

DA IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA AOS CRIMES COM PENA MÁXIMA INFERIOR A 4 ANOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE¹

Leonilson dos Santos Araújo²

RESUMO:

O presente estudo investiga a impossibilidade de aplicação da prisão cautelar preventiva nos crimes cuja pena máxima cominada não exceda 4 (quatro) anos, por força do implícito princípio da proporcionalidade. Entende-se que a prisão preventiva é inadmissível, mesmo que de forma subsidiária, quando se verificar que o cárcere processual é mais gravoso que a tutela jurisdicional pretendida. Devendo-se, portanto, não só se atentar para hipóteses de cabimento cautelar preventiva, mas também aferir a presença dos pressupostos e fundamentos, assim como se utilizar de uma interpretação sistematizada das normas referentes às medidas cautelares de caráter pessoais, e, dentre elas, ater-se à proporcionalidade da medida preventiva. Assim, restando como solução aos casos de inadmissibilidade, a celeridade processual, tal como a necessidade de alterações legislativa que possam introduzir harmonia às hipóteses de cabimento da prisão cautelar, bem como a proporcionalidade entre a prisão processual e as previsíveis penas a serem impostas posteriormente.

Palavras chave: Prisão preventiva; proporcionalidade; impossibilidade; requisitos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PANORÂMICO HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL. 3. DA PRISÃO PENAL E CAUTELAR. 4. DA PRISÃO PREVENTIVA. 5. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À PRISÃO PREVENTIVA. 6. DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, uma ideia pacífica no meio forense é de que para se obter o resultado útil da prestação jurisdicional é necessário vencer os prejuízos resultantes da mora processual. Como uma das soluções para atenuar esses problemas surgem, dentre outros expedientes, as medidas cautelares com intuito de resguardar o interesse final pretendido, minimizando assim as intempéries advindas do transcurso do tempo, aperfeiçoando ainda mais a técnica jurisdicional. No processo penal não podia ser diferente e o legislador acabou por edificar diversas medidas cautelares, dentre elas, as de caráter pessoal, gênero, do qual é espécie a prisão preventiva, ora objeto de estudo.

Com o objetivo de elucidar a matéria em destaque, buscaram-se os entendimentos doutrinários dos mais atualizados professores de processo penal, assim com a consulta de artigos disponíveis em meios virtuais e votos de ministros do Supremo Tribunal Federal, no que diz à prisão provisória.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito-CERES-UFRN como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof^a. Mayara Gomes Dantas.

² Concluinte do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – CERES, *campus* de Caicó.

O presente trabalho possui o intuito de discorrer sobre as diversas mudanças legislativas do CPP, sobretudo no que se refere às medidas cautelares, através das Leis nº 5.349/67, 6.416/77 e a 12.403/11, dentre outras, aperfeiçoadas ao panorâmico social moderno, em especial às hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

Ademais, no decorrer deste estudo, observa-se que por mais significativas que foram as mudanças no tratamento da matéria, conclui-se que ainda há necessidade de aperfeiçoamento das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, com o intuito de uniformizá-las com as demais normas processuais penais, constitucional e direito material, para que assim, possa guardar consonância entre a medida cautelar imposta e o objetivo final pretendido no processo.

No transcorrer da presente atividade, identifica-se que por mais que a prisão pena e a prisão cautelar possuam a característica do cárcere, ambas se distingue em suas conceituações, por sua natureza e finalidades, assim como pelo seu momento de admissibilidade, revelando pontos cruciais que devem ser observados ao operador do direito, na tentativa de evitar prisões ilegais.

Examina-se, ainda, ao longo dos capítulos, que a prisão preventiva por mais que tenha sofrido aprimoramentos, não cedeu, em parte, espaço ao princípio da proporcionalidade, à medida que em algumas das hipóteses de cabimento da prisão segregatória demonstram, nitidamente, a violação desse princípio norteador das medidas cautelares de caráter pessoal, revelando-se a desnaturalização da prisão processual, tratando-a até mesmo como cumprimento antecipado da pena.

Desse modo, em uma visão teleológica, o corrente artigo possui como conclusão a inadmissibilidade da aplicação da prisão preventiva, em especial para os caso cuja pena cominada não exceda 4 (quatro) anos. Isso porque, nesses casos, infere-se que há total desproporcionalidade entre o encarceramento provisório e uma condenação ulterior, quando se sabe que nessas hipóteses o direito material resguarda aplicações de reprimendas diversas da prisão como, por exemplo, as penas restritivas de direito.

Por oportuno, destaca-se que embora o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) tenha firmado recentemente a possibilidade de cumprimento provisório da pena, por questões didáticas, o presente estudo fará referência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco da formação da culpa e, por consequência, o início do cumprimento da pena.

Por fim, em uma tentativa de assegurar maior efetividade ao provimento jurisdicional para os casos de impossibilidade de aplicação da prisão preventiva aqui almejada, lança-se a

proposta de se impor maior celeridade processual, que embora haja determinação expressa, não é tão seguida no cotidiano forense, assim como, propor mudanças legislativas para inclusão expressa do princípio da proporcionalidade entre a medida cautelar imposta e às penas que venham a ser impostas no processo em face do réu.

2. PANORÂMICO HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A prisão preventiva enquanto medida cautelar já existia desde o tempo do Brasil Colônia, implantada pelo Decreto de 23 de maio de 1821, até mesmo antes da Constituição Imperial de 1824.

Numa visão historicista, observa-se que em meados da primeira metade do século XX, com a unificação dos Códigos Processuais no Brasil, afastou-se toda e qualquer possibilidade de vigência das legislações processuais dos entes federados, haja vista que a Constitucional de 1934 concentrou a competência de tal matéria ao Legislativo Federal, unificando-a em todo o Brasil, seguida nas demais constituições, culminando com a Carta Magna de 1988 (CRINOVER, 2005, p. 114). Na seara processual Penal não foi diferente, sobrevivendo por isso o Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941(Código de Processo Penal), no qual já possuía a previsibilidade das medidas cautelares de caráter pessoal.

