

PRISÕES CAUTELARES

Luiz Gustavo FERNANDES¹⁰⁹

APRESENTAÇÃO

Neste breve texto acadêmico pretendemos, de forma singela, desenvolver o tema tão discutido no Brasil em tempos de operação Lava Jato, as Prisões Cautelares. Para tanto, conceituaremos, de um modo geral, as medidas cautelares do processo penal brasileiro para, em um segundo momento, abordarmos as três espécies de prisões processuais, que são a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. Por fim, é importante ressaltar que este texto se presta, tão-somente, a tecer as linhas básicas e gerais das prisões cautelares, tendo, portanto, como objetivo precípuo, expor um alicerce ao estudante de direito. A vastidão, o aprofundamento e

¹⁰⁹ *Professor de Ciências Criminais do Centro Universitário Padre Anchieta, é Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Pt), em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Esp.), em Direito Penal Econômico pela Universidade de Toledo (Esp.).*

as minúcias do tema já foram, e ainda são, desenvolvidos nas obras de fôlego publicadas no país.

MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em um primeiro momento, é importante que se diga que uma medida cautelar, seja ela qual for, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, essa medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

A tutela cautelar é uma medida de cognição sumária, superficial, menos profunda, enquanto que a cognição plena, aprofundada, é aquela que enfrenta o mérito principal, resultando em um decreto condenatório ou absolutório. É uma medida de urgência, de modo que o Magistrado, ante o perigo da demora, tem um prazo diminuto para decidir sobre o seu provimento ou não.

O Magistrado, ao decidir sobre uma medida cautelar, não trabalha com o *ius*, isto é, não trabalha com o direito propriamente dito, pois não enfrentará, no momento, o mérito principal do processo. Trabalha com o *fumus boni iuris*, ou seja, com a fumaça do

bom direito, visando, tão somente, tomar a medida para assegurar a eficácia do processo.

Trocando em miúdos, o objetivo da tutela cautelar é apenas assegurar que o processo se desenvolva de maneira satisfatória e, por fim, tenha eficácia.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma medida cautelar objetivando, por exemplo, o bloqueio dos bens do agente que estivesse respondendo por lavagem de dinheiro? Ora, com o desenrolar do processo, que é normalmente demorado, o réu poderia ocultar ou dilapidar o patrimônio amealhado com a conduta criminosa, de modo a frustrar, caso condenado, o efeito secundário da sentença criminal, que é o ressarcimento do prejudicado.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma contracautela de entrega do passaporte, ou mesmo uma prisão cautelar de um acusado que demonstrasse, por vários indícios, que iria fugir? Ora, caso o acusado restasse condenado, seria difícil fazê-lo cumprir a sentença.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada a oitiva antecipada da única testemunha ocular cuja saúde estivesse comprometida ou, mesmo, com idade avançada? Ora, é possível que, ao tempo da instrução criminal, tal testemunha já restasse falecida.

A prestação jurisdicional é morosa, de modo ser razoável que o processo penal

possua instrumentos para amenizar, ou mesmo solucionar, os efeitos deletérios do tempo.

A doutrina, de modo geral, reza as características das medidas cautelares. São elas a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariiedade e a provisoriedade. Contudo, segundo o Professor Gustavo Badaró, existem mais duas características, menos lembradas pela doutrina, mas que são fundamentais para a compreensão do tema, a referibilidade e a proporcionalidade.¹¹⁰

Instrumentalidade hipotética: ante a demora do processo a atingir o trânsito em julgado, aliada à “hipótese” de condenação, a medida se faz necessária para assegurar a eficácia do processo.

“A medida cautelar será um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”.¹¹¹

Acessoriedade: como já dito, as medidas cautelares não são resultado do enfrentamento do mérito principal do processo. São medidas “acessórias” que visam a efetividade do processo.

“O provimento cautelar não é um fim em si mesmo”¹¹²

Preventividade: as medidas cautelares têm caráter “preventivo”, isto é,

¹¹⁰ *Processo Penal: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 938.*

¹¹¹ *Ibid., loc. cit.*

¹¹² *Ibid., p. 939.*

visam a prevenir, caso haja futura condenação.

Busca-se evitar, preventivamente, o prejuízo, por vezes irreparável ao processo.

Sumariedade: diversamente da sentença penal, as medidas cautelares não estão lastreadas em um juízo de certeza.

