



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 36

Análise comparativa dos efeitos da lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Comparative analysis of the Law nº 12.403/2011 effects on the Supremo Tribunal Federal cases



UFRGS

Matheus Arcangelo Fedato
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Valter Foleto Santin
Universidade Estadual do Norte do Paraná



Análise comparativa dos efeitos da lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Comparative analysis of the Law nº 12.403/2011 effects on the Supremo Tribunal Federal cases

Matheus Arcangelo Fedato*

Valter Foletto Santin**

REFERÊNCIA

FEDATO, Matheus Arcangelo Fedato; SANTIN, Valter Foletto. Análise comparativa dos efeitos da lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, p. 73-89, ago. 2017.

RESUMO

Busca-se realizar, com o presente estudo, uma análise sobre os principais aspectos da Lei nº 12.403/2011, procurando delimitar suas características e as influências que teve no ordenamento e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com vistas ao disposto pela Constituição de 1988, a lei objeto do presente trabalho visa atender a preceitos como a presunção de inocência, a dignidade humana e o devido processo legal. O problema do trabalho está ligado às modificações que a lei promoveu, notadamente no tocante às medidas cautelares e ao tratamento da prisão. Justifica-se o trabalho pela importância da preservação da liberdade em um país com uma das maiores populações carcerárias do mundo, da qual quase metade é composta por presos sem condenação. Observou-se que as inovações trazidas pela lei foram positivas, colocando as medidas cautelares alternativas como primeira medida, antes da prisão. Quanto às decisões, observou-se que anteriormente à lei a fundamentação era mais direcionada ao encarceramento, apesar do posicionamento diferente de alguns ministros. Posteriormente à lei passou-se a dar mais privilégio à liberdade individual, respeitando-se os preceitos dispostos na legislação. A prisão preventiva e os contornos de medidas cautelares são objeto deste artigo científico, em pesquisa bibliográfica e da legislação esparsa vigente acerca da temática desenvolvida, com o auxílio do método indutivo. Com a finalidade de relacionar o problema à hipótese da pesquisa, o marco teórico utiliza-se dos preceitos constitucionais da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão e da doutrina pátria, que defende o uso de medidas alternativas à prisão.

ABSTRACT

Through the current study, it is intended to carry out an analysis of the main aspects of the Act 12.403/2011, seeking to delimit its characteristics and the influences that it had in the legal system and case law of the Federal Supreme Court. Envisaging the Constitution of 1988, the law object of the present work aims to consider precepts such as presumption of innocence, human dignity and due process of law. The problem raised in this work is linked to the changes that the law promoted, notably with regard to precautionary measures and the treatment of prison. This work is justified by its importance of preserving freedom in a country which has one of the largest prison populations in the world, and almost half of them are prisoners without conviction. It was observed that the innovations brought by the law were positive, placing the alternative precautionary measures as the first option, before arresting. Regarding the decisions, it was noted that prior to the law, the grounding was targeted at imprisonment, despite the different position of some judges of the Federal Supreme Court, and, after the promulgation of the law, individual liberty had more privilege, respecting the precepts laid down in the legislation. The pretrial detention and the circumspection of precautionary measures are the subject of this scientific article, in a bibliographical research and of the sparse legislation on the subject developed, with the aid of the inductive method. Seeking to relate the problem to the research hypothesis, the theoretical framework uses the constitutional precepts of the presumption of innocence and the exceptionality of the prison and the homeland doctrine, which defends the use of alternative precautionary measures than prison.

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

** Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Doutor em Direito pela USP.



**PALAVRAS-CHAVE**

Prisão preventiva. Lei nº 12.403/2011. Medidas cautelares. Decisões judiciais. Jurisprudência.

KEYWORDS

Pretrial detention. Law nº 12.403/2011. Precautionary measures. Judicial decisions. Case law.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve análise da Lei nº 12.403/2011. 2. Análise da jurisprudência do STF. 2.1. Antes da Lei nº 12.403/2011. 2.2. Depois da Lei nº 12.403/2011. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho propõe-se a realizar uma comparação das decisões proferidas pelo STF no tocante à aplicação de prisões e medidas cautelares antes e depois da entrada em vigor da lei nº 12.403/2011, a fim de se poder traçar um panorama da influência da lei na fundamentação dada para justificar as medidas utilizadas.

A problemática se relaciona com a inserção das medidas cautelares diversas da prisão no Código de Processo Penal e a consequente modificação no tratamento das prisões cautelares, consideradas como última medida, sendo possibilitado, desde então, que os investigados e acusados possam cumprir medidas que não sejam ligadas ao encarceramento, implicando em uma modificação na fundamentação das decisões judiciais no STF.