Embora nesse Códex já houvesse a previsão da medida cautelar preventiva, esta porém possuía conjuntura legislativa diversa por questões históricas e sociais. Mas não parou por aí. Por volta de 1967, através do Decreto-Lei nº 5.349, introduziu-se nova redação sobre a prisão preventiva, dentre eles com a reelaboração dos artigos 311, 312, 313, 314, 314, 315 e 316, todas do Código de Processo Penal (CPP).

Em sua versão originária de 1941, a prisão preventiva possuía um caráter mais punitivo que cautelar, haja vista suas razões históricas, já que vigia o regime ditatorial do então Presidente Getúlio Vargas, sendo característica marcante o cerceamento do direito de liberdade das pessoas (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 809).

Naquele momento, a prisão preventiva, via de regra, só era cabível nos crimes inafiançáveis e nos afiançáveis quando o agente fosse vadio, houvesse dúvida quanto à identificação do sujeito ou não fornecesse ou não indicasse elementos suficientes para esclarecê-la ou nos casos de reincidente específico em crime doloso (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 809).

Além do mais, enquanto modalidades, pode se dizer que havia a prisão preventiva facultativa, quando se exigia os mesmos pressupostos hodiernos das tutelas de urgência – *fumus boni iuris* ou probabilidade da condenação e o *corpus delicti* (prova da existência do

delito) –, e a prisão preventiva compulsória ou obrigatória, decorrente da disposição do artigo 312 do Códex original: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.”

Destarte, observa-se que a segunda modalidade da prisão preventiva era impositiva ao jurisdicionado, tornando-a obrigatória nos delitos cuja pena máxima culminada igual ou superior à reclusão de 10 anos. Nessa hipótese não existia margem para discricionariedade do juízo, apenas cabia decretá-la.

Do que se infere, é que no caso da antiga prisão preventiva obrigatória o Juiz não padecia de fundamentação ao decretá-la, haja vista que se tratava de medida impositiva por disposição legal.

Ademais, como se não bastasse essas modalidades de prisão preventiva de cunho ante acautelatória, havia as prisões decorrente da sentença condenatória passível de recurso e a prisão sobrevinda da decisão de pronúncia, nos respectivos artigos 393, inciso I, e 408, § 1º, ambos do Código de Processo Penal de 1941. Lembrando-se que estas últimas duas modalidades de prisão só eram admitidas nos crimes inafiançáveis.

No que tange às mudanças legislativas com o advento da Constituição de 1967, implantou-se uma profunda mudança no sistema prisional e do processo penal, fruto da Lei nº 5.349/67, modificando-se o Capítulo II do Título IX do referido Código, pela qual se aboliu a tão mal vista prisão preventiva obrigatória (SILVA JÚNIOR, 1982, p.813).

Não obstante a outras mudanças pontuais, destaca-se que também houve uma significativa evolução na prisão cautelar com o advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, incluindo-se o parágrafo único no artigo 310 do Código de Processo Penal, abrindo ao juiz a possibilidade de conceder a liberdade provisória ao preso quando entendesse pela inexistência dos fundamentos que autorizassem a prisão preventiva, independentemente do cabimento de fiança.

A prisão preventiva já caminhava para uma maior “flexibilização” das hipóteses de cabimento, ao assegurar a possibilidade do indiciado ou flagrantado ser posto em liberdade no decorrer da persecução penal independentemente de tratar-se de crime afiançável ou não (SILVA JÚNIOR, p. 821). Aliás, isso ganhou ainda mais força com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, ao dar uma maior garantia à liberdade, excepcionando-se a prisão em decorrência do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previstos no artigo 5º, inciso LVII da CF/88, também replicado no artigo 283, *caput*, do CPP.

Por fim, desconsiderando as demais alterações que ocorreram principalmente em 2008, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, alterou expressivamente o Título IX do Livro I

do CPP, e com isso trouxe diversas mudanças textuais àqueles dispositivos (TOURINHO FILHO, 2013, p. 828).

No que se refere às modificações, é a partir da Lei nº 12.403/11 que sobreveio a implantação de um considerável rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, excepcionando, assim, a cautelar preventiva, tornando-a *ultima ratio* (OLIVEIRA, 2012, p. 542). Na visão desse ilustre operador do direito, as medidas cautelares, principalmente as de caráter pessoal, passaram a gozar de uma característica mais racional e de natureza eminentemente cautelar ao processo, ou seja, conservativas.

Diante disso, conclui-se que a prisão preventiva passou por mudanças bastante significativas, principalmente com o advento da promulgação da Carta Magna de 1988 e da Lei 12.403/11, refletindo o momento histórico e político brasileiro, culminando, hoje, em sua natureza cautelar e, portanto, para o processo.

3. DA PRISÃO PENAL E CAUTELAR

Nas entrelinhas da Constituição Federal mais precisamente no artigo 5º, inciso LXI, a prisão pode ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o reconhecimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar.

A palavra prisão advém do latim da expressão *prehensione*. Esta também provém de *prehensione* que significa prender. Entretanto o Código de Processo Penal assim como a Constituição Federal da República utilizam-se do termo em um sentido mais *estrito senso* (LIMA, 2015, p.838).

O termo prisão, de forma geral, pode ser encontrado no ordenamento jurídico pátrio como pena privativa de liberdade - quando se tratar de detenção, reclusão, prisão simples com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; a captura proveniente de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia cautelar, quando se recolhe alguém ao cárcere provisoriamente para assegurar o resultado útil ao processo (LIMA, 2015, p. 839).

