no aspecto de medidas cautelares processuais penais, em especial, quanto aos requisitos exigidos para a sua concessão, ampliando-as, de um lado - para permitir sua melhor adequação ao agente do fato delituoso, de acordo com a gravidade do crime e sua real necessidade para investigação ou instrução criminal, para a aplicação da lei e como desestímulo a novas práticas - e, de outro, restringindo as hipóteses de concessão das prisões cautelares, segundo critérios quantitativos de penas.

No entanto, embora pareça evidente que as novas medidas busquem, de forma geral, privilegiar a restrição de direitos em face da custódia em estabelecimento penal, algumas delas se afiguram de difícil, ou quase impossível cumprimento e/ou vigilância. Não é demasiado destacar, desde logo, que uma medida cautelar aplicada e descumprida, sem vigilância do Estado, torna-a inócua, sem qualquer efetividade, além de desmoralizar o próprio Estado.

Se as medidas cautelares foram trazidas ao ordenamento jurídico com a finalidade de evitar prisões desnecessárias, torna-se imprescindível que sejam efetivamente cumpridas com todo o rigor, para que atinjam o seu objetivo.

### **II. Espécies**

O art. 282 do CPP (LGL\1941\8) estabelece as (novas) *medidas cautelares genéricas do direito processual penal brasileiro*.<sup>1</sup>

- Art. 319 do CPP (LGL\1941\8):

1 - *Comparecimento periódico em Juízo*. Prazo fixado pelo juízo para informar e justificar suas atividades. Trata-se de controle meramente superficial, ou até “artificial” das atividades praticadas pela pessoa sujeita à medida. Não se imagina que o Poder Judiciário, em qualquer Estado da Federação ou mesmo o Federal, tenha condições estruturais, especialmente de pessoal, mas também material, de exercer controle efetivo das justificativas de forma a saber se estará dizendo a verdade ou mentindo. Resta - e se espera do Poder Judiciário - o controle eventual por “amostragem”, com monitoramento através da Polícia ou de Oficial de Justiça. O Ministério Público também pode, conforme permitir a sua estrutura, exercer o controle da pessoa sujeita ao controle, verificando a veracidade de suas afirmações prestadas pela pessoa sujeita à medida nas oportunidades em que comparece em cartório.

2 - *Proibição de acesso e frequência a determinados lugares*, porque, por circunstâncias relacionadas ao fato haja risco de novas infrações. A exemplo da medida anterior, de “comparecimento periódico em Juízo”, consiste em controle meramente superficial, ou “artificial” dos deslocamentos e frequências praticadas pela pessoa sujeita à medida. Tampouco se imagina que o Poder Judiciário, ou mesmo o Ministério Público ou as Polícias tenham condições de exercer controle efetivo de vigilância acerca dos locais visitados pela pessoa “controlada”, Resta também - e igualmente se espera do Poder Judiciário - o controle eventual por “amostragem”, com monitoramento através da Polícia ou de Oficial de Justiça. O Ministério Público também pode, conforme permitir a sua estrutura, exercer o controle da pessoa sujeita ao controle, verificando a veracidade de suas afirmações. São formas de controle que podem e devem ser efetuados pela Polícia, por exemplo, e sempre que possível, através de campanhas e vigilâncias filmadas e fotografadas.

3 - *Proibição de manter contato com determinada pessoa*. Esta medida, excessivamente “romântica” considerando o avanço da tecnologia em material de comunicações, parece de controle quase impossível. Sabe-se que atualmente a comunicação é possível através de incontáveis formas, especialmente as eletrônicas, que para monitoramento, exige-se autorização judicial. Além de telefones e rádios, existem e-mails, MSN, skype, mensagens em redes sociais (Facebook), dezenas de aplicativos para *Smartphones* e outros. Neste passo, parece-nos viável e até recomendável, que com a decretação da medida o mesmo Juiz determine a quebra de todas as comunicações da pessoa monitorada, para que a Polícia exerça o “quase impossível” controle. Ao menos, com a determinação da quebra do sigilo das comunicações, pratica-se intervenção preventiva, colocando a pessoa sujeita ao controle em estado de alerta e prevenção.

4 - *Proibição de ausentar-se da Comarca*. É medida igualmente de difícil vigilância, seguindo os exemplos, e nos mesmos termos dos incs. I e II. Mesmo com a aplicação de medida cumulativa de monitoramento eletrônico, por exemplo, torna-se difícil aferir se a pessoa sujeita à medida não transpassou, por exemplo, da sua para outra Comarca contígua, como São Paulo - Santo André ou São Caetano.<sup>2</sup>

5 - *Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga*. Embora igualmente de difícil controle, também seguindo as formas referidas nos incisos anteriores, I, II e IV, afigura-se pouco mais facilitada, podendo, em dias (noites) aleatórios, promover a fiscalização na própria residência da pessoa vigiada.

6 - *Suspensão da função pública, de natureza econômica ou financeira*. É direcionada, como orienta o próprio dispositivo, para os casos em que “houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Apesar de aparentar bastante proveitosa, não há como deixar de imaginar que tais atividades “de natureza econômica ou financeira” possam ser realizadas por intermédio de terceiras pessoas, os chamadas e conhecidos “testas de ferro”, para os quais haverá punição apenas eventual, conforme a situação jurídica e sua previsão legal penal.

7 - *Internação provisória*. Para inimputáveis ou semi-imputáveis com risco de reiteração criminosa. Funciona como “substitutivo” da prisão preventiva, para estes casos específicos e verificação de agentes inimputáveis ou semi-imputáveis, necessitando, para ser realizada, de laudo técnico especializado.

8 - *Fiança*:

1) *Finalidade*:

- Assegurar o comparecimento ao processo,
- Evitar obstrução ao processo,
- Resistência à ordem judicial, e
- Pagar custas do processo; indenização do dano; prestação pecuniária e multa, em caso de condenação - mesmo ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva. Art. 336 e parágrafo único do CPP. (LGL\1941\8)

O instituto da fiança acabou sendo desmoralizado na vigência das medidas cautelares anteriores à reforma introduzida pela Lei 12.403/2011, tanto em razão de sua baixíssima fixação - já que a lei permite a liberdade provisória também sem pagamento de fiança - quanto em razão de seu ínfimo valor.

Com a edição da Lei 12.403/2011, o instituto da fiança foi aperfeiçoado, com o aumento quantitativo dos valores para seu arbitramento, conforme acima previsto.

Anteriormente, a fiança era considerada uma medida de contracautela, ou seja, pagava-se fiança, com o intuito de se obter a liberdade provisória.

Segundo o teor da nova Lei, esta apresenta dupla natureza jurídica, qual seja, o de *medida cautelar (instrumental ou processual)* (art. 319, VIII) e *contracautela* (art. 310, III), podendo ser cumulada, em qualquer caso, com outras medidas previstas no art. 319, segundo dispõe seu § 4.º.

Como instrumento de *contracautela*, o juiz poderá arbitrá-la, ao receber o auto de prisão em flagrante, juntamente com a liberdade provisória, caso entenda não ser a hipótese de prisão preventiva, e em sendo o crime afiançável.

Como *medida cautelar processual*, a fiança poderá ser arbitrada nas infrações que a admitem, *para o fim de assegurar o comparecimento do réu a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial*. Neste caso, verifica-se a possibilidade de imposição de fiança a réu solto, hipótese inovadora no presente ordenamento, sendo que, se descumprida uma daquelas obrigações (quebra de fiança), a imposição de outras medidas cautelares, inclusive, a sua prisão preventiva, pode vir a ser decretada (art. 343), sem que devam ser obedecidas as condições de admissibilidade do art. 313, I.

