

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ROBERVAL LUNA MENDES

**DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO: A PRÉ - CAUTELARIDADE DA LEI
12.403/2001.**

Recife
2011

ROBERVAL LUNA MENDES

**DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO: A PRÉ - CAUTELARIDADE DA LEI
12.403/2001.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências jurídicas

Orientador: Prof. Teodomiro Noronha
Cardozo

Recife

2011

Mendes, Roberval Luna.

Da prisão em flagrante delito: a pré – cautelaridade da Lei 12.403/2001. / Roberval Luna Mendes. – Recife: O Autor, 2011.

50 folhas.

Orientador(a): Prof. Teodomiro Noronha Cardozo.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Medidas cautelares. 3. Prisão em flagrante delito. 4. Princípios constitucionais. I. Título.

**340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2011-201**

**DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO: A PRÉ - CAUTELARIDADE DA LEI
12.403/2001.**

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Prof. Teodomiro Noronha Cardozo.

1º Examinador: Prof. Dr.

2º Examinador: Prof. Dr.

DEDICATÓRIA

Dedico esta Monografia aos meus pais e
Familiars, principalmente a minha esposa Andrea e
minhas filhas Adalya e Aylla
pelos estímulos que me impulsionaram a buscar vida
nova a cada dia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeira a Deus por ter mim dado o dom da vida, para que através deste dom eu pudesse realizar mais uma conquista.

Ao professor Teodomiro em especial, por ser meu orientador na elaboração do projeto de pesquisa para a realização desta monografia.

As Irmã Damas, Irmã Leonarda e Irmã Valeria por terem confiado em minha pessoa e terem lutado para que pudesse ter mais essa conquista.

Para os amigos e amigas que no decorrer do curso ultrapassamos todas as etapas juntos, em especial Mariana e Renato.

Para minha família que sempre me apoiou e ensinou a importância da persistência na realização dos sonhos.

Meu agradecimento especial a minha esposa Andrea e minhas filhas Adalya e Aylla, por terem aceitado se privar de minha companhia nas horas de estudo, concedendo a mim a oportunidade de me realizar intelectualmente e profissionalmente ainda mais.

A todos os professores da Faculdade Damas pelo conhecimento, carinho, dedicação e entusiasmo demonstrado ao longo do curso.

Para meus colegas de trabalho pela paciência e incentivo dado a minha pessoa em especial a Dona Helena.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade da nova lei de execução penal, Lei 12.403/2011, diante da repercussão jurídica e social causada por esta e do seu mais acentuado aspecto garantista constitucional. Para tanto, usou-se o método hipotético dedutivo, tendo início com a abordagem histórica do sistema punitivo, desde a antiguidade até a contemporaneidade. Ademais, analisou-se as medidas cautelares elencadas na nova lei de execução penal. Em seguida, tratou-se da questão da cautelarização da prisão flagrante delito, abordando as hipóteses em que esta pode ser utilizada. Ainda, procedeu-se com a análise dos pressupostos da referida prisão. A partir desta análise, pode-se observar que a publicação da referida lei provocou vários questionamentos positivos e negativos na sociedade e no próprio meio jurídico.

Palavras-chave: medidas cautelares; prisão em flagrante delito; princípios constitucionais;

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the applicability of new criminal enforcement law, Law 12.403/2011, faced with legal and social repercussions caused by this and its strongest assured constitutional aspect. To this end, we used a hypothetical deductive method, starting with historical approach of punitive system, from ancient times to our days. In addition, we analyzed precautionary measures listed in new criminal enforcement law. After, we dealt with the issue of precautionary blazing offence arrest, approaching an usable hypothesis. Hence, we proceeded with a few assumptions analysis in such arrest. From this analysis, we can notice that publication of the law caused many positive and negative questions on legal and even on society itself.

Keywords: precautionary measures; blazing offence arrest; constitutional principles;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 HISTÓRIA DA PENA	
2.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	12
2.2 Teorias relativas ou finalistas.....	12
2.3 Teorias mistas ou unitária.....	13
2.4 Período primitivo.....	13
2.5 Período romano.....	13
2.6 Período medieval.....	15
2.7 Período moderno.....	16
2.8 Período contemporâneo.....	18
3 DAS MEDIDAS CAUTELARES NA LEI 12.403/2011	
3.1 Histórico.....	20
3.2 Das medidas cautelares restritiva de direito.....	22
3.3 Prisão cautelar.....	24
3.3.1 <i>Prisão em flagrante</i>	25
3.3.2 <i>Prisão preventiva</i>	25
3.3.3 <i>Prisão preventiva e ordem pública</i>	26
3.3.4 <i>Vedações à prisão preventiva</i>	30
3.3.5 <i>Descumprimentos das medidas cautelares impostas</i>	31
3.3.6 <i>Outras cautelares pessoais</i>	31
3.3.7 <i>Cautelares distintas da prisão e cabimento de habeas corpus</i>	32
3.3.8 <i>Cautelares e detração</i>	33
4 A CAUTELARIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	
4.1 Histórico.....	34
4.2 Princípios constitucionais.....	36
4.3 Das hipóteses da prisão preventiva.....	40
4.3.1 <i>Garantia à ordem pública</i>	41
4.3.2 <i>Garantia à ordem econômica</i>	43
4.3.3 <i>Conveniência da instrução criminal</i>	44
4.3.4 <i>Assegurar a aplicação da lei penal</i>	44
4.4 Pressupostos da prisão preventiva.....	45
4.4.1 <i>Prova da existência do crime</i>	46
4.4.2 <i>Indícios de autoria</i>	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro esta passando por um momento de reformulação dos seus institutos, nos últimos anos. Diversas leis alteraram pontos importantes no processo penal, dentre elas podem se destacar a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que trata da alteração do código processual penal em vários artigos, entre eles os que dispõem sobre a prisão processual, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares.

A referida lei, desde sua tramitação no Congresso Nacional, já era motivo de inúmeras críticas, tanto por parte de operadores do direito quanto pela sociedade. Tais criticas versavam sobre a prisão preventiva ser utilizada como medida exaustiva, ou seja, só podendo ser aplicada quando não for possível nenhuma das medidas cautelares arroladas na própria lei.

A aprovação da lei em comento ocasionou certa desconfiança entre alguns juristas, pois aplicação da lei não parecia suficientemente clara.

Contudo, o sentimento de desagrado não foi geral, alguns outros juristas se posicionaram a favor da lei, por acreditarem que ela finalmente faz valer a norma constitucional de que ninguém deve ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.

Logo, deve ter o direito de responder ao processo em liberdade, a menos que configure uma das hipóteses previstas em lei, quais sejam, para garantir à ordem pública, à ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

O método utilizado para realização deste trabalho foi hipotético dedutivo, tendo por objetivo demonstrar em três capítulos a aceitabilidade da nova lei de execução penal.

No primeiro capítulo, aborda-se a evolução histórica da pena, bem como as teorias que se desenvolveram no decorrer da tal evolução, a saber: as teorias absolutas ou retributivas, teorias relativas ou finalistas e teorias mistas ou unitária.

No segundo capítulo, faz-se uma análise das medidas cautelares previstas na lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Abordando-se seu antecedente histórico, analisando as peculiaridades existentes nas prisões cautelares, desde suas espécies até suas vedações.

No terceiro capítulo, analisa-se a cautelaridade da prisão em flagrante delito, por meio do destrinchando das hipóteses de cabimento da prisão preventiva e seus pressupostos, quais sejam, prova da existência do crime e indícios de autoria.

A relevância deste trabalho repousa na reflexão feita a respeito da aplicabilidade de alternativas à prisão, uma vez que a mera exclusão do indivíduo do meio social não tem demonstrado a eficiência a que se esperava.

