

INSTITUIÇÃO DA LEI N. 12.403/2011
A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE AS MEDIDAS
CAUTELARES

Ingred Rodrigues da Silva Sarti ¹
Marcelo Meurer Ramos ²

RESUMO

O exposto artigo tem por finalidade o estudo crítico das medidas cautelares introduzidas no Código de Processo Penal Brasileiro, através da Lei n. 12.403/2011, voltado para o caráter excepcional que revestiu a decretação da prisão preventiva, que passa a ser conhecida como “última *ratio*”, quando analisadas as demais cautelares não privativas de liberdade. Para tanto, apresentará as modalidades de prisões admitidas em nosso ordenamento jurídico, bem como descreverá de forma minuciosa cada espécie de cautelar. Tratará da importância em se adotar a prisão preventiva como a última alternativa quando da aplicabilidade das medidas cautelares e explicará como devem ser observadas as hipóteses autorizadoras de decretação dessa. Analisará, ainda, como os Tribunais vêm aplicando aos seus julgados a lei em estudo, de forma especial, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, chegando ao resultado de que o vigor da Lei n. 12.403/2011 revolucionou o sistema penal, visto que passou-se a ter como base o princípio da Presunção do Estado de Inocência, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo a liberdade tida como regra e a prisão exceção.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Medida Cautelar; Alternativa; Última *Ratio*.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study critically the precautionary measures introduced in the Brazilian Criminal Procedure Code, through Law no. 12,403 / 2011, focused on

¹Graduanda em Direito pela Faculdade Multivix Castelo.

²Graduado em direito pela UFJF em 2009. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera em 2011. Delegado de Polícia Civil do Estado do Espírito Santo desde 2012. Professor Universitário na Rede de Ensino Multivix desde 2013. Pós-graduando em Ciências Penais pela FAVENI desde 2018.

the exceptional nature of the preventive custody decree, which is now known as the "last *ratio*" when considering other non-custodial custody cases. To do so, it will present the types of prisons admitted in our legal system, as well as detail each type of precautionary measure. It will deal with the importance of adopting preventive detention as the last alternative when the precautionary measures are applicable and explain how the hypotheses authorizing them to be enacted should be observed. It will also analyze how the Courts have applied to their judged the law under study, in a special way, the Court of Justice of Espírito Santo, arriving at the result that the force of Law no. 12.403 / 2011 revolutionized the penal system, since it was based on the principle of Presumption of the State of Innocence, by which no one will be considered guilty until a final sentence of conviction has passed, with freedom being a rule and prison exception.

Keywords: Preventive Detention; Cautelar Measure; Alternative; Last *Ratio*.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo expõe o estudo das medidas cautelares que a Lei n. 12.403/2011 implantou no Código de Processo Penal, voltado para o caráter excepcional que a prisão preventiva ganhou frente as demais medidas cautelares não privativas de liberdade.

Com intuito de atingir o objetivo do estudo, este trabalho será elaborado a partir de análises doutrinárias, com vistas aos autores contemporâneos, uma vez que se trata de lei relativamente nova, contando também com as legislações pertinentes ao caso e pesquisas eletrônicas. De acordo com Silva & Menezes (2001, p.21) "A pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado no internet". Ainda, com objetivo de se analisar como a lei vem sendo interpretada pelos aplicadores do diploma, serão analisados alguns entendimentos jurisprudenciais, uma vez que a inovação trazida pela Lei n. 12.403/2011 é a excepcionalidade da prisão, que antes de ser aplicada, deve atender a uma série de pressupostos, fundamentos e hipóteses de admissibilidade, com o fim de resguardar ao cidadão o direito à liberdade positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em um primeiro momento serão abordadas as modalidades de prisão, de forma geral, chegando a modalidade preventiva, que é aqui um dos objetos de estudo, elucidando seu caráter excepcional. A posteriori trataremos do pressupostos e fundamentos, bem como das hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva.

Seguindo, falaremos sobre os aspectos gerais das medidas cautelares diversas da prisão e será dissertado, de forma minuciosa, cada uma das espécies, trazendo os requisitos de aplicação e fundamentos destas.

No último momento será feita uma análise crítica sobre como o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, bem como o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm se posicionando perante as diretrizes da lei em estudo.