Para que haja uma sentença condenatória, requer-se uma cognição profunda, um juízo de certeza ante o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) e do *in dubio pro réu*.

Repetimos, as tutelas cautelares são medidas de urgência, baseadas no *fumus boni iuris*. São frutos de uma cognição sumária visando a garantia e a eficácia do processo.

Provisoriedade: a tutela cautelar tem natureza provisória, vale dizer, não é definitiva.

“A eficácia da medida cautelar perdurará até que seja proferido o provimento final do processo cognitivo ou executivo”.¹¹³

Portanto, a medida cautelar não tem o condão de pôr termo no mérito principal, mas apenas assegurar a eficácia do processo.

Referenciabilidade: tal característica traz a ideia de “referência” ao direito material, vale dizer, as medidas cautelares devem manter referência ao fato criminoso eventualmente cometido pelo acusado.

Exemplifica Gustavo Badaró que “em um processo por corrupção, o sequestro de

bens deva incidir sobre o proveito que o corrupto obteve por tal delito (o imóvel comprado com o dinheiro recebido), mas não poderá atingir outro bem, ainda que também ilícito, que seja proveito de crime diverso e que não integre tal processo v.g. um carro comprado com dinheiro furtado”.¹¹⁴

Proporcionalidade: a medida cautelar deve ser proporcional ao fato e nunca extrapolar sua natureza instrumental. Não pode ser mais severa que a decisão definitiva.

Não deve o Magistrado, por exemplo, expedir ordem de prisão preventiva a um réu primário, de bons antecedentes, que esteja respondendo por um crime cuja pena seja branda, de modo a ocorrer a possibilidade de, caso condenado, cumprir a pena em liberdade.

Ilógico seria se, no transcorrer da instrução criminal, o réu tivesse sua liberdade cerceada, mas, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, tivesse que cumprir a pena em liberdade.

Enfim, de tudo o que foi escrito até então, conclui-se: as medidas cautelares têm natureza instrumental e visam, tão somente, a assegurar a eficácia do processo, caso o réu seja condenado.

ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

¹¹³ *Ibid.*, p. 940.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 944.

Diferentemente do processo civil, o processo penal não possui um processo cautelar autônomo. Porém, não significa dizer que, na seara criminal, a cautelaridade não seja prestada. Não são prestadas no bojo de um processo cautelar autônomo, mas são prestadas no curso da investigação criminal ou do processo criminal.

Como já explicado, as medidas cautelares têm caráter acessório do processo criminal principal, de modo a serem prestadas por meio de medidas cautelares previstas no CPP e na legislação especial.¹¹⁵

O sistema processual pátrio possui três espécies de medidas cautelares: as medidas cautelares patrimoniais, as medidas cautelares probatórias e as medidas cautelares pessoais.¹¹⁶

As medidas cautelares de cunho patrimonial, em primeiro lugar, visam a assegurar os efeitos secundários da condenação, pois é de se lembrar que a sentença só gerará efeitos após o trânsito em julgado.

Dispõe o inciso I

*Art. 91 – são efeitos da condenação:
I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

Como dito, tal efeito só será executado após o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória. Pelo decurso do longo tempo, cor do artigo 91 do Código Penal brasileiro:

re-se o risco de o acusado ter dilapidado seu patrimônio, frustrando, assim, o efeito secundário da sentença.

Note-se, portanto, que essas medidas cautelares patrimoniais visam à preservação do patrimônio do acusado a fim de suportar, caso o réu sucumba, os efeitos da condenação.

Em segundo lugar, as medidas cautelares patrimoniais também visam à preservação patrimonial a fim de suportarem o confisco de bens de origem ilícita.

Dispõe, ainda, o inciso II do citado artigo 91 do CP:

*Art. 91 – são efeitos da condenação:
I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:
a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.*

Demonstra-se, portanto, a importância das medidas cautelares patrimoniais, isto é,

¹¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume único Salvador, Jus Podivm, 2017. p. 829.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 830.

preservar o patrimônio para que possa suportar, caso condenado, os efeitos secundários da condenação, seja no tocante à reparação do dano, seja no tocante ao confisco de bens de origem ilícita.

São medidas cautelares patrimoniais, por exemplo, o sequestro, o arresto, a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do CPP) e a restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124 do CPP).¹¹⁷

As medidas cautelares de cunho probatório visam à obtenção e à preservação da prova.