Por outro lado, no que diz respeito à prisão antes transitado em julgado, mister destacar que em julgado emblemático junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, após um caloroso debate entre os Ministros daquela Corte, em votação acirrada por cinco a quatro, o Plenário firmou o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início do

cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Além disso, indeferiu liminares pleiteadas que almejavam suspender o cumprimento provisório de pena aos processos em grau de recurso³.

O questionável acórdão deixa em linha tênue o princípio da presunção da inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da CF/88, haja vista a vedação constitucional do cumprimento de pena antes de passado em julgado a sentença penal condenatória.

Transpostas essas considerações, dispensando quaisquer comentários acerca da prisão de natureza cível prevista nos artigos 528, §§ 3º a 7º do CPC, ou administrativa - para aqueles que ainda entendem que esta subsiste no ordenamento jurídico, como no caso do artigo 139, inciso I e II, CF/88 -, passa-se de *per saltum* à prisão penal (*carcer ad poenam*) propriamente dita.

No que se refere ao *carcer ad poenam* ou prisão-pena entende essa como a reprimenda resultante da sentença penal condenatória passado em julgado, que impõe ao réu o cumprimento de uma sanção privativa de liberdade a fim de satisfazer a pretensão punitiva do Estado, quando transgredidas as normas de condutas sociais em um dado momento histórico. (LIMA, 2015, p.850).

Nesse ponto, observa que se trata de uma prisão proveniente de “decisão” judicial definitiva de mérito e de cognição exauriente que advém posteriormente ao tramite processual penal, respeitando o devido processo legal, os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF/88, assim como os princípios processuais penais e demais regras procedimentais.

Por outro lado, têm-se as prisões cautelares ou *carcer ad custodiam* a qual possui termo inicial o procedimento investigatório ou o decorrer da ação penal, mas, sempre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque o objetivo da medida segregatória é assegurar as investigações ou instrução processual e aplicação da lei penal, afastando, assim, a possibilidade de que, ao final, tenha-se um processo ineficaz e/ou inútil.

Atendendo essa premissa o legislador trouxe para CPP/41 o seguinte dispositivo: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - **necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal** e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;” (grifou-se). Ainda, concomitantemente, a Lei nº 12.403/2011 alterou as disposições sobre a prisão preventiva ao dizer que:

³ Acesso em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>

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. (grifou-se).

No que se refere à conceituação das medidas cautelares, compreende-se como as responsáveis pela tutela do processo penal e não o direito material em si discutido no procedimento. Assim, o direito material é objeto do processo de conhecimento ou de execução, enquanto que a medida cautelar serve de instrumento para se atingir o fim almejado nesses processos, dando, com isso, solução satisfativa ao caso penal de forma eficiente. (RANGEL, 2015, p. 767).

Ainda quanto ao conceito, há os ensinamentos a seguir:

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária. (LACERDA, 1991, p. 15-16 apud RANGEL, 2007, p. 580).

Direcionando-se ao conceito de medida cautelar de natureza pessoal no campo processual penal, por ser essa o foco deste trabalho, não se devem perder de vista os ensinamentos trazidos pelo ilustre doutrinador baiano:

A prisão preventiva é providência cautelar tomada pelo juiz, de ofício, no curso da ação penal ou mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público ou do querelante, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal [...] (TOURINHO FILHO, 2014, p. 924).

Perpassada essa breve explanação terminológica, ressalte-se que as alterações transpostas pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, fortaleceu a ideia de que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado assumirá natureza cautelar, assim como se ampliou o leque de medidas cautelares para a proteção do regular tramite do processo penal (OLIVEIRA, 2012, p. 488).

Ademais, não resta dúvida que seguindo o que já era presente nos ordenamentos jurídicos, o legislador infraconstitucional limitou às medidas cautelares de caráter pessoal à característica da provisoriedade ante a urgência no caso *in concreto*, resguardando, com isso, o resultado útil do processo.

Neste ínterim, vale mencionar o princípio constitucional da presunção da inocência e o interesse Estatal em assegurar o provimento jurisdicional, tanto de conhecimento como de execução. Porém, isso não significa que a prisão cautelar possua natureza de pena, pois como

toda medida cautelar que padece de urgência o seu objetivo imediato é a proteção dos meios e resultado útil do processo (LIMA, 2015, p.851).

Como já discorrido acima, o instrumento cautelar surge, então, no provimento jurisdicional na tentativa de se estabelecer e assegurar alguma medida para um ulterior resultado útil do processo (CRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2005, p. 339).

Nessa alheta, no que diz respeito às medidas cautelares no processo penal uma questão a ficar elucidada trata-se da inexistência de um processo cautelar autônomo como existia até pouco tempo no Código de Processo Civil de 1973, hoje revogado pela Lei 13.105/15. Aliás, com o advento dessa Lei não há mais que se falar em ação autônoma cautelar ou preparatória, mas sim em cautelar incidental ou medidas incidentais ao processo civil. No mais, o que há é uma tutela antecedente ao processo principal, prevista no Livro V, Título II do Capítulo III do Código de Processo Civil, e não uma ação cautelar autônoma como havia no Código de 1973.

Ademais, frisa-se que logo após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei nº 7.960/89, que estatui a prisão provisória, já sinalizava para uma seletividade maior para aplicação da prisão cautelar com base, em síntese, da necessidade de resguardar o resultado útil do processo, mas levando em consideração a gravidade do delito e elegendo um considerável rol de infrações penais em que se admite esta modalidade de cárcere.

Salienta-se que guardando consonância com o princípio da presunção de inocência o artigo 283 do CPP dispõe que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado [...]”. O que demonstra, portanto, uma melhor sistematização da matéria no ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, as mudanças pelo legislador federal ao *carcer ad custodiam* com o advento da Lei nº 12.403/11 trouxe uma leitura mais voltada aos princípios constitucionais da presunção da inocência e da liberdade individual, com base, em suma, no fundamento da dignidade da pessoa humana, tratando-se a prisão cautelar como medida de caráter excepcional, como se infere das disposições do artigo 282, §§ 4º e 6º do Código de Processo Penal.