O artigo 282, §6º do CPP trouxe a excepcionalidade da prisão preventiva que, a partir do estudo das medidas cautelares sistematizadas no citado diploma e pela análise da jurisprudência, influenciou de forma significativa o Direito Penal, conforme veremos.

2 DA PRISÃO

O artigo 5º, LXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abarca a possibilidade de prisão de um indivíduo, gerando reflexos ao disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, que partilha da ideia de que o cidadão não será preso, salvo em situação de flagrante delito ou através de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente.

Imperioso ressaltar que, em nosso ordenamento, temos previsão de duas naturezas de prisão, quais sejam: a prisão pena e a prisão processual.

A prisão pena é aquela que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, na qual tenha sido respeitados os parâmetros do devido processo legal, como a ampla defesa e o contraditório, conforme previsão do art. 5º, LV da CRFB/88.

Brasileiro de Lima afirma que,

A prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade, ou, de acordo com a nova orientação dos Tribunais Superiores (STF, HC 126.292), é aquela que resulta de acórdão condenatório recorrível proferido por Tribunal de 2ª instância. Só pode ser aplicada após o devido processo penal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão (LIMA, 2018, p. 888).

A prisão processual não está ligada a execução provisória ou definitiva de uma pena, se tratando de prisão com natureza cautelar, que tem como finalidade garantir o bom andamento do processo e da investigação, estando atrelada, portanto, aos requisitos da tutela cautelar que são o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Como espécies de prisões cautelares estão positivadas a prisão temporária, a prisão em flagrante delito e a prisão preventiva. A prisão temporária é regida pela Lei n. 7.960/1989, tendo como finalidade resguardar a investigação na fase do inquérito policial, que é decretada pelo magistrado competente, ficando o indivíduo preso por até 5 dias, prorrogáveis por igual período quando demonstrado extrema necessidade e, para crimes hediondos, o prazo é de 30 dias, prorrogável por igual período nas mesmas condições. A prisão em flagrante está prevista no art. 301 do Código de Processo Penal, cabível quando o indivíduo é pego cometendo ato ilícito ou logo após, somente quando tratar-se de crime cuja pena seja privativa de liberdade, podendo ser decretada por qualquer do povo. Decretada a prisão em flagrante, no prazo de 24 horas o agente deve ser submetido à audiência de custódia, oportunidade na qual o magistrado deverá decidir entre três possibilidades: decretar a ilegalidade da prisão em flagrante, relaxando a prisão; conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou, ainda, impondo ao indivíduo uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e, em último caso, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo esta o objeto de estudo do presente artigo.

A prisão preventiva é a última *ratio*, tendo caráter subsidiário, ou seja, somente deve ser decretada quando todas as outras medidas cautelares existentes em nosso ordenamento não se enquadrarem ao caso concreto (art. 282, §6º do CPP).

Nos dizeres de Távora e Alencar, a prisão preventiva “é prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual” (2017, p. 931).

Não há na lei prazo para a duração da prisão preventiva, que se estende no tempo enquanto houver necessidade, que é medida pela presença das suas hipóteses de decretação, se elas desaparecem, a preventiva será revogada, caso reapareçam, a preventiva pode ser redetada (art. 316 do CPP), uma vez que segue a cláusula *rebus sic stantibus* (estado das coisas).

Existem dois tipos de prisão preventiva, a resultante da conversão, citada acima, e a prisão preventiva autônoma, situação na qual o agente se encontra em liberdade, mas tem a prisão decretada pelo juiz.

2.1 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A tutela cautelar é aplicada a partir de dois requisitos, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Fumus boni iuris – “Fumaça do Bom Direito” é o sinal ou indício de que o direito pleiteado de fato existe e, voltado à prisão preventiva, abarca os dois pressupostos para aplicação desta. O primeiro é a “prova do crime”, visto que, se não houver prova material do fato/existência do crime, não há em se falar de decretação da prisão preventiva; o segundo é “indícios suficientes de autoria”, ou seja, deve haver elementos que apontem para uma possível autoria atribuída ao agente (art. 312 do CPP). Importante ressaltar que os citados pressupostos são cumulativos.

