

PRISÃO CAUTELAR, MEDIDAS ALTERNATIVAS e DIREITOS FUNDAMENTAIS

ODONE SANGUINÉ



Rio de Janeiro

- ▣ A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- ▣ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2014 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- ▣ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- ▣ Capa: Danilo Oliveira

- ▣ CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Sanguiné, Odone

Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais / Odone Sanguiné. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-5737-7

1. Direito processual penal. I. Título.

SUMÁRIO**CAPÍTULO PRIMEIRO
INTRODUÇÃO**

I – A PRISÃO CAUTELAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	1
1. Conceito e denominação.....	1
2. Revisão crítica da teoria geral das medidas cautelares pessoais no processo penal.....	5
3. Prisão cautelar e ideologias políticas: o conflito entre as exigências de ordem e segurança pública e os direitos fundamentais	15
4. Entre a ordem e a liberdade: a prisão provisória como um mal necessário	22
5. A degeneração continental da prisão cautelar e a vitimização de inocentes.....	25
6. O uso abusivo da prisão cautelar e a tarefa do juiz criminal no Estado Democrático de Direito	26
II – A JUSTIFICAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR	28
1. O direito à tutela jurisdicional como fundamento constitucional.....	28
2. O princípio da necessidade como fundamento genérico	30
3. O dever estatal de perseguir eficazmente o crime como fundamento específico	38
4. Os direitos fundamentais como critério de legitimidade da prisão cautelar.....	44
III – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À PRISÃO CAUTELAR.....	45
1. Os direitos fundamentais como direitos restringíveis.....	49
2. Os limites dos direitos fundamentais	54

**CAPÍTULO SEGUNDO
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
E SUA INCIDÊNCIA SOBRE A PRISÃO CAUTELAR**

I – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA REPRESSÃO COMO FUNDAMENTO E LIMITE DA PRISÃO CAUTELAR.....	63
1. A exigência de reserva absoluta de lei federal para restringir o direito à liberdade.....	64

2. A exigência de tipicidade das medidas cautelares (<i>nulla coactio sine lege</i>).....	68
3. A proibição de interpretação extensiva ou analógica	72
4. A proibição de retroatividade da lei processual penal desfavorável	75
II – MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR.....	85
1. Prisão temporária.....	94
1.1. Natureza jurídica	94
1.2. Momento da decretação	95
1.3. Finalidades	97
1.4. Pressupostos materiais.....	97
1.4.1. <i>Fumus commissi delicti</i>	99
1.4.1.1. Crime de natureza grave previsto no rol legal.....	99
1.4.1.2. Existência de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado	101
1.4.2. <i>Periculum libertatis</i>	103
1.4.2.1. Imprescindibilidade para as investigações policiais	103
1.4.2.2. Ausência de residência fixa ou de fornecimento de elementos de identificação.....	104
1.4.2.3. Indiciado foragido ou em lugar ignorado.....	105
2. Prisão preventiva.....	106
2.1. Espécies de prisão preventiva	106
2.2. Prisão preventiva originária ou autônoma.....	107
2.2.1. Momento da decretação.....	107
2.2.1.1. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.....	108
2.2.1.2. Admissibilidade da decretação após o encerramento da instrução criminal.....	109
2.2.2. Possibilidade de revogação ou redcretação	110
2.2.3. Legitimidade para requerer a prisão preventiva.....	113
2.2.3.1. Legitimidade da autoridade policial.....	113
2.2.3.2. Legitimidade do Ministério Público.....	114
2.2.3.3. Legitimidade do assistente da acusação?	114
2.2.3.4. Inadmissibilidade de prisão cautelar em ação penal de iniciativa privada.....	115
2.2.4. Pressupostos materiais	117
2.2.4.1. <i>Fumus commissi delicti</i>	118
2.2.4.2. <i>Periculum libertatis</i>	123
2.2.4.3. <i>Standard</i> probatório do juízo cautelar	125