A justificativa do trabalho se encontra na importância da promulgação da Lei nº 12.403/2011, que inseriu no ordenamento jurídico as medidas cautelares diversas da prisão, visando a soluções desencarceradoras e eficazes na fase de instrução processual. Em um país que possui a 4ª maior população carcerária do mundo, da qual quase metade é formada por presos provisórios, importante se faz a análise das influências trazidas pela Lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do STF.

Partindo-se do pressuposto da presunção de inocência, previsto pela Constituição em seu artigo 5º, LVII, não é razoável manter alguém preso provisoriamente sem devida justificativa,

porque ainda não considerado culpado. Dessa maneira, para preservar o disposto na Constituição, a Lei nº 12.403/2011 trouxe medidas alternativas que podem ser utilizadas no lugar da prisão, colaborando com o desencarceramento. Ainda diz o artigo 93, IX, da Constituição que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, sendo importante, então, a análise da fundamentação das decisões do STF no tocante à matéria.

O trabalho possui como objetivos a análise da Lei nº 12.403/2011, mais especificamente seus dispositivos e características, além de sua importância para o Processo Penal. Objetiva-se analisar as influências da Lei nº 12.403/2011 na jurisprudência do STF, notadamente quanto à decretação das prisões cautelares ou de medidas alternativas, antes e depois de sua promulgação. Tem-se, ainda, como objetivo observar a fundamentação das decisões judiciais do STF na decretação das prisões cautelares antes e depois da Lei nº 12.403/2011.

A prisão preventiva e os contornos de medidas cautelares são objeto deste artigo científico, em pesquisa bibliográfica e da legislação esparsa vigente acerca da temática desenvolvida, com o auxílio do método indutivo. Com a finalidade de relacionar o problema à hipótese da pesquisa, o marco teórico utiliza-se dos preceitos constitucionais da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão e da doutrina pátria, que exalta o uso de medidas alternativas à prisão.

1 BREVE ANÁLISE DA LEI Nº 12.403/2011



A Lei nº 12.403/2011¹, de 4 de maio de 2011, buscou trazer uma nova visão às prisões processuais e medidas provisórias dentro de um Estado Democrático de Direito, tendo como base os preceitos determinados pela Constituição de 1988². As normas que tratavam da matéria estavam regidas pelo Código de Processo Penal de 1941, o qual encontrava fundamento na Constituição de 1937³, de características autoritárias.⁴

A Constituição de 1988 trouxe como preceitos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º, LVII), o relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV), fundamentação para decretação (art. 5º, LXI) liberdade provisória (art. 5º, LXVI) etc., que devem influenciar diretamente as normas penais e processuais penais. Entretanto, algumas críticas foram feitas à reforma, por consistir apenas em uma alteração pontual, sendo que seria necessária uma modificação global.

¹ A lei alterou os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal: Artigos. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439.

² “Concebido como um objeto de desejo o Código de Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição de 1988” PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 223, Junho 2011, p. 10.

³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

⁴ MASSON, Cleber Rogério. Prisão e medidas cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Orgs.). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011, p. 29.

Ao invés de se proceder à implantação do Projeto de Lei nº 156/2009⁵, que visava uma reforma no Código de Processo Penal, optou-se pelo reavivamento do projeto de lei nº 4.208/2001, causando estranheza⁶. Os novos dispositivos trazidos pela lei, consoantes com a Constituição, acabam por destoar das demais proposições legais já existentes no Código, resultando apenas em uma reforma parcial.

Adentrando-se à análise da Lei nº 12.403/2011, pode-se perceber que a regra geral é a liberdade do acusado⁷, conforme o artigo 5º, LVII, da CF/88. Segundo o disposto pela lei, a situação de liberdade do indivíduo somente poderá sofrer restrições quando extremamente necessário, sendo que primeiro deve-se analisar se cabíveis as medidas alternativas à prisão, para somente em última análise se proceder à restrição da liberdade. Assevera Odone Sanguiné que:

[...] a privação da liberdade pessoal deve realizar-se com um cuidado extraordinário e com um plus de exigência na responsabilidade do juiz, prevenindo-se, sobretudo, contra as perigosas tentações que desviem a prisão provisória das finalidades atribuídas pela Constituição e pela legislação⁸

Antes de se chegar à prisão preventiva, o magistrado, ao receber o auto do flagrante deverá primeiramente relaxar a prisão ilegal, se for o

⁵ BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 156/2009. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2009.

⁶ “O que se deseja(va) é(ra) um CPP inteiramente novo, elaborado pós-Constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida”, LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 223, Junho 2011, p. 5.

⁷ MASSON, Cleber Rogério. *op. cit.*, p. 10.

⁸ SANGUINÉ, Odone. Os efeitos jurídicos da Prisão Cautelar: a Indenização por prisão injusta e a Detração Penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 2, n. 1, dez. 2014, p. 113. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52345/32189>>. Acesso em: 13 abr. 2017.





caso; converter o flagrante⁹ em prisão preventiva, somente se constantes os requisitos do artigo 312 e se se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁰, tudo conforme o disposto pelo artigo 310 do CPP.

