

HIGOR DA SILVA DINIZ

**AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL E A SUA
EFETIVIDADE PRÁTICA**

CURSO DE DIREITO - UniEVANGÉLICA
2019

HIGOR DA SILVA DINIZ

**AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL E A SUA
EFETIVIDADE PRÁTICA**

Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Mestre Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2019

HIGOR DA SILVA DINIZ

**AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL E A SUA
EFETIVIDADE PRÁTICA**

Anápolis, ____ de _____ de 2019

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Este trabalho trata a respeito das medidas cautelares presentes no processo penal, tanto as que atingem patrimônio (arresto, sequestro e hipoteca legal) quanto liberdade pessoal (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva). E ainda, a efetividade que a aplicação das mesmas possui na sociedade e no indivíduo alvo da medida. Visa ainda analisar as cautelares de maneira geral, evidenciando o histórico das mesmas e do processo penal brasileiro, confrontando-os com o princípio primordial da Constituição Federal de 1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana. E, de maneira específica, busca apresentar o procedimento de aplicação e efetivação das medidas, evidenciando seus conceitos e requisitos de existência.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Dignidade da pessoa humana. Lei 12.403/2011.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 01 |
| CAPÍTULO I – HISTÓRICO E DEFINIÇÃO SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL..... | 03 |
| 1.1 - Conceito de medidas cautelares e finalidade..... | 03 |
| 1.2 - Análise do histórico da Lei 12.403/2011 que organizou a aplicação das medidas cautelares no processo penal..... | 07 |
| 1.3 - As medidas cautelares em confronto com a dignidade da pessoa humana..... | 10 |
| CAPÍTULO II – APLICAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS CAUTELARES..... | 14 |
| 2.1 - Requisitos para a aplicação das medidas cautelares | 14 |
| 2.2 - Análise das medidas cautelares em específico..... | 21 |
| 2.3 - Aplicação, revogabilidade e reforço das medidas cautelares..... | 29 |
| CAPÍTULO III – ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES | 44 |
| 3.1 - Análise das medidas cautelares em confronto com a prisão preventiva | 44 |
| 3.2 - As medidas cautelares como forma de efetivação da jurisdição processual penal | 48 |
| 3.3 - Extinção das medidas cautelares..... | 51 |
| CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS..... | 56 |

INTRODUÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso em questão, trata a respeito das medidas cautelares constantes no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no que tange à inovação abarcada pela Lei 12.403/2011. Cabendo destacar que, quando se fala a respeito de meios que visem assegurar futura prestação jurisdicional, não corresponde apenas de cautelares que atingem a liberdade individual, mas também o patrimônio.

O Código de Processo Penal fora ilustrado no Brasil no ano de 1941, período no qual vigorava o Estado-Novo, tendo como a figura presidencial Getúlio Vargas, e a vigência das Constituição de 1937, evidenciando seu viés autoritário. Desta forma, tendo em vista diversas mutação na sociedade brasileira, fora necessário uma repaginação no sistema penal, sobretudo, em se tratando de um Estado Democrático de Direito no qual nos encontramos, que busca o respeito à princípios como dignidade da pessoas humana, dentre outros que visam a proteção de seus cidadãos.

Sendo assim, conforme evidenciado a necessidade de um direito processual penal que favorecesse mais aos anseios da sociedade, houve a promulgação da lei 12.403/2011, ora abordada, na qual trouxe medidas cautelares alternativas à prisão, necessárias à uma sociedade na qual vige o preceito de que um indivíduo só será considerado culpado com a condenação transitada em julgado de uma sentença, não podendo o mesmo ser encarcerado sem este termo judicial, exceto cautelarmente, se comprovada real necessidade, em respeito ao princípio da não culpabilidade.

Desta forma, o trabalho abordará como a supracitada lei influenciou para o atual cenário jurídico brasileiro no que tange às cautelares patrimoniais e prisionais, de modo que, irá demonstrar o conceito, ou seja, o que são cada uma, seu histórico, confrontá-las com um dos principais princípios existentes, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e ainda, evidenciar o procedimento para sua aplicação e requisitos necessários para sua existência.

No primeiro capítulo trata-se do histórico das medidas cautelares no processo penal, o seu conceito e o confronto com o princípio constitucional maior da dignidade da pessoa humana, sem o qual sequer pode existir medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo, fora analisado as medidas cautelares presentes no ordenamento jurídico, em específico, demonstrando seus requisitos, aplicação, revogabilidade e reforço, ou seja, o procedimento prático para a aplicação das mesmas, no que tange a sua existência e efetivação.

Finalizando com o terceiro capítulo, foram confrontadas as cautelares com a prisão preventiva, em razão desta última ser a mais gravosa dentre as demais, a efetivação das cautelares de maneira geral, e a extinção de sua aplicação no caso concreto.

CAPÍTULO I – HISTÓRICO E DEFINIÇÃO SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

O presente capítulo tratará das medidas cautelares, seu conceito, sempre focando os entendimentos divergentes, e a sua finalidade. Não se pode esquecer que as medidas cautelares, conforme estão expostas no Código de Processo Penal, são instrumento de efetivação do objeto do processo penal, e sem as quais seria impossível a sua efetivação.

Além do conceito, analisar-se-á o histórico das medidas cautelares e como elas são decretadas pelo Juízo de Direito em cada caso concreto, bem como a sua efetividade.

1.1 - Conceito de medidas cautelares e finalidade.

Segundo o autor Fernando Capez, tem-se em sua obra a seguinte explicação sobre as medidas cautelares e a sua relação com o processo penal nos seguintes dizeres:

São providências cautelares de natureza processual, urgentes e provisórias, determinadas com o fim de assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, seja quanto à reparação do dano decorrente do crime, seja para a efetiva execução da pena a ser imposta (2015, p. 520).

Quando se fala em medidas cautelares, é necessário diferenciar as que recaem sobre direito pessoal (prisões provisórias e medidas alternativas), e direito real (sequestro, arresto e hipoteca legal). Paulo Rangel explica (2015, p. 766): “É cediço que medida cautelar pode recair sobre coisa (res), v.g, busca e apreensão, sequestro, arresto, e sobre a pessoa (personae)”.

Quanto às medidas cautelares que recaem sobre direito real, Guilherme de Souza Nucci apresenta a seguinte definição:

São providências tomadas, no processo criminal, para garantir a futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado ou mesmo para evitar que o acusado obtenha lucro com a prática criminosa (2011, p. 364).

Conforme o exposto por Guilherme de Sousa Nucci (2011), as medidas assecuratórias além de visar a garantia de futura reparação de dano à parte, também é uma maneira de proteger o Estado e a sociedade, de modo que impede o acusado de manter proveito econômico da prática delituosa. Insta salientar que as cautelares que recaem sobre bens são definidas em sequestro, arresto e hipoteca legal, medidas as quais fazem parte dos procedimentos incidentes, ou seja, suas decisões correm em apartado ao processo principal, em razão da atenção que se deve ter o magistrado em determina-las.

Importante salientar que, em caso de sentença que favoreça o réu ao final do processo, as medidas assecuratórias, via de consequência, serão revogadas, e, em caso de eventuais danos, cabe ao prejudicado ingressar com uma ação cível a fim de posterior reparação, conforme dispõe o artigo 64 do Código de Processo Penal (RANGEL, 2015).

Em se tratando de medida cautelar que recai sobre direito pessoal, Odone Sanguiné traz a seguinte definição:

A *prisão cautelar* pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo uma tendência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de *risco*: (a) *de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova* ou de *colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais*; (b) *de fuga*; (c) *de reiteração delitiva*⁹. (2014, s/p) (Grifo do autor)

Conforme supramencionado, ao se falar em medida cautelar na modalidade de prisão, trata-se de limitação temporária na liberdade do indivíduo que

sofre a medida, tendo em vista o possível cometimento de delito grave imputado a ele. Importante frisar que tal medida sempre deve ser decretada de maneira fundamentada pelo magistrado.

Andrey Borges de Mendonça também explica sobre as medidas cautelares, nas quais há um lapso temporal para serem determinadas, sendo que:

Como é sabido, o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente, ao procedimento. Durante a tramitação procedimental é intuitivo que haverá um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do processo, seja destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar delitos (2011, p.23).

Em apoio ao acima exposto, medidas cautelares são os meios pelos quais o judiciário possui para assegurar algo, como o escorreito andamento da persecução penal sem interferência, a incolumidade pública, e até mesmo o efetivo cumprimento de futura condenação, caso haja, mediante sentença condenatória transitada em julgado. De modo geral, é a proteção à investigação criminal, e/ou o processo de conhecimento em fase de ação penal, ou ainda posterior execução.

Não se pode falar em medida cautelar que atinge a liberdade de um indivíduo, sem abordar o conceito prisão, Guilherme de Sousa Nucci explica (2011, p. 575): “É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. Neste conceito não há diferenciação entre prisão cautelar e prisão pena, sendo a primeira regida pelo Código de Processo Penal, e a segunda pelo Código Penal.

Relevante esclarecer que medidas cautelares não devem ser usadas como política de segurança pública, de modo que a aplicação daquelas visam o bom andamento de um ou mais processos, e não de influir no índice de criminalidade, sendo este o papel do poder executivo. Lembrando que o judiciário permanece inerte até ser provocado (RANGEL, 2015).

Cabe destacar que as medidas cautelares não possuem como finalidade adentrar no mérito do processo de conhecimento a ponto de definir ou elucidar o direito material, mas sim, por meio de um processo cautelar, garantir seu escorreito andamento.

Conforme dito, o processo cautelar visa o escorreito curso não só do processo de conhecimento, mas também de processo de execução. Deste modo, é importante frisar os dizeres do Professor Galeno Lacerda:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária (LACERDA, s/d, p.15-16 apud RANGEL, 2015, p. 767).

Como se sabe, ao final do processo, caso o réu que sofreu medida cautelar seja de fato condenado mediante sentença condenatória transitada em julgado, o tempo que permaneceu provisoriamente preso, poderá detrair o quantum fixado na dosimetria, conforme dispõe o artigo 42 do Código Penal. Sendo assim, não há o que se falar em adiantamento de pena ou presunção de culpa na aplicação de uma cautelar (RANGEL, 2015).

Deste modo, Afrânio Silva Jardim adiciona ao entendimento acima, evidenciando que prisão cautelar tutela os meios e os fins do processo de conhecimento, tornando-se tutela da tutela, a saber:

Hoje, não pode restar a menor dúvida de que a prisão em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada afinal, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela (JARDIM, s/d, p. 255 apud RANGEL, 2015, p. 767).

A fim de exemplificar, existem as seguintes modalidades de medidas cautelares: prisão provisória (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária) e medidas alternativas à prisão. Medidas estas que possibilitam o encarceramento do réu antes da sentença condenatória, apenas em caso de prisão preventiva ou temporária.

Em sentido contrário às cautelares encarceradoras, é importante destacar também o conceito de liberdade provisória, que é a possibilidade concedida ao acusado de responder o processo desencarcerado, com ou sem arbitramento de fiança, vinculando-o ou não a obrigações a serem impostas pelo juízo. E, em caso de quebra com eventuais obrigações, poderá ser revogada a liberdade provisória (CAPEZ, 2015).

Com o advento da lei 12.403/2011 houve a ampliação da aplicação de medidas cautelares, de modo que deixou de existir apenas possibilidade de o réu responder a processo preso ou solto, dando demais opções ao magistrado de aplicação de medidas alternativas. É de grande valia frisar que, não basta apenas indícios de materialidade e autoria (justa causa) em um crime para encarcerar um indivíduo, deve-se analisar a imprescritibilidade da prisão, ou seja, não basta mera necessidade para se prender alguém, é também importante que não haja nenhuma outra medida cabível diferente à prisão (RANGEL, 2015).

Ante o exposto, conforme ordenamento jurídico brasileiro, o indivíduo é um ser de direitos e obrigações, e, no que concerne a seus direitos, o mesmo não pode e nem deve ser encarcerado sem prévia deliberação da autoridade judiciária competente, com observância ao binômio necessidade e adequação, e ainda a preceitos referentes à dignidade da pessoa humana, que serão posteriormente analisados.

1.2 - Análise do histórico da Lei 12.403/2011 que organizou a aplicação das medidas cautelares no processo penal.

O Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689/41) foi criado à época do Estado-Novo, no qual o Brasil era governado por Getúlio Vargas, e vigorava a constituição de 1937, em decorrência disso, o mesmo possui um viés autoritário. Até a promulgação da constituição de 1988 foram cerca de 40 anos, tendo neste meio termos outras constituições que foram mudando a forma do Código de Processo Penal.

A fim de repaginar o sistema penal brasileiro, sobretudo quanto às medidas cautelares, foi editada a lei 12.403/11, como forma adequação das mesmas à realidade contemporânea, com política de desencarceramento (MENDONÇA, 2011).

Como visto, antes de 2011 o sistema processual penal brasileiro era muito hermético quanto à aplicação de medidas cautelares, de modo que só existia duas situações, ou o indivíduo ficava preso ou solto, não existia outros meios para se efetivar a segurança da persecução penal. E, em uma sociedade contemporânea, principalmente em respeito ao pacto São José da Costa Rica e demais tratados

internacionais, não é admissível expor o ser humano a tal situação, sobretudo em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (RANGEL, 2015).

Ante a necessidade da população, em 4 de maio 2011 adveio a lei 12.403, trazendo consigo o princípio da proporcionalidade do direito alemão desenvolvido no direito administrativo ou o da razoabilidade do direito norte-americano efetivo no direito constitucional. Não obstante, foi na proporcionalidade do direito alemão que houve mais presença na lei criada no Brasil, dividindo-se em subprincípios, que no momento, encontram-se no artigo 282 da referida lei: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (BARROSO, 2010 apud RANGEL, 2015).

Ao se falar em razoabilidade e proporcionalidade, Luiz Roberto Barroso conceitua: “É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação, harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, os valores vigentes e, dado momento ou lugar” (BARROSO apud RANGEL, 2015, p. 887).

As alterações trazidas pela lei 12.403/11 tiveram relevante modificação no artigo 282 do Código de Processo Penal, de modo que dispôs regras gerais para a aplicação de medidas cautelares; no artigo 283 houve alterações quanto à maneira de se efetuar prisão; no artigo 289 quanto a acusado em território nacional, porém fora da jurisdição do juízo processante; inclusão do artigo 289-A; revogação do artigo 298; no artigo 299 referente à requisição de captura, e o artigo 300 no que se refere à prisão de indivíduos em cumprimento de pena (definitivos) e alvos de medida cautelar (provisório) (MARCÃO, 2012).

Conforme visto acima, o novo artigo 282 abarcou regras gerais para a aplicação das cautelares, devendo o juiz em sua aplicação, se nortear pelos critérios da legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade. Desde a vigência da lei 12.403/11, só é cabível aplicação de medidas cautelares de ofício na fase processual, deste modo, tratando-se de investigação criminal, é necessário provocação do juízo (MARCÃO, 2012).

O artigo 2º da Lei 12.403/11 acrescentou no Código de Processo Penal o artigo 289-A, de modo a determinar a regulamentação de um Banco de Dados pelo

Conselho Nacional de Justiça, a fim de registrar os mandados de prisão efetivados em locais estranhos à jurisdição na qual expediu a ordem (MARCÃO, 2012).

No acréscimo deste dispositivo, percebe-se a inovação tecnológica feita no judiciário brasileiro, de modo a unificar a informatização, a fim de facilitar a ciência quanto às prisões feitas, e nos locais onde foram realizadas.

Importantíssima a nova redação dada ao artigo 300, na qual determina a separação de presos definitivos de presos provisórios. Isso porque, ao tratar de prisão cautelar, conforme anteriormente elucidado, não se relaciona com prisão definitiva, pois a primeira não é tida como uma sanção, mas sim como um meio de efetivação de eventual sanção, deste modo, é um meio, para se chegar a um fim (MARCÃO, 2012).

Com alteração do artigo 439 do Código de Processo Penal pela lei 12.403/11, restou controvérsia do legislador quanto à possibilidade da aplicação de cela especial à jurado, pois o artigo 295, X prevê, e o 439 não. Deste modo, Aury Lopes Júnior explica:

O que provavelmente tenha ocorrido foi um vacilo do legislador, pois até a véspera da votação do PL 4208, havia um consenso sobre a extinção da prisão especial e, portanto, haveria uma modificação radical no art. 295. Nesta linha, também teria que ser alterado o art. 439 (para supressão da parte final). Ocorre que, na última hora, decidiu-se pela manutenção da prisão especial e o art. 295 ficou inalterado (e esqueceram do art. 439 que acabou sendo alterado) (LOPES JUNIOR, 2011, p. 114 apud MARCÃO, 2012, p.46).

Em análise da lei, percebe-se que a mesma pautou a alteração do Código de Processo Penal na necessidade e adequação da medida cautelar, em especial ao analisar o artigo 282, senão vejamos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (BRASIL, 1941, *online*).

Em suma, percebe-se quão humanitária tornaram-se as cautelares, ao menos teoricamente, de modo que não basta haver indícios de materialidade e autoria para adoção das mesmas, sendo necessário requisitos como necessidade e adequação, inclusive, possibilitando a aplicação de mais de uma medida, caso necessário.

Importante frisar que, a roupagem da nova lei foi necessária ante a abusos e excessos praticados pelos magistrados, de modo que as cautelares estavam sendo utilizada como fim, e não como meio. Weber Martins Batista (1981):

O que se observa é que a prisão é contraproducente só deve ser usada como último recurso, e somente quando nenhum outro meio for adequado.

A pedra de toque da liberdade provisória é a necessidade da medida coercitiva mais grave, pois sempre que possível, a prisão deve ser substituída por providências cautelares menos graves (BATISTA, 1985, p. 25-40 apud RANGEL, 2015, p. 886).

Desta feita, percebe-se que já no século passado as cautelares eram vistas como demasiadamente gravosas, e persiste até os tempos atuais, mesmo após a sanção da lei 12.403/11.

1.3 - As medidas cautelares em confronto com a dignidade da pessoa humana.

Quando se fala em medidas cautelares, deve-se inserir as mesmas dentro do contexto de direitos individuais e coletivos garantidos constitucionalmente. Sendo assim, deve-se observar os preceitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

Deste modo, Odone Sanguiné leciona que para se garantir a efetividade do processo é necessário, também, resguardar a pessoa humana, a saber:

A prisão cautelar é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal¹, constituindo, na maioria dos países, um dos problemas mais difíceis e críticos do processo penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular o direito à sua liberdade pessoal². (2014, s/p).

Pois bem, ao se aplicar uma medida cautelar privando o direito de ir e vir de um indivíduo, há uma violação à sua liberdade, todavia, o sacrifício do mesmo

ocorreu para que o direito à segurança da coletividade seja usufruído. Deste modo, ao se ponderar direitos, muitas das vezes, deve-se visualizar preponderantemente os direitos coletivos em detrimento dos individuais (RANGEL, 2015).

Tratar sobre medidas cautelares, impreterivelmente remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, direito este assegurado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e previsto como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam a respeito de tal fundamento: “A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 90).

Deste modo, a dignidade da pessoa humana consagra o indivíduo como ser de direitos e deveres, pois tudo gira em torno dele, elucidando sua importância perante a justiça. Sendo assim, tudo que for desenvolvido no ordenamento jurídico brasileiro deve ser pautado na dignidade da pessoa humana, sobretudo, pelo fato de a própria constituição ser feita para os seres humanos viverem em sociedade, de modo que, se não houver garantias ao mesmo, sequer existe formação de um Estado (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Pois bem, em respeito a este princípio, adveio a lei 12.403/2011, que deu nova redação aos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal, trazendo consigo garantias com viés de desencarceramento. Dentre elas, cabe destacar as seguintes: a) cabimento de prisão preventiva apenas em crimes dolosos, vedando tal prática em crimes culposos e contravenções penais - artigo 313, I do Código de Processo Penal; b) cabimento de prisão preventiva somente em crimes previstos com pena máxima privativa de liberdade em abstrato superior a 4 anos – artigo 313, I do Código de Processo Penal; c) cabimento de prisão preventiva somente em crimes cuja pena privativa de liberdade seja de reclusão (excluindo a detenção), com exceção de casos em que o réu fora condenado por outro crime doloso (reincidência), qualquer que seja a pena (detenção ou reclusão), com sentença transitada em julgado – artigo 313, II do Código de Processo Penal (RANGEL, 2015).

O último tópico é um tanto quanto contestado pela doutrina, pois quando se fala em reincidência, é importante lembrar o princípio do *non bis in idem*, ou seja, um indivíduo não pode ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato, conforme prevê o artigo 8º, item 4 do Pacto de São José da Costa Rica. Sendo assim, quando o Estado traz prejuízos ao réu pela reincidência, é o mesmo que culpá-lo novamente por uma pena já cumprida (lembrando o prazo de 5 anos do artigo 64, I do Código Penal) (RANGEL, 2015)

Para melhor elucidar, cabe mencionar o que fala Paulo Rangel: “Entendemos, portanto, que a reincidência como causa, exclusivamente, de majoração de pena é inconstitucional, mas nada impede a decretação de prisão preventiva do acusado reincidente” (2015, p. 814).

Além do Pacto de São José da Costa Rica supramencionado, cabe destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no qual o Brasil é signatário, que em seu artigo 14, item 7 também proíbe a prática de punição do agente por ato já analisado em sentença transitada em julgado (RANGEL, 2015).

Em análise ao artigo 5º, XLVII, alínea “e” da Constituição Federal, é claramente previsto que não haverá penas cruéis no ordenamento jurídico brasileiro, deste modo, pode-se trazer esta obrigação à aplicação das cautelares, de modo que qualquer cautelar que gere prejuízos desnecessários ao indiciado/acusado/réu, pode e deve ser interpretada como cruel, e, via de consequência, atinge diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Além da dignidade da pessoa humana, deve-se também observar os princípios da proporcionalidade da cautelar, de modo que a mesma além de ser aplicada somente em caso de necessidade e adequação, também deve ser proporcional à condição do agente, e à prática supostamente praticada por ele, de modo que, se tal medida não for condizente com o caso concreto, a mesma torna-se ineficaz e inaplicável. Tal preceito é evidente no artigo 282, I e II do CPP (RANGEL, 2015).

Sendo assim, ao se falar em decretação de medida que prive a liberdade de um indivíduo, deve ser feita uma análise geral de sua vida, sobretudo pelo fato de uma medida desse grau atingir sua moral, sua renda no que tange a eventual

emprego que o mesmo possua, e ainda sua família. Deste modo, percebe-se que a aplicação de uma cautelar atinge não só uma pessoa, mas também todas de seu convívio (SANGUINÉ, 2014).

Ante o exposto, o juiz como um dos principais operadores e aplicadores do direito no caso concreto, ao cogitar a aplicação de uma medida cautelar que prive de qualquer modo a liberdade de um indivíduo, deve ponderar os princípios supramencionados a fim de que não sejam praticadas irregularidades e/ou excessos, evitando com isso que fira qualquer princípio ou que utilize a medida como antecipação de pena, ou seja, aplicando como fim, algo que é para ser utilizado como meio.

CAPÍTULO II – APLICAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS CAUTELARES.

A elaboração deste capítulo visa demonstrar as diferenças existentes entre as cautelares mais utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os conceitos elencados, mormente quanto aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Visa ainda esclarecer como as cautelares são aplicadas, revogadas e/ou modificadas, no que tange a seus requisitos de existência e validade, sendo que, a cautelaridade no processo penal é instrumento para a efetiva aplicação da lei penal.

2.1 - Requisitos para a aplicação das medidas cautelares.

Conforme visto anteriormente, medida cautelar é um ato que deve ser decretado apenas quando houver real interesse jurisdicional, ou seja, não pode ser imposta sem determinados requisitos, uma vez que se trata de medida excepcional e não corriqueira.

O artigo 282 do Código de Processo Penal elenca requisitos gerais acerca da decretação de medidas cautelares, senão vejamos: a) prisão em flagrante (artigos 301 a 309); b) prisão preventiva (artigos 311 a 316); c) prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva (artigos 317 e 318); medidas cautelares diversas da prisão (artigos 319 e 320) (MARCÃO, 2012).

Conforme Renato Marcão, para a efetivação de uma medida cautelar, o juiz deve observar uma série de critérios como legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade. Cabe destacar ainda, que as medidas são

decretadas de ofício pelo magistrado, a requerimento das partes, por representação da autoridade policial ou ainda, a requerimento do ministério, dependendo do tipo de medida a ser imposta (2012).