O *periculum in mora* – “Perigo na Demora” está diretamente ligado ao fato de que a demora de uma decisão judicial pode acarretar dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado e, aqui, resguarda os três motivos que levam à decretação da prisão preventiva, que são a “garantia da ordem pública ou econômica”, que visa impedir que, solto, o indivíduo continue a praticar crime, tendo como necessidade urgente a privação de sua liberdade, por não ser plausível esperar a demora natural do

processo para prender; “conveniência na instrução criminal” que tem como objetivo o bom andamento do processo e a produção de provas, uma vez que o agente esteja tomando medidas para influir de forma negativas nestes, a exemplo do indivíduo que esteja ameaçando ou corrompendo testemunhas; e a “garantia da aplicação penal” que visa prender preventivamente o agente que demonstra interesse em abrir fuga, com intuito de se esquivar do Poder Punitivo do Estado, a fim de que se consolide o dever de punir (RANGEL, 2014, p. 807).

2.2 HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva não pode ser imposta para qualquer infração penal, só podendo ser aplicada a uma das hipóteses contidas no rol do art. 313 do CPP. A primeira delas é a decretação da prisão preventiva em casos que o agente deu causa a crime doloso, punido com pena privativa de liberdade, com pena superior a 4 anos; a segunda hipótese de decretação é para o agente que seja reincidente em crime doloso, salvo se decorrido o prazo prescricional da reincidência, que é de 5 anos; a terceira está ligada à violência doméstica ou familiar, uma vez que a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) apresenta uma série de medidas protetivas de urgência, que servem como uma blindagem para a vítima de violência doméstica e, a partir do momento que houver a violação por parte do agressor de tais medidas, caberá a decretação da prisão preventiva. Importante ressaltar que, além das mulheres, a protetividade se estende aos idosos, as crianças, aos adolescentes, aos enfermos e as pessoas com deficiência, ou seja, aos hipervulneráveis; e a quarta, mas não menos importante, é a possibilidade de prisão cautelar por dúvida sobre a identificação civil do indivíduo, hipótese que a prisão preventiva se perdurará até a apresentação do documento ou o esclarecimento da dúvida quanto a identidade.

Insta salientar que, para a decretação da prisão preventiva convertida, basta estar presentes os pressupostos e motivos do art. 312 do CPP, com fundamento no art. 310, II do CPP. Já para a prisão preventiva autônoma, é necessária a combinação dos pressupostos e motivos, com umas das hipóteses do art. 313 do CPP.

3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

3.1 ASPECTOS GERAIS

Antes de 2011 tinha-se como regra a prisão, visto que o magistrado primeiro analisava os elementos relativos a decretação desta e, caso não estivessem presentes, era concedido ao investigado a liberdade. Com o vigor da Lei 12.403/2011 houve a alteração deste cenário, uma vez que trouxe em seu bojo a excepcionalidade da prisão frente as diversas medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Agora, a priori, se analisa os elementos que ensejam a permanência do estado de liberdade de indivíduo.

O art. 282 do CPP trás os princípios que devem ser observados para a aplicação das medidas cautelares, que são: necessidade, adequação e proporcionalidade.

Conforme evidencia Rangel:

As medidas cautelares previstas no art. 319, bem como, a prisão cautelar devem ser vistas sempre à luz do grau de necessidade de cada uma delas, ou seja, a prisão é a última razão de ser, embora possa ser aplicada como primeira medida diante de sua exigibilidade para assegurar o fim colimado pelo processo. (RANGEL, 2014, p. 884)

3.2 ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES

O artigo 319 do Código de Processo Penal nos apresenta o rol exemplificativo das medidas cautelares diversas da prisão, conforme demonstrado:

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.

§ 1º (~~Revogado~~).

§ 2º (~~Revogado~~).

§ 3º (~~Revogado~~).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O inciso I trata da obrigatoriedade que o indivíduo, contemplado com tal medida, tem de comparecer em juízo para justificar as atividades executadas no período em que estiver gozando da cautelar em questão, sendo que a periodicidade em que deverá acontecer será fixada pelo magistrado, que analisará a necessidade e condições do agente.

Depois, no inciso II, temos a proibição do investigado em frequentar determinados lugares, visto que tal proibição deve ter vinculação com o fato a ele imputado, uma vez que a medida tem como objetivo evitar o cometimento de novas infrações.

Para buscar a protetividade da vítima, assim como o art. 22 da Lei 11.340/2006 busca a da mulher que sofre violência doméstica, o inciso III determina o afastamento do ofensor para com o ofendido, aqui, não sendo contemplada somente a mulher, mas sim toda vítima de qualquer crime.