2 HISTÓRIA DA PENA

A história da pena é tão antiga quanto a própria história da humanidade, segundo Bittencourt, não há como evitar se deparar com as contradições existentes em relação período exato de sua gênese¹.

Ademais dissociar a história da pena a própria história do direito penal seria ilógico. Cláudio Brandão, afirma que a história do direito penal pode ser dividida em dois grandes períodos, onde no primeiro momento se tem o período de terror, o qual não havia uma preocupação com o homem, o corpo poderia ser submetido a uma punição Estatal desmedida, sendo a punição tratada como objeto de deleite para os algozes, por conseguinte surge o período liberal, o qual comporta o surgimento da fase científica do direito penal, com a afirmação, embora que tardia, do princípio da legalidade. Observando-se, pois, que o direito de punir veio a ser legitimado após o período iluminista.²

No decorrer dos acontecimentos supracitados surgiram algumas teorias relacionadas a pena. A teoria absoluta, aonde vem a entender a pena como sendo somente um castigo direcionado àqueles que perturbavam a ordem jurídica estabelecida pelos homens através de leis, então a pena era um único método de fazer justiça.

Outra teoria, a relativa, ela visa o caráter preventivo da pena, tendo como finalidade à prevenção a prática de futuros delitos.

Logo após, a teoria mista, foram criados com aspecto de retribuição ao mal realizado da teoria absoluta e vem prevenir para não acontecer novos delitos da teoria relativa para a definição da finalidade e função da pena.

Atualmente vem acontecendo diversas discussões sobre a finalidade da pena e qual o tratamento jurídico que deveria ser o mais adequado para a aplicação da mesma. Sobre este tema o ilustre professor Eugênio Raul Zaffaroni, escreveu:

[...]o sentimento de segurança jurídica exige um limite, que a lei traduz pela imposição de guardar a pena certa relação com a gravidade da lesão aos bens jurídicos ou, mais precisamente, com a magnitude do injusto e com o grau de culpabilidade. A pena não retribui o injusto nem a sua culpabilidade, mas deve guardar certa relação com ambos, como único caminho pelo qual pode aspirar a garantir a segurança jurídica e não afrontá-la³

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 505.

² BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.

³ ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 117.

2.1 Teorias absolutas ou retributivas

De início, com a escola alemã, as teorias absolutas ou retributivas, “acentuaram na pena o seu caráter retributivo ou aflitivo do mal injusto que a ordem de Direito opõe à justiça do mal praticado pelo delinqüente⁴.” Isto é, a pena é, especificadamente, a resposta do sistema ao ilícito penal.

As teorias absolutas encontram seus maiores expoentes em Kant e Hegel. A sua grande finalidade é a imputação de uma aplicação da pena a pessoa que tenha cometido um crime, sendo como principal objetivo a pena, a exigência de justiça, a retribuição do mal realizado com outro mal.

Para Bittencourt:

A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.⁵

A pena seria somente a retaliação, a expiação do mal causado, uma exigência de justiça com fins meramente retributivos.

A sanção penal tem como resposta ao comportamento delituoso pela qual se restaura a ordem jurídica, não havendo outro fim senão o sentimento de justiça pelo qual o agente paga por seus atos, o que não se coaduna com o estado democrático de direito.

2.2 Teorias relativas ou finalistas

As teorias relativas têm como finalidade a aplicação de penas por necessidade social, para eficiência e relevância do Direito, por meio da prevenção dos crimes. Assim essa teoria serve de mecanismo de defesa da sociedade em proteção dos bens jurídicos. Entretanto a

⁴ A, Bruno. **Das penas**. Rio de Janeiro: rio, 1976, p. 14.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 505.

justiça aparece nestes casos como reguladora dos limites de segurança, implantada pelo Direito, mas não age como justificador da pena.

Ademais, a pena é vista com um caráter de prevenção, em fatos praticados ou não praticados.

Existem dois casos de prevenção: a geral que tem um caráter preventivo e age pela ameaça da pena acerca da lesão de bens jurídicos fundamentais e prevenção especial que visa à proteção da sociedade no período estabelecido na cominação legal, além de trabalhar a ressocialização do indivíduo para um retorno ao convívio social.⁶

2.3 Teorias mistas ou unitárias

Essas teorias são uma junção das anteriores, pois elas trabalham a aplicação da pena ao mal causado como prevenção.

Tal teoria é a que melhor explica a atual função da pena, devendo-se atribuir à pena a combinação dos três princípios inspiradores, retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Devendo ser analisado o momento para a sua aplicabilidade, quais sejam: momento da previsão legal, momento da determinação judicial e a fase da execução da pena.

No primeiro momento, a pena deve ter a função de proteger os bens jurídicos, sendo um instrumento dirigido a coibir delitos.

No segundo momento, a determinação judicial, em que o juiz deverá individualizar a pena conforme as características do delito e do autor e por fim pretende-se a reinserção social e reeducação do condenado.⁷

2.4 Período primitivo

A história da culpabilidade é caracterizada por uma constante e intensa evolução, indo desde os tempos em que bastava o simples nexo causal entre a conduta e o resultado (responsabilidade objetiva), até os tempos atuais, em que a culpabilidade apresenta como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p.107.

⁷ *Idem*, p. 102.

diversa (responsabilidade subjetiva). Para Zaffaroni, deve se fazer notar que a história da norma penal primitiva nos mostra um dos períodos mais sangrentos da história, que provavelmente custou mais vidas à humanidade que todas as guerras juntas, devendo salientar-se também que aqueles castigos, de tão aberrantes e cruéis, são mais susceptíveis e ferir a sensibilidade humana do que a própria guerra⁸

O período primitivo é uma época que remonta ao tempo em que homem ainda vivia reunido em tribos, não se podia falar em um sistema orgânico de princípios penais.

O direito penal primitivo é sinônimo de infligência de penas por demais cruéis, que em nada respeitam a dignidade dos homens que as sofrem, vinculadas a especialíssimas superstições e odiosas práticas. Dessa forma, as regras de comportamento eram desconexas e não escritas, construída apenas na moral, nos costumes, crenças, magias e temores.

Os grupos sociais desse período baseavam-se em ambiente mágico e religioso, a peste, a seca, as doenças, todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições conhecidas por tabus, que, não obedecidas acarretavam castigo. Para Claudio Brandão “Deve se salientar que o sacerdote gozava de ampla competência penal, porque funcionava como intermediário entre os homens e a divindade; ao aplicar a pena o sacerdote evitaria a ira desta, elidindo o seu castigo sobre o grupo humano”.⁹

A responsabilidade neste período era puramente objetiva e confundida com a vingança, bastando para a punição o nexo causal entre a conduta e o resultado. Essa vingança privada era feita sem qualquer limitação e sempre resultava em excessos. Por estas vinganças foi observado que existia um grande número de eliminação de homens aptos ao trabalho e forte para a guerra, enfraquecendo o grupo social em que se encontravam. Com a evolução social, no intuito de se evitar a dizimação das tribos, surgiu o talião, que limitavam a ofensa a um mal idêntico ao praticado, dando à pena uma característica de pessoalidade, sendo, também, previamente fixada¹⁰.

Nesse período, apesar da responsabilidade ter passado a ser pessoal, a mesma continuava a ser objetiva, bastando o nexo causal.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal**. São Paulo: revista dos tribunais, 2002, p. 318.