Em obediência ao princípio do contraditório, uma vez recebido o pedido de decretação de medida cautelar, deve o juiz intimar a parte contrária, encaminhando cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo (§3º do art. 282) (MARCÃO, 2012).

Há de se falar a respeito de medida cautelar diversa da prisão (medida alternativa), na qual havendo descumprimento pela parte atingida, o juiz poderá de ofício ou mediante provocação, determinar cumulação da cautelar alternativa, ou ainda, substituição da mesma por uma prisão preventiva (MARCÃO, 2012).

Paulo Rangel traz requisitos (também chama de pressupostos) para a aplicação de uma medida cautelar, que são: *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, sendo os mesmos analisados por Aury Lopes Júnior, e por ele denominados respectivamente como *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti* (RANGEL, 2015).

Não obstante muitos autores entrelaçarem os termos supramencionados, resta importante destacar que não se deve misturar processo penal com processo civil, desta forma, ao invés de utilizar as terminologias previstas na seara cível, deve-se utilizar a da criminal, conforme leciona Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, 2017).

Tendo em vista estes dois pressupostos/requisitos, o que se deve observar é o perigo na liberdade do acusado, e não na demora da prestação judicial. E ainda, a fumaça do cometimento do delito, e não do bom direito, uma vez que este pode fazer referência a condenação, absolvição, ou ainda, extinção da punibilidade (RANGEL, 2015).

Deste modo, para a decretação de uma cautelar faz necessário, segundo a melhor doutrina, o perigo social, além de outros requisitos, a saber:

Mostrar que há perigo social se o réu permanecer em liberdade, bem como para o curso do processo e, ainda, que há provas do cometimento do delito. A fumaça é da prática do crime e não do bom direito. Direito, por si só, já é bom, incluindo aqui o conceito de direito justo (RANGEL, 2015, p. 773).

Quanto ao *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, Paulo Rangel abaliza que não são idênticos na prisão temporária e preventiva, senão vejamos:

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, exigindo, para sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*). Assim, deve-se investigar a presença desses requisitos para a caracterização, ainda que tênue, da medida cautelar. Os requisitos não são idênticos aos da prisão preventiva, porém, existem e devem estar presentes para que a medida seja decretada (2015, p. 848).

Deste modo, se o indiciado oferecer perigo à investigação criminal, estará configurado o requisito no perigo da liberdade do mesmo, podendo acarretar com isso, sua prisão temporária. Da mesma forma, para a decretação, deve-se haver a fumaça de que o mesmo é autor ou partícipe do ilícito penal, para que a medida não atinja pessoas inocentes (RANGEL, 2015).

Sendo assim, a diferença mora no fato de na prisão temporária o que está em perigo não é a persecução penal como um todo (como acontece na prisão preventiva), mas sim a fase de investigação criminal.

Em concordância com alguns autores acima citados, Andrey Borges de Mendonça corrobora a necessidade da existência do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*: “Toda e qualquer cautelar, da mais tênue à mais gravosa, deve ter presente concomitantemente os dois requisitos essenciais das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*” (2011, p. 29).

O *fumus boni iuris* é a fumaça do bom direito, ou seja, a verossimilhança do fato de o réu ter ou não cometido o ato delituoso, sendo que no direito processual penal se transfigura em *fumus comissi delicti*, ou seja, possibilidade ou não de o indivíduo ter cometido a infração penal. Importante destacar que neste momento, o magistrado fará uma análise conforme cognição sumária, todavia profunda, a ponto de verificar o cometimento ou não do delito, porém, não exauriente que decida o mérito do processo (MENDONÇA, 2011). Sendo assim, a análise da aplicação de uma cautelar visa abalizar o juízo do provável com o juízo do possível, senão vejamos os dizeres da doutrina:

Juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem razões fortes, pró, ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não o seja. Juízo provável é o verossímil. Aproxima-se da verdade,

sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões fortes, porém, ainda não decisivas. Não bastante suficientes. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causas das provas colhidas, mas talvez não seja (PITOMBO, s/a, p. 134 e 135 apud MENDONÇA, 2011, p. 29 e 30).

Periculum in mora consiste no perigo na demora da prestação jurisdicional, que no caso em comento, se transfigura em *periculum libertatis*, ou seja, deve-se verificar se a liberdade do acusado traz perigo ao processo. José Frederico Marques ensina: “a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do *periculum in mora*” (MARQUES, 1997, p. 40 apud MENDONÇA, 2011, p. 30).

Há de se destacar o artigo 282, incisos I e II do Código de Processo Penal, no qual expressa a obrigatoriedade à observância do princípio da proporcionalidade para a decretação de uma cautelar, devendo as mesmas serem revestidas de necessidade e adequação (CAPEZ, 2015).

Deste modo, Fernando Capez abarca os princípios constitucionais visto acima, evidenciando que para a decretação de uma cautelar é necessário haver real necessidade, fundada no *periculum in mora*, e não apenas com base na gravidade do delito. E ainda, deve a medida servir como garantia do processo, de maneira eficaz, alcançando seu fim com menor gravame possível, senão vejamos:

Necessidade. qualquer providência de natureza cautelar precisa estar sempre fundada no *periculum in mora*. Não pode ser imposta exclusivamente com base na gravidade da acusação. Maior gravidade não pode significar menor existência de provas. Sem demonstração de sua necessidade para garantia do processo, a prisão será ilegal.

Adequação. A medida deve ser a mais idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo. Se a mesma eficácia puder ser alcançada com menor gravame, o recolhimento à prisão será abusivo. O ônus decorrente dessa grave restrição à liberdade deve ser compensado pelos benefícios causados à prestação jurisdicional. Se o gravame for mais rigoroso do que o necessário, se exceder o que era suficiente para a garantia da persecução penal eficiente, haverá violação ao princípio da proporcionalidade (CAPEZ, 2015, p. 351).

No que tange aos requisitos das cautelares, Guilherme de Souza Nucci elenca as seguintes disposições para que se decrete uma prisão preventiva: a) prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + situações descritas no artigo 312 do Código de Processo Penal (garantia da ordem

pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal) (2011).

Ao falar em medidas cautelares alternativas à prisão, Guilherme de Souza Nucci nos traz os requisitos anteriormente estudados, quais sejam, necessidade e adequação. Sendo importante mencionar que se tratam de requisitos cumulativos, sendo indispensável a existência de ambos para a decretação de uma cautelar (NUCCI, 2011).

Necessidade e adequação são requisitos genéricos, sendo o primeiro subdivido em: a) para aplicação da lei penal; b) para a investigação ou instrução criminal; c) para evitar a prática de infrações penais, nos casos previstos em lei. Cabe destacar que estes requisitos genéricos são alternativos, ou seja, basta a presença de um para configurar o requisito principal, qual seja, a necessidade (NUCCI, 2011).

Em se tratando do requisito adequação, o mesmo se subdivide em: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições especiais do indiciado ou acusado (NUCCI, 2011).

Conforme Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal o magistrado não pode levar em consideração sua opinião pessoal quanto à gravidade do crime para a fixação de uma medida preventiva: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. (STF, 2003, *online*).

Ainda no que tange à aplicação de medida cautelar, o conteúdo da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça corrobora ao entendimento do Supremo, destacando a vedação de imposição de estabelecimento prisional mais gravoso, tendo em vista a gravidade abstrata do delito cometido pelo agente: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito” (STJ, 2010, *online*).

Conforme entendimentos das cortes superiores, ao aplicar determinada medida, o magistrado não pode se fundar exclusivamente no crime em abstrato, mas sim na prática da infração praticada no mundo real, tendo em vista suas

particularidades, inclusive, levando em consideração as condições pessoais do agente.

As circunstâncias do fato são relacionadas às qualificadoras, privilégios, causas de aumento ou causas de diminuição, de modo que o juízo deve observar o caso concreto, dando tratamento condizente com o fato praticado. Sendo assim, um crime qualificado não pode ter o mesmo tratamento que um crime em sua modalidade simples (NUCCI, 2011).

Assim como na individualização da pena (artigo 59 do Código Penal), as condições pessoais do indiciado ou acusado são de extrema importância em fase de decretação de cautelar, de modo que um indivíduo tido como réu primário, não pode receber o mesmo tratamento de um reincidente, por exemplo. (NUCCI, 2011).

Ante o exposto, pode-se entender que para a decretação de uma medida cautelar, há de se seguir uma quantidade de requisitos e pressupostos a serem analisadas pelo magistrado, a fim de que não venham a resultar prisões ilegais ou excessivas, tanto em fase de investigação como em ação penal. Devendo sempre destacar que, caso aconteça excessos ou ilegalidades, haverá a possibilidade de manejo de *habeas corpus*, ou pedido de relaxamento de prisão.

No que tange às medidas cautelares que recaem sobre direito real (medidas assecuratórias), assim como nas que recaem sobre direito pessoal, necessitam de uma série de requisitos para que haja sua decretação. Fernando Capez esclarece que para a aplicação do sequestro é necessário a demonstração de fortes indícios de proveniência ilícita dos bens alvos da medida:

Não se exige prova plena, sendo suficiente a demonstração de indícios veementes de proveniência ilícita dos bens. A expressão 'indícios veementes' significa mais do que meros indícios, mas menos do que prova plena já que nessa fase vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Podemos entender como tal a probabilidade séria de que o bem tenha proveniência ilícita (2015, p. 521).

Sendo assim, depreende-se do ensinamento acima que para a decretação de uma medida cautelar de sequestro, não necessita de prova cabal da origem ilícita dos bens, todavia, necessita-se de lastro forte dessa condição para que não haja irregularidade na medida.

Conforme entendimento de Nucci: “indícios *veementes* devem apontar para a origem ilícita dos bens e não para a responsabilidade do autor da infração” (2011, p. 366). O autor informa ainda que indícios são meios indiretos de prova, possibilitando chegar ao conhecimento do fato: “Deve estar demonstrada, nos autos, a existência de indícios veementes da procedência ilícita dos bens (art. 126, CPP). Indícios são meios indiretos de prova, através dos quais se chega, por indução, ao conhecimento de um fato (ver art. 239, CPP)” (2011, p. 366).

Importante enaltecer que para a decretação de uma medida assecuratória de sequestro, é necessário haver prova forte e cristalina na origem ilícita dos bens, de modo que o direito de propriedade é constitucionalmente protegido, não podendo haver arbitrárias intervenções (NUCCI, 2011).

No que tange a hipoteca legal, são necessários os seguintes pressupostos: a) prova inequívoca da materialidade do crime (fato delituoso); b) indícios suficientes de autoria. Podendo sua especialização ser requerida pelo ofendido, representante legal ou herdeiros, ou ainda, pelo Ministério Público (CAPEZ, 2015).

Conforme será visto, a hipoteca legal trata-se de constrição de bens imóveis lícitos (diferente do sequestro), deste modo, deve haver de fato prova inequívoca de que houve um ato delituoso, e ainda, indícios suficientes de que foi o proprietário do bem atingido pela hipoteca legal que o cometeu, para só assim, prevenir futura reparação do dano *ex delicto* (CAPEZ, 2015).

O arresto é semelhante à hipoteca legal, todavia, recai sobre bens móveis e não imóveis como nesta última. Os pressupostos para a decretação do arresto são: a) prova de materialidade do crime; b) indícios suficientes de autoria (CAPEZ, 2015).

Sendo assim, para haver a decretação do arresto, deve-se observar a mesma doutrinação que se tem para a imposição de uma hipoteca legal, uma vez que são medidas semelhantes, devendo diferenciar apenas suas peculiaridades quanto ao tipo de bem alvo da medida.

Conforme se depreende do acima estudado, as cautelares que visam direito real são relativamente mais simples do que as de direito pessoal, e isso

ocorre em razão de nesta última colocar à disposição do juízo a liberdade do indivíduo, sendo preponderantemente mais importante do que o patrimônio, muito embora ambos serem protegidos constitucionalmente

2.2 - Análise das medidas cautelares em específico.

Neste tópico, serão tratadas especificamente as medidas cautelares trabalhadas acima, quais sejam: prisão em flagrante, preventiva, temporária e medida alternativa à prisão (direito pessoal). E ainda, arresto, sequestro e hipoteca legal (direito real).

Para se falar em cautelar referente a prisão, por se tratar de direito constitucional de liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV), deve-se adotar regra de interpretação de norma restritiva, resultando em uma interpretação estrita, não podendo estender ou restringir seu alcance, nem mesmo utilizar de analogia, salvo se for *in bonam partem* (RANGEL, 2015).