Verifica-se, ainda, nos termos do art. 321, que o legislador manteve a possibilidade de se conceder liberdade provisória sem fiança em qualquer crime, inclusive nos crimes hediondos e equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5.º, XLIII, da CF (LGL\1988\3) e art. 2.º da Lei 8.072/1990, que também alterou o teor do art. 44 da Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006)), os quais, não obstante inafiançáveis, são suscetíveis de liberdade provisória, uma vez presentes os seus pressupostos (art. 324, IV).<sup>3</sup>

Por outro lado, a interpretação sistemática dos artigos supracitados (arts. 321, 323 e 324 do CPP (LGL\1941\8) e 5.º, LXIII, da CF (LGL\1988\3)) leva a um resultado processual incongruente, segundo o qual a liberdade provisória poderá ser arbitrada, quer em crimes afiançáveis, quer inafiançáveis, onde, neste último caso, o réu, não pode pagar para obter a liberdade provisória (livrar-se solto), mas a obtém, de outra forma, sem pagar, pois que, para os mesmos crimes, a lei permite a liberdade provisória sem a exigência de fiança.

De qualquer forma, em termos práticos, para que tenha efetividade, é preciso que a fiança seja aplicada com o rigor da lei e dosada, a exemplo das demais medidas cautelares, segundo o disposto no art. 282, II, do CPP (LGL\1941\8), ou seja, "II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado", exatamente para que encontre correspondência, em análise sistemática, com art. 336 do CPP (LGL\1941\8): "O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal (LGL\1940\2))" (NR).

2) *Concessão*: pela autoridade policial: pena máxima não superior a quatro anos. Demais casos, só

pelo Juiz. Art. 322 do CPP (LGL\1941\8).

3) *Impedimento de concessão*: arts. 323 e 324 do CPP (LGL\1941\8):

- Crimes de racismo;
- Tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos;
- Aos que quebraram fiança anteriormente;
- Casos de prisão civil ou militar.

4) *Valor*: art. 325 do CPP (LGL\1941\8):

- de 1 a 100 salários mínimos - pena privativa máxima não superior a quatro anos;
- de 10 a 200 salários mínimos - pena privativa máxima superior a quatro anos;

5) *Alternativas*: § 1.º:

- Dispensa - na forma do art. 350 do CPP (LGL\1941\8). Conforme a situação econômica do réu - sujeitando-o a outras medidas cautelares dos arts. 327 e 328 do CPP (LGL\1941\8)
- Redução - até 2/3
- Aumentada - até 1000 vezes.

6) *Quebra de fiança*: importa em perda da metade do valor, decidindo o juiz sobre imposição de outras medidas cautelares ou decretação de PP (arts. 341 e 343 CPP (LGL\1941\8)).

- se intimado não comparecer injustificadamente a ato processual;
- deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- descumprir medida cautelar cumulativa à fiança;
- resistir injustificadamente a ordem judicial;
- praticar nova infração penal dolosa;
- perda integralmente se o condenado não se apresentar para o cumprimento da pena. Art. 344 do CPP (LGL\1941\8);

9) *Monitoramento eletrônico*. Trata-se de medida importante, condizente com o avanço tecnológico a serviço da Justiça. É útil para evitar prisões desnecessárias, que sobrecarregam os estabelecimentos penais, mas também implica alto custo de equipamento e monitoramento por parte do Poder Executivo. Se bem executado, para os casos efetivamente indicados, sem ser a solução para todos os problemas de prisões e saídas temporárias (como por exemplo, dos dias festivos, natal, ano novo, dia dos pais, das mães etc.) podem ser úteis em casos específicos e pontuais. O mau monitoramento da pessoa sujeita à vigilância por parte da Administração da Justiça pode acarretar:

- Descrédito na Justiça por parte da população;
- Ausência de aplicação da própria lei, por parte dos Magistrados;
- Reincidência por parte do agente com produção de vítimas, em novo abalo à ordem pública;
- Fuga do agente - não aplicação da Lei Penal;
- Ameaças e coações a testemunhas e vítimas.

Por outro lado, o bom monitoramento da pessoa sujeita à vigilância por parte da Administração da Justiça pode acarretar:

- 1 - Diminuição de margem de risco de ocorrência de constrangimento da liberdade de agente que é,

a princípio, inocente (durante a investigação/processo criminal);

2 - Diminuição da “estigmatização” sofrida pelo agente que responde a investigação/processo criminal;

3 - Viabilização de ressocialização já durante o trâmite processual;

4 - Viabilização de utilização de maior número de policiais no policiamento das ruas, ao invés de sua utilização na escolta - garantia de maior segurança à população;

5 - Diminuição de gastos públicos:

a) Com manutenção de população carcerária;

b) Com escolta policial para o transporte dos presos ao Fórum (pessoal, veículos, combustível);

c) Com escolta (vigilância) dentro do sistema prisional provisório;

d) Com alimentação dos presos;

6 - Manutenção sob controle da distância entre o agente supervisionado e potenciais vítimas;

7 - Manutenção sob controle da distância entre o agente supervisionado e determinados dias, horários e locais, considerados potenciais para reincidência;

8 - Manutenção sob controle do agente supervisionado no distrito da culpa;

9 - Manutenção sob controle das condutas do agente supervisionado.

O controle do agente *subjudice* deverá, entretanto, receber uma contra ordem, com a revogação da medida cautelar e a conseqüente prisão preventiva, se ela não for cumprida a contento. Mas considerando que a revogação dependerá basicamente da informação eletrônica obtida pelo Poder Judiciário a partir dos dados de monitoramento eletrônicos transmitidos por um equipamento, em geral, pulseira ou tornozeleira, torna-se imprescindível que o equipamento tenha a mais alta precisão em tecnologia disponível. Evidentemente que, nestes termos, torna-se sempre necessário o acompanhamento em tempo real - imediato, das ações praticadas pelo agente supervisionado.

### III. Regras

Os fundamentos das medidas cautelares são sempre os mesmos: *fumus delicti* (fumaça de um delito) em analogia ao *fumus boni juris* do processo civil - e *periculum in mora* (risco de demora). Há que se enfatizar, entretanto, que as medidas cautelares do processo penal têm enfoque diferente das medidas cautelares do processo civil.<sup>4</sup> Enquanto estas visam o “adiantamento” ou a “garantia” de um direito, para que ele não pereça, as medidas cautelares penais têm a natureza especial, podendo ser *reais*, quando se configurem situação de produção de prova antecipada; para pagar custas do processo, indenização do dano causado etc., ou *personais*, nos casos das prisões provisórias. Medidas cautelares penais pessoais são, por assim dizer, a proteção da sociedade, através da constrição ou restrição dos direitos da pessoa investigada ou processada e garantia do processo.

Assim é que as medidas cautelares do processo penal exercem relevante função no sentido de serem úteis ao processo penal (e na busca da verdade real), durante a investigação criminal e o processo penal, para cautelar necessidade de aplicação da Lei Penal e também, em defesa da ordem pública e social, para evitar a prática de infrações penais. São, alias, os seus requisitos objetivos, nos termos do art. 282, I, do CPP (LGL\1941\8): “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’”.<sup>5</sup>

No processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, não existe um procedimento próprio, com rito específico. No processo civil, para cada medida cautelar, a princípio, corresponde um procedimento com rito próprio e específico, como o arresto (arts. 813 a 821 do CPC (LGL\1973\5)); do sequestro (arts. 822 a 825 do CPC (LGL\1973\5)); da busca e apreensão (arts. 839 a 843 do CPC (LGL\1973\5)) etc. As medidas cautelares acabaram, entretanto, de certa forma,

esvaziadas pelo advento das medidas de “tutela antecipada”.

Por isso, no processo penal, são medidas cautelares autônomas, sem procedimentos específicos, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, como, alias, estabelece o art. 282, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8): “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”.

*Condição de procedibilidade:* Só são admissíveis para crimes apenados com pena privativa de liberdade, de forma isolada, cumulativa ou alternativamente - Art. 283, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8).

Os *requisitos* das medidas cautelares estão especificadas no art. 282 do CPP (LGL\1941\8):

I) Objetivos: necessidade para aplicação da lei penal:

- Investigação criminal,
- Instrução criminal, e
- Casos expressos - para evitar a prática de infrações penais.

II) Subjetivos: adequação da medida à gravidade do crime:

- Circunstâncias do fato, e
- Condições pessoais do indiciado/acusado.