⁹ BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.15.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

2.5 Período romano

O direito romano teve sua duração por volta de dez séculos e teve uma evolução surpreendente. Neste período, a construção intelectual foi de imensa contribuição para o direito moderno. Podemos citar Celso que definiu o direito como: “o direito é a arte do bom e do equitativo (*jus ars boni aequum*)”. A figura do pretor tinha que apresentar uma decisão aonde vinha satisfazer a justiça na situação concreta. Através desta decisão iria ter alguma consequência, pois o direito romano era costumeiro. Nesta época a lei servia só para ser interpretada, entretanto, quem realmente ditavam as leis era o Digesto. O Digesto tinha uma formação feita por doutrinadores onde se encontram. Surgiu no período do declínio do direito romano, onde teve a formação da compilação do Imperador Justiniano. O Digesto foi formado por doutrinadores para que por meio dos ensinamentos de alguns juristas como Papiniano, Modestino, Ulpiano, Gaio, Celso, Paulo, entre outros, que tinham mais valor do que a própria lei¹¹.

Diante desses conhecimentos, tem-se que o direito penal romano, não conhecia o princípio da legalidade, e por isto, na sociedade romana surge por meio de formações à idéia do que é crime e pena. Esse surgimento veio da aplicação das disciplinas domésticas, militar, e das ações da policia da que a época surge o antigo direito penal romano, então para que esse direito fosse realmente bem aplicado, aonde veio à distinção da direito penal publico e privado. Segundo Manzini¹², “a distinção entre o direito penal publico e privado, determinou a distinção entre delicta e crimina.” Nessa época clássica os fatos ilícitos tinham que primeiro ter uma punição privada para depois ter uma punição publica.

No direito penal romano, o princípio da legalidade não era conhecido, pois a idéia de pena não era derivada da norma, mas da disciplina domésticas. Para Brandão¹³ “a lei não poderia ser obstáculo para a construção da decisão boa e justa no caso concreto”.

¹¹ BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp.18-19.

¹² MANZINI, Vincenzo. **Tratado di diritto tenale italiano**. Turim: torinense. 1948, p. 54.

¹³ BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.

2.6 Período medieval

Nesse período a população vivia em total insegurança, crueldade. Os juízes possuíam todos os poderes para aplicar as penas previstas ou não em lei, não aplicando o princípio da legalidade. Entretanto, as penas não eram para servir como instrumento de tortura, para que os criminosos viessem confessar seus delitos e tinham como métodos de tortura o trato da corda, suplicio do fogo e a língua caprina¹⁴. Assim, a natureza da tortura não era de pena, mas sim de meio de prova.

Os juízes não tinham a noção da aplicação da pena, pois poderia aplicar a mesma pena a varias pessoas que realizavam delitos diferentes, daí que surgia a insegurança da população pela forma irregular de aplicação das penas realizado pelos juízes. Como fala bem Cláudio Brandão, “Não havia na época nenhuma garantia ao respeito da integridade física do condenado ou mesmo daquele que era investigado; o arbítrio do julgador criminal não tinha nenhum limite”¹⁵.

Nessa época existiam outros sistemas que obtinham privilégios dos Tribunais Eclesiásticos que eram os inquisidores, pois para eles satisfaziam a ira divina.

Na alta idade média não se preocupavam com a dignidade da pessoa humana nem com a legalidade, pelo fato de que, neste período, o Direito já estava desacreditado, particularizado em cada feudo, onde seu senhor ditava arbitrariamente o “direito local”.

Podemos analisar que a sociedade medieval viveu sob um sistema de terror e insegurança. As torturas e as penas cruéis mostraram a não caracterização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade.

2.7 Período moderno

Na idade moderna, os sofrimentos praticados pelo direito penal não houve nenhuma mudança na idade média. Nesse período a monarquia usava o direito penal para ter a continuidade do absolutismo, pois quando mais medo os povos tivessem, mais forte ficava o regime. Nessa época os crimes eram punidos de maneira mais brutal possível, pois o crime era

¹⁴ BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.22.

¹⁵ *Idem*, p. 24.

uma ofensa a soberania. Para Michel Foucault, vê-se no carrasco que executa a pena uma engrenagem entre o princípio e o povo¹⁶.

Para Beccaria “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão no legislativo, que representa toda a sociedade, unida por um contrato social”¹⁷.

Exatamente nesse período aconteceu um grande marco para o pensamento de um novo Direito Penal, não mais pautado pelo arbítrio e pela crueldade, em 1764 com a publicação da obra “Dos Delitos e das Penas” pelo Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana. Podendo afirmar que existiu três grandes eixos para o pensamento de Beccaria: a defesa da legalidade, da proporcionalidade e do utilitarismo.

Essas três teses vieram contrapor-se com o regime do terror, então analisamos. A idéia de legalidade vinha mostra que uma pena só poderia ser aplicada se prevista em lei, não cabendo ao juiz estipular de forma arbitrária qualquer pena que passasse por sua cabeça. Essa visão de Beccaria desarticulou toda uma concepção até então existente, fazendo que o medo fosse cedendo espaço para a segurança jurídica.

Outra grande marca na obra do Marquês de Bonesana, foi o utilitarismo, como diz Cezar Roberto Bittencourt, “ele procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado”¹⁸. A pena deveria ser útil, e não cruel, como pensavam os idealizadores do terror penal.

No utilitarista, Beccaria afirmava que “É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu”¹⁹.

Por fim, cabe-nos ainda suscitar a contribuição de John Howard e Jeremias Bentham, que eram contrários ao regime do terror. Howard, que trabalhou como sheriff de Bedford, na Inglaterra, veio o início ao penitencialismo, defendendo a humanização das prisões.

Segundo Bentham: “Não faz muitas recomendações positivas, mas as suas sugestões ou críticas são corretas no que se refere à prática dos castigos absurdos e desumanos”²⁰. Sua maior contribuição foi um modelo arquitetônico de prisão, o chamado “panótico”.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes. 2000, p. 69.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 1993, p.18.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva 2003, p.34.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. São Paulo: RT, 1999, p.52.

²⁰ BENTHAM *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.37

2.8 Período contemporâneo

Neste período o princípio da legalidade foi acolhido pela declaração universal dos direitos do homem e do cidadão em 1789, contudo a sua sistemática se deu em 1801 através da obra de Anselm Von Feuebach.

Para Feuebach toda pena dentro do estado é a consequência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do direito, e de uma lei que comine um mal sensível²¹.

Então existiram os seguintes princípios:

1º toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*).

2º A imposição de uma pena é condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimen*).

3º O mal da pena, como consequência necessária, será vinculada à existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena ligali*).

Contudo a sociedade cível é formada por um estado organizado através de suas leis assegurado a vontade dos indivíduos, pois tendo como seu objetivo não ir de encontro as legislação jurídica.

Essa legislação para ser cumprida é necessário recorrer a lei penal, entretanto, o individuo antes de praticar algum delito ira pensar na sanção a ser sofrida, através da retirada da liberdade, o patrimônio, e principalmente a vida, assim atinge o direito individual mais importante que é da pessoa humana.

No direito penal existe o direito da pessoa e o direito do estado. A legalidade tem a função de evitar o uso da legislação de modo incorreto e arbitrário. Portanto, a legalidade foi fundamental para que o direito penal se volte para o homem, rompendo o terror penal. Para Claudio Brandão, a legalidade respeita o homem em sua dignidade²².

A dignidade humana esta contido expressamente na constituição federal de 1988 e é dos princípios da República Federativa do Brasil: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, se constituído em Estado Democrático de Direito tendo como fundamento: [...] III- a dignidade da pessoa humana”.

²¹VON FEUERBACH, Anselm. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires Hammurabi. 1989, p. 63.

²²BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Editora forense, 2002, p. 39.

