



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
Curso de Direito - FAJS

**LILIANE BARBOSA RIBEIRO DANTAS**

**PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES COMETIDOS COM  
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

BRASÍLIA

2013

**LILIANE BARBOSA RIBEIRO DANTAS**

**PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA  
DOMÉSTICA CONTRA MULHER**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão de curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília. Orientador: Prof. George Lopes Leite

**BRASÍLIA**

**2013**

## RESUMO

O advento da Lei 12.403, de 04 de Maio de 2011, trouxe significativas mudanças para o Direito Processual Penal Brasileiro, principalmente com relação à prisão processual e medidas cautelares. Por isso, faz-se necessário um estudo amplo a respeito da prisão preventiva, analisando os novos aspectos procedimentais, doutrinários e jurisprudenciais, que interferem, inclusive, na Lei Maria da Penha, nos Crimes de Violência Doméstica contra a mulher. Uma das medidas protetivas de urgência utilizadas é a prisão processual, da espécie preventiva. O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar as alterações legais relacionadas à cautelar, as mudanças que ocorreram na jurisprudência e na doutrina, analisando casos reais, uma vez que tal tema é atual e indispensável à efetiva aplicação do direito processual penal.

**PALAVRAS CHAVE:** Prisão Preventiva, Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, Lei 12.403/2011, Lei Maria da Penha, medidas cautelares, prisão processual.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	01
<b>1 PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>03</b>
<b>1.1 Conceito e características.....</b>	<b>03</b>
<b>1.2 Previsão Legal.....</b>	<b>05</b>
<b>1.3 Requisitos para a decretação da prisão.....</b>	<b>06</b>
1.3.1 <i>Hipóteses de cabimento.....</i>	<i>06</i>
1.3.2 <i>Pressupostos.....</i>	<i>11</i>
1.3.3 <i>Circunstancias autorizadoras.....</i>	<i>13</i>
<b>1.4 Fundamentação.....</b>	<b>18</b>
<b>1.5 Prisão Preventiva e a Constituição Federal .....</b>	<b>20</b>
1.5.1 <i>Princípio da Presunção da Inocência.....</i>	<i>20</i>
1.5.2 <i>Princípio da Liberdade.....</i>	<i>22</i>
1.5.3 <i>Princípio da Jurisdicionalidade.....</i>	<i>22</i>
1.5.4 <i>Princípio do Devido Processo Legal.....</i>	<i>23</i>
<b>2 DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR NA LEI MARIA DA PENHA.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 Hipóteses de Cabimento.....</b>	<b>25</b>
2.1.1 <i>Crime de violência doméstica e familiar para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.....</i>	<i>25</i>
2.1.2 <i>Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.....</i>	<i>28</i>
<b>2.2 Mudanças que ocorreram na Lei 11.340/2006 em face da nova Lei 12.403/2011;.....</b>	<b>31</b>
<b>2.3 Controvérsias;.....</b>	<b>35</b>
2.3.1 <i>Crime de desobediência X prisão preventiva.....</i>	<i>35</i>
<b>3 ESTUDO DE CASOS CONCRETOS.....</b>	<b>38</b>
CONCLUSÃO .....	46
REFERÊNCIAS .....	48

Destino este trabalho monográfico primeiramente a Deus, que me concedeu toda força e capacidade para prosseguir e finalizar o curso de direito e a minha família, especialmente a Maria Luiza Barbosa, João Dantas, Luciana Dantas e João Marcelo Dantas, pelo apoio e investimento, essa conquista é nossa.

## INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra o gênero feminino não é algo novo. Desde os primórdios da sociedade a mulher sofre agressões em decorrência da diferença nas relações de poder entre homens e mulheres, bem como, na discriminação de gênero, ainda presente tanto no meio social quanto na família, tonando-se assim um problema social, cultural e político para a humanidade.

Em face desse contexto, em 07 de agosto de 2006, entrou em vigor a Lei 11.340, Lei Maria da Penha, para coibir e prevenir à violência doméstica contra a mulher, e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de agressão no seio familiar.

Foram criadas medidas de proteção, dentre elas a prisão preventiva do agressor, ao se constatar a prática de violência física, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, decretada pelo juiz, em *ultima ratio*. Consoante à dicção do artigo 20 da Lei 11.340/2006, mera transcrição do artigo 311, do Código de Processo Penal.

“Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Ocorre que no dia 04 de julho de 2011, foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff, A Lei 12.403/2011, que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro e criou novas regras para a prisão processual, inclusive regras sobre a prisão preventiva, submetendo a Lei 11. 340/2006, as regras gerais da nova Lei.

Agora, o juiz poderá decretar a prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial,

se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, por força das alterações da Lei 12.403/2011, dos artigos 311 e 312, e 313, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.

Portanto, este trabalho acadêmico vem analisar o instituto da prisão preventiva no direito processual penal brasileiro, baseado nas mudanças ocorridas com a Lei 12.403/2011, e trará uma exposição de quais foram às mudanças com relação ao crime de violência doméstica e familiar contra a mulher e as possíveis controvérsias e casos reais.

Neste sentido, a monografia divide-se em três capítulos. Primeiramente, será abordado a Prisão Preventiva, já com as alterações da nova lei, com minuciosa análise legal, jurisprudencial e doutrinária a respeito de seu conceito, requisitos e os princípios norteadores.

No segundo capítulo, “Decretação da medida cautelar na Lei Maria da Penha”, serão apresentados às hipóteses de cabimento da prisão preventiva cautelar, em face das normas da Lei 11.340/2006, as mudanças oriundas das alterações advindas da Lei 12.304/2011 e algumas controvérsias que surgiram.

Por fim, no terceiro capítulo, “Estudo de Casos Concretos”, trará uma análise de três casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, permitindo entrever, mediante a análise dos votos, as inovações legais aplicadas na prática.

A metodologia versada no presente trabalho é a jurídico-dogmático, discutindo-se apenas os aspectos formais da lei processual penal. O procedimento é o de pesquisa, realizado mediante consulta de livros de doutrina, legislação vigente e a jurisprudência, calcado especificamente em pesquisa bibliográfica e a jurisprudência veiculada pela internet, bem como artigos publicados.

## **1 PRISÃO PREVENTIVA**

No Sistema Jurídico Brasileiro, a liberdade é a regra e a prisão medida excepcional. Dentre as hipóteses de prisão, está instituída a prisão preventiva, regulada no Livro I, Título IX, Capítulo III, do Código de Processo Penal, artigos. 311 a 316, como um instrumento processual que decorre de decisão judicial devidamente fundamentada, podendo ser utilizada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, e mesmo na decisão de pronúncia ou na sentença penal condenatória, devendo, em ambos os casos, estarem presentes os requisitos legais para a sua decretação.

### **1.1 Conceito e características**

A prisão preventiva é uma espécie de prisão processual, considerada também como medida cautelar, constituída na restrição de liberdade do acusado, emanada pela autoridade judiciária competente, de ofício, no curso do processo penal, ou por iniciativa, em qualquer fase da investigação ou do processo penal, inclusive após a sentença condenatória recorrível, a requerimento, que compete ao Ministério Público, querelante ou assistente, ou por representação da autoridade policial, nos termos do artigo 311 da Lei 12.403/2011:

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Por se tratar de prisão sem pena, pois ainda não há uma condenação com trânsito em julgado, a prisão preventiva é uma prisão provisória, de natureza processual cautelar, no qual objetiva resguardar o processo para que este alcance a devida eficácia da prestação jurisdicional. “Priva-se um indivíduo temporariamente da sua liberdade de locomoção, a fim tutelar o processo para que esse alcance a execução da pena.” (FIOREZE, 2011, p.144).

Este instituto visa assegurar a harmonia da ordem pública e econômica, efetivar a lei penal, a preservação da instrução criminal e a execução da pena, quando houver prova da existência do crime, a efetiva existência da materialidade da infração, e indícios suficientes de

autoria, os indícios de que a pessoa acusada fora o autor do crime, a configurar o *fumus commissi delicti*, a fumaça da existência de um crime.(LOPES JUNIOR, 2012, p.824)

Em face da nova Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que modificou alguns dispositivos do Código de Processo Penal. No art. 282, § 6º, a prisão preventiva tem natureza subsidiária, uma vez que “somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. (MARCÃO, 2011, p.121)

Trata-se de medida facultativa, conferindo ao juiz em cada caso concreto, avaliar a necessidade de decretar ou denegar a prisão preventiva, podendo revogá-la ou substituí-la a qualquer tempo no decorrer do processo, desde que desaparecidos os motivos que ensejaram a sua decretação.

É medida excepcional, que só deve ser aplicada quando absolutamente indispensável, como *ultima ratio*, último instrumento a ser utilizado, nos casos em que outras medidas cautelares, diversas a prisão, não se mostrarem suficientes ou adequadas aos fins de tutela do processo principal. Nesse sentido, relata Fernando Capez:“Tratando-se de prisão cautelar, reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculum in mora*.” (CAPEZ, 2007, p. 266).

Na Jurisprudência está pacificado o caráter excepcional da prisão, cabendo a decretação ou a manutenção da prisão em casos de absoluta e real necessidade, se estiverem presentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, conforme já decidiu o Superior Tribunal Federal:

“PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. - A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Brasil, Supremo Tribunal Federal. HC nº 73.922, Ministro Celso de Melo, Dje 232, publicação 27-11-2012.