2.2.5.	Requisitos de admissibilidade	144
2.2.5.1.	Crimes dolosos	145
2.2.5.2.	Pena privativa de liberdade cominada superior a quatro anos	146
2.2.5.3.	Reincidência em crime doloso	149
2.2.5.4.	Dúvida sobre a identidade civil do imputado	149
2.2.5.5.	A inadequação ou insuficiência de medidas alternativas	153
2.2.6.	Hipóteses de inadmissibilidade.....	153
2.2.7.	Imunidades à prisão	156
2.2.7.1.	Imunidade eleitoral temporária	159
2.3.	Prisão preventiva substitutiva ou subsidiária	159
2.3.1.	Momento da decretação.....	161
2.3.2.	Desnecessidade de observância das condições de admissibilidade do art. 313 do CPP	161
2.4.	Prisão preventiva decorrente de conversão da prisão em flagrante	166
2.4.1.	A prisão em flagrante como medida pré-cautelar	166
2.4.2.	Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.....	170
2.4.3.	Conversão da prisão em flagrante em prisão temporária	170
2.4.4.	Cabimento de liberdade provisória, com ou sem fiança	171
2.4.5.	Relaxamento da prisão ilegal.....	171
2.5.	Prisão domiciliar	172
2.5.1.	Momento da decretação.....	173
2.5.2.	Legitimidade.....	173
2.5.3.	Pressupostos de admissibilidade.....	174
2.5.3.1.	Preso maior de oitenta anos	175
2.5.3.2.	Preso extremamente debilitado por motivo de doença grave	175
2.5.3.3.	Preso imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência	176
2.5.3.4.	Gestante a partir do sétimo mês ou gravidez de alto risco	176
2.5.4.	Exigência de prova idônea dos pressupostos	177
2.5.5.	Cumulatividade com outras medidas cautelares	178
2.5.6.	Descumprimento	178
2.5.7.	Fiscalização e controle.....	178
2.6.	Prisão preventiva extradicional	179
2.7.	Prisão preventiva do falido.....	182

CAPÍTULO TERCEIRO
O DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E SUA INCIDÊNCIA SOBRE A PRISÃO CAUTELAR

1. A compatibilidade constitucional da prisão cautelar com a presunção de inocência	183
1.1. A natureza jurídica da presunção de inocência.....	190
1.2. A presunção de inocência como regra de tratamento e limite teleológico da prisão cautelar	191
1.2.1. Presunção de inocência e exame antecipado da culpabilidade.....	197
1.2.2. Presunção de inocência e dúvida sobre os pressupostos da prisão cautelar	201
1.2.3. A inconstitucionalidade da prisão cautelar com funções punitivas..	205
1.2.3.1. A função de medida preventiva de polícia no Estado de emergência	213
1.2.3.2. A função de satisfação das necessidades psicossociais de punição imediata	218
1.2.3.3. A função preventiva de incapacitação de suspeitos.....	219
1.2.3.4. A função de <i>poena extraordinaria</i>	221
1.2.3.5. A execução antecipada da pena ou medida de segurança	233
1.3. Finalidades constitucionalmente legítimas da prisão cautelar	237
1.3.1. A necessidade de proteção passiva da prova para a investigação e a instrução criminal.....	240
1.3.1.1. Análise crítica	244
1.3.2. A necessidade de assegurar a aplicação da lei penal: o risco de fuga.....	251
1.3.2.1. Análise crítica	256
1.3.2.2. Indícios inidôneos do risco de fuga.....	277
1.3.3. A garantia da ordem pública e econômica	282
1.3.3.1. Análise crítica da política criminal da ordem pública	287
1.3.3.2. O conceito constitucional de ordem pública.....	290
1.3.3.3. A cláusula da ordem pública e interpretação conforme a Constituição.....	298
1.3.3.4. A garantia da ordem econômica	336
1.3.3.5. A garantia da ordem econômica e interpretação conforme a Constituição	341
1.3.4. O risco de reiteração delitiva.....	342
1.3.4.1. A garantia da execução de medidas protetivas de urgência	345

1.3.4.2.	A proteção das vítimas de violência doméstica e familiar	347
1.3.4.3.	Análise crítica do critério do risco de reiteração delitiva	355
1.3.4.4.	O risco de reiteração delitiva e interpretação conforme a Constituição.....	361
1.3.4.5.	Indícios normativos do risco de reiteração delitiva.....	368
1.3.4.6.	Indícios inidôneos de risco de reiteração delitiva.....	383