Em relação à *forma*, nos termos do art. 282, § 2.º, as medidas cautelares são:

- Decretadas pelo Juiz: de ofício ou por
- Requerimento das partes:
- Promotor de Justiça/Procurador da República, durante a investigação criminal ou durante o processo penal;
- Assistente de acusação ou advogado,<sup>6</sup> durante a instrução criminal;
- Autoridade Policial (Delegado de Polícia), durante a investigação criminal.

A regra para a decretação das medidas cautelares, em atenção ao princípio contraditório, é que o Juiz intime a parte contrária para que se manifeste sobre o pedido. Mas há casos em que, evidentemente, a intimação da parte contrária, no caso o advogado da pessoa sujeita à medida, pode torná-la completamente ineficaz, como no caso de decretação de prisão preventiva. Há, para estes casos, procedimento de exceção, nos termos do art. 282, § 3.º, do CPP (LGL\1941\8) que estabelece que, ressalvados casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida. A mesma regra deve valer, por interpretação lógica e sistemática, nos casos de decretação de interceptação das comunicações, previstas na Lei 9.296/1996, sem prévia intimação da parte contrária (advogado) sob pena de se tornar inócua a medida.

Diante de descumprimento da medida cautelar imposta, o Juiz pode substituir ou acrescentar outra MC, de ofício ou requerimento da parte. É o teor do art. 282, § 4.º, do CPP (LGL\1941\8): “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).” Veremos mais adiante, no caso de substituição de qualquer das medidas por prisão preventiva, pela interpretação lógica e sistemática da lei, não haverá limite em face da pena prevista in abstrato no tipo penal para a sua decretação. Parece lógico que a substituição de uma medida exige que a superveniente seja de caráter mais rigorosa, já que, tendo uma das medidas aplicadas, o agente a violou, tornando necessário maior rigor cautelar.

Ainda, nos termos do § 5.º do mesmo art. 282 do CPP (LGL\1941\8), por falta de motivo, o Juiz pode revogar, substituir, acrescentar, e red decretar medidas cautelares, desde que surgidos novos fatos, com novos motivos que sejam capazes de alterar a situação anterior, o *status quo ante*. As

alterações devem, evidentemente, sempre vir acompanhadas da fundamentação lógica de sua necessidade ou desnecessidade.

O § 6.º do art. 282 do CPP (LGL\1941\8) refere a decretação da Prisão Preventiva (PP), cujo cabimento se estabelece por exceção, apenas quando não couber outra medida cautelar ou mesmo mais de uma medida cautelar de forma cumulativa. Trata-se, neste dispositivo, de modalidade de PP - Prisão Preventiva Autônoma. Outras modalidades, entretanto, surgiram com a Lei 12.403/2011, as quais nos deteremos adiante.

#### IV. Prisões cautelares

A Constituição Federal (LGL\1988\3) estabeleceu expressamente as hipóteses de decretação de prisão de um indivíduo, no art. 5.º, XI e LXI a LXIII - prisões penais, e inc. LXVII de prisão civil.

São as espécies:

##### 1. Prisão provisória (prisão processual ou prisão cautelar)

- Prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP (LGL\1941\8));
- Prisão temporária;
- Lei 7.960/1989. 5 dias;
- Lei 8.072/1990. Crimes hediondos. 30 + 30 dias;
- Prisão preventiva. Regras: art. 312 do CPP (LGL\1941\8) (arts. 311 a 316 do CPP (LGL\1941\8)).

*Requisitos:*

- Garantia da ordem pública;
- Garantia da ordem econômica;
- Por conveniência da instrução criminal;
- Para assegurar a aplicação da Lei Penal.

Havia, antes do advento da Lei 12.403/2011, outras duas modalidades de prisões provisórias, conhecidas por prisão por pronúncia (arts. 282 e 408, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8)) e prisão por sentença recorrível (art. 393, I, do CPP (LGL\1941\8)). Ambas não existem mais. Agora existem outras formas - ou sub formas de prisões preventivas.

##### 2. Prisão definitiva = Pena (para decisões com o trânsito em julgado).

3. Prisão civil. Art. 5.º, LXVII, da CF (LGL\1988\3): Somente em caso não pagamento de pensão alimentícia;

4. Prisão disciplinar. Somente nos casos de transgressões militares. Exército ou Polícia Militar.

#### IV.1 Prisões preventivas

São as que sofreram modificações pelo advento da Lei 12.403/2011. As prisões temporárias foram mantidas inalteradas, o mesmo acontecendo com a prisão civil e disciplinar.

Seguimos, então, com a análise somente das prisões preventivas fixadas no Código de Processo Penal (LGL\1941\8).

O gênero é a prisão provisória, de que são espécies as prisões preventivas, subdivididas em outras subespécies:

- 1) Prisão preventiva - Autônoma;
- 2) Prisão preventiva - Por conversão;

3) Prisão preventiva - Substitutiva;

4) Prisão preventiva - Utilitarista.

*Requisitos*<sup>7</sup> (reiterando): As regras básicas para a decretação de qualquer das modalidades de prisão preventiva estão fixadas (mantidas nos mesmos termos da legislação anterior):

- Garantia da ordem pública;
- Garantia da ordem econômica;
- Por conveniência da instrução criminal;
- Para assegurar a aplicação da Lei Penal.

#### IV.1 a Prisão preventiva - Autônoma

É a modalidade de prisão preventiva que, decretada em face dos sempre exigíveis requisitos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8), têm caráter de medida cautelar autônoma para os casos considerados graves pelo legislador, que importam na necessidade de segregação do agente. Por isso mesmo, além daqueles requisitos genéricos para casos especiais, entende-se haver necessidade de proteção da sociedade em relação a agentes com dedutível alta periculosidade. Tanto é assim que, nos termos do art. 313 do CPP (LGL\1941\8), foi fixada apenas para os seguintes casos:

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

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (LGL\1940\2);

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.”

Com a fixação prevista no inc. I, o legislador reduziu sensivelmente a incidência de casos passíveis de prisão preventiva autônoma, em relação à sistemática da legislação anterior. Veja-se que ficaram de fora, só analisando o Código Penal (LGL\1940\2), crimes graves como furto simples (art. 155, *caput*); extorsão indireta (art. 161); apropriação indébita simples (art. 168, *caput*); receptação simples (art. 180, *caput*); constrangimento ilegal (art. 146, *caput*); ameaça (art. 147); sequestro e cárcere privado (art. 148), duplicata simulada (art. 172); violação de direito autoral (art. 184); quadrilha ou bando (art. 288, *caput*); coação no curso do processo (art. 344) e outros, inclusive previstos em legislação penal especial.

Paralelamente a tais considerações, no entanto, verifica-se, na expressão da lei, um latente paradoxo.

Se, de um lado o diploma privilegia a necessidade de adequação de uma medida cautelar detentiva à gravidade do crime praticado, às circunstâncias de sua execução e condições pessoais do agente, o art. 313, ao definir a chamada prisão preventiva de natureza autônoma (e que pressupõe esteja o agente do crime em liberdade), de outro, restringe a sua concessão com base em um simples critério quantitativo de penas em abstrato para crimes dolosos, que, muitas vezes, não guarda direta proporção com sua possível gravidade, quer em abstrato, quer em concreto.

Ao mesmo tempo, torna-se difícil a concepção de execução de cada um desses delitos por meios moderados, dolo eventual ou sob circunstâncias, objetivas ou subjetivas, que sejam favoráveis ao agente. Neste caso, mesmo em sendo diminuta a imputação penal abstrata prevista para tais tipos legais, as circunstâncias que normalmente envolvem tais crimes e suas formas de execução são graves, bem assim as consequências deles geradas.

Neste, como em outros tipos penais que restaram excluídos do rol de crimes suscetíveis de prisão preventiva, mas que tenham sido praticados por meios insidiosos, que apontem para alguma gravidade na sua concreta expressão e forma de execução, apreende-se, com clareza, o espírito despenalizante que caracterizou as alterações na lei processual em comento e o intuito prático de desafogar o sistema carcerário. Relegados a segundo plano restaram relevantes bens jurídicos,

supostamente protegidos, como a segurança e saúde públicas, sistema financeiro, ordem econômica, administração da Justiça, dentre outros, em cujo âmbito condutas de considerável gravidade e de nocivos efeitos têm sido objeto de inúmeras demandas contemporâneas.