A preventiva também possui caráter instrumental, ou seja, assegura a efetividade da ação principal em que está conexo, garantindo que o conjunto probatório destinado a fundamentação da decisão, condenatória ou não, seja plenamente realizado:

“O aspecto instrumental da prisão preventiva é visível já na hipótese legal de sua decretação por conveniência da instrução criminal. Fala-se em “conveniência da instrução”, por exemplo, quando o autor do fato delituoso, em liberdade, possa causar algum embaraço a atividade probatória, seja desaparecendo com os vestígios que compõe o *corpus delicti*, seja ameaçando eventuais testemunhas e peritos ou mesmo destruindo e inviabilizando outras fontes probatórias (documentos, coisas etc.).”(MACHADO, 2005, p. 114.)

O caráter provisório também é encontrado. “Trata-se de uma prisão que deve durar o tempo da existência do processo até a solução final. Eventualmente condenado a pena de prisão, o réu estará sujeito à nova sentença, ao encarceramento, agora por força da decisão definitiva” (MACHADO, 2005, p.114). Ensina a doutrina a respeito da provisoriedade da prisão preventiva, a seguir:

“Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um principio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi e/ou no periculum libertatis*, deve cessar a prisão.”(LOPES JUNIOR, 2012, p. 786).

O não cumprimento da provisoriedade caracteriza prisão ilegal, não apenas pelo tempo impróprio, mas também por ausência de fundamentação para a continuidade da prisão preventiva. Neste sentido, o magistrado deverá derrogar a cautelar, se atentar a falta de motivação para a sua existência, de acordo com o artigo 282, parágrafo 5º, da Lei 12.403/11: “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem.”.

## 1.2 Previsão Legal

A base normativa da prisão preventiva, segundo Antônio Alberto Machado, constitui-se:

“fundamentalmente nas normas específicas que definem o instituto do Código de Processo Penal; nos dispositivos e princípios constitucionais aplicáveis as prisões em geral; bem como nas normas de direitos humanos definidos em convenções e tratados internacionais que integram o sistema processual penal dos países signatários. (MACHADO, 2005, p.123)

Além dessas disposições, o Código de Processo Penal brasileiro vigente sistematizou a matéria no Livro I, no título IX, específico da prisão e da liberdade provisória, no capítulo III, mencionada nos artigos 311 a 316.

A Lei 12.403/2011, que proporcionou mudanças significativas na regulamentação de dispositivos do Código de Processo Penal e criou novas medidas cautelares, também trata sobre a prisão preventiva.

### **1.3 Requisitos para a decretação da prisão**

Como medida cautelar excepcional, para que haja a decretação da prisão preventiva é indispensável à análise de determinados requisitos, sem os quais se torna ilegal a aplicação da medida, tais como:

“as hipóteses de cabimento, previstas no artigo 313, incisos I a III, e parágrafo único, e no artigo 312, parágrafo único, c/c art. 282, parágrafo 4º, ambos do Código de Processo Penal; os pressupostos, expostos no artigo 312, caput, parte final, do Código de Processo Penal; e as circunstâncias autorizadoras, indicadas no artigo 312, primeira parte, do Código de Processo Penal”. (MARCÃO, 2011, p. 131)

#### *1.3.1 Hipóteses de cabimento*

O artigo 313 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses de cabimento em que se admite a custódia cautelar preventiva, selecionando crimes que são compatíveis com a prisão:

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

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior

a 4 (quatro) anos;

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

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

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

Será cabível a preventiva quando tenha ocorrido a prática de um crime, “não sendo possível em razão de contravenção penal”, infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada a pena privativa de liberdade, artigo 282, parágrafo primeiro da Lei 12.403/11, que seja da modalidade dolosa, não se admitindo nos crimes culposos, punido com pena privativa de liberdade máxima cominada superior a quatro anos, inclusive os crimes de quatro anos, não importando se castigados com reclusão ou detenção<sup>2</sup>.(MARCÃO, 2011,p.133)

Por ser o critério da redação atual o cabimento da prisão preventiva apenas nos crimes dolosos, exclui diversos tipos penais relevantes em que a pena máxima é 4 anos, como nos crimes de furto, artigo 155 do Código Penal, de receptação, artigo 180, caput, Código Penal, de quadrilha ou bando, artigo 288, do Código Penal, de apropriação indébita, artigo 168 do Código Penal, de contrabando ou descaminho, artigo 334 do Código Penal, entre outros.

Para Aury Lopes Junior, o inciso I, do artigo 313 do Código de Processo Penal, viola o princípio da proporcionalidade<sup>3</sup>, pois limita a imposição da prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pela privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, “ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer requisitos do art. 312, viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade, além do caráter excepcional da medida, a imposição

---

<sup>2</sup>“Na lei anterior, a qualidade da pena prevista era decisiva para a decretação da preventiva, exigindo, em regra, reclusão, alcançando a detenção somente em hipóteses excepcionais”, (FLÁVIO GOMES, 2011, p.151.)

<sup>3</sup>“O Princípio da Proporcionalidade tem sua fundamental importância para a aplicação do Direito à espécie, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias individuais como na aplicação do direito penal onde o Estado tende a violar a liberdade do indivíduo no caso do direito penal brasileiro a mais grave pena aplicada é o encarceramento.” (LOPES JUNIOR, 2012, p.832)

de prisão preventiva em crime culposo.”(LOPES JUNIOR, 2012, p.832)

Ademais, é importante sublinhar que além do crime ser doloso com pena máxima superior a quatro anos, sem a presença da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, e qualquer das circunstâncias autorizadas do art. 312 do CPP, não há que se falar em prisão preventiva.

A hipótese tratada no inciso II, do art. 313, do CPP, autoriza a decretação da prisão quando o réu for reincidente em crime doloso, ou seja, já tiver sido condenado por crime doloso e pratica agora outro crime doloso, “reconhecido na sentença transitada em julgado, da qual não caiba mais recurso, salvo se tiver ocorrido a prescrição da reincidência”. (MARCÃO, 2011, p.134)

De acordo com o artigo 63 do Código Penal Brasileiro: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” Para que se configure reincidência é importante estabelecer dois requisitos: “o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior e a realização de um novo crime.” Assim, quem cometer estes requisitos no caso do crime ser doloso, será considerado reincidente, ensejando a medida cautelar em questão. (SANCHES CUNHA, 2011, p.151)

Para o Procurador de Justiça Jorge Assaf Maluly, tal hipótese trata da periculosidade do agente, em que deve ser reincidente em crime doloso:

“O inciso II do art. 313 do CPP, por sua vez, preocupa-se com a periculosidade do agente, que deve ser reincidente na prática de um crime doloso e que vem a cometer igual espécie de delito. Nesse caso, é irrelevante a pena cominada na nova infração penal. O dispositivo ressalta que a condenação anterior, transitada em julgada, não pode ser considerada, para fins de decretação da prisão cautelar, se alcançada pela prescrição da reincidência (art. 64, I, do CP).”<sup>4</sup>.

Cabe ressaltar que a sentença depois de transitada em julgado no estrangeiro vale para a reincidência, “não necessitando de homologação do STJ; entretanto se o fato for

---

<sup>4</sup>[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011\\_prisao\\_preventiva2.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_prisao_preventiva2.pdf), acesso em 11/11/2012, as 10h .

atípico no Brasil, esta condenação não configura reincidência”. (FLÁVIO GOMES, 2011, p.151).

Se for extinta a punibilidade do acusado, o crime anterior não gera reincidência se antes da sentença transitada em julgado, e se for extinta depois do trânsito em julgado, gera reincidência. Com relação ao benefício do perdão judicial, exposto no art. 120 do Código Penal, quem realiza nova infração não será considerada do como reincidente: “A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.”<sup>5</sup>

Ainda caberá a preventiva, de acordo com artigo 313, inciso III, do CPP, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher (conforme a lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, que coíbe qualquer violência doméstica e familiar contra a mulher), criança (pessoas até 12 anos de idade incompletos, conforme o art. 2º do Estatuto da criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990), adolescente (aquelas entre 12 e 18 anos de idade, art. 2º, da Lei 8.069/1990), idoso (aquele com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do art. 1º da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso), enfermo (aquele que possui algum tipo de moléstia ou doença), ou pessoa com deficiência (pessoa que possui necessidades especiais em razão de alguma deficiência mental ou física), para garantir a execução das medidas cautelares de urgência.

Somente é possível a adequação da prisão em relação a este inciso, se esta for essencial para garantir a realização da medida projetiva de urgência, ou seja, se por algum motivo a liberdade do acusado demonstrar ameaça ao seu descumprimento:

“Para a decretação da medida de exceção, que o crime tenha sido perpetrado contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência no âmbito doméstico ou familiar. É preciso que, além disso, estejam presentes, também os pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, de início, se exigirá a presença da prova da existência do crime e indício de sua autoria, a configurar o *fumus boni iuris*. Além disso, a fim de completar o binômio clássico que inspira toda e qualquer medida cautelar, é de rigor a demonstração do *periculum in mora*, previsto nas quatro autorizadas da prisão constantes da parte inicial do mencionado artigo, ou seja, prisão para garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.” (FLÁVIO GOMES, 2011, p. 153)

Ainda, se admitirá a prisão, conforme o parágrafo único do artigo 313 do Código

---

<sup>5</sup><http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-proporcionalidade/5431/#ixzz2BGkoMaSK>, acesso em 11/11/2012, as 10h e 55 min.

de Processo Penal, 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”, isto tanto na fase de inquérito quando no curso do processo penal. (MARCÃO, 2011, p.137)

Para a doutrina nesta hipótese exige uma leitura cautelosa. Além da dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*:

“Trata-se uma inovação e que, igualmente, exige uma leitura cautelosa. Para que seja decretada a prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação a identidade civil são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Mais do que isso, até por uma questão de proporcionalidade, pensamos ser necessária uma interpretação sistemática, a luz do inciso I do art. 313, para que se exija um crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos.”(LOPES JUNIOR, 2012,p. 835)

Será cabível também a prisão preventiva quando houver descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, e quando estas se tonarem de forma isoladas ou cumulativamente, inadequadas ou insuficientes, conforme determinam os artigos 312, parágrafo único, c/c art. 282, parágrafo 4º e art. 319, ambos do CPP.