A medida prevista no inciso IV resguarda o bom andamento da investigação ou da instrução, quando a presença do acusado é essencial para a efetivação destas.

O inciso V trata do recolhimento do acusado em seu domicílio em horário noturno e dias de folga, tendo como condições que o mesmo tenha residência e trabalho fixos, porém, pode haver uma mitigação em relação ao trabalho, pois o mesmo pode estar desempregado ou realizar trabalhos eventuais (bicos).

Voltado para os crimes cometidos por funcionários públicos ou por aqueles que desempenhem função financeira, como o caso dos contadores, temos o inciso VI

que suspende o exercício das funções do investigado, a fim de que o mesmo não venha a cometer novas infrações penais.

A internação provisória, tratada no inciso VII, para ser aplicada, conta com dois requisitos: o acusado ser inimputável ou semi-imputável e, ainda, que o mesmo ofereça risco de reiteração do delito.

O inciso VIII trata da fiança que, de acordo com Távora e Alencar “é a medida reservada a impugnação do cárcere, impondo implementação financeira e submetendo o agente a uma série de obrigações” (2017, p. 1045).

Por último, mas não menos importante, temos o inciso IX, que condiciona o uso da monitoramento eletrônico do indivíduo.

3.3 REQUISITOS DA APLICAÇÃO E FUNDAMENTOS

Para que haja a decretação de alguma das medidas cautelares demonstradas no tópico anterior, é necessário que estejam presentes os pressupostos gerais aplicáveis a qualquer das medidas cautelares, que são a adequação, necessidade e proporcionalidade, visto que é preciso buscar a ordem pública e, quando tal finalidade é atingida sem que o indivíduo seja preso, há cabimentos das cautelares do art. 319 do CPP.

Segundo Rangel,

A análise da necessidade de adoção de medida cautelar é feita em razão de se adotar uma menos gravosa, ou seja, aquela que mais respeita os direitos e garantias fundamentais.

A adequação da medida é o equilíbrio encontrado entre o meio empregado e o fim que se persegue. O meio que se utiliza não pode ser mais gravoso do que o fim que se quer alcançar.

A proporcionalidade em sentido estrito é um juiz de ponderação que deve fazer o magistrado entre o bem jurídico que se protege e o fim colimado no processo que se quer alcançar (RANGEL, 2014, p. 884).

As cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulada, conforme previsto no §1º, do art. 282 do CPP, que será decretada pelo

juízo, de ofício, a requerimento das partes ou, no curso da investigação criminal, por autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, nos moldes do §2º do citado dispositivo.

4 EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DIANTE DAS DIVERSAS MEDIDAS CAUTELARES

Anterior à Lei n. 12.403/2011 não se tinha as medidas cautelares diversas da prisão, hoje previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou seja, anteriormente a regra era que o acusado permanecesse durante a persecução penal sob prisão cautelar ou liberdade provisória, nesta última possibilidade, podendo ter a prisão preventiva decretada a qualquer momento ou no caso de inquérito policial, ser preso temporariamente.

Com o advento da Lei n. 12.403/2011 o legislador instituiu as medidas cautelares diversas da prisão, consolidando no art. 282, §6º do CPP que a prisão preventiva só será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida (art. 319 do CPP), a fim de tornar o cárcere menos desumano e também para possibilitar que o acusado permaneça solto durante o processo, porém, com algumas condições impostas a ele, que se descumpridas podem levar a decretação de sua prisão.

As medidas cautelares elencadas no artigo 319 do CPP são previstas sem o rigor do encarceramento, sendo obrigações impostas pelo juiz, que sempre observará as circunstâncias em que aconteceu o delito e as condições pessoais do acusado. Portanto, a Lei n. 12.403/2011 resguarda em seu bojo que a prisão deve ser última medida adotada para o acusado, uma vez que visa a despopularização do cárcere, bem como que o cumprimento da medida seja o menos gravoso.

As medidas cautelares jamais poderão ser decretadas de forma automática, devendo ser fundamentadas, tendo presente o *fumus comissi delicti*, bem como uma das hipóteses que autorizem a decretação da prisão preventiva. De acordo com a doutrina de Brasileiro de Lima,

Não se pode pensar que as medidas diversas da prisão, por não implicarem a restrição absoluta de liberdade, não estejam condicionadas à observância dos pressupostos e requisitos legais. Pelo contrário. À luz da garantia da presunção de não culpabilidade e da própria redação do art. 282 do CPP, nenhuma dessas medidas pode ser aplicada sem que existam os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* (LIMA, 2018, p. 857).