Portanto, conclui-se que embora a prisão-pena e prisão cautelar segregatória possuam a característica do cárcere ambas diverge em suas finalidades e características, guardando espaço tanto do Código de Processo Penal como na Constituição Federal da República, de forma sistematizada a não violar os princípios da liberdade individual e da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

4. DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a medida cautelar pessoal por excelência, tendo em vistas suas peculiaridades, assim como suas hipóteses de cabimento previstas na lei processual penal.

No que tange a sua disciplina, a redação do artigo 311 do CPP discorre que em qualquer fase da persecução penal (*persecutio criminis*) será cabível a prisão preventiva decretada pelo juiz competente e sempre fundamentada nos termos do artigo 315, *caput*, e artigo 93, inciso IX da CF/88, a requerimento do detentor da *opinio delicti*, por representação da autoridade policial, pelo querelante ou pelo assistente. Em fase Judicial, em que pese entendimentos contrários, o legislador optou por também conceder sua aplicabilidade de ofício pelo juiz, sendo que, na fase investigatória, é necessária a representação dos demais interessados pelo decreto segregatório, com exceção ao assistente, posto que a habilitação deste ao processo somente se dar na fase da ação penal.

Nesse interregno, como já mencionado anteriormente, a prisão preventiva dar-se em momento procedimental da *persecutio criminis* possuindo como marca principal a privação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, motivo o qual a torna medida de *ultima ratio*. Não por outro motivo, seguindo o Direito Português e o Direito Italiano, com a reforma legislativa implantada pela Lei nº 12.403/11, estatui-se ao ordenamento jurídico penal brasileiro, dentre outras alterações, um número considerável de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão (artigo 319, CPP), deixando, assim, a privação da liberdade por via cautelar como ultimo caso (OLIVEIRA, 2012, p, 542).

O artigo 312 do CPP discorre sobre os pressupostos da custódia o *fumus commissi delicti* – prova da existência do delito e indícios suficientes da autoria ou participação - e como fundamento o *periculum libertatis* - garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal – elementos norteadores do decreto preventivo.

Ainda no que tange a cautelar segregatória, conforme dispõe expressamente o artigo 313, inciso I, do CPP, a prisão preventiva somente será cabível nos crimes dolosos, afastando-a nas infrações de natureza culposa. Aliás, esta regra guarda consonância com o princípio da proporcionalidade e com o teor dos artigos 44, inciso I, e 77, ambos do Código Penal. Outrossim, destaca-se que, há doutrina (OLIVEIRA, 2012, p. 500) que defende a possibilidade de aplicação da prisão preventiva nos crimes culposos, entendimento esse que não guarda linearidade com a legislação vigente.

Outra característica da prisão preventiva, também presente nas demais medidas cautelares de caráter pessoal diversa da prisão, trata-se da impossibilidade de aplicação da

prisão segregatória ao flagranteado, indiciado, denunciado, acusado ou réu, cuja infração não admita pena privativa de liberdade, consoante o preceito do artigo 283, § 1º do CPP, *ad litteram*: “As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.” Isso reforça a ideia da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares pessoais, principalmente a prisão preventiva, orientando no sentido de que não é admissível prisão processual mais severa que as sanções que possam sobrevir ao final do processo.

Ressalta-se, ainda, a vedação à decretação da prisão preventiva assentado no artigo 314 do CPP quando o juiz constatar das provas e/ou dos elementos de informação dos autos, que, o sujeito ativo tenha praticado o crime na condição de causas excludente de ilicitude, quais sejam, em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito. Ademais, a doutrina já admite a aplicabilidade dessa vedação às causas presentes na parte especial do código penal como exemplos dos artigos 128, I e II, 142, I, II e III, 146, § 3º e 150, §, I e II, todos do Código Penal, bem como das causas excludentes da culpabilidade (obediência hierárquica, coação moral irresistível, etc.). (LIMA, 2015, p. 954).

Em relação à temporalidade da cautelar preventiva essa se trata de uma característica bem marcante deste *carcer ad custodiam*, tendo em vista que não há limitação temporal para sua duração, podendo ser decretada ou revogada, bem como de novo decretada a qualquer momento da persecução penal, perdurando ou não por todo o procedimento, quando ainda presentes os seus pressupostos e pelo menos um dos seus fundamentos.

Todavia, de outra banda, mister salientar que a ausência de limitação temporal para a segregação cautelar encontra limitação com o princípio da duração razoável do processo, bem como a proporcionalidade da medida e os requisitos da necessidade e adequação da medida imposta (LIMA, 2015, p. 955). Afinal, não parece ser razoável, por exemplo, dois réus permanecerem presos cautelarmente, por um mesmo lapso temporal, por condutas completamente diversas, ainda mais quando uma deles trata-se de crime menos grave que a outro, embora admissíveis à segregação.

Ainda, forçoso mencionar duas características marcantes ao cabimento da prisão preventiva: Esta será autônoma quando for decretada independentemente de qualquer providência anterior; e subsidiária, quando o seu cabimento decorrer por motivo de descumprimento de outra medida cautelar anterior imposta (OLIVEIRA, 2012, 543).

Às hipóteses de cabimento autônomas encontram-se nos caso da conversão direta do flagrante em preventiva, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares,

assim como nas disposições do artigo 313 do CPP – nos crimes dolosos cuja pena máxima cominada exceda 4 (quatro) anos; reincidência dolosa; nos crimes de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; e quando houver dúvida sobre a identificação civil da pessoa.

Já no que se refere a hipóteses subsidiárias da aplicação da medida segregatória o magistrado tem-se a possibilidade do decreto nos caso de descumprimento de qualquer das obrigações imposta - nas disposições do artigo 312, parágrafo único combinado com o artigo 282, § 4º, ambos do CPP -, bem como para a garantia da execução das medidas protetivas de urgência.