Pela redação dada ao artigo 311, depreende-se que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, quando requerida pelo Ministério Público, querelante ou assistente, ou por representação da autoridade policial, podendo ser decretada de ofício pelo juiz apenas durante o curso da ação penal.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada para determinados crimes. Consoante dispõe o artigo 313, será admitida apenas nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos¹¹; se

⁹ “[...]finalmente vem o flagrante colocado no seu devido lugar, como medida pré-cautelar, preparatória da prisão preventiva, sem qualquer possibilidade de “prender por si só”, como ainda teimavam alguns em sustentar, ainda que o antigo art. 310, parágrafo único não lhes amparasse. Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura inquisitorial encarcerizadora dominante”. LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 6. Ainda, “O dispositivo possui o inegável mérito de sepultar a interpretação que possibilita a manutenção da prisão em flagrante por tempo indeterminado” RABELO, Galvão. A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 225, Agosto 2011, p. 10.

¹⁰ “Destaco dois pontos muito relevantes da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011: [...]a revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então.” RABELO, Galvão. *op. cit.*, p. 6.

¹¹ “A primeira situação que admite a prisão preventiva ocorre quando o crime imputado ao investigado/acusado é doloso e punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos (p. ex. roubo). A anterior redação do dispositivo admitia a decretação da prisão preventiva em qualquer crime punido com reclusão ou detenção (quando se tratava de indicado vadio ou quando existia dúvida sobre a sua identidade e ele não fornecia elementos para esclarecê-la). Agora, independentemente da espécie de pena (reclusiva ou detentiva) é possível a restrição da liberdade, desde que o delito seja doloso e punido com uma sanção superior a quatro anos. Muitas críticas são

tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal; 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 urgência¹².

Será também 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.

Cabe observar que a prisão preventiva não será admitida nos casos em que o crime cometido for culposo, destacando o caráter de *ultima ratio* desse tipo de prisão. Outro ponto importantíssimo é a redação dada pelo artigo 312, exigindo para a decretação da prisão preventiva o *fumus commissi delicti*, ou seja, a existência de provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. Não se requer uma cognição exauriente, mas que seja apta a dizer se o fato consistiu em um ilícito típico, ilícito e culpável.

feitas ao inciso I do art. 313 do CPP”, MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011. In: SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Orgs.). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011, p. 47.

¹² “A referência a violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência alargou o âmbito da lei de violência doméstica? Basta o descumprimento da medida de urgência para decretação da preventiva? O juiz deve assentar a prisão nesse descumprimento e em uma das hipóteses do artigo 312, enquadrando-se a situação possivelmente na necessidade de prisão para garantir a ordem pública a fim de evitar a reiteração criminosa ou para assegurar a aplicação da lei penal”. FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas Cautelares. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 224, Julho 2011, p. 7.





Em cumulatividade com tais requisitos estão a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Existem críticas por parte da doutrina quanto ao argumento da garantia da ordem pública, devida à sua abstratividade. “A prisão para garantia da ordem pública (ou econômica) serve a qualquer senhor, mas não serve para um processo penal democrático e constitucional”¹³. Defende Aury Lopes Junior que

[...] a prisão cautelar, imposta antes de uma decisão final de mérito, sem avaliação profunda da prova, muitas vezes colhida sem o direito à ampla defesa e ao contraditório, baseada em critérios subjetivos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal), é utilizada corriqueiramente, transformando a exceção em regra.¹⁴

Critica-se também o uso da gravidade abstrata do delito, do clamor social ou da credibilidade das instituições. Para fundamentar tal argumento é imprescindível a demonstração da gravidade em concreto do delito, não sendo possível pautar-se na cobrança da sociedade em exigir atuação do poder público, porque se está tratando de uma prisão processual, ainda sem a ocorrência de uma condenação com trânsito em julgado.

No que se refere aos últimos requisitos, instrução e aplicação da lei penal, entende-se que visam a coibir que o investigado ou acusado venha a atrapalhar a investigação criminal, coagindo testemunhas ou eliminando provas. Ainda busca prevenir uma possível fuga do indiciado da jurisdição penal, furtando-se, dessa maneira à aplicação da sanção penal. Estudadas

as principais disposições que se relacionam à prisão preventiva, passa-se a analisar a disciplina das medidas cautelares diversas da prisão. Para Odone Sanguiné:

As novas disposições contidas na Lei nº 12.403/2011 constituem critérios normativos relevantes para a reconstrução de uma ‘teoria geral’ das medidas cautelares pessoais no processo penal, mediante uma sistematização dos seus princípios à luz dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.¹⁵

O artigo 282 do CPP prevê que as medidas cautelares previstas deverão levar em consideração na hora de sua aplicação: a necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais^{16e17}; a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Tais requisitos são importantes e marcam o uso da proporcionalidade na aplicação de medidas que vão de alguma forma restringir os direitos de liberdade do cidadão. Na leitura de Eugenio Pacelli “toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida

¹⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 682.