O conceito de dignidade da pessoa diz que a pessoa humana deve ser respeitada, independente da sua condição social ou pessoal, sendo cidadão ou não, tendo direitos políticos ou de qualquer ordem.

No que diz Juarez Tavares, afirma-se que dignidade da pessoa, dessarte, coloca o ser humano não como um meio, mas como o fim da própria ordem jurídica²³.

Por fim o Estado não pode ser um poder único, pois ele vai de encontro a algumas limitações da mais alta ordem, por isto não ser utilizado de forma arbitrária ou cruel através daquele que são possuidores do poder político. Então a legalidade através da dignidade da pessoa humana, proteger não só das ações jurídicas mais também do direito penal.

²³TAVARES, Juarez. **Os limites dogmáticos da cooperação internacional:** princípio de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL. São Paulo: RT. 2000, p. 183.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES NA LEI 12.403/2011

3.1 Histórico

A aprovação da lei 12.403/11 trouxe importantes alterações no sistema de cautelares pessoais no processo penal. O numero e a natureza das medidas, sua forma de aplicação e uma série de instrumentos de controle sobre sua duração.

Antes de tratar da referida lei, vale destacar que sua aprovação revela a crescente importância que assumem as medidas cautelares processuais, tanto na esfera cível quanto na penal. O fenômeno da cautelarização é comum a todas as áreas de jurisdição. A notória morosidade da Justiça, que estende em demasia o lapso temporal entre a demanda e a decisão definitiva provoca a antecipação dos atos processuais. A ânsia social pela solução das demandas, a angústia dos magistrados em tornar efetivas as decisões tomadas, e a constatação de que a lentidão desprestigia os mecanismos formais de resolução de litígios, valorizou a figura da cautelar, com conseqüências positivas e negativas para o sistema judicial e para os jurisdicionados. Conforme Gomes: "Disso resulta, num considerável número de situações, um risco para a própria obtenção e efetividade do provimento a ser alcançado; este seria, como lembrou Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto"²⁴.

Percebe-se um deslocamento do núcleo do processo. Se antes as sentenças eram o centro em torno do qual giravam os atos processuais, hoje o ponto principal do litígio é a liminar e a antecipação de tutela. O objeto da disputa deixou de ser a sentença final favorável - distante no tempo - mas a antecipada prestação jurisdicional cautelar, cuja precariedade deixa de ser relevante diante da longa vigência. Da mesma forma, os atos de impugnação às cautelares - civis e penais - também substituem os recursos ordinários em importância e numero. Os agravos e habeas corpus tomam o lugar das apelações, com conseqüências importantes para o aumento da litigância e do numero de processos nos tribunais. Enfim, parece que parte significativa da vida processual foi deslocada para o início do litígio, antecipada, ao mesmo tempo em que as decisões definitivas finais se tornaram apenas um

²⁴GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 218.

desfecho longo e sem interesse, dado a usual inoperância de seus efeitos, pela passagem do tempo²⁵.

É natural que o fenômeno da cautelarização do processo tenha chamado a atenção do legislador, que passou a alterar as regras pertinentes à questão. No processo civil, inúmeras e recentes leis tratam do tema, como a aprovação das regras de execução de títulos judiciais e extrajudiciais, que fortaleceram a execução provisória como instrumento de valorização das decisões judiciais de primeiro grau (Lei 11.232//2005 e Lei 11.382/2006)²⁶.

Para Aury Lopes Jr.: “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”²⁷.

No processo penal, no entanto, o uso de cautelares é mais delicado, diante de sua natureza pessoal. Tais medidas afetam a liberdade de locomoção e a intimidade, mais que o patrimônio, daí a necessária prudência em sua aplicação. Mas nem por isso o mesmo fenômeno percebido no processo civil deixa de se revelar. As prisões cautelares e os respectivos habeas corpus têm mais destaque do que sentenças e apelações, e o fenômeno da execução provisória apenas recentemente deixou de ser reconhecido diante da presunção constitucional da inocência.

Para Pacelli:

À prisão cautelar utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente prevista em lei. Se sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o pavimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua ratio essendi²⁸.

Nesse contexto, a Lei 12.403/11 merece toda a atenção, porque trata justamente das cautelares pessoais no processo penal. O instituto da detração penal, previsto no art. 42.

²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva 1991, p.218.

²⁶ MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 4. São Paulo: bookseller, 1998, p. 96.

²⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: lumen júris, 2010, p. 55.

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumen júris, 2010, p. 505.

3.2 Das medidas cautelares restritiva de direito

Uma das formas mais marcantes de utilização da equidade, possibilitando que o condenado criminalmente não se sujeite ao bis in idem, ao autorizar a contagem do tempo de prisão cautelar no quantitativo da pena privativa da liberdade ou medida de segurança a ser executada.

Seu texto é o seguinte: código penal, art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Frederico Marques, tratando da conceituação da detração, ensina: “O vocábulo detração, segundo os léxicos, indica o ato de detrair, isto é, de abater. Detração da pena, portanto, significa a diminuição do tempo da condenação, porque neste se computa ou a custódia processual ou o internamento em manicômio e hospital”²⁹.

O momento de sua incidência é o início da execução da pena, quando da expedição da respectiva guia, devendo constar do cálculo de liquidação da reprimenda, por determinação judicial, como de efetivo cumprimento, o período de prisão cautelar 66, III, c, Lei de execução penal. Pode ainda ser utilizada na hipótese de unificação ou soma de penas – art. 111 da mesma lei.

Mesmo não sendo considerada a prisão provisória como pena, ao se definir a responsabilidade penal do preso provisório pela condenação seria tremendamente injusta que não se computasse o lapso de sua vigência como amortização na intensidade da sanção.

Comparando-se o perfil da detração com as novas medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011 – art. 319, I a IX e 320, ambos do CPP, conclui-se que a maioria esmagadora daquelas providências, se aplicadas, ensejam restrições diretas ao direito de liberdade do investigado ou acusado, à exceção da fiança (inciso VIII, art. 319, CPP).

Evidentemente que se cogita acertadamente de uma oscilação ou gradação nos níveis de restrição à liberdade, daquele que deverá cumprir a medida cautelar.

A prisão domiciliar substituta da preventiva e disciplinada pela lei 12.403/2011 através de nova redação ao art. 317 e 318, CPP, se subsume à qualificação de uma espécie de prisão processual cautelar, portanto, já expressamente adequada à previsão do art. 42CP, isto é, em

²⁹ MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 4. São Paulo: bookseller, 1998, p. 96.

relação a ela, todo o período de sua vigência deve ser calculado para abatimento no cumprimento de pena, no caso de condenação.

E em relação às medidas cautelares restritivas à liberdade, a lei não teve a preocupação de resolver o problema devido da utilização das medidas que significam contenção ao menos parcial à liberdade, quando conferida a própria liberdade provisória e sua repercussão no cumprimento de pena. A demanda por essa solução será urgente e intensa, proporcional à utilidade que aquele mecanismo provisório tivesse para o processo penal, a partir da vigência. No caso de aplicação cumulativa das medidas cautelares, conforme previsto no art. 282, inciso 1º, CPP, deveria ser feito o somatório do tempo compensatório para fins da detração. Se assim não procedeu o legislador, acredita-se que não podem as medidas cautelares com caráter restritivo à liberdade, ser desprezadas para as hipóteses de aproveitamento do seu período no momento de execução penal.

As soluções em torno da problemática da detração e medidas cautelares devem acompanhar, enquanto não introduzido o necessário mecanismo legal, as acomodações já refletidas pela doutrina e jurisprudência.

Delmanto anotou a propósito da necessidade de encaminhamento da questão compensatório em virtude de graves restrições à liberdade do acusado condenado, durante o tramite processual.