Ressalta-se que, embora a prisão preventiva possua caráter do encarceramento ela não afronta o princípio da presunção de inocência quando atendida à legalidade da medida, o que demonstra a sua índole conservativa. Por consequência, não há que se falar em cumprimento antecipado de pena, mas sim da busca pelo resultado útil do processo (BADORÓ, 2008, p.388).

Destarte, aduz-se que embora possuam disposições norteadoras gerais inerentes a todos as cautelares pessoais, a prisão preventiva possui o caráter de excepcionalidade frente as demais cautelares de natureza pessoal, por se apresentar como medida mais danosa à liberdade individual. Além de apresentar-se por tempo indeterminado, pelo menos até quando estejam presentes os pressupostos e fundamentos ensejadores do cárcere, embora não haja sentença passada em julgado.

5. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO À PRISÃO PREVENTIVA

Falar em medida cautelar torna-se imprescindível discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, ainda mais quando se trata da prisão preventiva, cautelar por excelência. Isso porque as cautelares pessoais principalmente a prisão segregatória encontra-se no limite de dois interesses opostos na persecução criminal: Em uma faceta está o direito à liberdade, no outro, o interesse ao resultado útil do processo.

Em uma visão mais sintetizada, pode se dizer que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é o “coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do poder público” (LIMA, 2015, p.814). No Código de Processo Penal ele é regido de forma implícita através de duas variantes ou subprincípios: a adequação e necessidade. Assim é o que dispõe o artigo 282, incisos I e II do CPP, *in verbis*:

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

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado [...]. (grifou-se).

No que se refere à conceituação tem-se: “Por força da adequação, a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto.” (LIMA, 2015, p. 815). Dessa forma, o deferimento do pleito cautelar para se alcançar o resultado pretendido só será idôneo se respeitados os limites legais, como adequação e necessidade, do contrário, o critério escolhido torna-se desproporcional por não atender ao quesito da adequação.

Já no que tange à variante necessidade entende-se que: “[...] dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa [...]” (LIMA, 2015, p. 815). Aqui, o Juiz deve almejar a melhor medida cautelar que, por óbvio, também seja suficiente para o fim pretendido ao processo e, ao mesmo tempo, interfira menos na liberdade do sujeito ativo.

Outrossim, no que se refere ao princípio da proporcionalidade em *sentido estrito* este pode ser entendido como o sopesamento dos bens ou direitos que, em confronto, cabe ao magistrado fazer uso da lógica da ponderação de ambos os interesses no caso *in concreto* segundo o magistério de (JUNIOR, 2012, p.795). Na situação fática tem-se de um lado o indivíduo presumidamente inocente, e, do outro, a imprescindibilidade da prisão em caráter precário frente à necessidade de resguardar o objetivo do processo, ou seja, a prisão ou qualquer outra forma de pena, em caso de condenação.

Assim, aduz que o magistrado dever-se-á atentar a essa trajetória de forma harmoniosa: adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, no momento da avaliação sobre a possibilidade de aplicação da prisão cautelar preventiva ao flagranteado, indiciado, acusado ou réu.

Ainda em relação ao caminho a ser transporto pelo operador do direito, revela-se que:

Essa verificação supõe que se apresenta ao juiz uma situação concreta em que, já assentada a adequação e a necessidade, seja necessário ainda analisar se ao sacrifício a ser imposto ao direito fundamental guarda relação razoável e proporcional com a relevância do interesse estatal que se pretende assegurar. (LIMA, 2015, p. 816).

Dito isto, salienta-se que o magistrado não deve apenas se limitar a averiguar a prova de existência do crime e os indícios de autoria ou participação para sediar o decreto cautelar preventivo. Pelo contrário, ele também está obrigado a galgar no direito *in concreto*, por

análise sumária, um prognóstico de uma provável aplicação de pena privativa de liberdade futura. (BADORÓ, 2008, p. 393).

Portanto, não será admissível à legalidade de uma *decisum* que decreta a prisão preventiva, na persecução penal, se o juiz tangenciar este itinerário – adequação, necessidade e proporcionalidade. Não por outro motivo que todos os atos judiciais devem ser motivados nos termos do artigo 93, inciso IX da CF/88, bem como nas disposições do artigo 315 do CPP/41, sob a possibilidade de serem relaxados ou revogados por via adequada.

Como já mencionado anteriormente, é verdade que o legislador veio gradativamente ampliando e lapidando as hipóteses de cabimento da aplicação da prisão preventiva no Código de Processo Penal. Ocorre que, com a *mens legis* da Lei nº 12.403/11 também se tornou mais árduo à aferição do cabimento da prisão segregatória pelo magistrado, seja por ter si tornada medida de *ultima ratio*, seja pelo fato de que suas hipóteses de cabimento, com ressalvas as dos artigos 310, inciso II e 313, incisos I e II e parágrafo único, ambos do CPP, encontrarem-se intimamente ligadas à discricionariedade do magistrado. Todavia, isso não afasta a necessidade de o juiz galgar o caminho dos subprincípios acima já mencionados, por óbvio.

Diante disso, para dar continuidade ao presente estudo, deve-se fixar a premissa já acordada anteriormente: A medida cautelar preventiva será inadmissível nas hipóteses cuja seu deferimento possa ser mais gravosa que o resultado almejado no processo, em outras palavras, a prisão cautelar não deve ser mais danosa que qualquer outra modalidade de pena que advier no processo em caso de sentença condenatória passado em julgado.

Ocorre que, o Artigo em apreço não intenta inviabilizar as hipóteses de aplicação subsidiária da prisão preventiva, do contrário, propõem perquirir situações em que elas sejam inviáveis ou inadmissíveis na sistemática do ordenamento jurídico pátrio, sob o princípio da proporcionalidade e através de uma visão teleológica, ou seja, para além da literalidade dos dispositivos em que as penas máximas cominadas não excedem 4(quatro) anos.