São medidas cautelares diversas da prisão, nade acordo com o artigo 319 do Código de Processo Penal:

“Art. 319. I-comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou freqüência 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”.

Cabe ressaltar que quando não for possível a aplicação de outra medida cautelar, a prisão caberá em qualquer fase do inquérito policial e do processo penal, de ofício, pelo magistrado, na decorrência da ação, ou por meio de requerimento do Ministério Público, do querelante ou de seu assistente, ou mediante representação da autoridade policial.

### *1.3.2 Pressupostos*

Além da presença de uma das hipóteses de cabimento, para que seja autorizada a decretada a prisão preventiva, é preciso à existência de dois pressupostos presentes no artigo 312, caput, parte final do Código de Processo Penal, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

O primeiro requisito refere-se à existência da materialidade da infração, ou seja, a prova efetiva da ocorrência do fato criminoso. A determinação para a prisão preventiva somente será realizada se a prática do delito estiver inteiramente provada.

Para a maioria dos Doutrinadores a certeza da concreta existência do crime é condição fundamental e imprescindível ao se aplicar a medida prisional cautelar em questão. Havendo dúvidas, mera suspeita ou simples indício da ocorrência da infração, a preventiva não será expedida. Neste sentido a doutrina aponta: “Não se prende preventivamente o autor de um crime que teria supostamente ocorrido, é preciso que essa ocorrência seja certa e esteja devidamente provada”. (MACHADO, 2005, p.129)

Não se pode prender alguém quando há dúvidas da existência do ilícito penal, pois se parte idéia de que todo réu é presumidamente inocente, como afirma a seguir:

“A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico”. (NUCCI, 2005, p.546)

Entretanto, há controvérsias na doutrina, uma vez que alguns doutrinadores discordam deste entendimento de que a existência do crime deve ser plenamente provada:

“a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas probabilidade razoável. É antes de tudo, uma prognose sobre a questão de fundo, uma metáfora que designa os sintomas de uma situação jurídica. O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e conseqüências apresentam como responsável um sujeito concreto” (LOPES JUNIOR, 2012, p.825).

Para o decreto da prisão preventiva, também é pressuposto indispensável os indícios suficientes que demonstram a autoria, o *fumus commissi delicti*, conforme Renato Marcão, que são demonstrados pelo juiz quando este se convencer que o acusado tenha sido o autor do fato típico e ilícito. (MARCÃO, 2011, p.141)

Esta condição não se trata de convicção, prova ou certeza de quem seja o executor do crime, mas da mera probabilidade, bastando indícios suficientes para o convencimento do juiz de ser o réu o autor do fato criminoso.<sup>6</sup>Entretanto cabe juízo competente, averiguar atentamente a existência dos indícios de forma arbitrária, determinando os critérios colhidos para atestar se são suficientes para a decretação da prisão preventiva:

“para demonstrar a sociedade que os indícios da autoria do ilícito penal recaem sobre a pessoa do acusado, o juiz deverá relacionar todos os atos por ele praticados, segundo a prova dos autos, assim como suas conclusões baseadas no conjunto probatório, que pela boa lógica, possam levar a conclusão de que fora ele o autor do crime” (SILVA, 2011, p.197).

Neste sentido, Rogério Sanches Cunha explica que com relação à autoria, se dispensa a certeza absoluta, bastando à probabilidade razoável da autoria do crime:

“Já em relação a autoria, se satisfaz o legislador com indícios suficientes, dispensando a certeza absoluta (necessária apenas para justificar eventual sentença condenatória). Em suma, basta a probabilidade razoável da autoria

---

<sup>6</sup>Ao contrário pensa o doutrinador Renato Marcão : “Indícios suficientes não são meros indícios, mas indícios veementes, é preciso que o juiz disponha de elementos sensíveis de convencimento a respeito da existência do crime e de aquela determinada pessoa fora o autor( ou partícipe).” (MARCÃO, 2011,p. 141)

delitiva, gerando a convicção de que o agente foi o autor da infração, pressuposto a ser aquilatado no caso concreto” (GOMES, 2011, p.312)

### 1.3.3 Circunstâncias Autorizadoras

Não basta a existência de hipóteses de cabimento e pressupostos para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível que se tenha pelo menos uma das circunstâncias autorizadoras demonstradas no artigo 312, primeira parte, do Código de Processo Penal: a garantia da ordem pública; a conveniência da instrução criminal, a aplicação da Lei penal e a garantia da ordem econômica. “Esses são as quatro hipóteses previstas em lei que autorizam a imposição da medida cautelar, situações que demonstram o *periculum libertatis*, o perigo que decorre do estado de liberalidade do sujeito passivo”.(LOPES JUNIOR, 2012, p.828).

Em primeiro lugar, está fundamentada a prisão para garantir a ordem pública. A ordem pública constitui a paz, a tranquilidade no meio de uma sociedade e quando esta é perturbada ou ameaçada por alguma situação que abale o funcionamento normal da coletividade, deve-se tomar providências para garantir o seu restabelecimento.

Quando a paz social é perturbada por: “situações, condutas e fatores que sejam potencialmente capazes de desencadear algum distúrbio social, cuja dimensão seja mesmo suficiente para abalar o funcionamento normal da coletividade e por em risco a convivência harmoniosa e a segurança das pessoas naquele momento de sua ocorrência.” (MACHADO, 2005.p. 143).

Defende Mirabete que para assegurar a ordem pública não basta a prevenção de fatos criminosos que atingem a ordem social, deve-se atentar para o comportamento do agente, se este revela periculosidade em continuar com a execução do ilícito penal:

“A simples repercussão do fato, porém não se constitui em motivo suficiente para a decretação da custódia, mas está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, ou quando denuncia na prática do crime perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral”. (MIRABETE, 2003, p. 803)

No mesmo sentido, a doutrina afirma que a garantia da ordem pública deve ser visualizada não apenas pela simples perturbação da ordem social e sim pela gravidade da infração, pela repercussão no meio social e pela periculosidade do agente:

“A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração+ repercussão social+ periculosidade do agente. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo a ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, o que gera por certo intranqüilidade.[...] A periculosidade demonstrada pelo réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução também é um fator responsável pela repercussão social.”(NUCCI, 2005, p. 547)

Em consonância com a Suprema Corte, a noção de garantia da ordem pública também se vincula a fatos que se relacionam com o comportamento do réu no risco de continuar na prática do delito e em sua periculosidade:

“O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Onde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). Na concreta situação dos autos, o fundamento da garantia da ordem pública, tal como lançado, basta para validamente sustentar a prisão processual da paciente. Prisão que se lastreia no concreto risco de

reiteração criminosa. Pelo que não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se o caso em análise evidencia a necessidade de acautelamento do meio social quanto àquele risco da reiteração delitiva. Situação que atende à finalidade do art. 312 do CPP. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto revelador da incomum gravidade da conduta protagonizada pela paciente, caracterizada pela exacerbação de meios e a partir de motivo torpe. A evidenciar, portanto, periculosidade envolta em atmosfera de concreta probabilidade de sua reiteração. Precedentes. 5. Sempre que a maneira da perpetração do delito revelar de pronto a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto prisional a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública”.<sup>7</sup>

A segunda finalidade da decretação da prisão preventiva é para garantir a ordem econômica. A Ordem Econômica “é a tranquilidade e harmonia do Sistema Financeiro ou mesmo do Mercado de Ações e Valores”. (LOPES JUNIOR, 2012, p.829). Aqueles que tiverem condutas passíveis de causar abalo a essa ordem serão punidos com a prisão:

“tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP, por força da Lei 8.884/94, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 829).

Dessa forma a doutrina, descreve os crimes que ameaçam a ordem econômica:

“aqueles praticados por grandes corporações com abuso de seu poderio econômico e com a inescandível finalidade de obter vultosos lucros. São crimes que exibem os contornos da criminalidade organizada, geralmente praticados com o concurso de várias pessoas e por meio de manobras complexas, muitas invisíveis, como é o caso, por exemplo, da evasão de receitas mediante complicadas operações contábeis, ou da lavagem de capitais com a utilização de empresas de fachada. Portanto, são crimes sórdidos que lesam o interesse público e um número expressivo de pessoas.”(MACHADO, 2005, p. 155).

---

<sup>7</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. HC nº 94330, Ministro Relator Cezar Peluso, publicação 23-04-2012.

Portanto para verificar essas práticas de abuso econômico e financeiro, a prisão preventiva, através de seu caráter instrumental e cautelar, tem a finalidade de assegurar à efetividade da principal, a fim de resguardar a ordem econômica, protegendo a sociedade dos: “crimes financeiros e das lesões econômicas e suas repercussões na ordem financeira”. (MARCÃO, 2011.p. 148)

Outra modalidade de decretação da prisão preventiva, de acordo com Código de Processo Penal, em seu artigo 312, é a imposição por conveniência da instrução criminal, para efetuar a colheita do conjunto probatório necessário no prosseguimento regular do processo e evitar que o réu obstrua as evidências reais que irão revelar a verdade.

A instrução criminal é a fase da ação penal em que se busca pela veracidade real, são colhidas todas as provas de modo geral para que se efetue a instrução do processo. Uma vez que o acusado transtorna o desenvolvimento desta fase, sejam por ameaças as testemunhas ou vítimas, seja por desaparecimento de evidências como provas documentais ou qualquer vestígios, ou então por ameaças dirigidas, será cabível a prisão preventiva.