Em uma situação hipotética na qual o juiz tenha a possibilidade de decretar a prisão preventiva, porém existe uma outra medida menos rigorosa que irá atingir a mesma finalidade da prisão, caberá ao magistrado decretar uma das medidas contidas no rol do artigo 319 do CPP, também com a possibilidade de serem cumuladas.

Vale ressaltar o cuidado do legislador em resguardar princípios constitucionais, ao editar a Lei nº 12.403/2011, visando afastar o encarceramento do sujeito acusado, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, inserindo alternativas ante ao cárcere. Como destaque, temos o Princípio do Estado de Inocência, que tem respaldo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, quando versa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo dever do Estado provar o fato criminoso imputado a determinado indivíduo e, nos casos em que houver dúvida, absolver o réu, sob pena de exercício arbitrário de poder.

Neste Sentido Távora e Alencar dispõem que:

Do princípio da presunção da inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade (TÁVORA, ALECAR, 2016, p.72).

Resta entendido que tal princípio é basilar em nosso Ordenamento Jurídico, uma vez que a culpa do agente não é estabelecida enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, devendo o aplicador da lei fazer a mesma ponderação quando da imposição das medidas cautelares, devendo observar como a última ratio a prisão preventiva do acusado que ainda não teve o processo findo com possível condenação em sentença transitada em julgado.

Por todo exposto, é notável que o art. 282, §6º do CPP, bem como o princípio da Presunção da Inocência são essências para a aplicação da Lei n. 12.403/2011 no que tange ao entendimento de que a prisão preventiva somente é cabível quando insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, seja de forma individual ou cumulativa.

5 REVISÃO JURISPRUDENCIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 12.403/2011

Por todo o contexto visto, resta claro que a Lei n. 12.403/2011 trouxe alterações significativas em relação as medidas cautelares de natureza pessoal, principalmente em relação à prisão preventiva e às medidas cautelares diversas da prisão, o que fez surgir novos entendimentos nos tribunais pátrios, dos quais passa-se a algumas citações e análises.

No Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo, no decorrer do ano de 2012, posteriormente ao vigor da Lei n. 12.403/2011, a Primeira Câmara Criminal embasou as decisões dos seus julgados com respaldo na presença dos requisitos legais previstos no artigo 312 do CPP, conforme alguns exemplos:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA - NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR - DEVIDAMENTE PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - CIRCUNSTÂNCIAS E CARACTERÍSTICAS QUE TORNAM NÃO ABSURDA A SUPOSIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DAS PRÁTICAS, EM TESE, CRIMINOSAS - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA.1. A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente mostra-se adequada e justificada, diante da materialidade dos delitos e da presença de suficientes indícios de autoria, diante das notícias de que o réu pertence a uma extensa organização criminosa, voltada para o tráfico de drogas nesta capital, circunstâncias e características que tornam não absurda a suposição da possibilidade de reiteração das práticas, em tese, criminosas.2. **Constata-se que restou adequadamente demonstrados os motivos da necessidade da medida extrema, pela presença dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, inculpidos no art. 312, do Código de Processo Penal.**3. Condições pessoais favoráveis não tem o condão, por si sós, de garantir a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade de perpetuação da medida extrema.4. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. PERICULUM LIBERTATIS. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA E PERICULOSIDADE CONCRETA. RÉU REINCIDENTE E QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a verificação do *fumus comissi delicti* necessário à prisão cautelar, é suficiente a existência da materialidade delitiva e suficientes indícios de autoria, dando conta da participação do paciente no referido crime.

2. A prisão cautelar foi baseada, principalmente, na garantia da manutenção da ordem pública, pela potencial periculosidade do réu.

3. O efetivo risco de reiteração delitiva, baseado em dados concretos, como a reincidência e maus antecedentes, são fundamentos suficientes para a manutenção da segregação cautelar. 4. Em não havendo prova de diligências protelatórias da acusação, nem, tampouco, de inércia do Poder Judiciário, impossível o reconhecimento do alegado excesso de prazo, considerando que não foi agredido o ideal de razoabilidade. Constrangimento ilegal não evidenciado. 5. Ordem denegada.