Neste ínterim, para melhor raciocínio da matéria, fixa-se mais uma premissa: Toda e qualquer disposição normativa deve ser interpretada em conjunto com as demais regras inerentes ao sistema jurídico. Até porque nem sempre *a mens legislatoris* é condicente com o momento da aplicabilidade do dispositivo. Assim, como não há espaço para interpretação isolada ou autônoma das normas no sistema jurídico brasileiro, deve haver uma análise harmoniosa das normas, sejam esses provenientes dos códigos de procedimento, da Constituição ou demais leis extravagantes.

Posto as duas premissas – a medida cautelar preventiva será inadmissível nas hipóteses cuja seu deferimento possa ser tornar mais gravoso que o resultado ao término do processo;

toda e qualquer interpretação da norma deve ser realizada sistematicamente com o ordenamento jurídico -, parte-se agora para a análise sobre a impossibilidade da aplicação da prisão preventiva aos crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos, sob o crivo do princípio da proporcionalidade das medidas cautelares de natureza pessoal.

6. DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

No que tange à hipótese de cabimento em caso de reincidência em crime doloso prevista no artigo 313, inciso II do CPP, por se tratar de reincidência específica nestes crimes, em nada afasta o cabimento da prisão preventiva, posto que a medida guarda consonância com o sistema processual penal, estando resguardada pelo princípio da proporcionalidade. Aliás, tenta-se não só assegurar o resultado útil do processo, mas também cercear a contumácia do indivíduo, circunstância essa constatada pelas condições pessoais do indiciado ou acusado através de certidão de antecedentes criminais.

No que se refere ao cabimento da prisão preventiva quando se está diante de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, primeiramente, deve-se realizar uma leitura sistemática dos dispositivos, pois, do contrário, chegará à conclusão de que todo e qualquer crime de violência doméstica, por si só, poderá dar ensejo ao cárcere processual, o que não é verdade (LIMA, 2015, p. 951).

Assim, para melhor compreensão dessa norma é necessário uma leitura conjunta do *caput* do artigo 313 com o artigo 282, ambos da legislação em estudo. Isto porque aquele dispositivo faz menção a este, em sua literalidade, aduzindo que mesmo se tratando de violência doméstica contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, nesses casos, o *carcer ad custodiam* também deve estar condicionado aos pressupostos e fundamentos da medida cautelar excepcional. Aliás, frisa-se que apesar de não haver determinação expressa, essa hipótese de cabimento destina-se tão somente aos crimes dolosos, até porque há vedação expressa aos crimes culposos.

Nesse diapasão, arrisca-se em afirmar que na hipótese de admissibilidade prevista no artigo 313, inciso III, do CPP, o legislador foi desatencioso por não impor limites a sua subsunção - pelo menos através da pena culminada como fizera ao inciso I do artigo 313. Com essa atitude, a *mens legis* acabou por deixar, a mercê do magistrado, esse trabalho exegético, aumentando ainda mais o poder discricionário do julgador, acabando por acarretar em muitas injustiças aos indivíduos que se submetem a essa hipótese de cabimento.

Destarte, ao fundamentar a decisão segregatória com base no artigo 313, inciso III, o juiz deve impreterivelmente atentar-se a proporcionalidade da medida. Nesse cenário, crer-se que será inadmissível a prisão processual quando se estiver frente à crimes dolosos cujo pena máxima não exceda a 4 (quatro) anos ou pelo menos não se trate de concurso material ou formal de crimes nem de continuidade delitiva, cujas penas não superem esse patamar.

Galgando dessa ideia tem-se: “Uma leitura apressada levaria à (errada) conclusão de que “qualquer conduta que configure ameaça, calúnia, difamação ou injúria” (art. 7º, V, da Lei nº 11.340/11) autorizaria a prisão preventiva para incidência do art. 313, III [...]. Um Absurdo!” (JUNIOR, 2012, p. 834). E continua: “Infelizmente, por mais nobre que fosse a intenção de tutelar a mulher que sofre violência doméstica, a disciplina legal é péssima, estabelecendo-se obstáculos sistêmicos insuperáveis para que se cogite da possibilidade de uma prisão preventiva só com base nesse inciso. (JUNIOR, 2012, p. 834).

Portanto, pensa-se que para salvaguardar a matéria disposta no artigo 313, inciso III, CPP, assim como para atender ao princípio da proporcionalidade – verificando a necessidade e adequação entre a prisão processual e a prisão pena -, deve-se adotar uma exegese sistêmica com o inciso I da referida norma, pois se assim não proceder, incorrerá em excesso o que não é permitido ao ordenamento jurídico.

Ainda no que tange ao inciso III do artigo 313, em sua parte final, garante-se à aplicação do *carcer ad custodiam* quando houver a necessidade de se resguardar a execução das medidas de protetivas de urgência. Ocorre que, a maioria das medidas protetivas de urgência possuem natureza cível e, portanto, não será admissível a prisão processual no caso de seus descumprimentos. Caso se assim proceder, o magistrado estará fomentando uma nova modalidade de prisão cível, o que é vedado pela constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII (LIMA, 2015, p. 952). Por isso, deve-se ter em mente que a prisão segregatória por desobediência a tutela anterior imposto só será admissível em casos de cometimento de um novo delito como, por exemplo, lesão corporal, tentativa de homicídio.

Ainda nesse ponto, entende-se que o legislador novamente pecou por excesso, haja vista ser desnecessária o cárcere cautelar, vez que o artigo 22, § 4º da Lei nº 11.340/06 propiciar ao juiz o uso da tutela específica, com o objetivo de dar maior efetividade as suas decisões (LIMA, 2015, p. 952). Além do mais, observa-se que a *novatio legis* nº 12.403/11, em parte, transferiu a responsabilidade de fiscalização das medidas protetivas de urgência ao judiciário, quando na verdade incube a Polícia Ostensiva a competência dessa vigilância, nos termos do artigo 144, § 5º da CF/88.