Não se contesta o fato de que a prisão preventiva deva ser eleita como a *ultima ratio* na aplicação de medida restritiva de liberdade, ainda que cautelar e provisoriamente, mas consideramos que o legislador, mediante o rebaixamento do limite mínimo de penas previstas para os crimes em geral para admissão da custódia cautelar (autônoma), mesmo em crimes que abrigam em si considerável e inarredável seriedade - e que não guarda necessária relação essencial com a quantidade de pena prevista para o correspondente tipo penal - negligenciou quanto a tal aspecto.

Há que se concluir, portanto, que são requisitos apenas da modalidade *prisão preventiva autônoma - decretada no curso da investigação ou do processo e sob os pressupostos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8)* - aqueles previstos no art. 313, caput, do CPP (LGL\1941\8):

- I) Crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos;
- II) Reincidente por crime doloso. Exceções, casos do art. 64 do CP (LGL\1940\2);
- III) Crime de violência doméstica contra mulher; contra criança, adolescente, idoso, enfermo, deficiente físico ou p/ garantir medidas protetivas urgentes.

Mas a prisão preventiva *não é aplicável*, em nenhuma das suas modalidades - e o dispositivo demonstra a existência das modalidades, nos casos de verificação de excludente de antijuridicidade, conforme expressamente determinado no art. 314 do CPP (LGL\1941\8).

*Restrição:* Atendendo à ordem constitucional, aplicam-se aos cumprimentos das prisões preventivas, as regras referentes à inviolabilidade de domicílio - art. 283, § 2.º, do CPP (LGL\1941\8) - CF (LGL\1988\3).

*Urgência:* Art. 289, § 1.º, e 299, caput, do CPP (LGL\1941\8): Os mandados ou ordens de prisão, em face de situação de urgência, como por exemplo o fundado receio de fuga, pode ser decretada, com envio de mandado e captura exequíveis por qualquer meio de comunicação (telefone, e-mail, fax etc.), informando se o caso, o valor da fiança.

*Comunicação da prisão:* Deve ser feita imediatamente ao Juiz, ao Ministério Público e à família do preso nos termos do art. 306, caput, do CPP (LGL\1941\8). No prazo de 24 horas exige-se também o encaminhamento do auto da prisão ao Juiz, ao advogado indicado ou na ausência à Defensoria Pública (DP). Art. 306, § 1.º, do CPP (LGL\1941\8).

*Registro do mandado de prisão:* art. 289-A e parágrafos do CPP (LGL\1941\8). Em relação às formalidades, deverão ser observadas as seguintes formalidades:

- O Juiz deverá registrar o mandado de prisão no CNJ.
- Qualquer policial poderá cumprir, em todo território nacional.
- A prisão deve ser imediatamente informada ao Juiz do local do cumprimento - que informa o CNJ, que informa o Juízo que a decretou.
- Se o preso não informar o seu advogado, deve ser comunicada a DP - Defensoria Pública.

#### **IV.1.b Prisão preventiva - Por conversão**

Está prevista, clara e expressamente, no art. 310 do CPP (LGL\1941\8): *caput*: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...) II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (...)”. Trata-se de análise judicial que decorre da situação de prisão em flagrante. Os autos da prisão em flagrante devem ser encaminhados ao juiz competente dentro de 24hs (art. 302, caput, do CPP (LGL\1941\8)). Neste momento o juiz analisa, em primeiro lugar, a possibilidade de conceder ao autuado a liberdade provisória, com ou sem fiança. Eliminada esta hipótese, passa a verificar sobre a substituição da prisão por medida(s) cautelar(es), que podem ser aplicadas, se mais de uma, de forma cumulativa.

Sendo também “inadequadas” ou “insuficientes” estas outras medidas cautelares, restará a conversão da prisão em flagrante, pela “prisão preventiva por conversão”. Nela não incidem, por falta de conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, prevista no art. 313 do CPP (LGL\1941\8). Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* de quatro anos para a conversão, bastando que se revelem “inadequadas” ou “insuficientes” as outras medidas cautelares previstas em lei e presentes os requisitos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8).

#### IV.1.c Prisão preventiva - Substitutiva

Está expressamente prevista no art. 312, parágrafo único, do CPP (LGL\1941\8): “Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4.º)” (NR). Se o juiz alguma das demais medidas cautelares, e o agente, comprovadamente a descumpra, seja cumulativa ou não, pode ser decretada, como medida cautelar substitutiva, a sua prisão preventiva. Nesta, tampouco incidem, por falta de qualquer conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, prevista no art. 313 do CPP (LGL\1941\8). Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* de quatro anos. Os requisitos estão na mesma regra geral do art. 312, caput, do CPP (LGL\1941\8). Entende-se que, apesar de ter tido oportunidade de cumprir medida cautelar diversa da prisão, o agente - intencionalmente - deixou de cumpri-la, perdendo a oportunidade de não receber prisão cautelar. Desta violação, que implica em perda de confiança do Juízo, decorre a decretação de prisão preventiva substitutiva como medida cautelar. E observe-se, para espancar dúvidas, que o dispositivo remete ao art. 282, § 4.º, do CPP (LGL\1941\8), e não faz nenhuma remissão (quando poderia fazê-lo), ao art. 313 do CPP (LGL\1941\8), caso em que ensejaria a necessidade de obediência aos seus incisos.

#### IV.1.d Prisão preventiva - Utilitarista

Trata-se de prisão cautelar por utilidade ao processo penal e para assegurar que ele incida sobre a verdadeira pessoa infratora, impedindo, por outro lado, a comum conduta de pessoas que se apresentam ao Distrito Policial com falsa identidade, fazendo recair a investigação e o processo penal sobre outrem. Está expressa no art. 313, parágrafo único, do CPP (LGL\1941\8): “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” (NR). Nesta, a exemplo das prisões preventivas - por conversão e substitutiva, tampouco incidem, por falta de qualquer conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, prevista no art. 313 do CPP (LGL\1941\8). Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* de quatro anos. Os requisitos estão na mesma regra geral do art. 312, caput, do CPP (LGL\1941\8). Sendo os mesmos requisitos, são absolutamente diversas as suas circunstâncias. Não haveria qualquer sentido em se prescindir da prisão para infrações com penas máximas previstas até quatro anos, deixando-se de lado as mesmas razões para outros delitos, quando o agente poderia, em todas as demais infrações, e só para elas, ainda que menos graves, falsear a sua identidade em detrimento de pessoas inocentes.

Um dos problemas que pode surgir com a denominada *prisão utilitarista*, *prisão para identificação* ou, anteriormente referida como *prisão para averiguações*, consiste no risco de tal forma de detenção perpetuar a chamada *prisão não documentada*, antes realizada à margem da lei por agentes policiais, e que foi bastante repudiada pela comunidade jurídica brasileira, diante da impossibilidade de seu controle. Pelo menos, anteriormente à edição da Lei 12.403/2011, seus números eram desconhecidos, em face do grande número de pessoas marginalizadas, em especial, pela expansão urbana, como decorrência da migração interna e interestadual descontrolada, disparidades regionais econômicas, dificultando a estatística de tais dados, e que, na atualidade, ainda se mostram imprecisos.

Entendemos que, para o fim de se mapear a real situação do sistema penitenciário brasileiro, todos os registros referentes a quaisquer prisões provisórias deveriam ser rigorosamente efetuados, pondo-se fim à vetusta prática da chamada “prisão informal”, inclusive como forma de viabilizar a melhor adoção de políticas públicas, de remanejamentos de presos provisórios, conforme as condições de lotação e estrutura de delegacias e de centros de detenção provisória.

Desta forma, temos por certo que o parágrafo único do art. 313 da Lei 12.403/2011 veio legitimar

conduta investigativa - já, dantes, inserida informalmente na praxe investigativa da atividade policial - permitindo a ampliação de seu controle, e devendo ser conjugada com a concomitante necessidade de se proceder ao registro das detenções para fins de identificação do suspeito de crime.