Em se tratando de prisão em flagrante, Guilherme de Souza Nucci informa que se trata de crime que está acontecendo no momento de sua decretação:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal) (2011, p. 589).

A prisão em flagrante é prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXI, de modo que toda e qualquer pessoa que presencie um ato delituoso em ocorrência pode tomar medida necessária e proporcional para a contenção do agente inicialmente tido como criminoso (NUCCI, 2011).

Para a efetivação de uma prisão em flagrante, não há necessidade de mandado prévio expedido pela autoridade judiciária, todavia, está sujeito a avaliação imediata desta, podendo relaxá-la em caso de ilegalidade constatada (artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal), tornando-se assim, autoridade coatora (NUCCI, 2011).

Segundo Nucci, a natureza jurídica da prisão em flagrante se trata de segregação provisória, ou seja, afasta a possibilidade inicial de longa permanência do agente no encarceramento:

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para a configuração do crime. É a tipicidade o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) (2011, p. 589).

O caráter inicial da prisão em flagrante é administrativo, uma vez que a lavratura do auto de prisão em flagrante é feita pela autoridade policial. E, em caso de ratificação da prisão pela autoridade judiciária, torna-se um ato jurisdicional, cabendo destacar que em ambos os casos, se houver ilegalidade ou falta de requisito legal ou formal, poderá a parte prejudicada ingressar com *habeas corpus* tanto em desfavor da autoridade policial ou judiciária, a depender do caso concreto.

Fernando Capez demonstra o significado da palavra flagrante, sendo algo que está acontecendo naquele momento. Pensamento este corroborado por Hélio Tornaghi:

O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. Na conhecida lição de Hélio Tornaghi, “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer (TORNAGHI, 1990, p. 48 apud CAPEZ, 2015, p. 320).

Para Júlio Fabbrini Mirabete “*flagrante* é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’” (MIRABETE, 1997, p. 383 apud CAPEZ, 2015, p.321).

Conforme visto nos ensinamentos acima, prisão em flagrante é a ação de submeter alguém a uma medida cautelar de encarceramento, no momento que está cometendo o ilícito penal, podendo ser intentada por autoridade policial ou qualquer do povo, conforme preleciona o artigo 301 do Código de Processo Penal. E ainda, em sede jurisdicional, diz-se também prisão em flagrante, a confirmação do ato de encarceramento pela autoridade judiciária.

Em se tratando de prisão preventiva, importante ressaltar que no atual ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o direito constitucional de liberdade e

o Estado Democrático de Direito no qual vivemos, em uma persecução penal, a liberdade é a regra e o encarceramento cautelar a exceção, deste modo, esta exceção que será tratada (RANGEL, 2015).

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, prisão preventiva: “Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (2011, p. 605).

Para Fernando Capez, prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da persecução penal, tanto em investigação criminal, como em sede de ação penal:

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz, em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores (2015, p. 355).

Importante destacar que prisão preventiva é uma modalidade de prisão provisória, assim como a prisão temporária e a prisão em flagrante, sendo decretada com o intuito de garantir uma persecução penal escoreta, para que, via de consequência, o Estado alcance seu *jus puniendi*, e ainda, dizer o direito no caso concreto.

Tem-se que a prisão preventiva é um tanto quanto gravosa, e em decorrência disso, a mesma só será decretada caso não haja outra medida pertinente ao caso concreto, conforme demonstra o artigo 282, §6º do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Quando se fala em prisão preventiva (modalidade de prisão provisória) é importante elucidar que a mesma não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, sobretudo, pelo fato de a própria constituição e jurisprudência autorizar a decretação de tal feito em caso de flagrante e crimes inafiançáveis, conforme consta o artigo 5º, incisos LXI e XLIII da Constituição Federal (CAPEZ, 2015).

A critério de corroboração, insta salientar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, no qual confronta a exigência da prisão provisória para apelar com o princípio da presunção de inocência, destacando que a aplicação da medida não implica em desrespeito à este preceito: “A exigência da prisão provisória, para

apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (STJ, 1990, *online*).

Para finalizar as cautelares encarceradoras, tem-se a existência da prisão temporária, na qual fora instituída pela Lei 7.690/89, vindo com o intuito de substituir a antiga prisão por averiguação, uma vez que a Constituição Federal de 1988 repaginou o sistema jurídico brasileiro, acatando que apenas autoridade judiciária pode decretar a prisão de alguém (NUCCI, 2011).

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, prisão temporária: “É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave” (2011, p. 586).

Paulo Rangel, entende a prisão temporária como inconstitucional, uma vez que a mesma fora efetivada por meio de uma medida provisória instituída pelo executivo, no qual não poderia versar sobre matéria penal, tendo em vista o texto constitucional:

A questão que nos parece interessante, de início, é que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória nº 111 de 24/11/1989, ou seja, o Executivo, através da Medida Provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência privativa da União (cf. art. 22, I, da CRFB) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4º da Lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na Lei nº 4.898/1965. Nesse caso, entendemos que a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja, a iniciativa da matéria (RANGEL, 2015, p. 846).

Rangel sustenta ainda que há inconstitucionalidade na prisão temporária pelo fato de que em um Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Poder Público primeiro prenda para só depois investigar, ou seja, os elementos suficientes da conduta são encontrados depois da prisão do suposto agente, e não antes (2015).

Sendo assim, Rangel vislumbra o Estado como incompetente neste aspecto, uma vez que primeiro prende, para depois investigar, retratando um sistema ditatorial na legislação penal. Cabe destacar ainda que, por mais grave que

seja o ato criminoso, não pode a prisão ser utilizada para satisfazer o sentimento de “justiça” da sociedade, mas sim para assegurar o escorreito curso processual (2015).

Em se tratando de medidas cautelares alternativas à prisão, ou seja, que visem o desencarceramento de indivíduos em sede de cautelar, tem-se a presença preponderante da lei 12.403/2011, na qual alterou o Código de Processo Penal, trazendo consigo as seguintes medidas alternativas (NUCCI, 2011):

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

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

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

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

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

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

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (BRASIL, 1941, *online*).

Ao adotar as medidas cautelares diversas da prisão, ou “das outras medidas cautelares”, o sistema processual penal brasileiro deixou o sistema da dualidade ou bipolaridade, de modo que não existe mais apenas a opção de o acusado responder ao processo preso ou solto, existe uma terceira opção agora conforme visto no artigo 319 do Código de Processo Penal (RANGEL, 2015).

Em razão de diversos abusos que ocorriam por parte dos magistrados, fora necessário a inclusão do princípio da proibição do excesso no processo penal, e

com isso, houve a inserção da necessidade e adequação no artigo 282 do Código de Processo Penal (RANGEL, 2015).

Importante destacar que a prisão cautelar só será utilizada caso as medidas alternativas acima não surtirem efeito, de modo que, se as mesmas por si só forem suficientes, e ainda sim houver imposição de privação de liberdade pelo magistrado, a atitude do mesmo será caracterizada como constrangimento ilegal (CAPEZ, 2015).

Segundo Fernando Capez, a prisão preventiva se trata de uma medida subsidiária: “a prisão preventiva tornou-se, assim, medida de natureza subsidiária, a ser aplicada somente em último caso, quando não cabível sua substituição por outra medida prevista no art. 319 do Código Processo Penal” (2015, p. 351).

Conforme entendimentos acima, só será cabível medida cautelar encarceradora em caso de frustração das medidas alternativas, uma vez que a regra do processo penal consiste no fato do agente responder o processo em liberdade, em respeito ao princípio de presunção de inocência ou não culpabilidade conforme vem sendo chamado por alguns doutrinadores.

Em se tratando de medidas assecuratórias, ou seja, cautelares que recaem sobre direito real, tem-se, conforme visto anteriormente, o sequestro, arresto e hipoteca legal.

Guilherme de Souza Nucci traz o conceito de sequestro, informando que trata da retenção de bens móveis ou imóveis, desde que provenientes de infração penal, ou seja, meio ilícito, assim como visto anteriormente:

É a medida assecuratória consistente em reter os bens imóveis e móveis do indiciado ou acusado, ainda que em poder de terceiros, quando adquiridos com proveito da infração penal, para que deles não se desfaça, durante o curso da ação penal, a fim de se viabilizar a indenização da vítima ou impossibilitar o agente que tenha lucro com a atividade criminosa (art. 125, CPP) (2011, p. 365).

Desta forma, o sequestro visa reter a coisa adquirida por meio de atividade ilícita, visando indenizar a parte ofendida, de modo que se não houver requerimento da mesma pela indenização, os proveitos do delito penal serão confiscados pela União, conforme artigo 91, inciso II, alínea b do Código Penal. Cabendo mencionar que, ao se falar em bens adquiridos por meio de atividade ilícita, engloba tanto os bens móveis quanto imóveis (NUCCI, 2011).

Desta forma, diferente dos demais institutos que serão vistos à frente, o sequestro recai sobre bens auferidos por meio de prática delituosa, podendo ser os mesmos móveis ou imóveis.

A critério de observação, insta salientar que, no que tange ao sequestro, Capez evidencia a importância da proteção quanto ao terceiro de boa-fé, não podendo o mesmo sofrer prejuízo com a efetivação do sequestro (CAPEZ, 2015).

Em se tratando de arresto, conforme posicionamento de Nucci, trata-se da constrição de bem móvel, na inexistência de bens imóveis suscetíveis à penhora:

Na falta de bens imóveis para assegurar o pagamento de indenização ao ofendido ou custeio das despesas do processo, menciona o art. 137 do Código de Processo Penal ser viável o arresto (com a nova redação dada pela lei 11.435/2006) de bens móveis suscetíveis de penhora (2011, p.372).

Importante ainda destacar que o arresto não pode ser decretado em qualquer bem, tendo em vista a lei 11.383/2006 na qual elenca um rol de bens impenhoráveis (NUCCI, 2011).

O arresto está previsto no artigo 137 do Código de Processo Penal, e, conforme Fernando Capez, é uma medida semelhante a hipoteca legal, todavia, nada se parece com o sequestro, sobretudo quanto aos bens atingidos:

Trata-se de medida semelhante à hipoteca legal, com as mesmas características e finalidades, apenas com uma diferença: recai sobre bens móveis. Não se confunde com o sequestro previsto nos arts. 125 e 132 porque nestes a medida constritiva recai sobre bens de origem ilícita, as quais serão, ao final, perdidos em favor da União, nos termos do art. 91, II, *b*, do Código Penal (2015, p. 525).

Quando se fala em arresto, deve-se diferenciar o previsto no artigo 137 do Código de Processo penal, na qual a medida recai sobre bens móveis lícitos, do arresto previsto no artigo 136 do mesmo código, de modo que este último também visa a garantia de futura indenização pelo dano *ex delicto*, todavia, seu objeto são bens imóveis, a serem, dentro do prazo subsequente de 15 dias, inscritos em hipoteca legal (CAPEZ, 2015).

Importante destacar que o bem alvo do arresto sai do poder do proprietário e são entregues a terceiros estranhos ao processo, a quem são incumbidos da responsabilidade de guarda e administração. Todavia, as rendas

auferidas dos bens móveis deverão ser fornecidas ao indiciado conforme arbitramento do magistrado, para seu sustento e de seus familiares (CAPEZ, 2015).

Diferente do arresto, na hipoteca legal, conforme previsão no artigo 134 do Código de Processo Penal, a medida incide sobre bens imóveis do indiciado ou acusado, devendo ser requerido pelo ofendido em qualquer fase da persecução penal (inquérito ou ação). Tal manifestação é denominada de especialização de hipoteca legal, devendo sempre atentar quanto a certeza de materialidade e indícios suficientes de autoria (NUCCI, 2011).

Insta salientar que o procedimento de hipoteca legal incide sobre bens de origem lícitas, e possui a destinação de assegurar futura e possível indenização ao ofendido pela prática do ilícito penal.

Conforme entendimento de Fernando Capez: “Hipoteca legal é o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel, que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento da dívida” (GOMES, s/a, p. 493 apud CAPEZ, 2015, p. 523).

Tendo em vista o conteúdo anteriormente estudado, a hipoteca legal recai sobre bem imóvel de origem lícita, visando futura reparação do dano *ex delicto*. E, além de ser prevista no Código de Processo Penal, também está presente no Código Civil, em seu artigo 1.489, inciso III (CAPEZ, 2015).