Quanto à previsão do parágrafo único do artigo 313 percebe-se que já nasceu obsoleta em parte, atentando contra a proporcionalidade da medida, visto que o indiciado não deve permanecer no cárcere só ausência de identificação civil. Até porque mesmo antes da Lei nº 12.403/11 o legislador federal já havia aperfeiçoado o instrumento da identificação criminal através da Lei nº 12.037/09, aplicando-a de forma subsidiária quando impossível à identificação civil. Assim, acredita-se que esta hipótese de cabimento da prisão preventiva só guardaria conformidade com o princípio da proporcionalidade caso houvesse sido estipulado um limite temporal para que autoridade policial providenciasse a identificação civil do indivíduo em prazo razoável, sob a possibilidade de relaxamento.

Outrossim, artigo 5º, inciso LVIII da CF/88 preceitua que não sendo identificado civilmente o investigado, poderá submetê-lo à identificação criminal na forma da lei vigente. Aliás, existindo identificação civil do indivíduo e caso essa se encontre eivada de dúvidas como nas hipóteses do artigo 3º da Lei nº 12.037/09, também sujeitará o indiciado à identificação criminal. Inclusive quando essa for essencial às investigações policiais, se Autoridade Policial entender necessário, imporá ao sujeito ao exame de coleta do material biológico para a obtenção do perfil genético, nos termos do parágrafo único do artigo 5º da retromencionado Diploma.

Ora, se há procedimento para realização de identificação do indiciado de forma menos gravosa, não há motivo para submetê-lo à prisão processual, ainda mais quando não há como precisar se o investigado será acusado, ainda mais condenado. Por outro lado, caso a Polícia Judiciária não possua aparato suficiente para realizar as determinações legais – como a identificação civil ou criminal -, não assiste razão transferir o ônus ao indiciado ou investigado, ceceando o seu direito à liberdade, por ausência de identificação no momento inquisitório.

Assim, além dos motivos acima perfilhados, torna-se inadmissível o *carcer ad custodiam* na hipótese do parágrafo único do artigo 313 do CPP, por inobservância à proporcionalidade entre prisão cautelar e prisão-pena.

Imagine-se, por exemplo, no caso do flagranteado por crime de furto simples ou de dano qualificado, que, via de regra, são passíveis da prisão preventiva com base na pena máxima cominada. Ocorre que se o flagrado não possui identificação civil, pela lógica da disposição normativa em comento poderá ser preso cautelarmente.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, mas, no caso anterior exemplificado, incabível o cárcere cautelar. Uma porque se o indiciado goza de boa conduta, personalidade, trate-se de réu primário, caso sobrevenha sentença penal condenatória passado

em julgado, em nenhuma hipótese submeter-se-á o réu ao regime, sequer, semiaberto; segundo porque o cárcere cautelar não pode ser mais danoso ao indivíduo que o resultado pretendido no processo; e terceiro, porque caso haja dúvida ou torne impossível identificação civil, poderá a autoridade policial providenciar à identificação criminal do indiciado ou investigado.

Dito isso, passa-se a última hipótese de caráter subsidiário da prisão preventiva prevista nos artigos 312, parágrafo único e 282, § 4º, ambos do CPP: a decretação do cárcere cautelar nos casos de descumprimento de qualquer das obrigações anteriormente imposta pelo magistrado.

Sem qualquer temor, aqui paira uma das situações mais áridas do decreto segregatório. Isso porque parte da doutrina entende que (OLIVEIRA, 2012, p. 544) por se tratar de cabimento subsidiário da prisão preventiva, esta independe de limite de pena cominado ao delito. Bastará sobrevir descumprimento das condições anteriores para que o magistrado aplique a prisão preventiva sem observância ao que dispõe o artigo 313 do CPP e ao critério de necessidade e adequação. O que, com a devida vênia, não merece guarida.

Preliminarmente, ressalta-se que a prisão preventiva por se tratar de medida que cerceia liberdade do indivíduo não pode sofrer interpretação extensiva, já que afronta direitos fundamentais (FRAGA, 2011, p. 28). Além do mais, por se tratar de medida cautelar - em que é necessário resguardar o provimento jurisdicional a ser proclamado no futuro -, trata-se de tutela conservativa e não prisão antecipada ou provisória. (BADORÓ, 2008, p. 385).

Pautado nas duas premissas anteriores expostas - toda e qualquer medida preventiva deve guardar consonância com a possível consequência final do processo; qualquer interpretação normativa deve estar em harmonia com as demais diretrizes dos diplomas legais-, entende-se como inadmissível a decretação da prisão preventiva pelo simples fato de desobediência da medida anterior imposta.

Seguindo essa diretriz o caput do artigo 282 diz que: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - a necessidade [...] II - adequação da medida à gravidade do crime [...]”. Ainda, nas disposições do artigo 313 tem-se: “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva [...]”. Leia-se, inclusive nos casos de descumprimento de outras medidas anteriores impostas, observar-se-á o artigo 313.

Dito isto, vislumbra-se que o decreto da prisão preventiva de caráter subsidiário deve não só observar o descumprimento da medida, mas também o critério da pena máxima cominada ao delito, a proporcionalidade, como também aferir a possível aplicação de pena

futura em caso do término do processo, mesmo que diante de uma cognição superficial (BADORÓ, 2008, p. 396). Aliás, por se tratar de cabimento da prisão preventiva, dever-se-á observar também a presença dos pressupostos e fundamentos.