CAPÍTULO QUARTO

O DIREITO À LIBERDADE E À SEGURANÇA JURÍDICA E SUA INCIDÊNCIA SOBRE A PRISÃO CAUTELAR

1.	O direito à liberdade e à segurança jurídica como limite à prisão cautelar arbitrária.....	395
1.1.	A liberdade como direito fundamental	400
1.2.	A excepcionalidade da prisão cautelar	401
1.3.	A inconstitucionalidade da prisão preventiva obrigatória	404
1.4.	A inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória.....	411
1.5.	A proibição de tortura e de tratamentos desumanos e degradantes	423
2.	A garantia da motivação da decisão que decreta a prisão cautelar.....	431
2.1.	Conteúdo do decreto de prisão cautelar.....	446
2.1.1.	Exigência de motivação concreta	449
2.1.2.	Suficiência de motivação concisa	450
2.1.3.	Relevância das condições subjetivas pessoais favoráveis	450
2.1.4.	Exigência de motivação individualizada	451
2.2.	Espécies de motivações inadmissíveis	452
2.2.1.	Motivação genérica ou abstrata	452
2.2.2.	Motivação fundada em textos legais impeditivos de liberdade provisória	453
2.2.3.	Motivação fundada em argumentos <i>extra legem</i>	454
2.2.4.	Motivação fundada na gravidade abstrata ou hediondez do crime ..	454
2.2.5.	Motivação implícita	455
2.2.6.	Motivação <i>per relationem</i>	456
2.2.6.1.	Análise crítica da motivação <i>per relationem</i>	458
2.2.6.2.	A inadmissibilidade de mera remissão às razões da autoridade policial ou do Ministério Público	461

2.2.6.3.	A inadmissibilidade de inovação da motivação pelo Tribunal	462
3.	A garantia do prazo máximo razoável de duração da prisão cautelar	463
3.1.	Fundamento: entre o direito à liberdade e o devido processo legal.....	463
3.2.	Sistemas para determinação do prazo máximo da prisão cautelar.....	467
3.2.1.	O sistema europeu do prazo razoável	468
3.2.2.	O sistema americano do prazo razoável	475
3.2.3.	Análise crítica do critério da razoabilidade.....	476
3.2.4.	O sistema brasileiro: a erosão do critério do prazo fixo pelo critério da razoabilidade	478
3.2.4.1.	Os critérios jurisprudenciais informadores do prazo razoável	479
3.2.4.2.	O prazo máximo da prisão em flagrante delito.....	490
3.2.4.3.	O prazo máximo da prisão temporária	490
3.2.4.4.	O prazo máximo da prisão preventiva	493
3.2.4.5.	O prazo máximo da prisão extradicional	496
3.2.4.6.	A forma de contagem do prazo máximo	501

CAPÍTULO QUINTO

O DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA INCIDÊNCIA SOBRE A PRISÃO CAUTELAR

1.	A antinomia entre a prisão cautelar e a cláusula <i>nulla poena sine iudicio</i>	507
2.	A garantia de não autoincriminação como limite à prisão cautelar	512
2.1.	A inconstitucionalidade da prisão cautelar para obtenção de prova	515
2.2.	A inconstitucionalidade da prisão temporária	524
2.3.	A inconstitucionalidade da prisão cautelar para assegurar a presença física do imputado no curso do processo penal	532
2.3.1.	Imputado que não é encontrado ou não comparece ao interrogatório.....	535
2.3.2.	Revelia e suspensão do processo.....	536
2.3.3.	Revelia e desnecessidade da presença física obrigatória do acusado no julgamento pelo Tribunal do Júri	538
3.	A cláusula constitucional de reserva de jurisdição como limite à prisão cautelar	540
4.	O princípio acusatório como limite à prisão cautelar	546
4.1.	A prisão cautelar no sistema inquisitivo.....	549
4.2.	A prisão cautelar no sistema acusatório	551
4.3.	A decretação <i>ex officio</i> da prisão cautelar.....	552
4.3.1.	Conversão <i>ex officio</i> da prisão em flagrante em preventiva	556

4.3.2. Decretação <i>ex officio</i> da prisão preventiva substitutiva	558
5. A garantia do juiz natural como limite à prisão cautelar	558
5.1. O juiz competente para decretar a prisão cautelar	562
5.1.1. Nulidade da prisão cautelar decretada por juiz incompetente em razão do território (<i>ratione loci</i>) ou da matéria (<i>ratione materiae</i>)...	562
6. O direito à imparcialidade do juiz	566
6.1. O juiz que decreta a prisão preventiva está impedido de julgar o mérito?	568
6.2. A influência dos meios de comunicação sobre a imparcialidade do juiz que decreta a prisão cautelar	582
7. O direito à ampla defesa e ao contraditório	592
7.1. O direito à informação imediata dos motivos da prisão e dos direitos do preso	593
7.2. O direito a examinar o expediente em igualdade de armas	600
7.3. O direito ao contraditório prévio à decretação da prisão cautelar	603
8. O direito a um recurso como garantia contra a arbitrariedade	616
8.1. A insuficiência da garantia do <i>habeas corpus</i> para controlar a prisão cautelar arbitrária	617