Conforme Rogério Sanches Cunha são condutas inaceitáveis, que trazem perigo a colheita de provas: “a ameaça de personagens atuantes no processo, aliciar testemunhas falsas, desaparecer com vestígios do crime, destruir documentos”; (SANCHES CUNHA, 2011. p. 148.). Neste caso, é admitida a cautelar do acusado, até que a produção das provas necessárias se realize, evitando o dano ou o desaparecimento dos elementos probatórios.

No mesmo entendimento, os tribunais vêm julgando a favor da decretação da medida para garantir a instrução criminal quando o acusado dificulta a coleta das provas essenciais ao alcance da verdade no processo:

“Se a liberdade do acusado está a dificultar a coleta dos elementos de convicção necessários ao alcance da verdade processual — notadamente quando a envolver indevida influência à prova testemunhal —, faz-se necessária a decretação da prisão preventiva. Noutras palavras: o risco de o acusado criar obstáculos para a coleta da prova é o bastante para a decretação da prisão preventiva, sob o título da conveniência da instrução criminal.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup>Brasil, Supremo Tribunal Federal. HC nº 105614/RJ, Relator Ayres Britto, DJe-111, publicado em 10-06-2011.

Também recomenda o Senhor Desembargador Jesuino Rissato, a determinação da prisão cautelar para assegurar a conveniência da instrução criminal, quando há ameaças contra testemunhas e possível extinção de provas:

“É recomendada a prisão cautelar também para a conveniência da instrução Criminal, quando há indícios de ameaças contra as testemunhas e possível supressão de provas, a demonstrar a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.”<sup>9</sup>

Contudo, somente a conveniência não justifica o decreto da cautelar, são necessários informações concretas e indícios verdadeiros de estar o réu com o *animus* de exterminar com as provas do processo e quando a realização da prova seja absolutamente necessária.

“a conveniência da instrução como motivo para a imposição da prisão cautelar somente tem procedência quando a realização da prova é absolutamente necessária e quando a liberdade do réu põe em risco a colheita da mesma. Assim se a prova for supérflua, ou se puder ser obtida por outro meio, sem a prisão do acusado, não será justificável a custódia deste ultimo apenas para facilitar a produção daquela.” (MACHADO, 2005, p. 151)

Por fim, a prisão pode ser decretada para assegurar a aplicação da Lei Penal. Este requisito assegura a finalidade do processo penal e proporciona ao Estado o direito de punir, decretando a sanção devida ao autor da infração penal. Assim, não haveria sentido o ajuizamento da ação penal, se não fosse proporcionado o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso.

Quando o autor põe em risco a certeza da aplicação da Lei Penal, se desviando da sua responsabilidade penal, a solução tem sido decretar a medida cautelar para garantir a efetividade do processo:

---

<sup>9</sup>Brasil, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 577.541, Desembargador Jesuino Rissato, Dje 170, publicado em 10-04-2012.

“Em resumo, é basicamente a fundada possibilidade de que o autor do crime pretende desonerar-se de sua responsabilidade criminal, evadindo-se, o motivo que justifica a imposição da prisão preventiva como meio de garantir o efetivo resultado da ação penal possivelmente condenatória. Ou seja, se a liberdade do imputado Poe em risco a certeza de aplicação da lei penal, a solução tem sido mesmo o decreto de sua custódia cautelar para garantir a efetividade do processo.” (MACHADO, 2005, p. 153)

São casos em que há concreta necessidade da prisão preventiva, conforme a doutrina, a fuga do acusado, com a intenção de frustrar a efetiva atuação da lei, ou então ter o réu se ausentado do distrito de culpa, pois se presume que ele pretende furtar-se da ação penal, justificando, portanto a cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

A Jurisprudência também tem justificado a medida cautelar quando o indiciado tentar ocultar o seu paradeiro ou destino, buscando transferir o seu domicílio para lugar não declarado ou se esquivar da ação penal, fugindo do distrito da culpa.

“A quebra dos compromissos assumidos quando da concessão da liberdade provisória, a fuga do distrito da culpa e a indicação de endereço falso no termo de compromisso são fundamentos mais do que suficientes para a decretação da prisão preventiva, máxime quando o paciente permanece foragido, já que evidenciam o risco à aplicação da lei penal.”<sup>10</sup>

Portanto, estando o acusado em liberdade, a certeza da aplicação da lei penal estará em risco, tendo como solução o decreto de prisão para garantir a efetiva finalidade do processo.

#### **1.4 Fundamentação**

A Constituição Federal de 1988 determina no art. 93, inciso IX, o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, em que “toda decisão judicial deve ser fundamentada sendo indispensável ao juiz justificar as razões pelo qual decreta, revoga e deixa de ordenar a excepcional medida de prisão, sob pena de nulidade”.

---

<sup>10</sup>Brasil, Supremo Tribunal Federal. HC nº 106000 MG, Relatora Rosa Weber, DJe-061, publicado em 26-03-2012

Também dispõe o art. 315 do Código de Processo Penal: “o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”, sem a devida justificativa, o ato será nulo e haverá o constrangimento ilegal a liberdade de locomoção do indivíduo, cabendo, de acordo com o deferimento do Habeas Corpus pela Suprema Corte:

“Alegada falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva exarado contra os pacientes. Decisão que não indica elementos concretos hábeis a ensejar o decreto cautelar.”<sup>11</sup>

Para o ordenamento jurídico brasileiro é dever motivar as decisões judiciais. O juiz deve sempre motivar a sua decisão, quer para decretar, quer para revogar, quer para deixar de ordenar a prisão provisória.

A decisão do juiz de direito deve constar mais do que um simples pronunciamento, deve não somente indicar as condições pessoais do agente ou a simples cópia das hipóteses legais é necessário que os fundamentos se consistam em fatos concretos, que deixem adequada a implantação da custódia, uma vez que se trata da restrição da liberdade individual do acusado.

Também se admite a fundamentação concentrada no parecer do Ministério Público. Se esse parecer demonstrar toda a análise das provas, estiver bem estruturado, e apontar a necessidade da prisão preventiva, poderá o juiz acolher como fundamentação.

Neste sentido, a jurisprudência tem a interpretação de que a fundamentação das decisões judiciais é um elemento indispensável e essencial para a validade das sentenças, se tornando uma garantia aos indivíduos contra eventuais exageros ou injustiças do magistrado:

“O ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial à válida configuração dos atos sentenciais, refletiu, em favor dos indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a magistrados e Tribunais. - O juiz pronunciante deve, sempre, motivar a sua decisão, quer para decretar, quer para revogar, quer para deixar de ordenar a prisão provisória do réu

---

<sup>11</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. HC nº 107617 ES, Relator Gilmar Mendes, Dje 170 e publicação 05-09-2011.

pronunciado. - Não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os juízes e tribunais estão, ainda que se cuide do exercício de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constitutivos do "*status libertatis*" que pratiquem no desempenho de seu ofício. - A conservação de um homem na prisão requer mais do que um simples pronunciamento jurisdicional. A restrição ao estado de liberdade impõe ato decisório suficientemente fundamentado, que encontre suporte em fatos concretos.”<sup>12</sup>

Cabe ressaltar que a justificativa pela autoridade em suas sentenças não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência. Mesmo pressupondo a inocência do acusado, a princípio, uma vez que o juiz demonstra e apresenta a necessidade da medida cautelar, em decisão fundamentada, caberá à prisão preventiva do réu.

## **1.5 Prisão Preventiva e a Constituição Federal**

Por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, seu sistema organizacional é regido por uma Constituição, a lei fundamental e suprema de um Estado. Nesta Carta Magna, há um sistema normativo constitucional que exerce uma perceptível importância sob os demais ramos do direito. No que diz respeito à prisão preventiva os princípios constitucionais permitem explicar a essência do instituto, sendo legal somente quando se atende aos princípios fundamentais e básicos da Constituição..

### *1.6.1 Princípio da Presunção da Inocência*

A Carta Magna consagra em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. “Nenhum delito pode ser considerado cometido e ninguém pode ser culpado sem antes ser submetido a uma pena, até que se produzam provas mediante um processo penal.” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 236). O maior interesse em questão é assegurar liberdade do indivíduo, garantindo que todos os inocentes sejam protegidos frente à atuação punitiva do Estado.

---

<sup>12</sup>Brasil, Superior Tribunal Federal. HC nº 68530 DF, Relator Celso de Mello, DJ 12-04-1991.

Por outro lado, a preventiva está disciplinada na Lei 12.403/11 e como medida cautelar possibilita ao juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, em qualquer fase da investigação policial, do processo penal, ou ainda no curso da ação penal, decretar prisão em face do acusado.

A princípio, possui natureza cautelar, afim de que se preserve o princípio da presunção de inocência, levando a conclusão de que qualquer forma de prisão cautelar é inconstitucional de acordo com o sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, a própria Constituição estabelece a possibilidade jurídica das prisões cautelares, no seu artigo 5º, incisos LXI, *in verbis*: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade jurídica competente”.

Na doutrina assim como nos tribunais, tem se entendido que a presunção da inocência não estabelece causa impeditiva da preventiva ou de outras medidas acautelatórias, ao presenciar os requisitos que a justifique. Posto isso, ensina Luiz Flávio Gomes:

“O princípio da presunção da inocência não constitui causa impeditiva da decretação da prisão ou outras medidas cautelares, quando presentes os seus requisitos justificadores. É que a presunção de inocência não é absoluta. Possui natureza “*iuris tantum*”. A prisão cautelar não se confunde com a prisão penal: a prisão cautelar tem finalidade instrumental; já a prisão penal tem finalidade retributiva e preventiva. A primeira não conflita com a presunção de inocência quando o juiz fundamenta a necessidade concreta da prisão (evidenciando, com base em fatos provados, a sua imprescindibilidade).”(GOMES,2011, p.37)

É pacífico na jurisprudência o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não afasta a prisão preventiva:

“A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. “A antecipação cautelar da prisão”, conforme lição do

eminente Ministro Celso de Mello, “não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade”<sup>13</sup>

### *1.6.2 Princípio da Liberdade*

A inviolabilidade da liberdade individual constitui regra no ordenamento jurídico Brasileiro, prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal e reconhecida também como direito fundamental. Consiste no direito de ir, vir e permanecer.