A Segunda Câmara do citado Tribunal comunga da mesma ideia nos dias atuais, em seus julgados de 2018, quando os requisitos do art. 312 do CPP ainda são efetivamente expostos nos diplomas. Vejamos:

HABEAS CORPUS TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ALEGAÇÃO DE TORTURA POR PARTE DE POLICIAIS NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - MATÉRIA DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ORDEM DENEGADA.

1. Estando presentes os requisitos para a manutenção da custódia cautelar do paciente, quais sejam, aqueles previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, não há que se falar em constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem. 2. A decisão que manteve a prisão preventiva do paciente restou suficientemente fundamentada, se embasa no art. 312 do CPP, atende à regra constitucional disposta no art. 93, IX e observam a Lei 12.403/11. 3. No que tange à arguição de que o paciente estava com as orelhas vermelhas, inchadas, pescoço escuro e com vários sinais claros de espancamentos e torturas, o impetrante não anexou aos autos qualquer documentação para comprovar tal alegação. 4. Prosseguindo, no que diz respeito à alegação de que o dinheiro apreendido com o paciente pertencia ao caixa do Clube onde trabalha, verifica-se que trata de matéria de mérito, de modo que a mesma não pode ser analisada no presente *writ*, uma vez que o habeas corpus não admite dilação probatória. 5. **ORDEM DENEGADA.**

HABEAS CORPUS PRISÃO PREVENTIVA TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06 AUSÊNCIA DE PROVA DE AUTORIA CONSUMO PRÓPRIO TESES INVIÁVEIS DE SEREM ANALISADAS EM SEDE DE HABEAS CORPUS DECISÃO DE PISO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA ART. 312 DO CPP GRAVIDADE DO DELITO GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS APREENDIDA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA SEGREGAÇÃO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA REPRIMENDA FINAL PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA INEXISTÊNCIA DE AFRONTA DENEGAÇÃO DA ORDEM.1. Negativa de autoria e alegação de que as substâncias entorpecentes apreendidas são para uso próprio são matérias de mérito e, portanto, não podem ser analisadas em sede de *habeas corpus*, vez que este, pela sumariedade de seu rito, não admite dilação probatória.2. **A decisão de piso se apresenta devidamente fundamentada quando demonstra a necessidade de garantia da ordem pública, no caso concreto, verificada a partir da alta gravidade do delito, considerando, sobretudo, a grande quantidade de substância entorpecente apreendida.**3. **Presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal, não se mostra cabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.**4. Impossível averiguar, no bojo de *habeas corpus*, afronta ao princípio da proporcionalidade da prisão preventiva frente a provável reprimenda final a ser aplicada, bem como o regime prisional a ser imposto. Isto porque a pena definitiva e seu regime de cumprimento demandam valoração probatória, o que se faz no momento da sentença, ao final da instrução criminal, sendo incabível neste sumário procedimento do *writ*. **5. A prisão processual não tem por escopo a antecipação do mérito, mas tão-somente a custódia provisória, quando presentes os pressupostos previstos em lei, de maneira que inexistente afronta ao princípio da presunção de inocência.** 6. Ordem denegada.

A entrada em vigor da lei das medidas cautelares trouxe ao ordenamento jurídico a responsabilidade de analisar como última opção o encarceramento do acusado, o que ficou claro no julgado da Primeira Câmara do TJ ES que decidiu, no ano de 2012, acolher parcialmente Habeas Corpus com intuito de conceder ao acusado medida provisória diversa da prisão, em uma decisão minuciosamente fundamentada conforme ditames da Lei n.12.403/2011. Vejamos:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E DA SUPOSTA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A CONSTRIÇÃO CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DO *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. DECISÃO FUNDAMENTADA. ENTRETANTO, POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDA MENOS GRAVOSA QUE A PRISÃO IMPOSTA AO PACIENTE, TENDO EM VISTA O *MODUS OPERANDI DO DELITO* E AS QUALIDADES PESSOAIS DO PACIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Apesar dos elementos colhidos na fase inquisitiva não poderem respaldar exclusivamente um decreto condenatório, é por óbvio que servem para alicerçar o recebimento da denúncia e a decretação da prisão preventiva, visto que neste momento processual se exigem apenas indícios de autoria, e não prova plena desta.2. A necessidade da prisão provisória deflui da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, em consonância com o disposto no art. 312, do Código de Processo Penal.3. Desde a vigência no ordenamento processual penal pátrio da Lei 12.403/11, a qual, além de revitalizar o instituto da fiança, criou medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do artigo 319, rompeu-se com o binômio prisão-liberdade até então vigente. Antes da edição da Lei