Fernando Capez informa a existência do arresto prévio cautelar, medida que será tomada quando houver demora na especificação dos imóveis previstos na hipoteca legal:

Como medida preparatória da especialização da hipoteca legal, o CPP prevê ainda um arresto prévio cautelar, diante da possibilidade de haver demora na especificação dos imóveis e respectiva inscrição no Cartório de Registro de Imóveis (CPP, art. 136). Trata-se, aqui, de típico arresto, pois visa à generalidade dos bens pertencentes ao patrimônio do acusado, essa medida cautelar será revogada se, em quinze dias, não for promovida a especialização da hipoteca (2015, p.524).

A critério de corroboração ao estudado, há 3 categorias de hipoteca, sendo a legal, convencional e judicial, todavia, a que se estuda neste conteúdo é a legal, estando prevista no Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Ante o exposto, restou evidente a importância de elucidar e abalizar algumas cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro em específico, restando claro a diferenciação entre as que recaem sobre direito real e pessoal. E ainda, evidenciando que em se tratando de cautelares de direito pessoal, nem sempre a resposta mais apropriada é a prisão, de modo que com o advento da lei 12.403/2011, houve uma inovação no Código de Processo Penal, abarcando meios mais viáveis de um segurando andamento do feito processual.

2.3 - Aplicação, revogabilidade e reforço das medidas cautelares.

Este capítulo tratará da aplicação, revogabilidade e reforço das medidas cautelares, ou seja, explicará como as mesmas se efetivam na vida prática de um indivíduo, as hipóteses que pode e/ou deve haver revogabilidade, e ainda, como serão reforçadas ou alteradas em caso de descumprimento ou ineficácia da medida primeiramente imposta.

Conforme visto anteriormente, a prisão em flagrante é uma medida cautelar imposta no momento do cometimento do ilícito penal, devendo destacar que possui como sujeito ativo a pessoa que efetuou a prisão.

Segundo o Código de Processo Penal em seu artigo 301: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Há previsão ainda no artigo 292 do mesmo código, autorizando a utilização dos meios necessários para a efetivação da prisão, em caso de resistência da parte ou intervenção de terceiros (BRASIL, 1941, *online*).

Depreende-se da lei que qualquer pessoa comum poderá efetuar a prisão de um indivíduo no momento em que o mesmo estiver praticando qualquer ato ilícito. Deste modo, trata-se de um flagrante facultativo, ou seja, o cidadão comum exerce uma função pública de maneira atípica, não estando obrigado a exercer o ato de prender alguém (CAPEZ, 2015).

Renato Marcão corrobora ao entendimento acima quanto ao flagrante facultativo, informando que, nesta modalidade, o Estado não determina, mas sim

autoriza que o particular tome a medida necessária para a efetuação da prisão em flagrante:

Fala-se nesta hipótese em flagrante facultativo, pois não há uma determinação no sentido de que o particular assim proceda. O particular não está obrigado a efetuar a prisão em flagrante, mas apenas autorizado a assim proceder quando evidenciada situação legitimadora, sem que possa ser responsabilizado pela prática de atos que impliquem restrição à liberdade de outrem — função eminentemente estatal que apenas por exceção pode praticar (2012, p. 63).

Não obstante, quando se fala de autoridade policial no desempenho de suas funções, a mesma possui o dever legal de prender qualquer pessoa que esteja praticando infração penal, uma vez que faz parte de sua obrigação legal legitimada pelo Estado (CAPEZ, 2015).

No que tange ao sujeito passivo de uma prisão em flagrante, é a pessoa que comete o ato ilícito, podendo ser qualquer do povo, excetuando aqueles nos quais a lei protege por sua condição especial, como menores de 18 anos, os diplomatas, dentre outros (CAPEZ, 2015).

Englobando ao entendimento acima, não podem ser presos os: a) os inimputáveis; b) os protegidos pelo cargo que ocupa, por meio da prerrogativa de função; c) em decorrência de tratados e convenções são protegidos; d) em decorrência de pronto e integral prestação de socorro à vítima; e) em decorrência de ausência de procedibilidade; f) em razão da natureza da infração (MARCÃO, 2012).

Em se tratando de prisão em flagrante, é importante mencionar as disposições da Lei 9.099/95, na qual trata a respeito dos juizados especiais criminais, em condições específicas no que tange a crimes de menor potencial ofensivo.

Nos crimes regidos pela Lei 9.099/95, conforme explica Fernando Capez, via de regra, não se mantém a prisão, sobretudo, quanto ao crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas (11.343/06), senão vejamos:

Nos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, ao autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se importará prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (Lei dos Juizados Especiais Criminais, art. 69,

parágrafo único). Ressalta-se que, em se tratando de conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), jamais se imporá prisão em flagrante, ainda que o agente se recuse a assumir o compromisso de comparecer à sede dos Juizados (*vide* art. 48, §2º, da Lei de Drogas (2015, p. 326).

O auto de prisão deve ser lavrado pela autoridade competente, sendo a mesma o delegado de polícia no exercício da função de polícia judiciária em sua circunscrição competente. Cabe destacar que, é nulo o auto de prisão lavrado por autoridade incompetente para o ato (MARCÃO, 2012).

A autoridade policial responsável para a lavratura do, via de regra, é a da circunscrição onde fora efetuada a prisão, e não a do local do crime. E, caso não haja autoridade no local onde foi efetuada a prisão, o capturado será apresentado à do lugar mais próximo conforme artigo 308 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Após efetuado o procedimento da lavratura do auto de prisão em flagrante, o mesmo deverá ser remetido à autoridade do local em que houve a consumação do crime, para que haja a instauração do inquérito policial (CAPEZ, 2015).

Capez evidencia os entendimentos jurisprudenciais quanto ao local da prisão em flagrante, e a competência para a tramitação da persecução penal, senão vejamos:

Nesse sentido, a jurisprudência: “Se a captura do agente se dá em outra circunscrição, pode o auto de prisão em flagrante ser aí lavrado, visto que a autoridade policial não exerce ato de jurisdição, devendo, entretanto, ser dirigida a comunicação ao juiz da comarca onde o crime se consumou” (*RT*, 687/334). No entanto, deve-se frisar que fato de o auto ser lavrado em local diverso daquele em que ocorreu a prisão não acarreta qualquer nulidade (cf. *RT*, 658/292) (2015, p. 327).

Para a lavratura do auto de prisão em flagrante, existe o prazo de 24 horas após a realização da prisão, conforme artigo 306 do Código de Processo Penal. Deste modo, existem as seguintes medidas a serem tomadas: a) encaminhar ao juiz competente o auto de prisão em flagrante; b) se for o caso, encaminhar cópia integral para a Defensoria Pública; c) entregar a nota de culpa ao preso, de onde se infere seja este prazo máximo para a conclusão do auto (CAPEZ, 2015).

Corroborando ao acima exposto, conforme o advento da Lei 11.449/2007, adequou o Código de Processo Penal à Constituição Federal, determinando que qualquer prisão deve ser comunicada ao juiz, à família do preso, e, em certas hipóteses, à Defensoria Pública (RANGEL, 2015).

Quanto ao prazo, a Lei 12.403/11 alterou a expressão que o instituía, de modo que, onde se dizia “dentro de 24 horas”, agora preleciona “em até 24 horas”. Sendo assim, a autoridade policial tem o prazo máximo de 24 horas para efetuar a comunicação do flagrante ao magistrado, sob pena de ilegalidade no auto de prisão em flagrante (RANGEL, 2015).

A caráter de elucidação, nota de culpa é o informativo oficial do auto de prisão em flagrante, e possui o intuito de comunicar ao preso o motivo de sua prisão, condutor, testemunhas e autoridade competente pela lavratura. Cabendo destacar que se trata de um direito constitucional defeso a todos os cidadãos sujeitos ao cárcere, conforme artigo 5º, LXIV da Constituição Federal (NUCCI, 2011).

Para o correto curso de uma prisão em flagrante existe uma série de etapas a serem percorridas expressamente previstas no artigo 304 e parágrafos do Código de Processo Penal, procedimento este que será visto a seguir:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto (BRASIL, 1941, *online*).

O artigo 304 acima apresentado traz uma sequência lógica que deverá ser seguida pela autoridade policial quanto a lavratura do auto de prisão em flagrante. Em explicação ao acima exposto, Aury Lopes Júnior abarca a seguinte explicação:

Apresentado o preso à autoridade policial, estabelece o art. 304 do CPP que deverá esta ouvir o condutor, ou seja, aquele que realizou a prisão e conduziu o detido. Na continuação, ouvirá as testemunhas que presenciaram os fatos e/ou a prisão e, ao final, interrogará o preso. Tudo isso deverá ser formalizado e devidamente assinado pela autoridade e as respectivas pessoas que prestaram as declarações (2017, p. 68).

Cabe destacar que alguns crimes podem não haver a presença de testemunhas, deste modo, conforme inteligência do artigo 304, §2º do Código de Processo Penal, duas pessoas que acompanharam a apresentação do conduzido à autoridade policial podem assinar o auto. Neste caso, tratam-se de meras testemunhas de apresentação, pois nada sabem do fato criminoso (LOPES JÚNIOR, 2017).

Cada parte será ouvida *de per si*, ou seja, sem a presença da outra, podendo ser dispensada ao fim de seu depoimento, reunindo-se a formalização da oitiva ao final para a constituição do auto de prisão (CAPEZ, 2015).

Deve-se assegurar ao conduzido o direito de defensor, podendo conversar separadamente com o mesmo, e ainda, o direito constitucional de permanecer em silêncio:

Cumprir recordar, apenas, a imprescindível presença de defensor; que se lhe deve assegurar o direito de conversar reservadamente com o preso; o direito de silêncio; enfim, plena observância do disposto no art. 185 do Código de Processo Penal (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 69).

Importante mencionar que a prisão em flagrante só é de fato formalizada após a ratificação pela autoridade policial, desta forma, antes disso, o indivíduo encontra-se apenas detido, não havendo o que falar em relaxamento da prisão (CAPEZ, 2015).

O auto de prisão só não será lavrado em caso de fato manifestamente atípico, insignificante ou se estiver presente de forma clara uma excludente de ilicitude. Todavia, deve-se levar em consideração que nesta fase da persecução penal vigora o princípio do *in dubio pro societate*, não podendo a autoridade policial abordar teses doutrinárias profundas, sob pena de antecipar indevidamente a fase judicial. Sendo assim, em caso de dúvida diante de fato aparentemente criminoso, deverá ser formalizada a prisão em flagrante (CAPEZ, 2015).

Após o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial encaminhará os autos à autoridade judiciária competente no prazo de 24 horas, para que tome as providências previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal, quais sejam: a) relaxamento da prisão, se ilegal; b) conversão do flagrante em prisão preventiva; ou concessão de liberdade provisória, com ou sem

fiança. Cabe destacar que essa comunicação é feita em um segundo momento, diferente da primeira, na qual se comunica juiz, Ministério Público e família do conduzido (MARCÃO, 2012).

O prazo supramencionado de 24 horas é improrrogável, uma vez que a prisão é ato de cerceamento de liberdade do indivíduo. Deste modo, em caso de desrespeito ao mesmo, restará configurado constrangimento ilegal (NUCCI, 2011).

Há de se destacar a hipótese de fiança abarcada no artigo 304, §1º do Código de Processo Penal, devendo ser estabelecida pela autoridade policial ou judiciária, a depender do caso concreto, quanto ao tipo de crime e situação do conduzido:

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja (BRASIL, 1941, *online*).

Com a nova redação do Código de Processo Penal, abarcada pela ascensão da Lei 12.403/11, ninguém mais responde um processo preso em flagrante, de modo que se não houver os requisitos vistos anteriormente para a conversão em prisão preventiva, o indivíduo permanecerá encarcerado pelo prazo de 24 horas, decisão da autoridade judicial, conforme apresentado no artigo 310 do Código de Processo Penal. Sendo assim, a prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória, e se tornou uma detenção cautelar provisória pelo prazo máximo de 24 horas (CAPEZ, 2015).

Conforme ensinamentos de Fernando Capez, há uma omissão no ordenamento jurídico brasileiro quanto à possibilidade de apresentação espontânea de um indivíduo em caso de cometimento de crime, senão vejamos: “deixou de prever a possibilidade de prisão daquele que se apresenta à autoridade policial, não havendo óbice, porém, para que seja imposta a prisão preventiva ou temporária, quando for o caso” (2015, p. 335).