Em verdade, tivesse havido a sua eventual inserção no âmbito do instituto e disciplina da prisão em flagrante, necessariamente documentada, a exemplo de como se dá na sistemática processual penal alemã, tal sistematização poderia gerar maior segurança jurídica para os seus destinatários e higidez na sua conformação com vistas a justificar sua efetiva e útil aplicação, até porque a sua decretação pela autoridade policial sequer necessita obedecer aos pressupostos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8).

#### IV.2 Da prisão em flagrante

*A prisão em flagrante encontra-se inserida no âmbito da atividade jurisdicional cautelar. Ao receber o auto de prisão em flagrante (art. 310 do CPP (LGL\1941\8)), caberá ao Juiz, em 24 horas, analisando os autos, e fundamentando, determinar:*

I - Relaxamento da prisão ilegal;

II - Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se preenchidos os pressupostos legais. Art. 312 do CPP (LGL\1941\8) (*decretada pelo Juiz de Ofício (instr. crim.) ou a req. das partes (invest. crim. ou instr. crim.)*) (art. 311 do CPP (LGL\1941\8)).

III - Conceder LP - Liberdade Provisória, com ou sem fiança (hipóteses: art. 310, parágrafo único, do CPP (LGL\1941\8)) - Art. 321 do CPP (LGL\1941\8), ou uma das outras medidas cautelares restritivas de direitos, em substituição à prisão preventiva (art. 282).

Com as alterações da Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante deixou de ser tratada como prisão provisória, cautelar - como o era na sistemática processual anterior, quando esta podia subsistir durante o curso do processo, se legal o flagrante - para, ora, se tornar uma simples medida de "captura" com duração não superior a 24 horas, devendo ser, após tal prazo, necessariamente analisada à luz das hipóteses anteriores.

Em suma, e com exceção da prisão preventiva propriamente dita (na forma autônoma), não se verifica, para a decretação das prisões cautelares suprarreferidas nenhum condicionamento aos requisitos previstos no art. 313, I, desde que presentes os pressupostos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8).

Ademais, pela nova sistemática processual, apenas a prisão preventiva e a prisão temporária (que não restou alterada pela nova b) passaram a ser consideradas como autênticas prisões provisórias ou medidas cautelares restritivas de liberdade.

#### IV.3 Da prisão domiciliar

A prisão domiciliar, parcialmente reformulada pela Lei 12.403/2011, encontra-se prevista como instituto distinto da prisão preventiva e fora do Capítulo III do Título IX em que esta última se insere, mais se assemelhando, tecnicamente, a medida cautelar restritiva de direitos, do que a detentiva de liberdade, embora igualmente limitado o direito de locomoção do agente acusado ou investigado.

Ocorre que não houve, na sua configuração, idêntica prescrição quanto à necessidade de verificação dos pressupostos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8), para que possa ser decretada e mantida, tal como se uma prisão preventiva fosse, até, porque, topograficamente destacada do capítulo destinado à esta última e aos requisitos para sua concessão, figurando como medida detentiva autônoma.

Neste caso, e mesmo não se achando inserida no rol do art. 319, como medida cautelar restritiva de direitos, invariável a constatação de que a prisão domiciliar é e deve ser concebida como medida cautelar mais branda e, pois, sujeita às condições e requisitos genéricos previstos para tal gênero, tendo-se em vista o binômio *adequação e necessidade*, e sem a vinculação aos referidos pressupostos da preventiva de liberdade (art. 312 do CPP (LGL\1941\8)).

#### V. Gravidade do fato criminoso como vetor na adequação das medidas cautelares detentivas e

## restritivas de direitos

O art. 282 do CPP (LGL\1941\8) prevê, em seus incs. I e II, os *requisitos de admissibilidade* das medidas cautelares restritivas de direitos ou privativas de liberdade, pautados, essencialmente, na demonstração de sua efetiva *necessidade* para o êxito da investigação ou do processo penal, bem assim de sua *adequação* à “gravidade do crime, suas circunstâncias e condições pessoais do indiciado”, verificando-se, a partir de tais elementos, o seu cabimento e suficiência de uma ou várias delas.

Inicialmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pouco valorava o elemento “gravidade do crime”, fosse esta de nível concreto ou abstrato, entendendo não se constituir em requisito suficiente à decretação da prisão preventiva.

Mitigando tal posicionamento, ainda em momento precedente à entrada em vigor da Lei 12.403/2011, o STF passou a admitir e, propriamente, a condicionar a sua decretação, com base na demonstração, pela acusação, quando do pleito pela custódia preventiva, da *gravidade concreta* do fato criminoso, bem assim das circunstâncias em que o mesmo foi cometido pelo indiciado ou acusado, não bastando que, abstratamente, se tratasse de um tipo penal de conotação grave, como algum crime hediondo ou mesmo tráfico ilícito de entorpecentes. Neste caso, a prisão preventiva se justificava, desde que demonstrada a sua real necessidade e seu embasamento empírico, aliados aos pressupostos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8), sendo insuficiente a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, HC 86.748/RJ, HC 91.729/SP, HC 86.755/RJ, HC 90.862/SP), e considerando-se, ademais, a excepcionalidade da prisão cautelar.

Neste sentido, merecem destaque importantes julgados do STJ que rechaçam a fundamentação de prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito.<sup>8</sup>

Como condição pessoal do agente, igualmente, o STF já vinha considerando a periculosidade concreta do agente, como forma de justificar a necessidade da custódia antecipada (STF, HC 89.266/GO, 1.<sup>a</sup> T., DJU 28.06.2007; HC 86.002/RJ, 2.<sup>a</sup> T., DJU 03.02.2006; HC 88.196/MS, 1.<sup>a</sup> T., DJU 17.05.2007, HC 90.464/RS, 1.<sup>a</sup> T., DJU 04.05.2007, HC 89.501/GO, 2.<sup>a</sup> T., DJU 16.03.2007, HC 90.862/SP, 2.<sup>a</sup> T., DJU 27.04.2007).

Iniciou-se, a partir daí, a tendência jurisprudencial no sentido de afastar a *gravidade abstrata* (STF, HC 90.858/SP, HC 90.162/RJ), bem assim a *periculosidade presumida* (STF, HC 90.471/PA), STF, HC 90.726/MG, HC 89.266/GO, HC 86.002/RJ, HC 88.608/RN, HC 88.196/MS, HC 86.755/RJ, HC 84.480/SP).

Embora não previsto expressamente, verifica-se que o *princípio da proporcionalidade* tornou-se vetor indispensável na eleição da medida cautelar adequada à conduta incriminada, seja ela restritiva de direitos ou privativa de liberdade, sendo este, no Brasil, fruto de uma evolução legislativa, e que, intrinsecamente, emerge como princípio consagrado nos incs. I e II do art. 282 do CPP (LGL\1941\8).

Nesta esteira, o próprio STJ passou a exigir, para a decretação da prisão preventiva, a *indicação da efetiva gravidade do fato e das circunstâncias de seu cometimento*, a justificar o recolhimento cautelar do agente e segundo resultasse no risco de maior ou menor insegurança social, inclusive, levando em conta a sua efetiva periculosidade. Desta forma, até o advento da Lei 12.403/2011, já vinha entendendo aquela Corte acerca da necessidade de se extrair, de dados concretos dos autos, aqueles que denotavam fatos de extrema gravidade vinculando a conduta do agente ao tipo penal que lhe fosse imputado, como, por exemplo, apreensões de elevada quantidade de drogas em seu poder. A tanto, aliava-se, ainda, a presença ou não do elemento *periculosidade do agente*, sendo que sua segregação cautelar deveria, estar, lógica e necessariamente, atrelada a tal condição pessoal.<sup>9</sup>

Em suma, mesmo anteriormente à lei em comento, a mesma jurisprudência vinha aumentando, de forma mais criteriosa, o controle sobre a decretação da prisão preventiva, como medida cautelar extrema a ser adotada, ao exigir, igualmente, que os pressupostos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8) fossem empiricamente demonstrados, de forma a justificar que o indivíduo, indiciado ou acusado, permanecesse, cautelarmente, no cárcere.