¹⁶ “pela descrença na bondade do poder punitivo, é importante impedir que o conceito de reiteração criminosa presente na expressão “para evitar a prática de infrações penais” se torne um exercício de ‘futurologia perigosista’ ou que a referência às condições pessoais do acusado seja utilizada para reforçar um direito penal do autor quando não servir à seletividade”. PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ No processo penal constitucional “a prisão tem de ser encarada como uma exceção e a liberdade como uma regra e, por isso, as privações de liberdade anteriores à sentença condenatória [...], devem ter sempre e necessariamente, fundamentação e finalidades cautelares” CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 34.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 5.

¹⁴ SALIBA, MAURÍCIO Gonçalves; SALIBA, MARCELO Gonçalves. PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓSMODERNO! *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 8, fev. 2013, p. 187. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/103>>. Acesso em: 13 abr. 2017.





em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade”.¹⁸

Ambas, “necessidade e adequação [...] são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal”¹⁹. Pela Lei nº 12.403/2011:

[...] foram instituídos os pressupostos da necessidade e adequação para as medidas cautelares, vale dizer, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em fundamentação específica sobre a sua decretação e que deve guiar todo o sistema de medidas cautelares pessoais restritivas de direito ou de liberdade. Necessidade e adequação são as palavras-chaves para verificação de medida cautelar apropriada, qual, quando, por que e por quanto tempo.²⁰

Dispõe o artigo 282, §4º, que no caso de descumprimento das medidas cautelares poderão estas ser substituídas ou que sejam impostas outras em cumulação. Em último caso, ainda não se mostrando suficientes as medidas, a prisão preventiva poderá ser decretada. Cumpre dizer que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, nos termos do artigo 282, §6º, do CPP.

As medidas cautelares alternativas à prisão trazidas pela nova lei estão no artigo 319 do Código de Processo Penal e podem ser aplicadas alternativa ou cumulativamente. O artigo 321 determina que ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares. O artigo 322 permite à autoridade policial conceder fiança nos casos de infração

cujas penas privativas de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

Os artigos 323 e 324 enunciam os casos em que não poderá haver concessão de fiança, quais sejam: nos crimes de racismo; tortura, tráfico, terrorismo e hediondos; nos crimes cometidos por grupos armados; a quem já a tiver quebrado no mesmo processo; na prisão civil ou militar, quando presente os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Os artigos 317 e 318 tratam da prisão domiciliar²¹. Esta poderá ser concedida ao agente que 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 incompletos²².

Dessa maneira, após a análise dos principais dispositivos trazidos pela Lei nº 12.403/2011, passará a se observar no próximo capítulo a fundamentação das decisões judiciais anterior e posteriormente a sua entrada em vigor. Compreende-se que as alterações trazidas pela lei foram profícuas e possibilitaram uma maior democratização do processo penal e a preservação das disposições constitucionais.²³

²¹ Artigo 317: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.”

²² Os incisos V e VI foram incluídos pela Lei nº 13.257 de 2016.

²³ “O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si; e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma cultura democrática no processo penal, a qual só vira com a reforma global e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a mentalidade sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 498.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.*, p. 504.

²⁰ SANTIN, Valter Foleto. Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre prisão preventiva e medidas cautelares. In: SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Orgs). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011, p. 55.





2 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Nesse capítulo serão analisados acórdãos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se relaciona ao tema, buscando-se observar a fundamentação de suas decisões na decretação e manutenção das prisões cautelares, bem como verificar a influência da Lei nº 12.403/2011.

2.1 ANTES DA LEI Nº 12.403/2011

Aqui serão analisados os acórdãos que foram proferidos anteriormente à Lei nº 12.403/2011. Inicia-se a análise com o *HC* nº 89.773-8/MG²⁴, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, tratando de homicídio duplamente qualificado, sendo requerida prisão preventiva após a decisão de pronúncia. Na ementa do acórdão consta que ausente a efetiva demonstração da necessidade da manutenção da segregação preventiva, não se constituem como motivos de justificação a gravidade crime, sua reprovabilidade, nem o clamor público.

A decisão atacada pelo referido *Habeas Corpus*, proferida pelo STJ, havia baseado o decreto preventivo na existência da materialidade e autoria, bem como na garantia da instrução criminal. Conforme modificação promovida pela Lei nº 12.403/2011, o artigo 282, I, II e §6º, do CPP, as medidas cautelares devem fundamentar-se na necessidade e na adequação, devendo ser determinada quando incabível outra medida cautelar.