Ora, não há de olvidar que nos crimes não sejam cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa, caso a pena seja privativa de liberdade e não exceda 4 (quatro) anos, preenchidos os demais requisitos, a sanção penal poderá ser substituída pelas demais penas restritivas de direito e/ou multa, o que reforça a desproporcionalidade à decretação da prisão segregatória só por descumprimento de outra cautelar anterior imposta (BADORÓ, 2008, p. 395). Ademais, nessas situações por si sós fogem a ideia de cautelar – por desproporcionalidade da medida entre prisão processual e prisão pena -, assim como por destoar dos parâmetros às sanções impostas aos delitos previstos do Código Penal. Além de desprezar a política criminal do não encarceramento. (FRAGA, 2011, p. 31).

Portanto, o que se aduz é que da legislação vigente de certa forma traçou-se orientações para aplicação da prisão preventiva nos casos de descumprimento de medidas anterior imposta, porém, no cotidiano forense isso não ganhou muitos adeptos. Em certas situações, na tentativa de salvaguardar o resultado da prestação jurisdicional forja-se a prisão antecipada como se cautelar fosse, destoam-se os critérios de aplicação do parágrafo único artigo 312 e artigo 282, § 4º, ambos do CPP. Além do mais, acaba-se por aplicar o *carcer ad custodiam* sem observância do princípio da proporcionalidade e dos critérios de interpretação sistêmica das normas processuais.

Então, para se tentar sanar as problemáticas acima apresentada, um expediente que já é previsto na Constituição seria o magistrado empregar uma maior celeridade possível ao processo em que sobreviera o descumprimento da medida cautelar anterior imposta, para que, no caso de sentença condenatória passada em julgado, possa-se realizar o decreto preventivo com base no artigo 313, II, CPP. (FRAGA, 2011, p. 29).

Outra forma seria de *lege ferenda* propor a incorporação ao texto do artigo 282, um terceiro inciso, em que passará a dispor expressamente o princípio da proporcionalidade às medidas impostas, com observância às possíveis sanções que futuramente poderão ser aplicadas ao caso.

7. CONCLUSÃO

Indubitavelmente, a prisão preventiva, medida cautelar por excelência, é compatível com as garantias constitucionais, no âmbito do princípio da presunção de inocência, ainda que para resguardar o resultado útil do provimento jurisdicional. Para tal, a prisão preventiva ora

se reveste como garantia instrumental - resguardando assim a produção de provas (para conveniência da instrução criminal), ora se revela como proteção ao resultado final do processo - para assegurar a aplicação ulterior da pena a ser imposta.

Aduziu-se que, é inadmissível aplicação da medida cautelar segregatória em situações em que a prisão processual possa ser mais gravosa que a tutela que se pretende impor ao final do processo, visto que a finalidade do *carcer ad custodiam* é simplesmente conservativa.

Por isso, inaceitável a prisão preventiva quando se verificar, por via sumária, que a pena a ser imputado ao condenado, ao final do processo criminal, jamais será privativa de liberdade. Consequentemente, não guarda harmonia como o ordenamento jurídico pátrio, se decretada prisão preventiva nos crimes cuja pena futura seja restritiva de direitos ou qualquer outra que não seja o cárcere.

Apesar de não haver previsão expressa do princípio da proporcionalidade, existe as variantes ou subprincípios necessidade e adequação expressamente no Código de Processo Penal que norteiam aplicabilidade das medidas cautelares, dentre elas, a prisão preventiva, de forma a não causar desproporcionalidade entre o bem juridicamente cerceado – a liberdade - e o bem juridicamente pretendido – prestação jurisdicional futura.

Por este motivo, o operador do direito fica condicionado à necessidade da observância do artigo 313 do CPP, em especial ao inciso I, para toda e qualquer hipótese de aplicação da prisão preventiva, seja ela de caráter autônomo, seja de forma subsidiária. Isso para que se possa conservar a harmonia entre as normas de forma sistematizada, respeitando a proporcionalidade à prisão processual, assim como resguardar a natureza cautelar do *carcer ad custodiam*.

Assim, partindo de uma interpretação para além da literalidade dos dispositivos norteadores da prisão preventiva, visando à proporcionalidade entre a medida cautelar imposta e o resultado final do processo, compreende-se por inadmissível aplicação da prisão preventiva nas infrações penais cuja pena máxima cominada não exceda 4(quatro) anos, mesmo que de forma subsidiária.

Nesses e nos demais casos em que prisão preventiva fique impedida de ser decretada, ante a limitação pelo princípio da proporcionalidade, vislumbra-se duas saídas por ora: compelir à celeridade processual para que se obtenha medida definitiva; impulsionar processo legislativo de *lege ferenda* sobre o instituto da prisão cautelar, para só assim harmonizar as hipóteses de cabimento da prisão segregatória ao regime jurídico já vigente, respeitando a proporcionalidade entre a medida cautelar imposta à perspectiva de uma futura pena privativa de liberdade a ser decretada.

REFERÊNCIAS

- BADORÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Preventiva e o Princípio da Proporcionalidade: Proposta de Mudanças Legislativas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. 103 v, p. 381-408, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67811-89242-1-pb.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.
- BRASIL. Código de Processo Penal. **Mini Vade Mecum Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. Código Penal. **Mini Vade Mecum Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 2015.
- _____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre Prisão Temporária. **Portal da Legislação**, Brasília, 21 de Dez. de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- CITRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo de Conhecimento, de Execução Cautelar. In: **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.
- FRAGA, Alberto. **Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na Legislação Vigente**. In: Curso “O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”. EMERJ, Rio de Janeiro, 2011. p. 27-32. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 4). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_27.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.
- JÚNIOR, Aury Lopes. Prisão Cautelares e Liberdade Provisória: A(In) Eficácia da Presunção de Inocência. In: **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. Princípio da Liberdade. In: **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal. In: **Manual de Processo Penal**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- RANGEL, Paulo. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. V. 1.