Com o advento da Lei 12.403/2011, deu-se a consolidação de semelhante entendimento, apontando-se, para fins de concessão de toda e qualquer medida cautelar, a *necessidade de*

*demonstração da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado* (art. 282), devendo prevalecer à imposição da custódia preventiva a sua substituição por medidas restritivas de direitos menos gravosas ao réu, desde adequadas e suficientes (HC 207.729, 5.<sup>a</sup> T., 22.08.2011).<sup>10</sup>

Inclusive, a previsão dos requisitos de admissibilidade das medidas cautelares, no art. 282 da Lei 12.403/2011, abarcou, visivelmente, a concepção da *proporcionalidade*, para garantir a sua legitimação dentro da investigação ou do processo penal, segundo se revelem efetivamente indispensáveis e adequadas à conclusão dos procedimentos penais em curso, e tornando a prisão cautelar como a mais excepcional das medidas, principalmente, em relação a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (STJ, HC 145.745/SP, 2009-0167222-1, rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJE 24.10.2011).

Trata-se de um dos pontos favoráveis da referida lei que imprimiu maior rigor aos critérios para a decretação da prisão preventiva, bem assim de outras medidas cautelares.

Ainda com a preocupação de regular eventuais excessos na aplicação dos incisos autorizadores da prisão preventiva, a Lei Processual Penal, com as alterações advindas, previu a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, assistente ou querelante, *revogar a medida cautelar ou substituí-la*, quando verificar a falta de motivo para que subsista (art. 282, § 4.º).

Fundamental que tal juízo seja exercido de forma permanente e renovada, durante todo curso da investigação e do processo penal, como forma de se legitimar a escolha da medida cautelar ao agente a aos fatos que lhe foram imputados.

## VI. As prisões cautelares no sistema processual penal alemão

O direito penal alemão, igualmente, prevê o instituto da *prisão provisória*, subdividida em *prisão em flagrante* e *prisão preventiva*, cujos requisitos e modos de execução se diferenciam do sistema brasileiro, podendo-se igualar em seus efeitos.

Na Constituição alemã (*Grundgesetz*), a prisão provisória é disciplinada pelo seu art. 104, tratando-se de uma regra de exceção à liberdade individual, e praticamente autoaplicável, pois que dispensa a sua complementação por meio de legislação processual (embora formalmente existente), diferentemente de como ocorre no Brasil, onde a Constituição, ao prevê-la, condicionou a sua executoriedade à edição de lei procedimental que a regulamente.

### 1. Prisão em flagrante:

*Cabimento*: no sistema processual penal germânico, a prisão em flagrante (*Festnahme auf frischer Tat* - Par. 127, I 1 StPO = *Strafprozessordnung*) - se aplica nos casos em que o indivíduo: (1) esteja praticando a infração; (2) quando este acaba de cometê-la; (3) quando haja risco de fuga do autor do delito; (4) quando não seja possível, desde logo, identificar o agente.

*Finalidade*: todas elas podem ser cumpridas pela autoridade pública ou por qualquer cidadão, e, neste primeiro momento, dispensa-se a obtenção de mandado judicial, podendo ser executadas com o intuito de: (a) identificar, desde logo, quem esteja cometendo ou cometeu a infração (*Festnahme zur Identifizierung eines auf frischer Tat Betroffenen* - Par. 127, I, 2 StPO), (b) preparar o pedido de prisão preventiva (*Festnahme als Vorstufe für Untersuchungshaft*) (Par. 127, II StPO) (15).

A hipótese de prisão em flagrante referida no inc. 4, supra mencionado em muito se assemelha à chamada “prisão para identificação” ou “utilitarista”, recém introduzida (formalmente) na legislação processual penal brasileira, estando porém, no caso do direito processual alemão, inserida dentro das regras que autorizam a prisão em flagrante.

Interessante pontuar que, no sistema penal processual germânico, a lei autoriza tanto o Ministério Público, quanto a Polícia, a procederem à prisão em flagrante, em caso de perigo eminente, ou uma vez presentes os pressupostos que autorizem a mesma ou a internação do agente. Neste caso, o MP ou a Polícia terão, segundo o Par. 128 StPO, 24 horas para: ou colocá-lo em liberdade, ou para apresentá-lo perante o juiz singular da localidade em que foi efetuada a prisão (*Amtsgericht*), explicando-lhe os fatos ocorridos. O juiz, após ouvi-lo e analisar os termos da prisão em flagrante decidirá se emite ordem de prisão preventiva ou de internação, ou se o coloca em liberdade. Tal

previsão não encontra correspondência na legislação brasileira.

O Ministério Público ou a Polícia que determinar a prisão deverá comunicá-la a um familiar do preso ou pessoa por este indicada, exceto se dessa prisão puder resultar perigo para as investigações (Par. 127, abs. 5, Par. 114, a-c StPO), dever este ora contemplado pela lei processual brasileira (art. 306, caput, do CPP (LGL\1941\8)).

## 2. Prisão preventiva

No direito alemão, a prisão preventiva é também considerada medida excepcional, não devendo ser imposta, caso haja outras medidas cautelares alternativas que possam surtir o mesmo efeito inibidor sobre o agente investigado/acusado de crime, tomando-se, como vetor para a sua decretação, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* - Par. 112 I 2 e Par. 112 a I 1 StPO).

A prisão preventiva na lei processual alemã (*Untersuchungshaft*), requer uma ordem judicial cautelar, como necessidade de se manter o acusado preso, para que o processo possa se desenvolver normalmente, evitando-se a fuga ou nova prática de conduta delitiva, bem assim por se antever a grande probabilidade de lhe vir a ser futuramente aplicada a pena privativa de liberdade.

*Competência:* a prisão preventiva deve ser decretada pelo juiz da circunscrição onde o crime foi cometido, a pedido do MP, podendo o juiz determiná-la de ofício, caso haja algum perigo eminente. Via de regra, será o mesmo juiz singular que recepcionará a futura ação penal, a não ser que se tratar de crime grave, caso em que a competência para o seu processamento é deslocada ao Tribunal (*Bundesgerichtshof* (Bgh), *Oberlandsgericht* (Olg) ou *Landsgericht* (Lg), segundo a competência criminal de cada qual.

*Pressupostos:* Para que a prisão preventiva possa ser decretada, devem estar presentes diversos pressupostos, diferentemente do modelo latino eleito pelo legislador brasileiro, e que se repete nos sistemas italiano, espanhol e português, em que se atenta, básica e genericamente para a presença dos requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Estes se subdividem entre materiais (ligados ao fato) e formais (ligados ao processo):

I - Os pressupostos materiais se constituem:

1) na forte suspeita de prática do delito ou de sua participação no mesmo (*Dringender Tatverdacht* - Par. 111 a I 1 e 112 I 1 StPO) (prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, segundo a lei brasileira);

2) no motivo da prisão (*Haftgründe* - Par. 112 e 112a StPO), que, por sua vez, se dividem em 4 motivos possíveis:

a) demonstração de que o investigado se esconde ou que se evadiu ou que haja risco de se evadir do distrito da culpa (*Flucht oder Fluchtverdacht*, Par. 112 II n 1 e 2 StPO) (para assegurar a aplicação da lei penal, segundo a lei brasileira);

b) indicação do risco de o investigado obstruir a instrução do inquérito ou do processo, suprimindo, acobertando ou falsificando provas (*Verdunklungsgefahr*) (Par. 112 II StPO), na forma seguinte:

b.1) influenciando ou ameaçando peritos, testemunhas, outros investigados ou corréus;

b.2) entrando em contato com terceiros aptos a influenciarem na produção de provas;

c) cometimento de certos crimes graves (*Schwere der Tat*, Par. 112 III StPO), como terrorismo, homicídio, genocídio, incêndio, explosão, crimes contra a liberdade sexual; ameaça a vítimas; reincidência em crimes graves/violentos; roubo, extorsão, furto qualificado e mediante quadrilha; dirigir alcoolizado; tráfico de drogas, formação de quadrilha, risco de nova prática delitiva (conveniência da instrução criminal no direito brasileiro). Tal pressuposto decorre e é analisado em consonância com o chamado alarme social gerado pelo crime (*Erregung der Öffentlichkeit*);

d) perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*, Par. 112 a I 1 StPO) e possibilidade de vir a ser condenado em mais de um ano de reclusão (garantia da ordem pública, no direito brasileiro).