Dessa maneira, observa-se que o acórdão acima referido, mesmo anterior à lei, já estava

em consonância com ela. O próximo julgado a ser analisado é o do *HC* nº 88.174-2/SP²⁵, em que foi relator para o acórdão o ministro Eros Grau, tratando sobre a impossibilidade da execução antecipada da pena. Assevera na ementa que a prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução antecipada de pena, violando o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição.

Em síntese, a tese aventada baseia-se, além da impossibilidade da execução provisória da pena²⁶, na imprescindibilidade do decreto cautelar para prisão após a condenação em primeiro grau, porque ainda sem condenação transitada em julgado, somente se pode falar em prisões cautelares, não em prisões pena.

Passa-se ao *HC* nº 93.134/SP²⁷, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, que versava

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 88174. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02287-03 PP-00568 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 458-466.

²⁶ Assim: “Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016. “O Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência”, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 91676, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-02 PP-00184 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 311-354.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 93134. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJe-036 DIVULG 28-02-

inquisitório brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 223, Junho 2011, p. 4.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 89773. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 15-12-2006 PP-00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00956.





sobre a decretação da prisão preventiva de estrangeiro para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal por crimes cometidos contra o sistema financeiro nacional. No caso, o paciente havia entregado voluntariamente o passaporte, demonstrando a intenção de submeter-se à jurisdição brasileira.

Aponta ainda o relator que a manutenção da ordem pública não deve estar fundamentada em argumentos genéricos, devendo apresentar correlação com o caso. Assim, importante apontar para o fato da entrega do passaporte pelo acusado, de forma que, dessa maneira, não poderia furtar-se a aplicação da lei penal.

A Lei nº 12.403/2011 promoveu alteração no artigo 319 do Código de Processo Penal, passando a prever as medidas alternativas diversas da prisão, sendo que pelos incisos IV e IX possibilita-se a proibição do acusado de ausentar-se da Comarca, bem como a monitoração eletrônica. Ainda prevê o parágrafo §6º do artigo 282 que a prisão preventiva somente será decretada em caso de não cabimento de medida cautelar diversa.

Mesmo sem as previsões da lei, o ministro relator já vislumbrou a desnecessidade da prisão pelo fato de o acusado ter sido impossibilitado de ausentar-se do país. No *HC* nº 94.404/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello, foi discutida a necessidade da prisão preventiva de estrangeiro residente no Brasil pelo fato de integrar organização criminosa. A prisão havia sido fundamentada na gravidade objetiva do delito, na ofensa à credibilidade das instituições e na suposição de que o réu poderia interferir nas provas.

Em seu voto o ministro assegurou ao estrangeiro todas as prerrogativas de liberdade e do devido processo. Para o relator, houve ausência de demonstração no caso concreto da necessidade de se decretar a prisão preventiva do

paciente. E, não se caracterizando situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual.

Faz referência à presunção de inocência para impedir que o Estado trate como culpado quem ainda não teve sentença penal condenatória transitada em julgado, sendo que a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do réu²⁸.

Com tese semelhante, tem-se o *HC* nº 99.832/MG, também de relatoria do ministro Celso de Mello, que versa sobre a manutenção da prisão em flagrante com fundamento na gravidade objetiva do delito e na até então vedação de liberdade provisória²⁹ de crimes previstos na lei 11.343/2006 (lei de drogas). A proibição da lei foi entendida como inconstitucional pelo relator, porque ofenderia a presunção de inocência, o devido processo legal, a dignidade humana e a proporcionalidade, sob a perspectiva da proibição do excesso.

Quanto à prisão cautelar, o ministro aponta seu caráter excepcional, cabendo apenas para os casos de real necessidade. Esta apenas se legitimaria se além da satisfação dos pressupostos de materialidade e autoria, fosse fundamentada por razões justificadoras de imprescindibilidade. Enquanto medida de natureza cautelar não poderia ser utilizada como punição antecipada do réu.

Assevera ainda que a gravidade em abstrato do crime não pode constituir-se como fator de legitimação da privação da liberdade. Pontua que:

A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) -

²⁸ Ainda, no acórdão é mencionada a preservação da dignidade humana e a utilização da proporcionalidade como proibição do excesso.

²⁹ Ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 104339. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012.

2008 PUBLIC 29-02-2008 EMENT VOL-02309-02 PP-00355 RTJ VOL-00205-01 PP-00378.





não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.³⁰

Para o ministro, não se revelou no caso concreto a necessidade da ocorrência da segregação cautelar, sendo que as determinações de manutenção da prisão, até então, estiveram desprovidas da necessária fundamentação. Não vislumbrou no caso situação que justificasse suficientemente a continuação da restrição da liberdade.