Deste modo, em caso de comparecimento espontâneo do infrator, não há o que se falar em prisão em flagrante, tendo em vista a falta de previsão legal, todavia, nada impede a imposição de uma medida cautelar (CAPEZ, 2015).

Em se tratando de prisão preventiva, importante destacar o artigo 313 do Código de Processo Penal, no qual elenca as hipóteses de cabimento desta medida, senão vejamos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

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;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941, *online*).

Conforme Aury Lopes Júnior, não é possível a decretação de prisão preventiva no que tange a crimes culposos, uma vez que vai em desacordo com a lei e com o princípio da proporcionalidade:

Além da existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nos crimes dolosos. Não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposos, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos do art. 312. Isso porque, para além do princípio da proporcionalidade, o art. 313 inicia por uma limitação estabelecida no inciso I: crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (2017, p. 103).

Não obstante, em caso de reincidência em crime doloso, com sentença transitada em julgado, poderá ensejar o cumprimento de prisão preventiva, exceto em casos de prescrição da reincidência, tendo em vista o artigo 64, inciso I do Código Penal (CAPEZ, 2015).

Quanto ao caso da reincidência, Aury Lopes Júnior faz ressaltar quanto a sua constitucionalidade, uma vez que, para ele, pode haver prejuízo à proporcionalidade o fato de decretação de prisão preventiva baseando-se o magistrado exclusivamente na reincidência (2017).

Ao momento de decretação da prisão preventiva, deve-se destacar que a medida pode ser efetivada em qualquer fase da persecução penal, englobando investigação e ação penal. Caberá ainda a instituição da cautelar em caso de sentença condenatória recorrível, deste modo, mesmo na fase recursal, se houver necessidade, poderá ser decretada a preventiva, com fundamento na garantia da aplicação da lei penal (LOPES JÚNIOR, 2017).

Aury Lopes Júnior alega que, ainda com o advento da lei 12.403/11, não houve grande avanço quanto a prisão preventiva, de modo que a lei ainda permite a instituição da mesma de ofício pelo magistrado em fase de ação penal, arriscando com isso o sistema acusatório, colocando em jogo a imparcialidade do juiz (2017).

Já em sede de investigação criminal, não cabe decretação *ex officio* da medida, ressalvando-se os casos de conversão de flagrante delito em prisão preventiva, conforme preleciona os artigos 311 e 310, II do Código de Processo Penal. Ressaltando que a medida pode ser decretada tanto em ação penal pública como de natureza privada. Cabendo destacar que, ao tratar de prisão preventiva, não há o que se falar em recurso em desfavor de sua decretação, de modo que o meio para se combater o ato é por meio de um *habeas corpus* (CAPEZ, 2015).

Conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal, o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante, terá três opções a seguir, de maneira fundamentada, senão vejamos:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (BRASIL, 1941, *online*).

Conforme o artigo 310 visto acima, se o magistrado constatar ilegalidade na prisão, determinará seu relaxamento; se não houver medida cautelar alternativa

adequada, e presentes os requisitos da preventiva, imporá esta última; concederá liberdade provisória, com ou sem a instituição de fiança; por fim, em caso de crime praticado por excludente de ilicitude, poderá conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Há de se destacar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 318, prevê quatro hipóteses em que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar, sendo necessária prova idônea dos requisitos estabelecidos no artigo.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo (BRASIL, 1941, *online*).

Em se tratando de pessoas com certas necessidades especiais, conforme preleciona artigo acima, o magistrado deve ponderar acerca da maneira a ser imposta a prisão preventiva, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme inteligência do artigo 10 do Código de Processo Penal, em caso de réu encarcerado, o prazo para a conclusão do inquérito policial será de 10 dias, contados da data da execução da prisão. Cabe destacar que, quando se fala em execução da prisão, entende-se não o dia da lavratura do auto, mas sim da conversão do flagrante em prisão preventiva (CAPEZ, 2015).

Em se tratando de revogação, tanto o juiz como tribunal que decretaram a prisão preventiva poderão revoga-la, quando entenderem insubsistentes os fundamentos da decisão. Todavia, nada impede que a mesma seja novamente decretada se necessária e devidamente fundamentada (MARCÃO, 2012).

Há momentos em que o cumprimento de uma medida cautelar de prisão preventiva deverá ser reanalisado pelo magistrado, nestes termos, Fernando Capez discorre:

Embora possa ser revogada a qualquer tempo, desde que cessados os motivos que a autorizaram, há momentos em que o juiz, obrigatoriamente, deverá manifestar fundamentadamente sobre sua subsistência. É o caso da pronúncia e da sentença definitiva de mérito. Quer para sua manutenção, quer para sua revogação, deverá existir uma manifestação expressa do juiz a respeito da prisão provisória (2015, p. 347).

Deste modo, depreende-se que não basta o juiz decretar a prisão preventiva e se ausentar da medida, devendo sempre acompanhar cada caso, e, se necessário, revogar posteriormente a aplicação do ato.

No que tange à manutenção de uma preventiva, mais especificamente em fase de recurso de sentença penal condenatória, para que o juiz mantenha a prisão, é preponderante que continue a existir os requisitos necessários para a medida, não sendo o efeito da sentença o encarceramento obrigatório, uma vez que não há trânsito em julgado (LOPES JÚNIOR, 2017).

Ao se falar em prisão temporária, importante mencionar que é a única prisão cautelar que possui prazo de duração, sendo assim, uma vez findo o prazo, o alvo da medida deve ser imediatamente posto em liberdade, sob pena de responsabilidade da autoridade competente por crime de abuso de autoridade (LOPES JÚNIOR, 2017).

A autoridade competente para decretar tal medida é a autoridade judiciária, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Sendo assim, não poderá ser decretada de ofício (LOPES JÚNIOR, 2017).

Seu prazo de duração é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, em caso de comprovada necessidade. Ou, se tratando de crime hediondo, o prazo será de 30 dias, prorrogáveis por igual período, podendo resultar em 60 dias de encarceramento temporário (CAPEZ, 2015).

Em concordância com Rangel, Aury Lopes informa que a prisão temporária pode ter o prazo menor ao fixado na lei, podendo subsistir em 3 dias nos casos de crime comum, ou 15 dias em crimes hediondos, por exemplo (2017).

É importante frisar que a própria autoridade policial pode soltar o preso temporário, uma vez que esta modalidade de prisão visa o escorreito curso da investigação criminal, e, em caso de encerrada a necessidade, não subsistirá pressupostos para a manutenção da mesma (LOPES JÚNIOR, 2017).

A liberdade provisória, via de regra, é obrigatória, exceto quando se tem requisitos para a decretação de uma prisão preventiva. Não obstante, existe um meio termo entre o réu responder o processo encarcerado ou em liberdade, que é a imposição de medida cautelar alternativa.

Deste modo, Fernando Capez elucida que a liberdade provisória pode vir acompanhada ou não de algum ônus, e, sendo necessário, serão impostas medidas alternativas:

A liberdade provisória pode vir ou não acompanhada de imposição de algum ônus. Neste ponto, há discricionariedade para a autoridade judiciária avaliar sua necessidade. Por isso, a lei imporá, *se for o caso*, as medidas cautelares previstas no art. 319 (cf. CPP, art. 321, segunda parte) (2015, p. 351).

As medidas cautelares poderão ser decretadas no curso da investigação criminal mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Todavia, em caso de representação, o juiz abrirá vista dos autos ao Ministério Público para que manifeste acerca do pedido (MARCÃO, 2012).

Já em fase de ação penal, decretar-se-á de ofício pelo juiz, ou a requerimento de qualquer das partes. Cabendo destacar que as mesmas poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente conforme artigo 282, §1º do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2015).

Via de regra, ao receber o pedido de medida cautelar, o juiz determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças, permanecendo os autos em juízo, tendo em vista o princípio do contraditório (CAPEZ, 2015).

Quando há o descumprimento da medida alternativa imposta, o juiz poderá tomar uma série de providências, quais sejam, substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, conforme leciona os artigos 312, parágrafo único, e 282, §4º, ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Insta salientar que, conforme Andrey Borges Mendonça, não haverá delito de desobediência em caso de descumprimento das medidas alternativas, uma vez que não há expressa previsão legal:

Não haverá delito de desobediência se houver descumprimento das medidas alternativas, uma vez que o CPP já prevê uma consequência em caso de descumprimento, que é aquela estabelecida no art. 282, § 4º, sem fazer referência expressa ao delito de desobediência. Em situações como esta – descumprimento de ordem, em que se prevê uma sanção extrapenal, sem referência ao crime de desobediência –, a doutrina e a jurisprudência entendem que não se caracteriza o referido crime (2011, p. 472).

Importante mencionar que, conforme artigo 282, § 5º do Código de Processo Penal, a lei faculta a revogação da medida ou substituição quando verificar a falta de motivo para sua subsistência, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que as justifiquem (BRASIL, 1941).

Além das causas de revogação da medida cautelar, há também as causas de extinção natural ou por algum ato praticado pela autoridade competente, senão vejamos:

A extinção das medidas alternativas ocorrerá automaticamente em caso de arquivamento do inquérito policial, de rejeição da denúncia, de extinção da punibilidade ou, ainda, de absolvição do acusado, nos termos do art. 386, parágrafo único, inc. II, do CPP. Nestes casos, a medida cautelar deverá ser imediatamente cassada, mesmo que haja recurso da acusação, que possuirá efeito meramente devolutivo. Se houve decisões de extinção do feito ou de absolvição, não há mais fundados motivos a justificar a concessão da medida cautelar, como lembra Germano Marques. Também a medida cautelar deverá ser extinta em caso de condenação transitada em julgada, quando então já se deverá cumprir a pena e não mais a medida cautelar (MENDONÇA, 2011, p. 472 e 473).

No que tange às medidas assecuratórias, ou seja, as cautelares que recaem sobre direito real, há de se destacar a competência quanto ao sequestro, no qual somente será decretado pelo juiz. Não obstante, possuem a prerrogativa para requerer, o Ministério público, em fase de inquérito ou ação; a vítima ou seu representante; a autoridade policial, mediante representação ao juiz; o juiz, de ofício. Importante destacar que, diante de decisão de sequestro, o recurso cabível é a apelação (CAPEZ, 2015).

Quanto ao procedimento, Guilherme de Souza Nucci informa que é indispensável a autuação em apartado, para evitar que haja tumulto no feito:

A atuação em apartado é indispensável, evitando-se tumultuar o feito principal. Logo, ainda que seja o juiz a autoridade provocadora, deve fazê-lo em separado, contendo os motivos que o levam a decretar o sequestro e permitindo a ciência das partes, inclusive das que forem interessadas em contrariar a decisão tomada (2011, p. 367).

Quanto aos embargos, caberá ao juízo penal o julgamento, de modo que só ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a fim de evitar as decisões contraditórias entre o processo incidente e o principal (CAPEZ, 2015).

Acrescentando quanto ao julgamento dos embargos, Guilherme de Souza Nucci informa que deve ser efetuado assim que terminar a instrução do procedimento incidente, todavia, diferente de Capez, alega não haver necessidade de prolação de decisão após o trânsito em julgado da sentença condenatória (2011).

No processo incidental de sequestro não há efeito suspensivo nos embargos, desta forma, tem-se admitido o cabimento de mandado de segurança, quando o impetrante traz prova da origem dos bens sequestrados, de modo a justificar pretensão de transferência para o juízo cível (CAPEZ, 2015).

O levantamento do sequestro é a perda da eficácia do sequestro quando incide algumas hipóteses, quais sejam: a) se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias a contar da efetivação da medida; b) se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, presta caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, *b*, segunda parte, do Código Penal; c) se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu por sentença transitada em julgado; Cabe destacar que, como o sequestro é uma medida cautelar, pode ser revogado ou substituído a qualquer tempo (CAPEZ, 2015).

Uma vez decretado o sequestro nos autos do processo incidente, o juiz determinará a expedição de mandado para a inscrição no Registro de Imóveis, tendo em vista o art. 128 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2011).

Quanto ao leilão e o depósito, o juiz procederá de ofício ou a requerimento do interessado, com a avaliação e as vendas dos bens:

Tendo havido sequestro de bens imóveis ou móveis e transitado em julgado a sentença condenatória sem que tenham sido levantados, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ainda que estranho à

ação penal, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público (CAPEZ, 2015, p. 523).