O CPP previu, em seu art. 225, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

É possível, por exemplo, que a única testemunha do crime seja uma pessoa com a saúde comprometida ou ostente idade avançada, de modo que o Magistrado deverá ouvi-la antecipadamente sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se recordar, se bem que a traço largo, que a prova só terá validade se submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que o Magistrado, se

cauteloso, pode antecipar o depoimento em juízo para que no futuro, caso a testemunha “já não mais exista”, a prova tenha validade.

Por fim, as medidas cautelares pessoais, como o próprio nome indica, são aquelas que recaem sobre a pessoa. Tais medidas são as prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais, prisões sem pena ou prisões provisórias.

Contudo, no ano de 2011, foi publicada a Lei federal nº 12.403, que trouxe grande inovação ao sistema das medidas cautelares pessoais.

Inovou trazendo aquilo que se denominou contracautela, isto é, medidas cautelares alternativas à prisão, que visam a não levar, quando possível, os réus ao cárcere. Alguns poucos exemplos da citada contracautela são o comparecimento periódico em juízo, a retenção de passaporte, a proibição de ausentar-se da Comarca. Todas as contracautelas estão previstas nos artigos 319 e 320 do CPP.

Portanto, o diploma processual prevê medidas privativas e restritivas da liberdade, sendo que as primeiras atuam com maior intensidade na liberdade do acusado/investigado, enquanto que as medidas restritivas têm menor intensidade na liberdade do acusado/ investigado.

Antes da referida reforma, ocorrida em 2011, o sistema processual penal só contava com duas hipóteses de cautelar

¹¹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

pessoal, as prisões e a liberdade provisória (com fiança e sem fiança). Atualmente conta com três, ou seja, as prisões, a liberdade provisória, cumulada ou não com as medidas alternativas à prisão (contracautela).

Por fim, atualmente o diploma processual brasileiro, após 2008¹¹⁸, conta com as seguintes espécies de prisão cautelar: a prisão preventiva, a prisão temporária, e a prisão em flagrante.¹¹⁹

PRISÃO EM FLAGRANTE

Dispõe o artigo 302 do CPP que prisão em flagrante ocorre quando o sujeito é surpreendido cometendo o crime, é perseguido logo após a prática da infração criminosa ou é encontrado, logo depois da prática da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do crime.

Esta prisão, segundo os artigos 5º, LXV da CRFB/88 e 283 do CPP, independe de ordem escrita e fundamentada do Magistrado. Assim, qualquer um do povo pode efetuar-lá, basta o criminoso ser encontrado em alguma(s) das situações descritas acima.

A doutrina definiu como flagrante próprio (ou verdadeiro, real ou em sentido

próprio) as hipóteses de prisão em flagrante previstas no incisos I e II do art. 302 do CPP. Chamou de flagrante impróprio (ou irreal ou quase flagrante) a hipótese prevista no inciso III, e chamou de flagrante ficto (ou presumido ou assimilado) a hipótese do inciso IV.

Flagrante próprio – do que se depreende dos incisos I e II do art. 302 do CPP, o flagrante próprio ocorre quando o sujeito é surpreendido cometendo a infração penal, ou tenha acabado de cometê-la.

Flagrante impróprio – do que se depreende do inciso III do mesmo art. 302, o flagrante impróprio ocorre quando o sujeito é perseguido, por qualquer pessoa (policial ou cidadão comum) logo após a prática da infração, sendo capturado em situação que faça presumir ser o autor do crime.

Para que o flagrante seja impróprio, é necessário que exista a reunião dos três fatores: a) perseguição, b) logo após o cometimento da infração, c) situação que faça presumir a autoria.

Como o CPP não definiu o que venha a ser “perseguição”, aplica-se, por analogia, o disposto no artigo 290, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”.¹²⁰

Também não definiu o que venha a ser “logo após”, de modo que alguns Professores entendem, a nosso ver com razão, que o lapso temporal precisa ser breve,

¹¹⁸ Por força da reforma do CPP decorrente das Leis 11.689/08 e 11.719/2008.

¹¹⁹ Segundo a doutrina contemporânea, a prisão em flagrante é definida como precautel.