No *HC* nº 101.206/MG, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que trata sobre a manutenção da prisão preventiva num caso de roubo e extorsão. As fundamentações das decisões anteriores pautaram-se pela garantia da ordem pública, relaciona ao clamor social, conforme:

O crime supostamente perpetrado pelos autores é de tamanha gravidade [...] está levando a população [...] a clamar por justiça, gerando insegurança e intranquilidade ao meio social, colocando sob suspeita a credibilidade das instituições, e a sensação da impunidade que a liberdade dos indiciados pode causar.³¹

Além disso, constata o ministro relator a existência de outros fatos que justificariam a prisão para garantir a aplicação da lei penal, porque o acusado se encontrava foragido antes do decreto prisional, demonstrando a intenção de furtar-se à aplicação da lei. Com as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, pensa-se que as medidas cautelares diversas da prisão poderiam vir a ser utilizadas no caso, como a monitoração

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 99832. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-172 DIVULG 30-08-2012 PUBLIC 31-08-2012 EMENT VOL-02658-01 PP-00001.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 101206. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-02 PP-00378.

eletrônica, proibição de ausentar-se da Comarca e comparecimento em juízo.

2.2 DEPOIS DA LEI Nº 12.403/2011

Aqui serão analisados os acórdãos que foram proferidos posteriormente à Lei nº 12.403/2011. Primeiramente será estudada a Questão de ordem nº 1254 QO/Romênia, de relatoria do ministro Ayres Britto, que se relaciona a um pedido de liberdade provisória pelo fato da emissão de cheques sem fundo por estrangeiro.

O ministro fez alusão à verificação da proporcionalidade para a decretação do aprisionamento. Tendo em vista a possibilidade da decretação de medidas alternativas à prisão cautelar, foram determinadas ao acusado medidas alternativas, tais como: a) depósito do passaporte do extraditando neste Supremo Tribunal Federal; b) impossibilidade de sair do Estado sem autorização do Relator do processo de extradição; c) compromisso de comparecer semanalmente à Vara Judiciária para dar conta de suas atividades; d) compromisso de atender a todo e qualquer chamamento judicial.

Em observância aos mandamentos trazidos pela lei, a decisão pauta-se pela verificação da necessidade e adequação das medidas adotadas, deixando a aplicação da prisão apenas em último caso. Assim, “a prisão preventiva para fins extradicionais é de ser balizada pela necessidade e pela razoabilidade do aprisionamento”³².

O *HC* nº 106.446/SP, de relatoria da ministra Cármen Lúcia e relatoria designada para

³² “Prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a prisão preventiva para fins de extradição constitui requisito de procedibilidade da ação extradicional, não se confundindo com a segregação preventiva de que trata o Código de Processo Penal”, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ext 1254 QO. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00076 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 562-571.





o acórdão do ministro Dias Toffoli, relaciona-se com a participação em organização criminosa com a finalidade de praticar ilícitos penais. A paciente se encarregava da comunicação dentro da organização, auxiliando também na arrecadação de valores. Requerida a prisão cautelar, a ministra entendeu que estariam ausentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, considerada como *ultima ratio*.

Como consequência, foram decretadas medidas alternativas, como: 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; e III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Observância da proporcionalidade, atentando-se a inexistência de prisão em flagrante e de antecedentes criminais, e a liberdade provisória da acusada. Nos termos do acórdão:

Considerando que a prisão é a *ultima ratio* das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11), deve o juízo competente observar aplicabilidade, ao caso concreto, das medidas cautelares diversas elencadas no art. 319 do CPP, com a alteração da Lei nº 12.403/11.³³

Considerou não existirem elementos capazes de demonstrar que a liberdade da acusada poderia causar perturbação à sociedade, não restando necessária, portanto, a privação da

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 106446. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-0039.

liberdade³⁴. O HC nº 113.829/BA³⁵, de relatoria para o acórdão da ministra Rosa Weber, está relacionado à prisão preventiva pela suposta prática dos crimes de latrocínio e formação de quadrilha.

Nele optou-se pela manutenção da prisão devido ao fato de existência de circunstâncias concretas indicarem a periculosidade do agente ou risco de reiteração delitiva, pondo em risco a ordem pública, bem como pelas provas de comprovação de autoria e materialidade. Serviria a prisão, assim, como uma forma de evitar “vindita e ainda prevenirá a reprodução de novos fatos criminosos, acautelando o meio social, face a gravidade e a repercussão do comportamento dos agentes e o modo pelo qual foi perpetrado o crime”.³⁶

Cumpra analisar que da fundamentação de decisão do acórdão acima exposto não houve menção à possibilidade do uso de alguma medida cautelar diversa da prisão, nos moldes do prescrito pelo artigo 319 do Código de Processo Penal. Baseou-se tão somente nos argumentos trazidos pelas decisões das instâncias inferiores, não expondo sobre a justificação da periculosidade do agente e da reiteração delitiva.

³⁴ Nesse sentido: No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a ordem pública - acautelamento do meio social - muito embora, não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 106446. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI.

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 113829. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 - trecho da decisão que determinou a prisão.