II - Os pressupostos formais se constituem:

- na expedição de um mandado judicial escrito (*schriftlicher Haftbefehl*);
- na sua expedição por um juiz competente (*Zuständigkeit*).

*Princípio da proporcionalidade*: Iguamente encontra-se presente, em ambos, a aplicação do princípio da proporcionalidade da pena (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), pelo qual deve-se verificar a adequação e efetiva necessidade da prisão preventiva, de acordo com o tipo de crime, sua gravidade, as circunstâncias em que praticado e as condições pessoais do agente. Desta forma, é de rigor que haja a estrita adequação da medida de restrição da liberdade ao tipo de infração penal e sua pena, princípio este que, igualmente, inspirou a reforma introduzida pela Lei 12.403/2011.

Apresentação e interrogatório em juízo: no caso da prisão preventiva, a Lei alemã também determina que o preso seja apresentado ao juiz da localidade em que foi efetuada a prisão até o dia seguinte à sua execução, para ser interrogado pelo juiz. Trata-se de um interrogatório judicial pré-processual, por anteceder a acusação formal pelo Ministério Público.

Após ouvido o preso, e se o juiz estiver de posse de novas provas, adotará uma de três alternativas: colocará o preso em liberdade, se entender a prisão como ilegal ou que seus motivos cessaram, ou, a pedido do Ministério Público ou de ofício (se não localizado algum de seus representantes) (revogação), expedirá ordem de prisão preventiva (*Untersuchungshaft*), quer na forma de recolhimento ao cárcere, quer na forma de internamento (manutenção da prisão) ou substituirá a prisão preventiva por uma ou mais medidas cautelares alternativas, adiante referidas (substituição) (Par. 115 StPO).

No caso da lei brasileira, considera-se suficiente para fundamentar a prisão preventiva ou a liberdade provisória a simples análise formal, pelo juiz e pelo Ministério Público, do auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial competente e eventuais documentos que o acompanhem ou que venham, pela defesa, a instruí-lo, bem como da verificação da existência dos requisitos que autorizam a sua concessão.

Em qualquer fase do feito, o MP pode pedir sua revogação (*Aufhebung des Haftbefehls*).

*Duração*: Quanto à duração para a prisão preventiva, a Lei alemã prevê o prazo máximo de seis meses, a contar da data da ordem de prisão (com ou sem acusação formal pelo Ministério Público) (Par. 121 StPO), cabendo sua prorrogação, por mais seis meses, caso haja especial dificuldade ou complexidade nas investigações ou se ocorrer outro motivo relevante (Par. 121 I StPO), variando segundo cada delito.

Mas, uma vez já decorridos seis meses da decretação da prisão preventiva, o juiz singular deve reavaliar, de ofício, os motivos que levaram à sua decretação, verificando, mesmo sem requerimento do acusado ou do MP, se ainda subsistem. Levará em conta, neste caso, a complexidade da investigação, a causa relevante que levou à prisão preventiva, bem assim o requisito da proporcionalidade.

Eventual pedido de dilação deve ser solicitada ao Tribunal de maior nível estadual ou federal, segundo a competência para o julgamento do crime em questão (*Oberlandesgericht (OLG)* ou *Bundesgerichtshof (BGH)*, Par. 120, Abs 3 e 121, 2 StPO), perante o qual o juiz deverá justificar a necessidade de manter a prisão preventiva.

Com a instauração formal da ação penal, e se decorrido um ano da data da prisão preventiva, o juiz, mais uma vez, deverá, de ofício, analisar seus motivos, quer para sua manutenção, quer para sua revogação, verificando se persiste a periculosidade do réu para novas práticas. Nos casos de crimes previstos no Par. 112 StPO, o prazo máximo admissível para a manutenção da prisão preventiva é de um ano, devendo, após o seu transcurso, ser revogada. Já nos casos de crimes previstos nos parágrafos 112 III (terrorismo, explosão, crimes hediondos, genocídio, homicídio), não existe esse limite.

No Brasil, a nova Lei 12.403/2011, diferentemente do sistema germânico, não previu prazo específico para duração da prisão preventiva, devendo esta perdurar, em regra, enquanto presentes os motivos que a autorizam e enquanto não superado o prazo para encerramento da instrução

criminal, que, segundo orientação jurisprudencial, deve-se dar no prazo de 81 dias.

Segundo a legislação alemã, a *revogação* da prisão preventiva (*Aufhebung*) ocorre quando cessados os motivos que a autorizaram (Par. 120 StPO), ou quando decorrido o seu prazo de validade (seis meses prorrogáveis por mais seis).

Dá-se, igualmente, a possibilidade de *suspensão* da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, ou a pedido do MP, quando, então, o juiz poderá substituir a prisão preventiva por outras medidas cautelares alternativas que, supostamente, tenham o mesmo efeito inibidor da primeira (*Aussetzung*). Neste caso, deve-se demonstrar que, no confronto entre o motivo da prisão e a medida cautelar alternativa, esta se mostrara suficiente, eficaz e adequada para inibir nova conduta delitiva do agente.

Tais medidas cautelares se resumem a quatro modalidades:

- a) Proibição de o acusado deixar sua residência ou mudar-se sem comunicar o juízo;
- b) Dever de apresentação periódica em juízo;
- c) Prisão domiciliar com vigilância; e
- d) Fiança, prestada pessoalmente por terceiro, sendo esta, na prática, preferencialmente aplicada.

No caso, ainda, de haver o risco de o réu obstruir a instrução processual, o juiz pode proibi-lo de fazer contato com testemunhas, peritos e outros acusados.

Interessante notar que, neste caso, a prisão domiciliar, na Alemanha, não é tratada como gênero de prisão com perfil de detenção cautelar preventiva, tal como na lei brasileira, em que são, na prática, exigidos, para a decretação da primeira, os mesmos requisitos que para a decretação da segunda, embora a lei processual não prescreva tal similitude. O tratamento dispensado pelo sistema germânico à prisão domiciliar é muito mais como o de uma medida cautelar alternativa e de cunho meramente restritivo de direitos, sendo, neste passo, considerada de forma menos gravosa do que no direito brasileiro.

## VII. Conclusão

Em suma, os sistemas penal processual brasileiro e alemão apresentam alguns pontos de identidade em termos de natureza e finalidade das medidas cautelares, dentre as quais a prisão preventiva, que deve ser aplicada apenas de forma urgente e excepcional, e diante a inadequação de quaisquer outras medidas cautelares restritivas de direito que ambos sistemas processuais disponibilizam.

Ainda assim, no sistema processual alemão, verifica-se um maior controle judicial maior sobre a decretação das prisões cautelares, não apenas pela maior proximidade e contato do Judiciário com os agentes dos crimes flagrados em sua prática, como também com base em prescrições legais menos abstratas, antevendo e definindo hipóteses factuais cuja ocorrência circunstanciada torna mais legitimada a prisão preventiva. Assim, a simples menção aos princípios da defesa da ordem pública e garantias para a instrução processual e aplicação da lei, como pressupostos da prisão preventiva no Brasil, cede passo, no direito penal alemão, para previsão muito mais pormenorizada de hipóteses factuais que autorizam a sua decretação, inspirando, a nosso ver, ainda como um modelo mais avançado, maior possibilidade de controle judicial e social na restrição de direitos e liberdades.

Prematura, porém, se mostra a análise do quociente de eficácia que a presente lei já revelou em seus resultados em termos de redução na escalada da criminalidade, em especial pela ausência de dados sobre a eventual reiteração de práticas delitivas por centenas de ex-detentos provisórios beneficiários de liberdade provisória, por serem autores de crimes cujas penas abstratamente previstas estavam aquém do limite mínimo fixado para a decretação da prisão preventiva.