¹²⁰ Ibid. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: p. 933.

porém, busca-se bom senso das autoridades policial e judicial. Parcela da doutrina e a jurisprudência entenderam que a expressão significa o lapso temporal em que a polícia demoraria para chegar ao local do crime.¹²¹

Não devemos confundir início da perseguição com a duração da perseguição; a duração da perseguição pode delongar por muito tempo, ao contrário do lapso temporal para o início da perseguição.¹²²

Logo, aquele pensamento popular de que a prisão em flagrante não pode ocorrer após 24 horas do cometimento do fato não corresponde à verdade. Se houver perseguição ininterrupta, a prisão pode se dar até quanto durar a perseguição. Agora, se a perseguição se interromper ou mesmo o lapso temporal para o início da perseguição for elevado, o agente não se encontra em estado de flagrância.

Flagrante ficto – do que se depreende do inciso IV do mesmo art. 302, o flagrante ficto ocorre quando o agente é encontrado, logo após a prática do fato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

¹²¹ Por logo após compreende-se o lapso temporal que permeia entre o acionamento da autoridade policial, comparecimento ao local e colheita de elementos necessários para que dê início à perseguição do autor. Por isso tem-se entendido que não importa se a perseguição é iniciada por pessoas que estavam no local ou pela polícia, acionada por meio de ligação telefônica. *Ibid.*, p. 932.

¹²² *LOPES JR, Aury. Ibid.*, p. 381.

Ao contrário da situação anterior, o inciso IV não exige a perseguição. Basta o encontro, casual ou por motivos da investigação, de instrumentos, armas, objetos ou papéis logo depois da infração, que façam presumir ser ele o autor do ilícito.

Também o CPP não determinou qual seria o lapso temporal do “logo depois”, porém, alguns Professores, como Aury Lopes Júnior,¹²³ entenderam que o lapso temporal do “logo depois” é maior que o lapso temporal do “logo após”.

Vozes dissonantes como, por exemplo, as dos Professores Renato Brasileiro¹²⁴, Gustavo Badaró¹²⁵, Eugenio Pacelli,¹²⁶ e Guilherme Madeira Dezem¹²⁷ entenderam que os lapsos temporais do “logo após” e do “logo depois” são os mesmos. O Professor Renato Brasileiro chegou a dizer que a única diferença entre os incisos III e IV do artigo 302 do CPP é que no primeiro, há a perseguição, enquanto que no segundo, há o encontro do agente com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração.¹²⁸

Por fim, a doutrina ainda elencou algumas espécies de flagrante; são eles o

¹²³ *LOPES JR, Aury. Ibid.*, p. 382.

¹²⁴ *Ibid.*, op. cit., p. 934.

¹²⁵ *Ibid.*, op. cit., p. 962.

¹²⁶ *PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal: 22ª Ed. São Paulo, Atlas, 2018. p. 425.*

¹²⁷ *DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal: 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. p. 737.*

¹²⁸ *Ibid.*, p. 934.

flagrante preparado, flagrante esperado, flagrante forjado e o flagrante prorrogado.

Flagrante preparado (ou flagrante provocado, delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador) é aquele no qual o agente provocador induz alguém a praticar uma infração penal onde, ao mesmo tempo, estava previamente preparada a aplicação da prisão em flagrante.

Claramente, o agente foi induzido, teve a sua vontade viciada. Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que essa espécie de prisão em flagrante não é válida.¹²⁹

Flagrante esperado é aquele no qual o policial ou terceiro, sabedor da continuidade delitiva, aguarda, espera, fica de campana para, no momento correto, dar a voz de prisão em flagrante.

É de se notar que nesta modalidade não há nenhuma situação criada artificialmente, não existe nenhum induzimento do policial ou de terceiro, de modo que essa espécie de flagrante é totalmente válida.

Flagrante forjado (ou flagrante fabricado, maquinado, urdido, ou maquinação astuciosa) é aquele no qual policiais ou terceiros criam provas de um crime que não

¹²⁹ *Súmula 145 do STF: Não há crime, quando a preparação pela polícia torna impossível sua consumação.*

existiu. Exemplo: policiais invadem a casa de alguém à procura de drogas; como não acharam, colocam uma porção de droga em um cômodo e, após isso, a “encontram”.

Logicamente, essa espécie de prisão não é válida, tendo em vista não existir crime algum.