³⁶ *Ibidem*.





No que se refere ao *HC* nº 125.555/PR, de relatoria do ministro Teori Zavaski, o qual está relacionado aos tipos penais de corrupção passiva (art. 317, CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei nº 9.613/98), tendo como objeto a prisão preventiva de Renato de Souza Duque, ex-funcionário da Petrobras.

A prisão foi determinada para a garantia da ordem pública, garantia da instrução penal e aplicação penal, tendo em vista a possibilidade de reiteração criminosa, de eliminar as provas e de furtar-se de uma possível condenação, tendo em vista a existência de recursos no exterior não declarados, podendo ter a intenção de fugir para o exterior.

O ministro em seu voto alertou para a necessidade da demonstração concreta dos requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Também ressaltou que a prisão preventiva só deve ser determinada se não cabíveis outras cautelares³⁷.

Exaltou que o decreto prisional limitou-se a valorar a existência de indícios de que o investigado manteria expressiva quantidade em dinheiro no exterior e poderia por isso, fugir do país, reiterando a jurisprudência da Corte no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga. Determinou a revogação da prisão preventiva, substituindo-a por outras medidas cautelares, as mesmas aplicadas aos outros investigados em conjunto com o paciente.

O *HC* nº 130.636/PR³⁸, de relatoria do ministro Teori Zavaski, impetrado contra

acórdão do Superior Tribunal de Justiça, trata sobre a decretação de prisão preventiva do paciente, investigado na operação lava-jato, pelos delitos de associação criminosa (art. 288, CP) e lavagem de dinheiro, sob os argumentos de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

A decisão originária de prisão foi do Tribunal Federal Regional, entendendo presentes os requisitos de materialidade e autoria, bem como a proteção da ordem pública pela gravidade concreta do delito, porque fruto de um esquema de lavagem de dinheiro. A prisão foi posteriormente mantida pela sentença. Para o ministro Teori, embora a sentença faça menção a resguardar a aplicação da lei penal, não demonstra concretamente seu fundamento, não sendo suscitados fatos independentes que justificassem nova prisão preventiva.

Em seu voto, o ministro alude à gravidade da medida, invocando como premissa a presunção de inocência³⁹, devendo somente ser decretada a prisão se for o único meio eficiente, sendo que de outra maneira, pode caracterizar-se como uma antecipação de pena. Após, menciona a comprovação de autoria e de materialidade, cumulados com os outros requisitos do artigo 312. Ainda salienta que além dessas premissas, deve-se levar em conta o encarceramento do acusado como único modo eficaz para afastar o risco à segurança pública.

Por conseguinte, alerta para o disposto no artigo 282, §6º, que dispõe sobre a impossibilidade de admissão da prisão se

julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016.

³⁹ A prisão só “deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 80282. Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 2/2/2001). Ainda, “a prisão preventiva - enquanto medida de natureza cautelar - não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 95290. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2012).

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 125555. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC* 130636. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma,





possível sua substituição por outra medida cautelar prevista pelo artigo 319 do CPP. Em relação aos requisitos de autoria e materialidade, o ministro entendeu que estavam satisfeitos, diferentemente daqueles outros, necessários à prisão, como a garantia da instrução criminal.

Como já houve sentença condenatória, esse último não estaria satisfeito, porque há impossibilidade de a instrução ser afetada naquele momento. Quanto à garantia da ordem pública, exaltou que a gravidade do delito, por si só, não é suficientemente apta a ensejar prisão preventiva, sendo necessária a demonstração concreta da possibilidade de reiteração delitiva.⁴⁰

O ministro Teori aponta para fatos como: os crimes imputados ao paciente terem ocorrido há mais de três anos; de o paciente se encontrar preso preventivamente há mais de nove meses; seu afastamento das empresas onde teria praticado os crimes e que a instrução penal já fora concluída, para demonstrar a necessária observância de medidas alternativas diversas da prisão.

Faz alusão a outro acórdão⁴¹ para determinar a aplicação de medidas alternativas

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 94468. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 3/4/2009; RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 5/3/2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 121006. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21/10/2014; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 123701 AgR. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 19/2/2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 121399. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 1º/8/2014; RHC 116995, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 27/8/2013.

⁴¹ “[...] Descaracterizada a necessidade da prisão, não obstante subsista o periculum libertatis do paciente na espécie, esse pode ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que contribuíam para interromper ou diminuir sua atividade, prevenindo-se, assim, a reprodução de fatos criminosos e resguardando-se a instrução criminal, a ordem pública e econômica e a futura aplicação da lei penal, até porque o período de segregação enfrentado também poderá servir de freio à possível reiteração de condutas ilícitas”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 123235. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/12/2014).

ao paciente, tais como: a) afastamento da direção e da administração das empresas envolvidas nas investigações, ficando proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos, e suspensão do exercício profissional de atividade de natureza empresarial, financeira e econômica; b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga; c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização; d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado; e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio; f) proibição de deixar o país, devendo entregar passaporte em até 48 (quarenta e oito) horas; g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica.⁴²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o trabalho foi possível perceber, pela análise da Lei nº 12.403/2011, a tentativa de preservação das liberdades constitucionais, como a presunção de inocência. A lei buscou contextualizar o Código de Processo Penal de 1941, de matiz inquisitiva, com o atual Estado Democrático de Direito, trazendo disposições que estão em consonância com as determinações da Constituição Federal.