Restrições ao direito de locomoção: Sendo ao acusado severas restrições ao direito de locomoção, antes da decisão condenatória, há de efetuar se a detração desse lapso temporal, como forma razoável de compensação em face dos gravames conseqüentes do castigo antecipado (STJ, RT 732574)³⁰.

Ate mesmo em torno da prisão civil, que guarde nexos com eventual condenação, tem se admitido o aproveitamento do seu tempo para fins de detração penal. O art. 111. LEP permite a detração, mesmo se a prisão cautelar derivar de processo distinto, daquele que origina a condenação. O tempo de prisão provisória em processo que resultou na absolvição pode ser utilizado para a detração na liquidação da pena derivada de condenação em processo diverso, por delito ocorrido antes do recolhimento antecipado.

Merece destaque ainda a interpretação de que para a execução das penas substitutas restritivas de direito (art. 43. I a VI, CP) e multa (art.49, CP), embora delas não fale expressamente o art. 42 do CP, se permite o emprego de regime da detração penal.

³⁰ DELMANTO, Celso; Roberto Júnior; Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2001, 96.

Anota a esse respeito Andre Estefam: “Excepcionalmente, a jurisprudência tem admitido detração com tempo de prisão civil, muito embora a lei não a preveja desde que haja entre o fato que ensejou a prisão civil e a condenação criminal”³¹.

Há sem dúvidas uma enorme preocupação em permitir que a detração penal atinja na plenitude, o objetivo de humanizar o cumprimento de pena, o que é realçado pela aplicação da analogia. E a analogia benigna imprime a necessidade de que enquanto não se promover a correção dos rumos legislativos nesse assunto, ou seja, criando se a previsão expressa da utilização da detração penal em razão das medidas cautelares, inclusive com os respectivos parâmetros compensatórios, não haja impedimento para sua aplicação³².

O instituto de natureza penal mais próximo e em condições de asseverar uma solução adequada ao problema, no aguardo da regulamentação legal, é a remissão prevista no art. 126 da LEP. Tal medida deve ser aplicada irrestrita, isto é, abrangendo todas as condenações, independentemente de ser pena privativa de liberdade em regime fechado ou semi-aberto e sem a possibilidade de perda dos dias remidos (art. 127 LEP).

3.3 Prisão cautelar

A legislação processual penal brasileira passa a contar com as seguintes cautelares pessoais: prisão cautelar (art.283 e ss.), prisão domiciliar (arts.317 e 318), e outras cautelares diversas da prisão (art.319): comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica.

Começemos pela prisão cautelar.

O primeiro aspecto que merece destaque é a consagração da *ultima ratio* da prisão cautelar. Ainda que a natureza excepcional desse instrumento fosse evidente, é importante que o legislador caracterize expressamente a privação da liberdade como a última das medidas, aplicável *apenas* diante do insucesso das demais. Por isso a redação do novo art.282, §6º, dispõe: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar", o que impõe ao magistrado, ao determinar a prisão

³¹ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte geral, Editora Saraiva, 2010, p. 315.

³² *Idem, ibidem.*

preventiva, a exposição dos motivos que a justificam e das razões pela qual entendeu que todas as demais cautelares são imprestáveis para substituí-la no caso concreto; do contrário, a decisão será nula, por ausência de fundamentação completa.

Com o fim da execução provisória na seara penal (agora expressa no art.283), restam apenas três hipóteses de restrição de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação: prisão temporária (Lei 7.960/89), (ii) prisão em flagrante (CPP, art. 301), prisão preventiva (CPP, art. 312), sem contar as conduções coercitivas, que alguns consideram prisão.

A prisão temporária não sofre alterações - ficam mantidas as regras estipuladas na Lei 7.960/89³³.

3.3.1 *Prisão em flagrante*

As hipóteses do flagrante também são mantidas. No entanto, diante da notícia do flagrante o juiz deverá optar por relaxar a prisão, caso seja ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art.312 do CPP, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Ainda que, à primeira vista, não exista grande diferença com o sistema anterior, a nova redação deixa clara a impossibilidade da coexistência, no mesmo processo, da prisão em flagrante e da prisão preventiva. Com isso, com exceção dos casos de prisão temporária (hipóteses da Lei 7960/89) o réu privado de liberdade no processo ou está preso em virtude do flagrante - situação efêmera que dura no máximo 24 horas, até a primeira apreciação judicial - ou em prisão preventiva, o que evita a estranha, inusitada, mas recorrente situação anterior, na qual o magistrado revogava a prisão preventiva pela ausência dos requisitos do art.312 e o réu continuava preso pelo flagrante inicial³⁴.

3.3.2 *Prisão preventiva*

As regras da prisão preventiva sofrem alterações.

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumes júris, 2010, p.542.

³⁴ *Idem*, p. 512.

As hipóteses para a decretação da preventiva continuam explicitadas no art. 312, que manteve a redação anterior. Portanto, a decretação dessa cautelar tem por objetivo: garantia da ordem pública, ou garantia da ordem econômica, ou conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal. Presente um desses elementos é possível a preventiva, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Mas há um requisito adicional para a decretação da preventiva, inexistente na redação anterior: a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer outra cautelar para alcançar os fins estabelecidos no *caput* do art. 312, como dispõe o art. 283, § 1.º. Assim, não basta ao magistrado apontar um dos requisitos do art.312, mas deverá também assentar as razões pelas quais entende incabíveis outras cautelares distintas³⁵.

3.3.3 *Prisão preventiva e ordem pública*

É bem verdade que a lei poderia ter ido além, e enfrentado um dos pontos mais polêmicos e controvertidos da prisão cautelar: a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. A legitimidade da prisão, nestes casos, é constantemente questionada diante da falta de clareza sobre o significado, o sentido e a extensão do termo ordem pública. Gomes Filho, com propriedade, aponta que a abertura interpretativa do termo dificulta a própria motivação da decisão e afirma:

Esta tarefa (motivação da decisão da preventiva) é sobremaneira dificultada, sem dúvida, pelo emprego de expressões muito abertas pelo legislador, ordem pública e ordem econômica, cujo conteúdo fortemente emotivo pode propiciar a ruptura dos padrões de legalidade e certeza jurídica, fundamentais na matéria examinada, autorizando os juízes a formular definições puramente persuasivas, que encobrem juízos de valor.³⁶

Para alguns, a ordem pública decorre do abalo social causado pelo crime. Assim, a afetação à ordem pública estaria atrelada à gravidade do ilícito e à comoção social com ele relacionada. Tal concepção padece da falta de objetividade e de segurança, vez que faz

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumes júris, 2010, p. 523.

³⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva 1991, p. 116.

depende a liberdade do cidadão da repercussão do crime, fato alheio ao seu comportamento e sem relação com a ordem processual.³⁷

Por outro lado, há quem sustente que a ordem pública pode abrigar situações em que a sociedade espera do Judiciário alguma reação diante do suposto delito, e que a inércia afetaria sua credibilidade. Ora, nesse caso, mais adequado ao Estado de Direito que o poder público aja institucionalmente, levando adiante eficientemente o processo, como previsto em lei, e que a reação do Judiciário seja o julgamento definitivo. A aplicação açodada e agoniada de cautelares como resposta estabaneada aos apelos populares não prestigia a Justiça, mas banaliza seus instrumentos de coerção.