Flagrante prorrogado (ou ação controlada, flagrante protelado, retardado, diferido postergado) é aquele no qual o agente policial, esperando por um momento mais oportuno, retarda a voz de prisão em flagrante.

Essa espécie flagrantial está prevista na Lei de Organizações Criminosas, Lei de Lavagem de Dinheiro e na Lei de Drogas.

Imagine-se que um agente policial esteja infiltrado em uma organização criminosa e teve conhecimento, por motivo de seu disfarce, de que um carregamento de drogas chegará no dia seguinte. Ocorre que o chefe da organização comete um crime menor na frente do policial infiltrado, por exemplo, acende um cigarro de maconha.

Ora, neste caso, o agente policial tem a discricionariedade de postergar a voz de prisão em flagrante com o objetivo de esperar o carregamento e dismantelar a organização.

Trata-se, portanto, de exceção ao poder vinculado do agente policial, aqui vigora o poder discricionário.

PRISÃO TEMPORÁRIA

A Prisão temporária não está prevista no CPP, mas na Lei nº. 7.960/89.

Trata-se de prisão decretada por Magistrado, tendo por finalidade colaborar com a investigação criminal. Portanto, só poderá ser decretada na fase de investigação criminal ante a representação da autoridade policial ou representação ministerial, nunca de ofício.

A prisão temporária, conforme art. 2º da Lei nº 7.960/89, possui duração de 5 dias, porém, caso a autoridade policial comprove a extrema necessidade, pode o Magistrado prorrogá-la por mais 5 dias.¹³⁰

O art. 1º da Lei nº 7.960/89 disponibiliza três hipóteses de cabimento de prisão temporária.

O inciso I diz que a prisão temporária caberá quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial.

O inciso II narra que a prisão temporária caberá quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos de identificação.

O inciso III estipula um rol de crimes frente aos quais se pode decretar a prisão temporária; são eles o homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento,

¹³⁰ Conforme art. 2º, § 4º da Lei 8.072/90, nos casos de crimes hediondos ou equiparados, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 caso seja comprovada a extrema necessidade.

epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Existem cinco correntes acerca dos requisitos para a decretação da prisão temporária.

A 1ª corrente entende que se pode decretar a prisão temporária se presente qualquer um dos três incisos.

A 2ª corrente entende que só se pode decretar a prisão temporária se presentes os três incisos.

A 3ª corrente entende que só se pode decretar a prisão temporária se presentes os três incisos e, além disso, as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

A 4ª corrente entende que se pode decretar a prisão temporária se presente um dos crimes do rol do inciso III, combinado com o inciso I ou com o inciso II.

A 5ª corrente, por fim, entende que se pode decretar a prisão temporária se presentes os incisos I e III.

A 4ª corrente é a majoritária.¹³¹

PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do CPP. Poderá ser decretada

¹³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Ibid.*, p. 1002.

pelo Magistrado de ofício (se no curso da ação penal), ou a pedido da Autoridade policial (representação), do membro do Ministério Público (requerimento), do assistente de acusação ou do querelante. Diferentemente da prisão temporária, esta modalidade pode ser decretada na investigação criminal (por representação da autoridade policial) e na fase processual, desde que preenchidos os motivos determinantes (previstos no art. 312) e os requisitos legais (previstos no art. 313).

Conforme já mencionado, a partir de 2011, o CPP passou a disponibilizar as medidas alternativas à prisão (contracautela), isto é, medidas cautelares pessoais que apenas restringem a liberdade do investigado/acusado.

Portanto, atualmente, deve o Magistrado, antes de decretar uma prisão preventiva, verificar a possibilidade de aplicar uma medida alternativa à prisão (uma contracautela). Dependendo do caso concreto, é possível que o Magistrado verifique a possibilidade de garantir a eficácia do processo com menor custo ao acusado.

Contudo essa matéria não será discutida neste texto, pelo exíguo espaço disponibilizado.

Diversamente da prisão temporária, a prisão preventiva não possui prazo fixo para findar. Contudo, deve-se recordar que sua natureza é cautelar, ou seja, de instrumentalidade processual. Deste modo, sua manutenção está intimamente ligada aos motivos determinantes da sua decretação, vale

dizer, enquanto tais motivos não cessarem, a manutenção da prisão se faz necessária.