12.403/11, o juiz somente possuía duas alternativas: recolher o imputado ao cárcere ou deixá-lo em liberdade. Porém, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, o artigo 319, do CPP, passou a elencar 09 (nove) medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, mais precisamente ao recolhimento ao cárcere. Nesse viés, a prisão preventiva passou a ser a *ultima ratio* do sistema. É o que determina o artigo 282, § 6º, do CPP que dispõe que "*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*".⁴ Destarte, a aplicação das medidas alternativas somente pode ocorrer se presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, quando cabível a prisão preventiva, mas, em função da proporcionalidade, existir uma restrição menos onerosa que sirva para resguardar aquela situação. Nesse contexto, Aury Lopes Júnior elucida a matéria ao lecionar "**que as medidas do art. 319 têm caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos**", e ainda completa afirmando que "**são medidas cautelares diversas da prisão exatamente porque buscam dar alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado**" (O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. 2011. pgs. 119/120).⁵ Ordem parcialmente concedida para impor ao paciente medida provisória diversa da prisão.

A partir dos julgados até aqui demonstrados, é possível perceber que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, apesar de Câmaras diversas de julgamento, seguem o mesmo entendimento quando do provimento ou não dos recursos decididos, visando sempre resguardar garantia da ordem pública e demais requisitos do art. 312 do CPP, bem como assegurando que as condições impostas aos acusados são devidamente cabíveis e justas, ficando os julgadores preocupados com a aplicação da prisão preventiva, a ser utilizada desde que incabíveis as medidas cautelares diversas da prisão.

No tocante à prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública na conduta de tráfico ilícito de entorpecentes, o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente, em 2018:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA PENAL SUPERVENIENTE. FUNDAMENTOS MANTIDOS. NÃO PREJUDICIALIDADE. **PRISÃO PREVENTIVA**. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. De acordo com a **jurisprudência** desta Quinta Turma, a sentença penal condenatória superveniente que não permite ao réu recorrer em liberdade somente prejudica o exame do recurso ordinário em habeas corpus quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que **decretou a prisão preventiva**, o que não ocorreu no caso em apreço. 2. A **prisão preventiva**, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser **decretada** para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por

conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 3. No caso, a **prisão preventiva** do recorrente encontra-se suficientemente fundamentada, eis que, quando da **prisão** em flagrante, foram apreendidos uma balança de precisão, 593 gramas de embalagens tipo eppendorfs vazias, 1.798,410 gramas de maconha e 24, 250 gramas de cocaína, o que, na medida em que indica a gravidade em concreto da conduta delituosa, justifica a segregação cautelar para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza e a diversidade dos entorpecentes encontrados podem servir de fundamento ao decreto de **prisão preventiva**. 4. O fato de o paciente possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação de sua **prisão preventiva**. 5. Recurso desprovido.

No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou em 2014, como segue:

HABEAS CORPUS. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCEPCIONALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. TRÁFICO DE DROGAS. 35G DE MACONHA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, bem como nos casos de decisões manifestamente contrárias à jurisprudência desta Corte ou teratológicas. 2. No caso, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva limitou-se a fazer afirmações a respeito da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, em contrariedade à firme orientação jurisprudencial do Tribunal. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual condenação, ressalvada a possibilidade de expedição de nova ordem de prisão por fundamento superveniente.

Em relação à aplicação das medidas cautelares diversas, o Superior Tribunal de Justiça também vem se manifestando:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE **MEDIDAS CAUTELARES**. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIMENTO. 1. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da **medida**. Precedentes do STF e STJ. 2. No caso, o recorrente foi beneficiado com liberdade provisória, mediante a aplicação das **medidas cautelares** de comparecimento perante a equipe multidisciplinar e a todos os atos do processo, recolhimento domiciliar noturno e monitoração eletrônica. No entanto, deixou de cumprir a referidas **medidas** - o equipamento foi desligado, não compareceu aos agendamentos da equipe multidisciplinar, as diligências para citação foram frustradas e o acusado não foi mais localizado. Prisão preventiva mantida

com fundamento no art. 312, parágrafo único, do CPP. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

Diante o exposto resta demonstrado que a Corte Suprema também segue o posicionamento de que a prisão preventiva, após a Lei nº 12.403/2011, assumiu um caráter excepcional, tendo como regra, quando necessária e adequada uma medida cautelar, uma das hipóteses legais diversas da prisão.