Dentre as inovações da lei, pode-se observar a excepcionalidade da prisão preventiva, devendo esta pautar-se pelas máximas da necessidade e da adequação, ou seja, pela proporcionalidade, somente sendo exigida se incabíveis as demais medidas cautelares. Assim, apenas por decisão devidamente

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 130636. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016.





fundamentada é que a prisão poderá vir a ser decretada, entendida essa como a *ultima ratio*.

Mudanças ocorreram também quanto a suas hipóteses de admissibilidade, passando a ser cabível apenas para delitos com pena máxima superior a quatro anos; para os já condenados por crime doloso; nos casos de violência doméstica; quando houver dúvida sobre a identidade do indiciado. Será também cabível a prisão no caso de descumprimento das medidas cautelares impostas.

Quanto à análise da jurisprudência do STF, pode-se observar que anteriormente à Lei nº 12.403/2011 as prisões cautelares eram decretadas em uma maior escala, tendo em vista a inexistência de um meio termo que pudesse ser adotado. Alguns ministros, é importante salientar, já direcionavam seus votos nos moldes do que viria a ser determinado pela lei, entretanto, foi possível perceber que as decisões de tribunais de outras instâncias, que chegavam ao STF por via de *Habeas Corpus*, não possuíam relação com os pressupostos previstos pela lei.

Muitas das justificativas pautavam-se na garantia da ordem pública, notadamente na

gravidade abstrata do delito, no clamor social, na credibilidade das instituições e na periculosidade do agente. Dificilmente decisões eram favoráveis à liberdade do investigado ou acusado, que na maioria das vezes acabaria tendo a prisão decretada.

Após o advento da Lei nº 12.403/2011, houve uma mudança na postura dos ministros e na fundamentação das decisões, que passaram a considerar o disposto pela legislação na aplicação das prisões e outras medidas cautelares diversas. Dessa maneira, a prisão provisória foi deixada um pouco de lado, embora ainda bastante utilizada, para dar lugar às medidas alternativas. A liberdade do indivíduo começou a ser observada nas decisões.

Fundamentações genéricas começaram a ser rechaçadas, como aquelas baseadas em argumentos genéricos, tais como gravidade abstrata ou a perturbação da ordem pública, não se podendo também inferir a periculosidade do réu. E ainda que assim o seja, em primeiro lugar, deve-se observar a possibilidade da utilização das medidas cautelares alternativas à prisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1988.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689/41*. Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1941.

_____. *Lei nº 12.403/2011*. 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. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2011.

_____. *Projeto de lei do Senado nº 156/2009*. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 223, Junho 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.





FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas Cautelares. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 224, Julho 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 223, Junho 2011.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Orgs). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. Prisão e medidas cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Orgs). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, a. 19, n. 223, Junho 2011.

RABELO, Galvão. A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. *Boletim IBCCRIM*, a. 10, n. 225, Agosto 2011.

SALIBA, MAURÍCIO Gonçalves; SALIBA, MARCELO Gonçalves. PRISÃO CAUTELAR: O SUPLÍCIO PÓS-MODERNO! *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 179-190, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/103>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Os efeitos jurídicos da Prisão Cautelar: a Indenização por prisão injusta e a Detração Penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 2, n. 1, dez. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52345/32189>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

SANTIN, Valter Foletto. Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre prisão preventiva e medidas cautelares. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Orgs). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ext 1254 QO*, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00076 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 562-571.

_____. *HC 101206*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-02 PP-00378.





_____. *HC 106446*. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-0039.

_____. *HC 113829*. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

_____. *HC 125555*. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015.

_____. *HC 130636*. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016.

_____. *HC 88174*. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02287-03 PP-00568 LEXSTF v. 29, n. 345, p. 458-466, 2007.

_____. *HC 89773*. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 15-12-2006 PP-00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00956.

_____. *HC 93134*. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJe-036 DIVULG 28-02-2008 PUBLIC 29-02-2008 EMENT VOL-02309-02 PP-00355 RTJ VOL-00205-01 PP-00378.

_____. *HC 94404*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364.

_____. *HC 99832*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-172 DIVULG 30-08-2012 PUBLIC 31-08-2012 EMENT VOL-02658-01 PP-00001.

Recebido em: 15/05/2017

Aceito em: 28/07/2017