Em regra, toda pessoa tem direito a liberdade de locomoção, de estar em liberdade. A sua excepcionalidade, a restrição ou privação a liberdade, só é cabível quando devidamente prevista em lei e fundamentada pela autoridade competente.

No artigo 7º, 2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, expõe que “ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” No Brasil, portanto encontram-se várias possibilidades legais e constitucionais de prisão.

Portanto no que diz respeito à prisão preventiva, a regra é a liberdade e a exceção a decretação da prisão cautelar, devendo ser escrita e fundamentada pela autoridade competente, quando os fatores e requisitos justificarem a sua aplicação.

### *1.6.3 Princípio da Jurisdicionalidade*

No Brasil o princípio da jurisdicionalidade esta previsto no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Brasileira, no qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” Assim, a ordem de prisão deve ser advinda do Judiciário, não admitindo, a prisão por meio de autoridades administrativas.

O artigo 283 da Lei 12.403/2011 também determina que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em

---

<sup>13</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. RHC 108440 DF, Ministra Relatora Rosa Weber, DJe 074, publicação em 17-04-2012.

decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Assim, todas as medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva, somente devem ser decretadas pelo juiz. Nenhuma outra autoridade, seja o delegado de polícia, seja o Ministério Público, pode decretar tais medidas. É o que declara Luiz Flávio Gomes: “As medidas cautelares somente se justificam quando o juiz apresenta fundamentação convincente. É ao juiz que compete aquilatar todas as exigências das medidas cautelares.” (GOMES, 2011,p. 48)

#### *1.6.4 Princípio do Devido Processo Legal*

A Constituição Federal de 1988, também dispõe em seu art. 5º, inciso LVI, um dos princípios mais relevantes do processo, o princípio do devido processo legal, que garante: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O Princípio do devido processo legal também está disposto no art. XI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada segundo a lei, em julgamento publico no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.”

O devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais importantes no processo, pois assegura a proteção ao direito de liberdade de um indivíduo e, a plenitude de defesa, protegendo as partes e aos réus ao contraditório e a ampla defesa:

“Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa opor-se ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.” (GOMES, 2011, p. 15)

A regra no ordenamento jurídico é a liberdade, conforme com o devido processo legal, contudo tem a predominância nos tribunais e na doutrina que em situações de necessidade se aplicará a prisão. Posto isso, a prisão preventiva não será contra a Constituição Federal, será exceção à regra, determinando-se ao juiz o dever de fundamentar os motivos pelo quais deva ser encarcerado ou mantido a prisão antes determinada do acusado.

## 2 DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei que reformou o Código de Processo Penal, Lei 12.403/2011, tratou diretamente da violência doméstica e familiar contra a mulher, especificamente no artigo 313, inciso III, e, indiretamente nos artigos 282, parágrafo 4º e o artigo 312, parágrafo único, que modificaram a Lei Maria da Penha. Sendo assim, as hipóteses de cabimento de prisão preventiva nos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher são: quando a infração envolver violência familiar e doméstica em desfavor da mulher para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e quando houver o descumprimento de qualquer das responsabilidades impostas por força de outras medidas cautelares, desde que presentes os requisitos do art. 312 e os pressupostos gerais. (FLÁVIO GOMES, 2011, p.231)

### 2.1 Hipóteses de Cabimento

#### *2.1.1 Crime de violência doméstica e familiar para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*

Em consonância do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, se estabelece diretamente a primeira hipótese de cabimento da preventiva, na lei 11.340/2006, quando há a prática de infração penal que envolve violência doméstica e familiar contra a mulher para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Conforme o art. 313 do Código de Processo Penal, será permitida a decretação da prisão:

“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;”

A violência doméstica contra a mulher, conforme o artigo 5º, incisos I a III, da Lei 11.340/2006, consiste em “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito doméstico, “espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar; no âmbito

da família, comunidade formada por aparentados, unidos tanto por laços naturais, quanto por afinidade; ou por vontade expressa,” e em “qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente se tenha coabitado ou não”.

Averiguada a prática de violência doméstica e familiar, como meio de garantia dos seus direitos e proteção, o juiz pode aplicar subitamente, em conjunto ou apartadamente, medidas protetivas de urgência, para impedir e precaver qualquer distinção, abuso, violência, maldade e tirania, contra a mulher, sendo elas, entre outras, conforme o disposto no artigo 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006:

“Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.”

“Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.”

As medidas protetivas de urgência são consignadas como um dos maiores progressos ao combate da violência doméstica e familiar na Nação Brasileira. Seu escopo é assegurar o apoio e o resguardo da mulher. Caso o ofensor não cumpra qualquer medida protetiva de urgência determinada pelo magistrado competente, caberá à prisão preventiva para a proteção da vítima e de sua integridade. É pacífico o entendimento dos Tribunais em decretar a preventiva quando há a inadimplência das medidas protetivas de urgência:

“HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - REITERAÇÃO - AMEAÇAS DE MORTE - REINCIDENTE - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - FIXAÇÃO DE MULTA - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - ATIPICIDADE DA CONDUTA -DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA - POSSIBILIDADE.  
I. Presentes os indícios de autoria e materialidade dos crimes, bem como a necessidade de garantia da ordem pública, a prisão preventiva deve ser mantida.

II. As circunstâncias em que o ilícito foi cometido e o descumprimento de medida protetiva de urgência deixam clara a necessidade de segregação. Mesmo proibido de manter contato com a vítima, por força de decisão judicial, o paciente voltou a procurá-la e ameaçou matá-la.

III. Na hipótese de descumprimento de medida protetiva, é possível que a imposição de pena pecuniária afaste o crime de desobediência, por atipicidade. Todavia, remanesce a ameaça, grave o suficiente para manter o paciente segregado. A medida extrema está justificada diante da probabilidade de as eventuais ameaças concretizarem-se.”<sup>14</sup>

### 2.1.2 Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Na segunda hipótese, se estabelece nos artigos 312, parágrafo único e 282, parágrafo 4º, ambos da Lei 12.403/2011, a necessidade de segregação por meio de prisão preventiva, nos crimes determinados na Lei Maria da Penha, quando ocorrer o não cumprimento de qualquer das obrigações impostas por via de outras medidas cautelares, sempre como *extrema ratio* da *ultima ratio*. (FLÁVIO GOMES, 2011, p.231)

“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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.”

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.”

---

<sup>14</sup>Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n. 633178, Relatora Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, julgado em 08/11/2012, DJ 13/11/2012 p. 217.

Quando há a infração de violência doméstica contra a mulher, além das medidas protetivas de urgência, estabelecidas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei 12.403/2011, criou uma série de medidas cautelares diversas a prisão, ordenadas pelo juiz e demonstradas no rol exemplificativo do artigo 319, do Código de Processo Penal, sempre ponderando sua urgência e apropriação, artigo 282, da Lei 12.403/2011:

“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 investigado 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 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.”

As medidas de restrição de direitos, apontadas no artigo 319, do Código de Processo Penal, variam de maior ou menor rigor. Cabe, portanto, ao juiz, averiguar a necessidade e adequação da prisão preventiva, em cada caso concreto.

De acordo com o inciso I, do artigo 319, do CPP, o acusado deverá comparecer em juízo, no prazo e nos termos determinados pelo magistrado, para notificar e comprovar suas atividades. O inciso II, estabelece o impedimento de entrar ou visitar lugares específicos quando, por motivos relacionados ao fato, deva o ofensor manter distancia desses locais para impedir que novos delitos sejam cometidos; no inciso III, é expressa a proibição do contato com determinadas pessoas que estejam relacionadas com o fato, medida já disposta no artigo 22 da Lei 11.340/2006.

Para que haja a garantia da investigação policial ou da instrução processual, o inciso IV dispõe sobre a proibição do réu de se afastar da Comarca. O inciso V prevê o

encarceramento domiciliar do acusado durante a noite e nos dias de inatividade, quando tenha domicílio e emprego fixos, assemelhando-se ao regime de prisão-albergue, de acordo com a doutrina:

“Essa medida cautelar assemelha-se ao regime de prisão-albergue domiciliar previsto na LEP. Dessa forma, tratando-se de uma forma de restrição da liberdade de ir e vir da pessoa, sua adoção deve seguir os mesmos critérios da prisão preventiva. Não nos parece razoável, assim, decretar o recolhimento domiciliar se o delito for apenado apenas com multa ou se for culposo.”<sup>15</sup>

Outra medida diversa a prisão, prevista no inciso VI, é a suspensão da atividade profissional que tenha natureza pública, econômica ou financeira, quando houver receio de sua utilização para a prática de crimes. Ao continuar exercendo suas funções, o indiciado poderia criar obstáculos para a instrução do processo ou até cometer outros delitos, tendo livre acesso aos mesmos meios que o levaram a prática delituosa. Por isso se criou esta medida, para impedir, desde logo, a reincidência ou novos atos criminosos.

A interdição provisória nas hipóteses de infrações praticadas com violência ou grave ameaça, quando for o caso de inimputabilidade ou semi-imputabilidade e houver risco de reincidência, refere-se à internação na fase provisória, que deve ocorrer em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, conforme o art. 99 da Lei de Execuções Penais e o art. 96, I, do Código Penal.