Ideal seria o acompanhamento estatístico desses efeitos e das condutas delitivas de pessoas naquelas condições, como forma de se aferir sua eventual repetição, antes e depois do advento da Lei 12.403/2011, e como parâmetro para futuro e eventual aperfeiçoamento da legislação processual penal.

## VIII. Bibliografia

Beneti, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: direito alemão e brasileiro. *Rev. Julg. e Doutrina: Tribun. Alc. Crim. SP.* n. 3. jul.-set. 1989.

C.H Beck.

Deutsche Gesetze.

Textsammlung Schönfelder.

---

1 Referimos medidas cautelares genéricas porque existem leis especiais que fixam outras medidas cautelares, as quais devem ser aplicadas com predominância em função da sua especialidade, aplicando-se, nelas, subsidiariamente, as previstas no CPP (LGL\1941\8).

2 Na Itália, já havia sido elaborada previsão legal em relação a casos de combate à Máfia, na década de 1960: a *Legge 575, de 31.05.1965. Disposizione contro la Mafia* estabeleceu basicamente medidas de prevenção e vigilância especial de segurança pública e de obrigação de permanência em residência, em um ou mais lugares (cidades) determinados e prefixados, à pessoa investigada ou processada por “associação de tipo mafiosa” (prevista no art. 416 *bis* do Código Penal italiano), por proposta do Ministério Público. Além da obrigatoriedade de permanência (*soggiorno*), o Ministério Público também poderia requerer a aplicação de medida de prevenção de “disponibilidade financeira” sobre o patrimônio do imputado sujeito à medida especial de observância. A medida praticamente não é mais aplicada pela evidente razão de que a população mais que quadruplicou e o Estado não dispõe de mais de controle da medida.

3 STJ, HC 1930t60, 2010-0228297-4, rel. Min. Og Fernandes, *DJE* 19.09.2011. “1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei 11.464/2007, que alterou a redação do art. 2.º, II, da Lei 8.072/1990, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8) (...). 3. A liberdade provisória do paciente foi indeferida sem que fosse demonstrada concretamente a imprescindibilidade da medida extrema. 4. A suposta possibilidade de fuga, por se tratar de estrangeiro que não possui vínculo com o nosso país, bem como infundadas conjecturas acerca da possibilidade de reiteração da conduta delitiva em razão da gravidade abstrata da infração não constituem, por si sós, motivos suficientes para justificar a segregação antecipada. 5. Ordem concedida.”

4 Para estudo das medidas cautelares no processo civil, veja-se Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Libería El Foro, 1996.

5 Veja-se o ensinamento de Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 77 (trad. Santiago Sentís Melendo): “En tal modo el derecho penal tiende a asegurar la sociedad contra el peligro del delito, esto es, a hacerla segura de tal peligro (*sine cura*). Por eso, los medios que a tal fin se emplean, es justo que le llamen medidas de seguridad. En cuanto un interés de quien, al cometer el delito, ha lesionado el interés ajeno, a consecuencia del delito resulte lesionado a su vez (como ocurre cuando, por ejemplo, quien ha golpeado o robado sea a su vez golpeado o privado de ciertos bienes), se comprende que la prevision de tal sufrimiento debe precisamente crear a él y a los otros una ‘necessitas’ de abstenerse del delito mismo; por eso cualquier sufrimiento conminado en daño de quien cometa el delito responde al concepto de la medida de seguridad”.

6 O advogado pode requerer substituição ou descumulação de medida cautelar em benefício de seu cliente.

7 Veja-se o comentário de Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996 (original de 1949), t. III, p. 629: “La custodia preventiva (o detención o encarcelación preventiva) es el estado de privación de la libertad personal en que, a los fines del proceso penal, viene a encontrarse el imputado a consecuencia de la ejecución de un mandato o de

una orden de arresto o de captura, o de la legitimación del arresto sin mandato, o de la convalidación de la detención de la constitución en cárcel. La custodia preventiva del imputado está justificada por la necesidad de asegurar su persona para el proceso: necesidad presunta por la ley (mandato u orden de captura obligatorios) o considerada por el juez (mandato u orden de captura facultativos)”.

8 STJ, HC 145.741/SP, 2009/0167206-7, 5.<sup>a</sup> T., Felix Fischer, 19.04.2010: “(...) IV - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 22.11.2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJU* de 17.05.2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJU* de 04.05.2007). O princípio constitucional da não culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89.501/GO, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 16.03.2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5.<sup>o</sup>, XV, da Carta Magna (LGL\1988\3)) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 11.10.2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, *DJU* de 27.04.2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 09.11.2007), (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJU* de 29.06.2007). V - Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 21.06.2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Britto, *DJU* de 28.06.2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* de 13.09.2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* de 06.06.2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* de 06.06.2007). (...) IV. A possibilidade de fuga do réu, bem como a alegação de existência de insegurança às testemunhas, não bastam para justificar a prisão cautelar, pois o embasamento da segregação não pode vir afastado de circunstâncias concretas, não sendo suficientes meras probabilidades. Precedentes do STF e desta Corte. V. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada, para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente determinando-se a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada a custódia cautelar, com base em fundamentação concreta. VI. Resta prejudicado o argumento de ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa, diante do reconhecimento da ilegalidade da prisão provisória do acusado. VII. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.”

9 STJ, HC 60305/SP, 2006/0119150-4, 5.<sup>a</sup> T., rel. Min. Gilson Dipp, *DOE* 09.10.2006: “I. Exige-se concreta motivação para a decretação da custódia preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP (LGL\1941\8) e da jurisprudência dominante. II. A mera alusão a requisito legal da segregação cautelar, sem apresentação de fato concreto determinante não pode servir de motivação à custódia cautelar. III. Não se presta para fundamentar a prisão preventiva a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente.”

10 STJ, HC 206.868/SP, 2011/0110828-2, 5.<sup>a</sup> T., rel. Laurita Vaz, *DJE* 22.09.2011: “(...) 2. A prisão cautelar somente é devida se expressamente justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do art. 312 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8). 3. Na hipótese, o magistrado teceu considerações abstratas no *decisum* impugnado, sem comprovar a existência dos pressupostos e motivos autorizadores da medida cautelar, com a devida indicação dos fatos concretos legitimadores de sua imposição, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal (LGL\1988\3), restando a prisão amparada, tão somente, na gravidade do delito, na alusão genérica à possibilidade de risco à instrução criminal, bem como em conjecturas acerca de suposta periculosidade do réu. 4. Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, no sentido de que: ‘(...) a mera opinião do julgador sobre

a gravidade do delito também não serve como fundamento a autorizar a medida constritiva da liberdade' (HC 42.303/RJ, 6.<sup>a</sup> T., rel. Min. Paulo Gallotti, *DJe* de 03.08.2009.). Precedente. 6. Outrossim, não há notícias nos autos de que o réu tenha se envolvido em outros atos delitivos de qualquer natureza. 7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, para cassar a decisão que indeferiu a liberdade provisória ao paciente, sem prejuízo de que outras medidas cautelares sejam adotadas pelo Juízo condutor do processo, conforme ressaltado no voto." HC 206.726/RS, 2011/0109664-1, 6.<sup>a</sup> T., rel. Min. Og Fernandes, *DJE* 26.09.2011: "1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal (LGL\1988\3)), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal (LGL\1941\8). Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. 2. A fundamentação declinada pelo Magistrado de primeiro grau não indicou de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Procurou alicerçar a medida constritiva na gravidade abstrata do crime consubstanciada em expressões genéricas do tipo, 'apreensão no meio social', 'reflexos negativos e traumáticos na vida da sociedade', 'sentimento de impunidade e de insegurança', não afirmando, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública. 3. Ademais, o fato de o delito ter sido amplamente noticiado na imprensa local e estadual, não é, por si só, fundamento suficiente para a determinação de segregação cautelar. 4. Ordem concedida."