REQUISITOS

Não há, na doutrina brasileira, uma uniformidade acerca desta classificação, o certo é que a prisão preventiva será decretada sob a análise de três artigos, 312, 313 e 314.¹³²

Gustavo Badaró, por exemplo, prefere classificar em a) pressupostos (art. 312, segunda parte), b) requisitos positivos (art. 312, primeira parte), c) requisitos negativos (art. 314) e d) hipótese de cabimento (art. 313). Já Paulo Rangel separa em a) pressupostos (art. 312) e b) hipóteses legais de admissibilidade da prisão preventiva (art. 313). Porém, como ensinou Guilherme Madeira Dezen, “não há classificações certas ou erradas. Existem classificações mais ou menos adequadas, conforme cumpram sua finalidade ou não.”¹³³

Segundo a doutrina clássica, é necessário que estejam presentes três requisitos para a decretação da prisão preventiva, os pressupostos (art. 312), os fundamentos (art. 312) e as condições de admissibilidade (art. 313).

Os pressupostos estão na parte final do art. 312 do CPP:

¹³² DEZEN, Guilherme Madeira. *Op. Cit.*, p. 752.

¹³³ *Ibid.*, p. 753.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Portanto, dois são os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Para ensejar uma prisão preventiva, os dois pressupostos devem estar presentes. Além disso, é preciso que a materialidade esteja comprovada, porém, quanto à autoria, bastam apenas indícios.

Os fundamentos da prisão preventiva também estão no art. 312:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Garantia da ordem pública – a prisão preventiva visa a evitar que o agente continue delinquindo.

Garantia da ordem econômica – a prisão preventiva será decretada nos crimes

que atinjam a ordem econômica “caso haja risco de reiteração delituosa”.¹³⁴

Conveniência da instrução criminal – a prisão preventiva será decretada visando a impedir que o agente perturbe ou impeça a colheita de provas, por exemplo, destruindo documentos, forjando provas, ameaçando testemunhas etc.

Por fim, para assegurar a aplicação da lei penal – a prisão preventiva será decretada caso se verifique o risco de fuga do agente.

As condições de admissibilidade da prisão preventiva estão no art. 313:

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

¹³⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 969.

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.

O inciso I é claro quanto à possibilidade de aplicação da prisão preventiva, somente para os crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 4 anos.

O inciso II possibilita a aplicação da prisão preventiva independentemente da pena que seja aplicada, desde que o agente seja reincidente em crime doloso, salvo se já “tiver decorrido o período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação”.¹³⁵

O inciso III possibilita a aplicação da prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência, caso haja crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

O parágrafo único é muito claro, isto é, é possível a aplicação da prisão preventiva quando há dúvida sobre a identidade civil do agente ou quando ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Por derradeiro, é importante ressaltar que o art. 314 impede a decretação da prisão preventiva caso o Magistrado constate que a conduta criminosa esteja acobertada por alguma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

CONCLUSÃO

As prisões cautelares dispostas acima são instrumentos de extrema importância para a efetividade processual, mas é sempre bom lembrar que não são derivadas de um decreto condenatório.

As cautelares são medidas de urgência, baseadas no *fumus boni iuris*; em contrapartida, é notória a realidade carcerária brasileira. São fábricas de reincidentes, ou, como disse o Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, “os presídios no país são masmorras medievais”.

Não se nega a importância das prisões cautelares aqui tratadas, são males necessários. Porém, é imperioso que se tome muito cuidado ao aplicá-las, tendo em vista o grande prejuízo ao encarcerado.

Sabedor disso foi que o legislador, além de sistematizar as prisões no sentido de serem a *ultima ratio* no Processo Penal, publicou as medidas de contracautela, ou seja, medidas pessoais que apenas restringem a liberdade do agente, não o privam dela.

¹³⁵ Art. 64 do CP.

Lógico que as medidas de contracautela não podem ser aplicadas a todos os casos, contudo, atualmente, o Magistrado conta com mais uma opção que talvez, no caso concreto, se demonstre razoável.

Tornamos a dizer, as prisões cautelares são instrumentos de extrema importância para o direito processual penal. Não somos abolicionistas, mas é importante lembrar que o processo penal conta com mais um instrumento para garantir sua eficácia e com um custo social muito menor para o acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016,

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal Volume único*. 5ª Ed., Salvador, Jus Podivm, 2017.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22ª Ed. São Paulo, Atlas, 2018.