CAPÍTULO SEXTO
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
E SUA INCIDÊNCIA SOBRE A PRISÃO CAUTELAR

1. Origem e evolução do princípio da proporcionalidade	619
2. Fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade	622
3. O princípio da proporcionalidade como pressuposto, critério ponderativo e limite da prisão cautelar	624
4. Conteúdo e estrutura do princípio da proporcionalidade	630
4.1. O subprincípio da idoneidade	631
4.1.1. Hipóteses de inidoneidade da prisão cautelar	636
4.1.1.1. Prognóstico de aplicação exclusiva de pena de multa	640
4.1.1.2. Prognóstico de aplicação de penas restritivas de direitos	641
4.1.1.3. Prognóstico de concessão de benefícios da execução penal	643
4.1.1.4. Crimes culposos e contravenções penais	644
4.1.1.5. Crimes punidos com pena detentiva	645
4.1.1.6. Infrações de bagatela ou de menor potencial ofensivo	645
4.1.1.7. Recusa de comparecimento do acusado para a audiência de interrogatório ou de reconhecimento judicial	646
4.2. O subprincípio da necessidade	646
4.3. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito	651

4.3.1.	A ponderação como técnica de aplicação das normas sobre direitos fundamentais.....	654
4.3.2.	A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais como restrição às restrições	663
4.3.3.	O princípio da proibição de insuficiência	669
4.4.	Medidas cautelares alternativas à prisão cautelar.....	676
4.4.1.	O novo sistema da Lei n. 12.403/2011	682
4.4.2.	Denominação	682
4.4.3.	Conceito	682
4.4.4.	Inspiração político-criminal.....	683
4.4.5.	O abandono do sistema da bipolaridade cautelar	683
4.4.6.	Pressupostos materiais	684
4.4.6.1.	<i>Fumus comissi delicti</i>	684
4.4.6.2.	<i>Periculum libertatis</i>	686
4.4.7.	Finalidades.....	686
4.4.8.	Princípios orientadores	688
4.4.8.1.	O princípio da tipicidade cautelar.....	688
4.4.8.2.	O princípio da jurisdicionalidade.....	693
4.4.8.3.	O princípio do contraditório prévio.....	693
4.4.8.4.	O princípio da preferibilidade.....	693
4.4.8.5.	O princípio da preventividade.....	694
4.4.8.6.	O princípio da referibilidade	695
4.4.8.7.	O princípio da acessoriedade	695
4.4.8.8.	O princípio da provisoriedade.....	695
4.4.8.9.	O princípio da homogeneidade.....	696
4.4.8.10.	O princípio da necessidade.....	697
4.4.8.11.	O princípio da adequação	700
4.4.9.	Características	702
4.4.9.1.	Instrumentalidade.....	703
4.4.9.2.	Acessoriedade.....	703
4.4.9.3.	Autonomia	703
4.4.9.4.	Cumulatividade.....	704
4.4.9.5.	Variabilidade.....	705
4.4.9.6.	Fungibilidade.....	706
4.4.9.7.	Revogabilidade	706
4.4.10.	Requisitos de admissibilidade.....	706
4.4.11.	Questões procedimentais.....	708
4.4.11.1.	Momento da decretação	708

4.4.11.2.	Legitimidade para postular a decretação de medidas alternativas	708
4.4.11.3.	Opções do juiz	710
4.4.11.4.	A decretação <i>ex officio</i> pelo juiz	711
4.4.11.5.	Substituição <i>ex officio</i> pelo Tribunal da prisão preventiva por medida alternativa à prisão	712
4.4.11.6.	Decretação <i>ex officio</i> de medidas protetivas de urgência contra violência doméstica e familiar	712
4.4.11.7.	Prazo de duração	712
4.4.11.8.	Detração Penal	714
4.4.11.9.	Recursos	717
4.4.12.	Espécies de medidas cautelares alternativas à prisão	718
4.4.12.1.	Comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades	718
4.4.12.2.	Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares ...	720
4.4.12.3.	Proibição de manter contato com pessoa determinada ...	722
4.4.12.4.	Proibição de ausentar-se da Comarca	723
4.4.12.5.	Proibição de ausentar-se do País e a entrega do passaporte	725
4.4.12.6.	Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga	726
4.4.12.7.	Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira	728
4.4.12.8.	A internação provisória de inimputáveis ou semi-imputáveis	730
4.4.12.9.	Monitoração eletrônica	764
4.4.12.10.	A fiança	774
4.4.13.	Medidas protetivas de urgência contra a violência doméstica e familiar	790
4.4.13.1.	Aplicabilidade das medidas cautelares alternativas à prisão no âmbito da violência doméstica e familiar	797
4.4.14.	Medidas cautelares interditivas	798
4.4.14.1.	A suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, nos crimes de trânsito	798
4.4.14.2.	Afastamento do funcionário público de suas atividades	799
4.4.15.	Medidas alternativas à prisão extradicional	801
BIBLIOGRAFIA		803