A fiança, antes empregada apenas nos casos de liberdade provisória, agora são cabíveis nos delitos que asseguram o comparecimento aos atos do processo, para impedir a interrupção do seu prosseguimento ou em caso de resistência injustificada determinação judicial, conforme o inciso VII, do art. 319, do CPP.

Por fim, a monitoração eletrônica, inciso IX, do art. 319, do CPP, como medida cautelar diversa a prisão, é admitida tanto no curso da investigação ou da ação penal:

“A pessoa submetida a essa medida deverá ter adotar os necessários cuidados com o equipamento, além de abster-se de remover, de violar, de modificar, de

---

<sup>15</sup>[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011\\_medidas\\_cautelares.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_medidas_cautelares.pdf), acesso em 20/11/2012, as 07h e 56min.

danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica, ou de permitir que outrem o faça.”<sup>16</sup>

O descumprimento de tais medidas cautelares diversas a prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, também autoriza a decretação da prisão preventiva, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ressaltando-se que esta deve ser imposta em último caso, como medida extrema, quando as medidas cautelares se mostrarem insuficientes para garantir a ação penal.

## **2.2 Mudanças que ocorreram na Lei 11.340/2006 em face da nova Lei 12.403/2011**

A Lei 12.403, publicada em 04 de maio de 2011, entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, produto do projeto de Lei 4.208/2001, que alterou preceitos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, concernentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, dando outras providências.<sup>17</sup>

Teve como finalidade instituir diversas medidas cautelares de natureza processual penal, para adequar o Código de Processo Penal, de 1941, a atualidade brasileira e aos preceitos constitucionais vigentes na Carta Magna de 1988.

No que diz respeito à prisão preventiva e o tema de violência intrafamiliar contra a mulher, os novos dispositivos da Lei, modificaram a interpretação que vinha sendo dada, conseqüentemente trazendo inovações para as hipóteses de medidas cautelares contidas na Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha.

O artigo 282, parágrafo 4º, da Lei 12.403/2011, trata dos crimes em que envolvem violência doméstica e familiar contra mulher, se correlacionando com a prisão preventiva. Anteriormente não havia previsão. Atualmente prescrição legal estabelece:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

---

<sup>16</sup>[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011\\_medidas\\_cautelares.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_medidas_cautelares.pdf), acesso em 20/11/2012, às 08h e 10min.

<sup>17</sup><http://www.webartigos.com/artigos/a-lei-12-403-2011-e-as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao/80851>, acesso em 16/05/2013, às 14h25min.

Parágrafo, 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.”

As medidas cautelares podem ser aplicadas aos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, descritos na Lei Maria da Penha, uma vez que se dirigem a qualquer crime desde que sejam preenchidos os requisitos da medida. Além do mais, a Lei 11.340/2006 permite que tais medidas, conforme o artigo 22, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem.

Portanto caberá prisão preventiva, ao se constatar a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, para o caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas pelo juiz, pelo agressor, sempre como última medida.

Na redação anterior a nova Lei, o artigo 311 determinava que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberia a prisão preventiva determinada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. Com a nova lei, houve algumas mudanças significativas no que diz respeito às autoridades públicas e as partes do processo:

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Foi incluída a pessoa do assistente, com legitimidade para requerer a prisão, o que não havia antes.

Antes da edição da nova Lei, a prisão cautelar poderia ser decretada de ofício pelo juiz quando nem ainda havia processo instaurado, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal. Com a nova lei, a prisão decretada de ofício pelo juiz só pode ocorrer com a vinculação do processo.

Outra oportunidade que tratou dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher foi o artigo 312 do Código de Processo Penal. Anteriormente se previa:

“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.”

Com a nova redação da Lei 12.403/2011, o caput deste artigo foi mantido de acordo com a previsão anterior, havendo a reforma, foi criado o parágrafo único, que trata do descumprimento de qualquer obrigação imposta em face de outras medidas cautelares:

“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.”

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.”

Além da possibilidade de prisão para assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução, ou garantir a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a nova Lei estabeleceu o critério de cabimento da prisão pelo descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

No artigo 313 do Código de Processo Penal, se estabelecia, na redação anterior, quatro hipóteses de admissão para a decretação da prisão preventiva:

“Art. 313. Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I- punidos com reclusão

II- punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indiciar elementos para esclarecê-la;

III- se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

IV- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.”

O legislador revogou o inciso IV, e o colocou no inciso III. A disposição do inciso III do normativo anterior foi deslocado para o inciso II da nova Lei e o inciso II veio como parágrafo único, sendo excluída a hipótese a decretação da prisão preventiva quando o acusado for vadio:

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

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

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

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

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

Com relação ao artigo 319 da supracitada Lei, criaram-se medidas cautelares novas, devendo ser a regra, e a prisão provisória a exceção. Esta regra também se encaixa nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, Lei Maria da Penha. O juiz deverá priorizar a aplicação dessas medidas cautelares diversas prisão e em ultimo caso aplicar a prisão preventiva.

Portanto, de conforme com o novo dispositivo da Lei 12.403/2006, o art. 319, o juiz pode determinar, isolada ou cumulativamente, as medidas cautelares diversas a prisão, no curso da investigação ou do processo penal.

## **2.3 Controvérsias**

### **1.1.1 Crime de desobediência X Prisão preventiva**

Há grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito do descumprimento de medidas protetivas de urgência, se configura ou não crime de desobediência ou prisão preventiva do acusado.

Conforme o artigo 312, parágrafo único e artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, “a prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”, bem como para garantir a execução das medidas protetivas de urgências deferidas pelo juiz.

Quando o acusado descumpre qualquer das medidas impostas pela autoridade judiciária, no curso da ação penal, cabe prisão preventiva para assegurar a ordem pública, econômica, a efetiva conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, inclusive a integridade física, psíquica e a segurança da vítima e família.

Já no crime de desobediência, em consonância com o artigo 330 do Código Penal Brasileiro, “todo aquele que desobedecer a ordem legal de funcionário público, recebe pena de detenção de 15 dias a 6 meses, e multa”. Tem por objetivo assegurar o cumprimento de ordem legal determinada por funcionário público competente, o representante do Estado. Não se trata de mero pedido ou solicitação, “é necessário que haja uma ordem, uma determinação expressa, e que esta seja transmitida diretamente ao destinatário, a aquele que tenha o dever de obedecê-la.” (CAPEZ, 2010, p.551).

Para alguns autores no caso de desatendimento ou insubmissão a qualquer obrigação legal imposta pelo juiz, quando o crime for de violência doméstica contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, irá constituir crime de desobediência, uma vez que o descumprimento foi a uma determinação expressa por autoridade competente, dada ao agressor,

para proteger a tranquilidade e a integridade física da vítima, de seus parentes e até de testemunhas.

“O descumprimento da ordem judicial que deferiu as medidas protetivas em favor de uma mulher. Analisadas as circunstâncias do caso, tendo o juiz, observados os requisitos das medidas protetivas (medidas cautelares criminais) já analisados anteriormente, deve o ofensor ser intimado pessoalmente, sendo vedado à vítima entregar-lhe o mandado de intimação. A partir de tal momento, da intimação do ofensor, a decisão judicial é válida e deve ser fielmente cumprida pelo ofensor. No caso de descumprimento de alguma limitação imposta ao ofensor pelo deferimento das medidas, configura-se claramente crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal.”<sup>18</sup>

Há alguns doutrinadores que discordam com esse entendimento, para eles não basta o descumprimento de medidas protetivas de urgência, fixadas com base na Lei Maria da Penha, é necessário que não exista previsão legal de pena específica em caso de desobediência. Se a lei civil, processual civil ou administrativa já determinar sanção, não poderá o acusado ser condenado pelo crime tipificado no artigo 330, do CPP, sob pena de *bis in idem*:

“é indispensável que inexista previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP.”<sup>19</sup>

Contudo, o entendimento predominante dos Tribunais é favorável à configuração do crime de desobediência quando o agressor descumprir medidas protetivas fixadas por uma sentença, mesmo havendo a previsão legal de sanção entre as esferas cíveis, penais e administrativas.

<sup>18</sup> [https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:H\\_VaZSJr5YcJ:www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3973+o+descumprimento+da+ordem+judicial+que+deferiu+as+medidas+protetivas+em+favor+de+uma+mulher.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESi5dakFilaFOsHPE\\_ZKLXrEs46iGt\\_CkwpejIQNRzsGSPIZRSkDU7dN4EGEcBXzYLwkVHbBXYFYASYy7eg05nrkkFBRIjg8mZ4WU3U2ROM4zNs72Jx6gptAHvixThRzFIi18b\\_Up&si g=AHIEtbRTq5rBjawuGnw2MrjqHwT8dd4PVg](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:H_VaZSJr5YcJ:www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3973+o+descumprimento+da+ordem+judicial+que+deferiu+as+medidas+protetivas+em+favor+de+uma+mulher.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESi5dakFilaFOsHPE_ZKLXrEs46iGt_CkwpejIQNRzsGSPIZRSkDU7dN4EGEcBXzYLwkVHbBXYFYASYy7eg05nrkkFBRIjg8mZ4WU3U2ROM4zNs72Jx6gptAHvixThRzFIi18b_Up&si g=AHIEtbRTq5rBjawuGnw2MrjqHwT8dd4PVg), acesso em 23/11/2012, as 07h e 52 min.

<sup>19</sup> [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6707](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6707). Acesso em 15/11/2012, às 12h e 03min.

“PENAL E PROCESSO PENAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – LEI MARIA DA PENHA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – TIPICIDADE DA CONDUTA – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL E CRIMINAL – DECISÃO CASSADA.