Outros entendem que lesão à ordem decorre da magnitude do dano causado pelo ato criminoso. Mas não parece plausível que a magnitude do dano justifique a prisão preventiva, vez que a presunção de inocência veda a fundamentação de atos de restrição de direitos sobre conduta carente de análise judicial definitiva. Também não é adequado o argumento de que a magnitude do dano revela o acesso do acusado aos meios para subtração à persecução penal ou à decisão judicial. Se existem indícios que fundem tal suspeita, a cautelar será admissível pelo requisito de evitar a subtração à aplicação da lei penal, mas não pela violação da ordem pública.

Ordem pública não tem relação com o ato praticado. Garantir a ordem pública é preservar a expectativa da sociedade na produção de um processo penal completo, em ordem, sem turbacões. Antecipar a pena não é garantir a ordem, mas legitimar o arbítrio, como já apontou o STF em inúmeros precedentes³⁸. No entanto, alguns magistrados ainda interpretam ordem pública de forma abrangente, sob a perspectiva do ato praticado e de seus efeitos, sem atentar que esse ato praticado só gera consequências jurídicas quando reconhecido por sentença definitiva.

Para evitar a ambigüidade do termo ordem pública, a proposta original de alteração do CPP apresentada pela "Comissão Pellegrini" apresentava o seguinte texto para o art.312: "A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumes júris, 2010, p.524.

³⁸ Art. 557. Não cabe prisão preventiva: I - nos crimes culposos; II - nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 3 (três) anos, exceto se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa; 104 III - se o agente estiver acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso. § 2º Não incidem as vedações previstas nos incisos I e II do caput deste artigo na hipótese: I - de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais, sem prejuízo da verificação dos demais pressupostos autorizadores da prisão preventiva; II - em que a prisão preventiva é imposta como garantia da aplicação penal, nos termos do caput do art. 150. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado em: 14 nov. 2011.

suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeiras consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa".

Tal redação definia de maneira mais consistente a natureza da prisão cautelar, apontando sua viabilidade apenas para a garantia da ordem processual, para assegurar o cumprimento da decisão judicial ou quando presentes indícios de que o acusado viesse a praticar infrações penais específicas. Ficava claro que a expressão ordem pública não significa clamor social ou repercussão midiática do crime, mas perigo de continuidade delitiva. A ordem social teria relações com o futuro e não com o passado.

No entanto, optou o legislador por alterar a redação originalmente apresentada, acatando as críticas formuladas pelo deputado federal Luiz Antonio Fleury Filho, nos seguintes termos:

A parte final do art. 312, além de omitir o tráfico, não substitui convenientemente o que foi suprimido, bastando imaginar que o autor de um crime extremamente grave, desde que não demonstre intenção de reincidir, não mais poderá ser preso, sendo irrelevante a intranqüilidade que sua conduta tenha gerado na comunidade³⁹.

Porém, mesmo mantida a redação atual do código de processo penal para o art. 312, a interpretação sistemática desse dispositivo com o disposto na nova redação do art. 282, restringe a abrangência da expressão ordem pública.

Explica-se: O inc. I do art. 282 estabelece que os requisitos gerais para a imposição de qualquer medida cautelar - incluída a prisão -, serão necessidade para aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Tais requisitos - válidos para todas as cautelares - correspondem, grosso modo, àqueles previstos no art.312 - vigentes para a prisão preventiva. A necessidade de aplicação

³⁹O STF entendeu cabível *habeas corpus* para questionar pena de prestação pecuniária devida à possibilidade de sua conversão em prisão pelo não cumprimento. HC 86.619/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.27.09.05. Em sentido contrário, defendendo a restrição do *habeas corpus* apenas para cautelares penais que restrinjam diretamente a liberdade de locomoção. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado em: 14 nov. 2011.

da lei penal e a necessidade para a investigação ou instrução criminal (art.282, I) tem evidente proximidade com a conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal (art.312).

Por outro lado, não há aparente paralelo no art.282, I para os outros dois requisitos do art.312: garantia da ordem pública ou garantia da ordem econômica, da mesma forma que não existe expresse correspondente no art.312 para a previsão do art.282, I de imposição de cautelares para evitar a prática de infrações penais⁴⁰.

Uma análise lógica e sistemática, que evite contradições legais, impõe a complementação de o requisito evitar infrações penais (requisito de qualquer cautelar - art.282, I) com o requisito garantia a ordem pública ou econômica (requisitos da preventiva - art.312). O primeiro contempla e restringe o âmbito dos segundos. Ordem pública e ordem econômica não podem ser interpretadas de qualquer forma, mas apenas à luz do art. 282, I, que faz referência a todas as cautelares, inclusive à prisão. Trata-se de interpretação autêntica, disposta no mesmo diploma legal, que não autoriza o alargamento de sua incidência⁴¹.

Assim, o abalo à ordem pública e econômica é exclusivamente constatado pela presença de elementos objetivos indicativos da periculosidade do agente, sua disposição para a continuidade delitiva. Qualquer outra definição de ordem pública ou econômica seria vedada, não pela leitura isolada do art. 312 (cuja redação não é alterada pela proposta), mas justamente em face do disposto no art. 282, I válido para toda e qualquer cautelar - inclusive para a prisão.

⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. **Código penal e sua interpretação**: Comentários aos arts.41 a 60. 8 ed. São Paulo: RT, 2007, p.275.

⁴¹ *Idem, ibidem.*

3.3.4 Vedações à prisão preventiva

Outra alteração importante diz respeito às restrições à prisão cautelar previstas no novo art. 313 da lei de execução penal. Antes, estava sujeito à prisão preventiva o acusado processado por crime doloso punido com reclusão, ou punido com detenção, quando vadio ou quando houvesse dúvida sobre sua identidade (na ausência de elementos para esclarecê-la), ou condenado anteriormente por crime doloso, ou quando o crime envolvesse violência doméstica e familiar contra a mulher⁴².

A nova redação do art. 313 da LEP, reduz o âmbito de abrangência da prisão preventiva, que não mais será aplicada aos processados por crimes punidos com prisão (reclusão ou detenção) com pena máxima inferior ou igual há quatro anos, a não ser nos casos de reincidência em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Será ainda possível a prisão cautelar em qualquer caso para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, e 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 medida⁴³.

A idéia é evitar a aplicação de cautelar processual mais gravosa que a possível pena, em caso de condenação definitiva. Delitos com pena igual ou inferior a quatro anos são usualmente punidos com penas restritivas de direitos (exceto quando cometidos com violência ou grave ameaça, ou quando o autor for reincidente e estiverem ausentes os requisitos do art. 44, § 3.º, do CP), ou iniciam o cumprimento em regime aberto (exceto nos casos de reincidência: CP, art. 33, § 2.º, c). Logo, não há sentido em determinar o recolhimento cautelar fechado durante o processo quando o réu é primário e a pena final que se quer assegurar é menos aflitiva que o próprio meio para sua garantia. Nada impede, no entanto, que outra cautelar seja imposta para resguardar a ordem processual⁴⁴.

⁴² FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. **Código penal e sua interpretação**. 8 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 276.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumes júris, 2010, p.624

⁴⁴ *Idem*, p.627.

3.3.5 Descumprimentos das medidas cautelares impostas

Questão que pode surgir é sobre a medida a ser tomada diante do descumprimento das cautelares distintas da prisão. O parágrafo único do art. 312 da lei de execução penal, prevê que "a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares", hipótese também prevista no art. 282, §4º. Assim, descumpridas as cautelares diferentes da prisão - como a proibição para freqüentar determinados lugares - é possível a decretação da prisão⁴⁵.