Em se tratando de hipoteca legal, vale mencionar que a mesma pode ser rogada em qualquer fase do processo. Seu requerimento deve mencionar o valor da responsabilidade civil e designar e estimar o imóvel ou imóveis que deverão ficar hipotecados, devendo ser instruído com provas destes. Cabe destacar que, da decisão que determina a inscrição ou não da hipoteca legal, caberá recurso de apelação (CAPEZ, 2015).

No que tange à legitimidade para propor a hipoteca legal, Nucci explica que, embora a lei mencione como parte legítima apenas o ofendido, outras pessoas também terão esse direito:

Embora a lei mencione ser parte legítima apenas o ofendido, deve-se incluir o seu representante legal e seus herdeiros. Excepcionalmente, na forma autorizada pelo art. 142 do CPP, deverá provocar o procedimento de especialização da hipoteca legal o Ministério Público, quando a vítima for pobre, ou quando houver interesse da Fazenda Pública (recebimento de multas ou custas) (2011, p. 370).

Em sentido oposto, Nucci informa que a especialização cabe apenas às partes interessadas, de praxe, o ofendido, devendo o mesmo informar quais bens serão alvo da medida, uma vez que não se pode bloquear todo o patrimônio de alguém, sobretudo, em infrações que o dano não fora tão relevante (2011).

Quanto à efetivação da hipoteca legal, Fernando Capez informa que deve ser feito um requerimento denominado de “especialização da hipoteca legal”:

Para efetivá-la, a parte fará um requerimento especificando qual a estimativa do valor da responsabilidade civil e os imóveis que deseja ver registrado no Cartório de Registro de Imóveis com esse ônus real. Tal requerimento é chamado de “especialização da hipoteca legal”, e está previsto no art. 135 e parágrafos do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015, p. 524).

A hipoteca legal possui a finalidade de satisfação de dano *ex delicto*, e ainda, pagamento de eventuais penas pecuniárias e despesas processuais. Destaca-se que o réu pode prestar caução destas, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal ou estadual, cabendo ao magistrado aceitar ou não a caução (CAPEZ, 2015).

Havendo sentença condenatória transitada em julgado, os autos serão remetidos ao juízo cível para ensejar a fase de liquidação. No entanto, em se

tratando de sentença absolutória, haverá o cancelamento da hipoteca conforme artigo 141 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Quanto ao arresto, poderá ser efetivado durante a ação penal, conforme os termos da hipoteca legal (CAPEZ, 2015). Vale destacar que, tanto na hipoteca legal como no arresto não há suspensão no andamento do feito, devendo ser autuado e processado em apartado à ação principal, ficando em apenso, conforme leciona o art. 138 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Conforme entendimento de Nucci, a regra geral imposta a todo processo incidente é que sejam autuados em apartado, conforme visto anteriormente, para que não haja tumulto com os autos principais (2011).

Em caso de sentença condenatória transitada em julgado, os autos serão remetidos ao juízo cível. Em caso de absolvição do réu ou extinta sua punibilidade, levanta-se o arresto, e os objetos são devolvidos ao acusado, tendo em vista o artigo 141 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2015).

Deve-se destacar que, nem sempre o réu será o único responsável pelo pagamento da indenização, sendo possível que terceiros sejam responsáveis solidariamente, podendo as medidas cabíveis serem contra estes tomadas, ainda durante o processo (NUCCI, 2011).

Por fim, cabe citar alguns exemplo das medidas confiscatórias acima explicadas previstas no Código de Processo Penal e Código Penal, sendo as mesmas: medida cautelar de busca e apreensão domiciliar do produto do crime (artigo 240, §1º, *b* CPP); sequestro de bens imóveis adquiridos com proveito de crime (artigo 125 CPP); perda de para a União de instrumentos do crime, cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, *a* CP), dentre outros. (CAPEZ, 2015).

Ante o exposto, tendo em vista a análise das cautelares em específico, entende-se que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma série de medidas cautelares, tanto pessoais como reais, que visam garantir o escorreito andamento do processo como um todo. E ainda, com o advento da Lei 12.403/11, houve uma grande humanização nas medidas que atingem o indivíduo quanto à sua liberdade, dispondo a respeito de meios alternativos mais eficazes a fim de atingir o que se busca, ou seja, o *jus puniendi* estatal, justo e correto.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES

Este capítulo visa a análise das medidas cautelares anteriormente estudadas, consoante seus impactos na sociedade, tendo em vista a repaginada que fora efetuada no ordenamento jurídico com o advento da lei 12.403/2011. E ainda, confrontar as mesmas com a persecução penal no cenário jurídico contemporâneo, levando em consideração o que se busca com a medida aplicada.

Deve-se evidenciar neste momento, as formas de extinção de uma cautelar, tendo em vista que sua duração não é eterna, devendo haver a hora para sua cessação, seja com uma sentença penal condenatória ou absolutória, ou outras formas a serem vistas.

3.1 – Análise das medidas cautelares em confronto com a prisão preventiva:

Antes de mais nada, corroborando ao analisado nos capítulos anteriores, a prisão preventiva já fora utilizada de maneira muito mais gravosa em outros períodos, tendo em vista a organização política do país à época. Contudo, houve mudanças no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da lei 12.403/2011, tendo a mesma abarcado meios mais efetivos e menos gravosos de aplicação de uma cautelar, mormente, em obediência a uma série de requisitos para existência da medida.

Neste sentido, em se tratando de prisão preventiva, não basta apenas a obediência aos requisitos necessários para a implantação da mesma, sendo necessário também que não haja outro meio mais efetivo capaz de tutelar a eficácia da persecução penal, deixando evidente seu caráter de excepcionalidade, uma vez que o que está em risco é a liberdade de locomoção do indivíduo:

A partir da nova Lei, a decretação da prisão provisória exige mais que mera necessidade. Exige a imprescindibilidade da medida para a

garantia do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional. Mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta se não houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal (CAPEZ, 2015, p. 304).

A instituição da lei acima mencionada, trouxe formas de humanização das medidas cautelares, tendo em vista seu caráter de excepcionalidade, uma vez que, não pode ser aceito excessos ou injustiças em um país cujo primordial princípio no que tange a seara penal é a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, uma cautelar que visa o encarceramento só será imposta se não houver outro meio menos gravoso de se chegar ao fim almejado (MARCÃO, 2012).

Sendo assim, ficou evidente que a prisão é a exceção, tendo como regra a liberdade do indivíduo. Cabendo destacar que, o instituto da prisão preventiva possui aplicação residual ou subsidiária, uma vez que só será efetivada em caso de extrema necessidade, tendo em vista seus requisitos de existência (MARCÃO 2012).

Em análise da prisão preventiva consoante a temporária, fica mais evidente a subsidiariedade da primeira, uma vez que, em sede de investigação criminal, na qual vigora a possibilidade de prisão temporária, não se aplica a preventiva, tendo em vista sua agressividade, sobretudo, quando se fala em prazo de duração, senão vejamos:

É rara a decretação da prisão preventiva durante a fase da investigação policial, sendo por várias vezes incompreensível que o juiz o faça, pois atualmente existe, como medida cautelar mais adequada, a prisão temporária, indicada justamente para os crimes mais graves, que estariam a demandar a segregação cautelar do investigado (NUCCI, 2011, p. 605).

Desta feita, importante estabelecer que, dos institutos que visam acautelar a persecução penal, a prisão preventiva é tida como a mais grave, no que tange à liberdade individual das pessoas, não obstante, necessária. Partindo deste pressuposto, assim destaca a doutrina:

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na

realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário (ROXIN, 2000, p. 258 apud MARCÃO, 2012, p. 129).

Há de se evidenciar que, em uma gama de medidas cautelares à disposição do magistrado, a prisão preventiva possui o intuito de tutelar valores relacionados à persecução penal (intraprocessual), e a interesses da sociedade (metaprocessual). E isso ocorre com base nos riscos que a liberdade de um indivíduo pode trazer de prejuízo ao processo penal e à sociedade, de maneira geral (MENDONÇA, 2011).

Com o intuito de aperfeiçoar a prisão preventiva, a Lei 12.403/2011 trouxe medidas que a adequasse ao princípio da proporcionalidade, evitando sua decretação em crime de baixa e média gravidade. E ainda, seu caráter de subsidiariedade quando comparada com demais cautelares menos gravosas (MENDONÇA, 2011).

Resta importante confrontar o instituto da prisão preventiva com as medidas cautelares alternativas, tendo em vista que, o artigo 282, §4º do Código de Processo Penal abarca as disposições legais que permitem a substituição de uma medida alternativa por uma prisão preventiva, em caso de descumprimento da primeira (SANGUINÉ, 2014).

Sendo assim, ainda que evidente o *status* de maior gravidade da prisão preventiva quando comparada às medidas alternativas (artigo 319 do Código de Processo Penal), em caso de descumprimento do agente alvo da cautelar, poderá o magistrado impor a prisão preventiva, tendo em vista a negligência quanto à determinação menos gravosa.

O artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, traz a possibilidade de conversão da prisão em flagrante para preventiva, quando não há outro meio mais eficaz e menos gravoso de efetivar a tutela jurisdicional, e ainda, quando previstos os requisitos constantes no artigo 312 do mesmo código. Deste modo, a

Lei 12.403/2011 mais uma vez deixa evidente a subsidiariedade da prisão preventiva, tendo em vista sua lesividade (SANGUINÉ, 2014).

Quando se fala em humanização das medidas cautelares, com redação do dispositivo legal acima estudado, houve uma incidência forte no instituto da prisão preventiva, outrora visto com um alto grau de lesividade ao indivíduo. Deste modo, o artigo 318 do Código de Processo Penal abaliza uma gama de situações nas quais haverá a conversão da prisão preventiva em domiciliar, quando se tratar de determinadas pessoas com um nível reduzido de tolerância ao cárcere, como idosos, mulheres gestantes, doença grave e outros (BRASIL, 1941).

Uma sociedade na qual vigora princípios como não culpabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, sobretudo, no que tange à liberdade individual, não se pode haver arbitrarias intervenções do judiciário nestes princípios constitucionais. Sendo assim, para a efetivação de uma cautelar, principalmente em se tratando de prisão preventiva, é necessário que haja a devida motivação e fundamentação na decisão pela autoridade judiciária.

Deste modo, para a decretação de uma cautelar de prisão preventiva, a decisão do juízo deve ser meticulosa, concreta, circunstanciada e personalizada. Não sendo admitido fundamentações genéricas e abstratas, uma vez que se trata da limitação da liberdade individual das pessoas (SANGUINÉ, 2014).

Cabe destacar que este tópico visa confrontar a prisão preventiva com outras medidas cautelares pessoais, não sendo cabível a menção de cautelares de direito real, uma vez que, o que está em jogo neste âmbito é a liberdade pessoal, e não o patrimônio.

Ante o exposto, percebe-se que a prisão preventiva, mesmo após a inserção da lei 12.403/2011 no ordenamento jurídico, ainda é tida como gravosa, desta modo, não pode ser imposta de maneira arbitrária, tendo sempre que levar em consideração princípios constitucionais acima abordados, mormente, a existência de um Estado Democrático de Direito no qual adere a pactos internacionais que visam a proteção ao direito do homem.

Deve-se levar em consideração ainda, o fato de que meio a outros institutos cautelares pessoais, como prisão em flagrante, prisão temporária e

medidas alternativas, a única que prevê o encarceramento indeterminado de um indivíduo antes de uma sentença penal condenatória é a prisão preventiva, e, por isso, a legislação concedeu à mesma uma atenção especial.

3.2 - As medidas cautelares como forma de efetivação da jurisdição processual penal:

Conforme visto anteriormente, as medidas cautelares, de maneira geral, possuem o objetivo primordial de efetivar futura decisão jurisdicional, uma vez que, no sistema jurídico brasileiro predomina uma duração longa dos processos. Desta forma, as cautelares objetivam garantir de antemão, que a jurisdição do Estado será de fato respeitada.

Neste sentido, as cautelares visam resguardar o processo de conhecimento, devendo serem aplicadas conforme urgência e necessidade, de modo que, se não houver sua decretação, restará prejudicada a aplicação da lei penal, no que tange a uma sentença transitada em julgada. Deve-se destacar que a medida possui natureza de temporariedade, ou seja, perdurará no processo apenas enquanto necessária, ou, em sendo o caso, enquanto não houver proferimento de sentença pelo magistrado. Deste modo, Paulo Rangel leciona quanto às cautelares prisionais:

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da *urgência e necessidade* informa a prisão cautelar de natureza processual (2015, p. 766).