O descumprimento de ordem ou medida judicial configura crime de desobediência, incluindo-se o descumprimento de sanções extrapenais previstas na Lei Maria da Penha. Entende-se que, neste caso, a possibilidade de decretação de prisão preventiva ou a aplicação de outra medidas cautelares possui caráter acautelatório, cujo escopo é atingir as finalidades almejadas pelo legislador quanto ao cumprimento das medidas protetivas, e não natureza punitiva.”<sup>20</sup>

Logo, a falta de cumprimento das fixadas medidas de proteção, no curso da ação penal, que versarem a respeito da violência contra a mulher, configura o crime de desobediência, conjecturado no artigo 330 do Código Penal, mesmo se as Leis Extrapenais previrem sanção.

---

<sup>20</sup>Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC nº655.512, Desembargador Humberto Adjunto Ulhôa, DJe-, Publicação -03-2012.

### 3 ESTUDO DE CASOS CONCRETOS

No presente capítulo, será feita uma análise de três acórdãos julgados pela Terceira e Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, dispondo como questão principal a discussão sobre a necessidade de custódia cautelar, quando se tratar de crime cometido com violência doméstica contra mulher, em face da nova Lei 12.311/2011, do Código de Processo Penal e da Lei Maria da Penha. Assim, discute-se sobre os requisitos, pressupostos e o cabimento da prisão, se seria cabível ou não a manutenção do acusado em detenção. Isso porque a regra é a liberdade, considerando-se a prisão, exceção.

#### 3.1 Enealex Lima de Souza

“PROCESSO PENAL *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRONÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. ENUNCIADO Nº 21 DA SÚMULA DO STJ.

1. Mantém-se a prisão cautelar do agente pronunciado pelo crime de tentativa de homicídio e tentativa de homicídio qualificado, porquanto teria tentado ceifar a vida de seu genitor e de sua companheira, golpeando aquele com uma faca e ateando fogo na sua residência, detendo sua companheira no local, o que evidencia a gravidade concreta dos crimes e a necessidade de se resguardar a ordem pública.

2. A ausência de informações acerca da residência fixa e ocupação lícita do paciente, constituem fatos que não o impedem de fugir do distrito da culpa, além de representar um risco à integridade física das vítimas, haja vista que os delitos foram cometidos no âmbito das relações domésticas, a justificar a manutenção da custódia cautelar, também, para garantia de aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal.”<sup>21</sup>

A primeira ementa refere-se ao julgamento do *Habeas Corpus*, impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal, requerendo, com pedido de liminar, a concessão de

---

<sup>21</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC nº 636.199 MC, Desembargador João Batista Teixeira, DJe-058, Publicação 21-03-2012.

liberdade do paciente em face da sentença proferida pelo Juiz do Tribunal do Júri de Sobradinho, que pronunciou o réu e manteve sua prisão preventiva.

Ocorre que no dia 17 de Junho de 2012, aproximadamente às 20h, na casa 10, quadra 17, Condomínio Alto da Bela Vista, Sobradinho DF, o acusado desferiu brutal golpe de faca em seu pai, que foi rapidamente atendido no hospital da localidade. No mesmo fato, com a intenção de matar, manteve sua companheira, presa dentro da mesma casa e ateou fogo. Foi encontrada por policiais militares, com ferimentos cometidos pelo fogo e levada ao hospital local, no qual, recebeu os devidos cuidados médicos.

O réu foi preso em flagrante e levado a julgamento pelos crimes de tentativa de homicídio, tipificados no art. 121, caput, c/c art. 14 e art. 121, parágrafo 2º, inciso III, c/c art. 14, inciso II, na forma do art. 69, ambos do Código Penal e ainda, pelo art. 5º, incisos I e II e art. 7º, da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha.

Encerrada a audiência de instrução e julgamento, foi prolatada a sentença de pronúncia, nos mesmos termos da denúncia, o que por si só, demonstra haver a materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria do acusado, evidente o *periculum libertatis*. Uma vez presente o auto de prisão em flagrante, há a prova efetiva da existência do fato criminoso e indícios de que o acusado seja o autor do fato, primeiro requisito essencial para se decretar a medida cautelar;

Ao converter a prisão em flagrante em preventiva, no entendimento do magistrado, a ordem pública encontrava-se comprometida, sob os fundamentos de que se trata de crime grave, uma vez que o acusado agiu de forma inesperada, tanto em relação ao seu pai, pois teria o golpeado com uma faca, quanto em relação a sua companheira, a detendo na casa em que ateou fogo, executando os delitos no âmbito da unidade doméstica, dotado de malvadez, cupidez e insensibilidade moral, a revelar, portanto uma personalidade socialmente perigosa.

A maneira anormal em que o delito foi executado tem o condão de gerar clamor social, revolta, comoção, repercussão negativa e abalo no funcionamento normal da coletividade.

Esse fator tem sido detectado pelos tribunais como uma das razões que

fundamenta a prisão preventiva para a garantia da paz pública, restabelecida por providencia do Estado.

A conveniência da instrução criminal liga-se a atuação do réu diante da colheita de provas, que incluem não só as documentais, como personagens atuantes no processo, vítimas e testemunhas. No caso em exame, o agente cometeu infração penal no âmbito familiar, sua liberdade representa risco à integridade física das vítimas e testemunhas, o que justifica, portanto, imprescindível à segregação da preventiva, para evitar que o acusado ameace ou obstrua provas necessárias que irão revelar a verdade no processo.

Reforça ainda o requisito de garantir a aplicação da lei penal. Consta nos autos que o réu não possui residência fixa e ocupação lícita e nem raízes no distrito da culpa, razões pelas quais não o impede de fugir, botando em risco a finalidade do processo penal, de sancionar, punir o autor do delito. A prisão cautelar é uma forma, portanto, de certificar a futura aplicação da pena, no qual será certamente frustrada, caso o agente não for preso, e de garantir a colheita de dados reais sob o controle do Estado.

Não pode ser desconsiderada, como pressuposto de cabimento da preventiva, nos crimes dolosos, a soma das penas máximas cujo valor supera a 4 anos de reclusão, conforme a dicção do artigo 313, do Código de Processo Penal:

“ 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;”

Portanto faz-se necessária e suficiente a manutenção da prisão preventiva do acusado para garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal, restando-se suficientes os indícios de autoria e da materialidade do crime, o que denega o pedido da liminar.

### 3.2 Felipe Marques Gomes

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

1. Correta a decisão que indefere pedido de revogação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, com fundamento na inalterabilidade das circunstâncias que originariamente ensejaram a segregação cautelar do agente com esteio na gravidade da conduta e periculosidade do agressor, evidenciadas no caso concreto pelo *modus operandi* e histórico penal do paciente.

2. A decretação de prisão preventiva em crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher dispensa prévia decretação de medidas protetivas de urgência e conseqüente descumprimento pelo agente, quando presentes no caso outros requisitos constantes nos artigos 312 e 313 do CPP, além da insuficiência de medidas cautelares diversas da prisão.”<sup>22</sup>

Já no segundo acórdão em comento, trata-se de *Habeas Corpus* contra sentença emanada pelo Juízo do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Ceilândia que manteve a medida cautelar decretada anteriormente em desfavor do réu, pela prática de Lesão Corporal Qualificada e Ameaça, artigos 129, parágrafo 9º, e 147, ambos do Código Penal, combinados com artigo 5º, inciso III, da Lei Maria da Pena, nº 11.340/06.

No dia 25 de novembro de 2012, na Ceilândia, o ofensor desferiu tapas no rosto e socos na boca de sua atual companheira, até que ela caísse no chão, abrindo a porta para que o filho do casal, menor de idade, presenciasse o espancamento. O acusado foi preso em flagrante delito e posteriormente foi decretada a prisão preventiva em seu desfavor.

Primeiramente está presente o pressuposto referente à materialidade delitiva, verificada através do recebimento da denúncia, pelo Auto de Prisão em Flagrante, pelo Termo de

---

<sup>22</sup>Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC nº 643.028, Desembargador Jesuíno Rissato, DJe-058, Publicação 21-03-2012.

Requerimento de Medidas Protetivas, Exame de Corpo de Delito, que apontou lesões corporais na vítima e Ocorrência Policial, indícios suficientes de autoria, além do relato a vítima, configurado como *fumus comissi delictis*.

A periculosidade do réu se faz concreta *in casu*. O acusado agrediu a companheira até cair no chão e abriu a porta para que o filho assistisse sua conduta notadamente agressiva. Ressalte-se que a própria vítima relatou em delegacia diversas condutas violentas sofridas pelo companheiro, tais como ameaças de morte.

Perfaz o perigo concreto contra a integridade física e psicológica da agredida, tendo por risco considerável a reiteração das condutas criminosas, caso o agente esteja em liberdade. Contudo, para assegurar a ordem pública, uma vez que o delito foi cometido no âmbito doméstico e familiar, a periculosidade do agressor constitui motivo regular para a decretação da prisão preventiva, consoante o entendimento da jurisprudência.

“Periculosidade do agente. STF: A periculosidade do réu constitui motivo apto a decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte. (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 19-9-2008; HC 93.254/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 1º-8-2008; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 27-6-2008)”<sup>23</sup>

O acusado ainda é reincidente em crime doloso, condenado por porte ilegal de arma de fogo, o que admite a prisão preventiva, com esteiro no artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal.

Portanto deve-se manter a prisão preventiva do acusado para assegurar a ordem pública, no que diz respeito a integridade psicológica e corporal da ofendida, de maneira que a determinação das medidas cautelares diversas a prisão restaram ineficazes, por conta das agressões e periculosidade evidente do agressor.