No entanto, não fica claro o que ocorrerá se o agente que descumpre as cautelares é processado por um crime com pena igual ou menor que quatro anos, nos quais não cabe a prisão preventiva por força do art. 313. A hipótese de prisão pelo descumprimento da cautelar prevista nos arts. 312 par. un. e 282, §4º legitimam a decretação de medida, ou a vedação da prisão nesses casos impede a segregação preventiva? Em análise inicial, nos parece que a vedação à prisão preventiva do art.313 impede a aplicação dessa cautelar mesmo diante do descumprimento reiterado de outras medidas, porque a controvérsia legal se resolve em prol da liberdade.

Ademais, quisesse o legislador permitir a prisão nesses casos, o faria expressamente, como o faz o projeto de alteração completa do CPP que tramita no Congresso Nacional (PLS 156/09), dispondo que "não incidem as vedações" de prisão cautelar "na hipótese de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais". A inexistência dessa ressalva na Lei aprovada aponta para a impossibilidade de determinar a prisão preventiva nos casos previstos no art.313, mesmo que o réu descumpra as demais cautelares, sem prejuízo das sanções autônomas impostas à desobediência à ordem judicial⁴⁶.

3.3.6 Outras cautelares pessoais

As outras cautelares previstas no Código são a prisão domiciliar (Capítulo IV, arts.317 e 318) e cautelares distintas da prisão (Capítulo V, art.319 e ss.). As medidas propostas não foram elencadas de forma graduada, ou em ordem de proporcionalidade. A opção por

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumes júris, 2010, p.549.

⁴⁶ *Idem*, p. 250.

determinada restrição, no caso concreto, dependerá da apreciação judicial de sua necessidade, da proporcionalidade da restrição, e será sempre motivada, nos termos do art. 282 do CPP⁴⁷.

Dentre as novidades nas cautelares, deve ser destacada a reabilitação da fiança, que passa a ser cautelar autônoma e exigível mesmo na ausência dos requisitos para a prisão preventiva, superando-se as dificuldades de interpretação advindas do antigo parágrafo único do art.310. Também merece atenção o monitoramento eletrônico, que deve ser aplicado sempre em conjunto com outra cautelar, vez que o simples controle dos movimentos do réu não tem utilidade alguma se desacompanhado de outra restrição cumulativa, como, por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares ou a prisão domiciliar.

3.3.7 Cautelares distintas da prisão e cabimento de *habeas corpus*

Sem dúvida será objeto de discussão o cabimento de *habeas corpus* para questionar a decretação das cautelares distintas da prisão, vez que o remédio se destina a salvaguardar a liberdade de locomoção. Uma vez que o descumprimento das cautelares enseja sua substituição pela prisão preventiva (CPP art.282, §4º), é possível o manejo do *habeas corpus* para questionar sua determinação - em qualquer cautelar - mesmo naquelas que não afetam diretamente a liberdade de locomoção. Da mesma forma que é viável o uso do *habeas corpus* para questionar penas restritivas de direitos, mesmo a prestação pecuniária e médio para questionar as cautelares distintas da prisão, diante da possibilidade de conversão em privação de liberdade pelo descumprimento da medida. As únicas hipóteses nas quais parece inviável o *habeas corpus* são aquelas decorrentes do art.313, pois aqui não existe a hipótese de conversão em privação de liberdade, mesmo diante do descumprimento das cautelares aplicadas.⁴⁸

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: lumes júris, 2010, p. 555.

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. **Código penal e sua interpretação**. 8 ed. São Paulo: RT, 2007, p.277.

3.3.8 Cautelares e detração

Por fim, há um ponto que exige reflexão: a ausência de previsão da detração diante da aplicação de medidas cautelares distintas da prisão. O Código Penal dispõe, no art.42, que será computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro - a detração. Se o réu aguardou preso preventivamente o andar do processo, é natural que esse tempo seja descontado da pena final, ainda que a qualidade e natureza das prisões cautelar e definitiva sejam distintas. A supressão do direito de locomoção para salvaguardar o processo será compensada na pena final.

Ocorre que não há previsão legal da detração nos processos em que a cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto. Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao bis in idem⁴⁹, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer.

⁴⁹ FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. **Código penal e sua interpretação**. 8 ed. São Paulo: RT, 2007, p.277.

4 A CAUTELARIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

4.1 Histórico

Em 1859 já existia uma teoria sobre a "Origem das Espécies", onde defendia que o homem, ainda na forma primata, sentia necessidade de se proteger do inimigo em escavações subterrâneas nas cavernas.

Mas, em sua origem, a prisão preventiva precede a existência da própria prisão como pena, que só veio figurar na história muito tempo depois que a humanidade já conhecia a privação de liberdade.

Dessa forma, antes de a prisão passar a ser instrumento de pena, ela se destinava a reter o condenado até a execução de sua pena, que era sempre corporal ou infamante.

A custódia do acusado como meio de assegurar a aplicação das sanções punitivas antecede historicamente a própria pena privativa de liberdade, posto que esta foi introduzida pelo Direito eclesiástico, como forma de penitência.

No Direito romano, como ensina Helio Tornaghi, a custódia dos processados se fazia pelo acorrentamento ou pela segregação, podendo esta ocorrer em estabelecimentos do Estado ou em casas particulares, garantindo, de certa maneira, a futura aplicação da pena⁵⁰.

Aquela época a prisão cautelar emanava de um poder eminentemente discricionário, compreendido no império do magistrado, cujo exercício estava subordinado à natureza do delito ou à personalidade do acusado, daí a sua aplicação mais freqüente aos acusados que ocupavam posição social inferior e aos estrangeiros.

Entre o povo grego há indicação da existência da prisão cautelar, que tinha por objetivo assegurar e aguardar, em asilos ou templos, a aplicação da pena que era diversa da própria prisão.

O mesmo instituto encontra-se no Digesto, também entre os Visigodos. Em Portugal, a Ordenações Afonsinas previam que ninguém poderia ser preso por querela ou denúncia.

Nas Ordenações Filipinas, o príncipe podia por justos motivos conceder ao réu a graça de ser solto, dando ele fiadores idôneos, caso contrário aguardaria preso.

⁵⁰ TONAGHI, Helio. **Manual de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995, p. 145.

Antes da era cristã existiam muitas modalidades de pena, tais como a lapidação, a flagelação, amputação, a morte por decapitação, crucificação, lançamento às feras, dentre outras, mas a prisão não aparece como instrumento de pena.

O Império Romano era composto por uma região muito grande da Europa, África e Ásia, e antes do Imperador Constantino os cristãos eram perseguidos, presos e lançados às feras, mas após a conversão de Constantino à fé cristã e o reconhecimento da Igreja pelo Estado, a situação se inverteu e todos que não aderissem à fé católica, ou que praticassem atos contrários à moral religiosa, eram considerados não só pecadores, mas também criminosos⁵¹.

A Igreja com a conquista do poder, formou um poder punitivo, erigindo em crime o infanticídio, o aborto, o homossexualismo, o rapto, o adultério, a blasfêmia, o sacrilégio, a heresia, a bruxaria, a feitiçaria, etc. Chegou também incluir o crime de lesa-majestade ao elenco dos crimes religiosos, porque o poder do príncipe ou do rei era considerado divino. O delito se confundia com o pecado. Para manter presos, objetivando supliciar e mandar seus delinquentes para a fogueira, a Igreja passou a construir prisões apropriadas para tal, que receberam a denominação de Penitenciários.

Com a elevação da incidência dos crimes religiosos, aumentando o número de infiéis, o Papa, no início do século XIII, incumbiu o bispo Domingo de Gusmão de criar uma ordem e uma organização judiciária para dar combate aos desviados da fé. Os membros da Ordem foram chamados de dominicanos e a organização criada foi denominada de Santo Ofício da Inquisição.