Em corroboração, a medida cautelar tutela o processo, e não o direito material discutido nesse processo. Deste modo, a cautelar serve como instrumento para a efetivação do que será decidido na persecução penal, ou seja, terá como preceito basilar garantir a efetividade do direito material discutido em fase de conhecimento (RANGEL, 2015).

Quando se fala em efetivação de uma medida cautelar, não se pode deixar de citar a inovação abarcada pela lei 12.403/2011, na qual trouxe as medidas alternativas, como forma de romper com o binômio anteriormente enraizado, no qual

previa a situação de o agente que praticava o delito, responder ao processo em liberdade ou encarcerado, não tendo uma terceira opção, ou terceiro gênero. Sendo assim, em respeito a princípios constitucionais que protegem o direito de liberdade do indivíduo, fora necessária a inserção das medidas diversas da prisão.

Desta forma, em decorrência do rompimento do arcaico binômio, no atual ordenamento jurídico brasileiro existem as medidas alternativas, nas quais evitam o cometimento de excessos na vida dos indivíduos que respondem a processos criminais, sobretudo, tendo em vista seu direito à liberdade constitucionalmente protegido, e ainda, na proporcionalidade da medida conforme preleciona Aury Lopes Júnior: “A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação” (2017, p. 153).

Insta salientar que, assim como toda cautelar, a prisão preventiva é executada a fim de proteger algo, e, conforme inteligência do artigo 312 do Código de Processo Penal, a mesma deve ser decretada a para garantir a ordem pública, econômica, e ainda, a aplicação da lei penal, tendo em vista a conveniência da aplicação na instrução criminal (BRASIL, 1941).

Quando se fala em prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública, Aury Lopes Júnior faz importante crítica quanto a este embasamento, colocando em discussão a efetividade deste argumento, de modo que, em uma sociedade avançada como a nossa, de uma maneira geral, não se pode haver prisões arbitrárias que visem o simples encarceramento de um indivíduo com justificativas de proteção da população, isso porque, tal atitude, retrataria tempos em que se vigorava regime autoritário, sendo este, incompatível com a atual política brasileira, senão vejamos:

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.

Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um também grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado (2017, p. 121).

Neste sentido, deve-se sempre ser indagado pelo magistrado, se de fato a decretação de uma medida cautelar prisional irá de fato atingir a efetividade jurisdicional, ou se será apenas um meio de prejudicar um indivíduo de maneira desnecessária, evidenciando um retrocesso no processo penal brasileiro, sobretudo, quando utilizada a fim de preencher lacunas de incompetência estatal.

De um lado tem-se a prisão preventiva (cautelar processual) como forma de assegurar a ação penal, e de outro, a prisão temporária (pré-processual) como forma de efetivação de colheita de provas, em sede de investigação criminal. Deste modo, cada uma é utilizada conforme a necessidade, a fim do esmerado curso da persecução penal como um todo, conforme corrobora Renato Marcão:

A prisão temporária é modalidade de prisão cautelar pré-processual admitida apenas em relação a determinados tipos de crimes e que tem por objetivo permitir a colheita de provas que de outra maneira não se conseguiria êxito na produção, bem como esclarecimentos a respeito da identificação do investigado (2012, p. 208).

Em se tratando de cautelares que recaem sobre direito real, torna-se importante revisar um conceito visto anteriormente quanto às mesmas, no qual evidencia a efetivação da tutela jurisdicional, quanto à reparação do dano causado, tendo em vista que muitos crimes atualmente atingem as pessoas em uma esfera financeira, e, deste modo, requer a tomada de métodos por meio de medidas cautelares que visem a satisfação desse dano, sobretudo, pelo fato da lei penal brasileira proteger o patrimônio dos indivíduos:

São providências cautelares de natureza processual, urgentes e provisórias, determinadas com o fim de assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, seja quanto à reparação do dano decorrente do crime, seja para a efetiva execução da pena a ser imposta (CAPEZ, 2015, p.520).

Ante o exposto, percebe-se que as cautelares que recaem sobre o indivíduo (pessoais), principalmente tratando-se de sua liberdade individual, devem ser decretadas em caso de necessidade, uma vez que é de suma importância a defesa da tutela jurisdicional. Não obstante, essa necessidade deve ser evidente, uma vez que o indivíduo não pode ser penalizado de maneira excessiva, principalmente com tantos meios menos graves e, em muitos casos, mais eficazes, incluído no ordenamento jurídico pela lei 12.403/2011.

Cabendo destacar que deve ser observado os requisitos de existência também das cautelares que recaem sobre direito real, de modo que, muito embora atinjam o patrimônio, existe uma série de pressupostos para sua aplicação, conforme visto anteriormente. Corroborando ainda que, estas, assim como as cautelares pessoais, devem ser executadas para cumprir com a efetiva tutela jurisdicional, e não simplesmente para satisfazer interesses da sociedade ou de indivíduos determinados.

3.3 – Extinção das medidas cautelares:

As medidas cautelares, de maneira geral, possuem sua duração limitada, tendo em vista que visam apenas assegurar o regular trâmite processual. Desta forma, quando o mérito da questão for resolvido, ou quando sua aplicação não for mais necessária, a mesma será extinta.

Anteriormente foram estudadas as maneiras de revogação de uma cautelar, que também incorpora no assunto agora abordado, todavia, quanto a extinção, há algumas diferenças conforme serão vistas.

Com base no Código de Processo Penal, e doutrina anteriormente vista, a duração da prisão em flagrante possui o prazo máximo de duração de 24 horas, de modo que, conforme artigo 310, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante terá 3 possibilidades a seguir, quais sejam: a) relaxar a prisão; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, ou decretar medida alternativa; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Neste sentido, a mesma se extingue com um desses atos praticados (BRASIL, 1941).

A prisão preventiva será revogada quando não houverem mais motivos que justifiquem sua permanência. E, em se tratando de extinção com caráter de definitividade, a mesma ocorrerá naturalmente, em razão de sentença condenatória ou absolutória transitada em julgado, momento em que o réu cumprirá a pena definitiva, ou ficará livre (MARCÃO, 2012).

Tendo em vista que a prisão temporária possui o intuito de resguardar a investigação criminal, quando a mesma for finalizada, independente se resultado contra ou a favor do preso temporário, a mesma será extinta, tendo em vista sua

desnecessidade. Será extinta ainda, quando findado seu prazo estabelecido em lei (LOPES JÚNIOR, 2017).

As medidas alternativas possuem sua causa de extinção natural, ou ainda, por ato da autoridade competente, seja por arquivamento do inquérito policial, rejeição da denúncia, extinção da punibilidade, ou, conseqüentemente, pela absolvição. Neste sentido, ainda que haja recursos disponíveis a serem manejados, deverá a parte alvo da medida ter sua liberdade concedida pelo magistrado, uma vez que não será mais necessária a cautelar por falta de requisitos. E, por lógica, em caso de condenação transitada em julgado, a parte cumprirá pena definitiva, senão vejamos:

A extinção das medidas alternativas ocorrerá automaticamente em caso de arquivamento do inquérito policial, de rejeição da denúncia, de extinção da punibilidade ou, ainda, de absolvição do acusado, nos termos do art. 386, parágrafo único, inc. II, do CPP. Nestes casos, a medida cautelar deverá ser imediatamente cassada, mesmo que haja recurso da acusação, que possuirá efeito meramente devolutivo. Se houve decisões de extinção do feito ou de absolvição, não há mais fundados motivos a justificar a concessão da medida cautelar, como lembra Germano Marques. Também a medida cautelar deverá ser extinta em caso de condenação transitada em julgada, quando então já se deverá cumprir a pena e não mais a medida cautelar (MENDONÇA, 2011, p. 472 e 473).

Ainda se tratando de extinção das cautelares alternativas, como toda e qualquer cautelar, a mesma será extinta em caso de desnecessidade de sua permanência, acarretando a liberdade do acusado, sem qualquer restrição:

Aplicada uma determinada medida, com o passar do tempo e dos acontecimentos pode ocorrer que sua permanência não mais se justifique, devendo o investigado ou acusado permanecer em liberdade, porém, sem qualquer restrição cautelar de natureza penal (MARCÃO, 2012, p. 387).

Deve-se evidenciar que, havendo descumprimento da medida diversa da prisão, poderá ocorrer a decretação de prisão preventiva, e, por lógica, revogação automática das medidas alternativas, conforme preceitua o artigo 312 do Código de Processo Penal (MARCÃO, 2012).

Quanto às medidas assecuratórias de direito real (sequestro, arresto e hipoteca legal), as mesmas serão extintas com a sentença transitada em julgado,

tanto absolutória como condenatória. De modo que, em se tratando de sentença absolutória, a medida será cancelada, e o levantamento dos bens em favor do acusado. Ou, em caso de condenação, haverá a efetivação da penhora em favor da vítima/requerente (CAPEZ, 2015).

Insta salientar, conforme visto acima, que toda e qualquer cautelar de direito pessoal ou real, possuem sua extinção natural quando houver sentença transitada em julgado, tanto absolutória como condenatória. E isso ocorre face a característica de cautelaridade e temporariedade das cautelares, ou seja, as mesmas possuem o objetivo precípua de garantir o escorreito curso da persecução penal, e, uma vez finalizada, não terá mais motivos para sua existência.

Deste modo, deve-se evidenciar mais uma vez que, tendo em vista os posicionamentos dos doutrinadores, as cautelares devem ser instauradas ante a real necessidade, de modo que, se assim não ocorrer, haverá ação irregular do juízo, acarretando prejuízo aos princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, e direito à liberdade.

CONCLUSÃO

Diante do apresentado, restou evidente que, no atual cenário jurídico brasileiro, houve grande desoneração dos indivíduos quanto a aplicação de institutos penais encarceradores, tendo em vista princípios constitucionais, sobretudo, em se tratando de uma sociedade na qual tem-se o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, sua aplicação é subsidiária à todos os outros institutos jurídicos, por ser o mais gravoso dentre eles.

E isso ocorreu em razão da incidência de tratados de direito internacional nos quais o Brasil aderiu, como o Pacto de San Jose da Costa Rica, que de fato deu ao indivíduo um tratamento condizente com seu *status quo* de “ser humano”. E, desta forma, corroborado inclusive pela referida Constituição, na qual afasta a aplicação de penas cruéis aos cidadãos.

Cabe destacar que, em uma sociedade que anseia forte investimento em área como Educação, não é correto o Estado simplesmente jogar sua responsabilidade “por de baixo do tapete”, e aplicar o direito penal a tudo que for fruto de atividade ilícita, tendo em vista que um cidadão com informação e formação, em sua maioria, não irá se bandear para o lado da criminalidade, assim como comprovadamente ocorre em países de primeiro mundo.

Não obstante, para manter a organização harmônica entre os indivíduos, é necessário também a existência de meios repressivos aplicados *a priori*, mormente, para que as pessoas que resolvam afastar-se do caminho escorregado, sofram medidas preliminares a uma eventual condenação, até mesmo como forma de evitar mais prejuízos a si e à própria sociedade. Cabendo destacar que, aqui não se trata de medidas sociais, mas sim medidas acauteladoras, de modo que, as

primeiras, devem ser implementadas ao pelo Poder Executivo, para funcionarem a longo prazo. Já em se tratando de judiciário, são necessários meios que funcionem de imediato, a fim de evitar maiores danos.

Por fim, insta salientar a importância para o ordenamento jurídico brasileiro o advento da lei 12.403/2011, que humanizou o procedimento cautelar, uma vez que, antes da mesma, era comum presenciar a aplicação de cautelares encarceradoras para crimes tidos como de menor gravidade, e isso ocorria por falta de amparo legal, fazendo com que os magistrados trabalhassem com as poucas opções que tinham. Todavia, atualmente isso não ocorre, ou pelo menos não deve ocorrer, tendo em vista o aparato de medidas menos lesivas e de grande efetividade, como vem sendo demonstradas as medidas cautelares alternativas à prisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. **Lei Federal 12.403 de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Lei Federal 7.960/1989.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. **Lei Federal 10.406/2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Súmula 718.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula 440.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub). Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula 09.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-9,269.html>. Acesso em: 10 fev. 2019.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015;

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar medidas alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