---

<sup>23</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC nº 95.685/SP, 2ª T, Ministra Relatora Ellen Gracie, j. 16-12/2088, Dje n.43, de 6-3-2099. (RENATO MARCÃO, 2011, p.145)

### 3.3 Wilson Oliveira da Silva

“*HABEAS CORPUS*. ART. 14, *CAPUT*, DA LEI 10.826/2003, E ARTIGOS 140, *CAPUT*, 147, *CAPUT*, E 148, § 1º, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO PENAL, C/C O ART. 5º, III, DA LEI 11.340/2006. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. ORDEM DENEGADA.

A Lei 11.340/2006 objetiva coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo instrumentos hábeis à consecução da sua finalidade, entre eles a prisão preventiva.

Se os autos revelam que o paciente descumpriu as medidas protetivas que o proibiam de se aproximar e manter contato com a vítima e volta a ameaçá-la de morte, a conversão da prisão em flagrante em preventiva não configura constrangimento ilegal.

Demonstrado que a liberdade do paciente coloca em risco a integridade física e psíquica da vítima, arreda-se o pleito de substituição da prisão por outras medidas cautelares.”<sup>24</sup>

No terceiro caso *sub examine*, diz respeito a *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública, para que o paciente possa responder o processo em liberdade provisória, em decorrência do constrangimento ilegal alegado pela defesa.

O acusado foi preso em flagrante delito, no dia 27 de fevereiro de 2013, pelas práticas das infrações de Ameaça e Desobediência, descritos nos artigos 147 e 330, ambos do Código Penal, e por cometer vias de fato, artigo 21 da Lei 3688/41, contra a sua companheira, , todos combinados com violência doméstica e familiar, art. 5º, III, da Lei 11.340/2006.

Presentes os pressupostos da prisão preventiva, o *fumus comissi delicti*, a fumaça do delito e o *periculum libertatis*, o perigo da liberdade, em razão do Auto de Flagrante delito e informações prestadas pela vítima em relatos na delegacia, o acusado descumpriu as medidas

---

<sup>24</sup>Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC nº 664.677, Desembargador Romão C. Oliveira, DJe-058, Publicação 21-03-2012.

protetivas de urgência, desobedecendo a ordem legal da autoridade competência, cometendo crime de Desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, de acordo com o entendimento majoritário dos Tribunais:

“PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PROVAS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. CONDENAÇÃO MANTIDA.

2. O descumprimento de decisão judicial, proferida em sede de Medidas Protetivas de Urgência (Lei nº 11.340/06), caracteriza o delito de desobediência previsto no artigo 330 do CP.”.

Tais determinações impuseram ao réu as medidas que obstaram o contato com a vítima, familiares e testemunhas, determinando como limite de 300 metros de aproximação com os mesmos. O acusado foi intimado da decisão que impôs as medidas protetivas no dia 26 de fevereiro de 2013, todavia, no dia 27 de fevereiro 2013, abordou a vítima em uma parada de ônibus, desobedecendo a ordem judicial, consoante o relato da agredida:

“QUE na data de hoje, 27/02/2013, por volta das 06h22, estava na parada de ônibus da quadra 405, quando UDSON BARBOSA DIAS parou a declarante para pedir que esta comparecesse na Delegacia da Mulher para ‘retirar a ocorrência’; QUE a declarante disse que não retiraria; QUE HUDSON respondeu a partir de hoje você não vai trabalhar, você vai ver, nem amanhã nem nunca’; QUE HUDSON pegou a declarante pelo braço e começou a arrastar a mesma para dentro da casa dele, mas foi impedido pela amiga da declarante PATRÍCIA MARQUES DOS SANTOS e pela mãe de sua amiga DELMA, tendo UDSON pego a bolsa da declarante e entrado na casa; QUE DELMA chamou a polícia militar que passava no momento e esta conduziu todos até esta DP; QUE HUDSON disse quando encontrou a declarante que sabia que não poderia chegar perto da declarante porque o oficial de Justiça disse que não poderia se aproximar nem pegar o mesmo ônibus que a declarante; QUE UDSON disse que se passasse cinco anos na cadeia que as duas poderiam se esconder no fim do mundo que ele iria matá-las; QUE se não fizesse pessoalmente tinha gente para "fazer por ele”<sup>25</sup>

Nota-se a gravidade da conduta realizada pelo agressor, uma vez que não respeitou as medidas impostas, se mostrando inadequadas ou insuficientes, faz-se necessário a

<sup>25</sup>Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HC nº 664.677, Desembargador Romão C. Oliveira, DJe-058, Publicação 21-03-2012.

prisão preventiva, pelo descumprimento de medida anteriormente aplicada, conforme o disposto no artigo 282, parágrafo 4º, da Lei 12.403/2011.

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.”

Outrossim, o art. 313, inciso III, do CPP, inovação da Lei 12.403/2011, também estabelece a possibilidade da decretação da preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Posto isso, o pedido de liminar foi denegado, por unanimidade, ao entender o risco a integridade física e psíquica da ofendida, de seus familiares e testemunhas, uma vez demonstrados a periculosidade do agente em descumprir as medidas já impostas por autoridade judicial.

## CONCLUSÃO

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual, que pode ser decretada pelo juiz ou tribunal competente, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mediante representação da autoridade policial, em qualquer fase da investigação preliminar ou no curso do processo penal, inclusive, na fase recursal, se houver necessidade, caberá decretação com fundamento de garantir a aplicação da lei penal.

É uma medida restritiva da liberdade individual, em que deve ser aplicada em casos excepcionais, ao constatar extrema necessidade e, mesmo assim, sujeitando-se aos pressupostos de admissibilidade: a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; as hipóteses de cabimento e aos requisitos autorizadores, que configuram o *periculum libertatis*: garantia de ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

Ressalte-se que o juiz poderá no decorrer do processo penal, quando verificar a falta de motivos que justifique a medida, revogar a prisão, assim como decretá-la novamente, com a devida fundamentação expressa pelo magistrado, concernente não só a gravidade do crime em abstrato como analisando as circunstâncias de fato e condições pessoais do acusado, conforme o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Com a entrada da Lei 12.403 de 2011, que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal e trouxe inovações envolvendo medidas cautelares alternativas ao encarceramento, a prisão preventiva passou a ser medida decretada somente quando não for possível a sua substituição por outras medidas cautelares, elencadas no art. 319 da referida Lei, tais como: a proibição de manter contato com pessoa determinada, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a internação provisória do acusado quando os acusados forem inimputável ou semi-imputável, a fiança, a monitoração eletrônica, entre outras.

Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispostos na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), este instituto é aplicado ao se constatar a agressão doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas e pelo descumprimento de

qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, configurando também o crime de desobediência, art. 330 do Código Penal, uma vez desrespeitar decisão dada por autoridade judicial.

Mediante o estudado, pode-se constatar que a prisão preventiva é medida de exceção, extrema, drástica, *deultima ratio*, que deve ser aplicada somente quando imprescindível, uma vez que a regra é a liberdade individual. Assim, foram criadas novas medidas cautelares diversas da prisão, permitindo ao juiz aplicá-las de forma menos gravosa, tão eficazes quanto a prisão, evitando o encarceramento desnecessário e os efeitos deletérios da superlotação dos presídios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.
- FILHO, Vicente Greco. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.
- FIGUEIREDO, Renato. Prisão Preventiva: Análise das controvérsias legais na aplicação da Medida Cautelar Frente à Lei Maria da Penha. São Paulo: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v.11 n.68 jun. / jul. 2011.
- FRANCO, Paulo Alves. Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares – Reforma do CPP. São Paulo. Editora Contemplar. 2011.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes e MARQUES, Ivan Luís. Prisão e Medidas Cautelares. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais. 2011.
- JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal anotado. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.
- LIMA, Marco Antônio Ferreira, Prisões e Medidas Liberatórias. São Paulo. Editora: Juruá. 2011.
- LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- MACHADO, Antonio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005.
- MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas de acordo com a lei nº 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Editora Saraiva. 2011
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2002.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais. 2012.
- PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. São Paulo: Editora Método, 2008.
- SILVA, Amaury, e DOS SANTOS, Felipe. Liberdade Provisória e outras medidas cautelares. Minas Gerais. Editora: JH Mizuno. 2011.

SILVA, Jorge Vicente. Comentários à Lei 12.403/11, Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória. Curitiba. Editora: Juruá. 2011.

Disponível em

[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:H\\_VaZSJr5YcJ:www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3973+o+descumprimento+da+ordem+judicial+que+deferiu+as+medidas+protetivas+em+favor+de+uma+mulher.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESi5dakFilaFOsHPE\\_ZKLXrEs46iGt\\_CkwpejIQNRzsGSPiZRSkDU7dN4EGEcBXzYLwkVHbBXYFYASYy7eg05nrkkFBRIjg8mZ4WU3U2ROM4zNs72Jx6gptAHvixThRzFIi18b\\_Up&sig=AHIEtbRTq5rBjawuGnw2MrjqHwT8dd4PVg>](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:H_VaZSJr5YcJ:www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3973+o+descumprimento+da+ordem+judicial+que+deferiu+as+medidas+protetivas+em+favor+de+uma+mulher.&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESi5dakFilaFOsHPE_ZKLXrEs46iGt_CkwpejIQNRzsGSPiZRSkDU7dN4EGEcBXzYLwkVHbBXYFYASYy7eg05nrkkFBRIjg8mZ4WU3U2ROM4zNs72Jx6gptAHvixThRzFIi18b_Up&sig=AHIEtbRTq5rBjawuGnw2MrjqHwT8dd4PVg>), acesso em 23/11/2012, as 07h 52min.

Disponível em [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6707](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6707), acesso em 15/11/2012, às 12h e 03min.