6 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 guarda em seu bojo a liberdade do cidadão como regra, sendo este encarcerado somente nas hipóteses do art. 5º, LXI do citado diploma. Comungando desta premissa, o legislador implantou em nosso ordenamento jurídico a Lei n. 12.403/2011, que é responsável por elencar os pressupostos exigidos, os fundamentos autorizadores e as hipóteses para a decretação da prisão preventiva, pois trata-se de última *ratio*, ou seja, é tida como medida excepcional, visto que quando outra medida cautelar diversa da prisão se mostre necessária e suficiente para de chegar aos fins desejados, o Código de Processo Penal veda a decretação da prisão.

A ordem que rege o Sistema Penal Brasileiro é que o cidadão só será privado de sua liberdade após condenação criminal transitada em julgado/condenação em 2ª Instância e a prisão preventiva, por ser decretada sem observância a este requisito, visto que se trata de medida assecuratória da investigação policial ou da instrução criminal, deve preencher todos os requisitos previstos em lei para que não seja interpretada como abuso do poder de punir do Estado de Direito, ou seja, não seja imposta de maneira ilegal.

Diante do estudo ora elaborado e com enfoque ao princípio da Presunção do Estado de Inocência, vemos que a observância aos pressupostos autorizadores da decretação da prisão cautelar como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, bem como o enquadramento às hipóteses de admissibilidade desta, são de extrema importância para que não haja nenhuma ilegalidade quando aplicada a privativa de liberdade ao acusado, que só poderá ocorrer quando outras medidas cautelares não

tão gravosas se mostrarem insuficientes e inadequadas para garantir uma boa investigação e instrução criminal.

Pelas alterações emanadas da Lei n. 12.403/2011, antes de ser decretada a prisão preventiva, deve-se analisar as demais medidas cautelares, aqui expostas de forma minuciosa, que serão aplicadas ao acusado de forma independente ou em caráter de substituição da prisão, quando atendidos os requisitos legais e houver fundamentação que justifique a sua necessidade.

Por todo exposto, passou-se a uma análise da jurisprudência, voltado de forma especial ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na qual foi possível concluir que as Câmaras não divergem da ideia de que a prisão preventiva deve ser tratada com excepcionalidade, fundamentando em seus julgados quanto ao cabimentos ou não das outras medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP, resguardando assim os princípios informadores do sistema cautelar, bem como ocorrido nos julgados do Supremo Tribunal de Justiça e Suprem Tribunal Federal.

Diante da pesquisa ora elaborada, fica incisivo que a partir do vigor da Lei n. 12.403/2011, houve uma inovação no sistema jurídico criminal, que passa a tratar a prisão preventiva como a última *ratio*, visto ser instrumento de privação extrema de liberdade do indivíduo, uma vez que não houve ainda condenação e o mesmo se encontra amparado pela princípio da Presunção do Estado de Inocência. Por este motivo devem ser apreciadas de forma primordial as possibilidades de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no Código de Processo Penal, em seu artigo 319.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Código de [Processo](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

Habeas Corpus n. 121500, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Roberto Barroso, Julgado em: 03/06/2014.

Habeas Corpus n. 100110036058, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do ES, Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Julgado em 18/01/2012.

Habeas Corpus n. 100110034251, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do ES, Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Julgado em 18/01/2012.

Habeas Corpus n. 100110036322, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do ES, Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Julgado em 18/01/2012.

Habeas Corpus n. 006992-51.2018.8.08.0000, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do ES, Relator Substituto: Getulio Marcos Pereira Neves, Julgado em 03/10/2018.

Habeas Corpus n. 0017855-66.2018.8.08.0000, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do ES, Relator Substituto: Getulio Marcos Pereira Neves, Julgado em 03/10/2018.

Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: Acesso em 13 nov. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal:** volume único. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1872 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2018/0105989-3, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ribeiro Dantas, Julgado em 12/06/2018.

Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2018/0169166-8, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 21/09/2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.