Dessa forma, a prisão cautelar adquire a partir da Idade Média, maior importância, pois nos processos inquisitórios, a restrição da liberdade do acusado constituía condição indispensável para a tortura e para a obtenção da confissão.

A prisão cautelar era realizada nos penitenciários que em geral estavam localizados nos subterrâneos, com celas individuais, escuras e imundas, porque, segundo os inquisidores, só assim elas seriam propícias à penitência, à expiação e a purgação. Havia uma dependência para os suplícios que eram progressivos, desde os mais brandos até os mais violentos, e desde que o supliciado não se "arrependesse" e não se "convertesse", seria lançado vivo à fogueira.

Muitos desses presos morriam antes mesmo de se cumprir a pena capital, pelas condições desumanas que eram submetidos, sem qualquer cuidado ou amparo⁵².

Fora da órbita eclesiástica, o poder secular construía cárceres e similares, como os ergástolos, enxovias, aljures, masmorras, panoptios, etc., com a finalidade apenas de reter os

⁵¹ TONAGHI, Helio. **Manual de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995, p. 147.

⁵² *Idem, ibidem*.

criminosos até a execução das sentenças condenatórias, que geralmente eram de morte, precedidas ou não de suplícios, galés ou galeras, trabalhos forçados, banimento, suplícios corporais, exposição à execração ou irrisão pública, mas nunca, jamais, de prisão propriamente dita.

A prisão como pena aparece no final do século XVI, mas precisamente em 1525, época em que, expirada nos penitenciários da Inquisição, a Holanda constrói a primeira penitenciária masculina, e depois de dois anos, constrói a segunda, esta feminina, ambas em Amsterdã, agora sim, para o cumprimento de pena privativa de liberdade.

Mas, o aparecimento da prisão como pena não faz desaparecer a prisão cautelar, que objetivou a punição, sendo apenas instrumento para a realização do processo, garantindo o seu resultado.

Assim, a prisão cautelar em suas várias modalidades, com superficiais mutações, permanece em nosso meio até os nossos dias, apesar e enormes críticas que recebe, pois há que se restringir sua utilização aos casos extremos, sob pena de se ferir preceitos constitucionais das garantias individuais, negando-se o princípio da presunção de inocência⁵³.

4.2 Princípios constitucionais

A prisão, em nosso Direito, seja cautelar ou não, tem seus princípios regulados por normas constitucionais. A Constituição Federal vigente, quando trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, regula a matéria pertinente à prisão.

A liberdade é um direito do cidadão e, assim, ele somente pode perder este *status* através de fatos previstos na lei e de normas rígidas vigentes a respeito⁵⁴.

Este princípio é pertinente à prisão resultante de uma condenação, a prisão pertinente ao direito material. Uma pessoa somente pode ser presa, ou cumprir pena, ou perder a liberdade, se existir um processo prévio. Não há prisão *sine judicio*.

Já ressaltamos que o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal prevê: "Ninguém será preso se não em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

⁵³ TONAGHI, Helio. **Manual de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995, p. 150.

⁵⁴ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: forense, 1992, p. 157.

judicial competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

O preceito constitucional citado determina que a prisão somente possa ser efetuada quando a pessoa estiver em flagrante delito, quando for decorrente de mandato de prisão: esta pode ser preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão temporária. Estas três últimas somente podem ser efetuadas através de mandato de prisão pela autoridade judiciária competente⁵⁵.

A exceção, ou seja, a prisão sem a determinação judicial, ficou por conta das transgressões militares.

Deste modo, o dispositivo constitucional encontra-se em perfeita harmonia com o artigo 282 do Código de Processo Penal, que diz: "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente".

A nossa Constituição Cidadã, além de exigir um procedimento judicial prévio antes de recolher o indivíduo à prisão, assegurou a todos o Devido Processo Legal.

Para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho⁵⁶, os princípios do contraditório, ampla defesa, da publicidade, da motivação, do juiz natural, constituem aspectos complementares do Devido Processo Legal.

E, assim conclui, partindo da premissa de que os princípios constitucionais processuais apresentam forte elo que os une, de forma que se afigura difícil, por vezes, identificar especificamente a que garantia processual se referem.

O Devido Processo Legal teve sua origem no art. 39 da Magna Carta imposta em 1215, na Inglaterra, ao tempo de João Sem Terra, e passou posteriormente para as colônias americanas, onde diversas delas o adotaram em suas próprias Constituições.

E a medida de sua aplicabilidade, o entendimento em torno do princípio foi como que evoluindo, podendo-se, mesmo, afirmar ter alcançado o Devido Processo Legal, nos Estados Unidos, o auge de sua elaboração doutrinária e jurisprudencial.

Vivemos, atualmente, a forma moderna de Estado, ou seja, o Estado Democrático de Direito, onde há o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais para o homem viver com dignidade e harmonia.

⁵⁵ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: forense, 1992, p. 157

⁵⁶ *Idem*, p. 158.

Assim, a importância da aplicação prática do Devido Processo Legal esta em se discutir, à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, a conveniência da aplicação das prisões cautelares.

A manutenção dessas formas de prisão só se admite no limite exato do princípio do Devido Processo Legal. Tudo o que exceder a essa medida se afigura inconstitucional, devendo ser repugnado pelos Tribunais.

Toda medida processual que de alguma forma limite os direitos fundamentais, geralmente constitucionais, do cidadão, deve ser analisadas sob o prisma de sua necessidade e proporcionalidade, em relação ao fim perseguido.

Por isso é que não se pode perder de vista que as chamadas medidas cautelares são providências excepcionais, que representam a antecipação de um resultado que normalmente seria obtido através de um amplo debate entre os interessados na solução do conflito. E, nessas circunstâncias, estão ditas medidas subordinadas a determinadas regras, na ausência das quais não se poderá considerar como legítima essa inversão de ordem natural das coisas.

Segundo as palavras do Professor Antonio Magalhães Gomes Filho⁵⁷, as regras básicas são: "Primeiro, é preciso que no caso concreto, a existência do direito posto como fundamento da cautela se apresente pelo menos com razoáveis probabilidades (*fumus boni iuris*). Como segunda condição para a emanção do provimento cautelar, a doutrina processual indica o perigo de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*)."

Outra garantia fundamental inovada pela Lei Maior de 1988 e com utilização muito importante no direito penal e no processo penal foi o Princípio da Presunção da Inocência.

Nesse sentido, expõe Delmanto Junior⁵⁸: "Negar o direito à presunção de violência significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da presunção de inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como um único instrumento de que dispõe o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada."

Quanto à natureza jurídica da presunção de inocência, observa ainda o autor acima citado: do ponto de vista extrínseco (formal), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, é dizer, esta inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5º). Do ponto de vista intrínseco substancial,

⁵⁷GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva 1991. p. 79.

⁵⁸DELMANTO Junior, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84.

é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório das garantias e de tratamento do acusado.

Com efeito, a vontade do legislador constituinte foi garantir ao acusado, a supremacia do direito a liberdade sobre a vontade e o interesse coletivo à repressão penal.

Assim, somente após todo o trâmite probatório e com a elaboração do decreto condenatório, observando a expressão máxima *in dubio pro reo*, é que o acusado poderá ser punido com a restrição de sua liberdade.

Antes deste decreto não se pode falar em condenado, sob pena de violar gravemente o princípio da presunção de inocência.

Nas palavras de Sidney Eloy Dalabrida⁵⁹: "o princípio da presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do investigado e acusado, através da qual é inconcebível fazê-lo suportar qualquer efeito negativo que decorra automaticamente da simples imputação".

Doravante, é importante que o princípio seja refletido no modo pelo qual o agente é tratado antes e durante do processo, não se aceitando nenhum abuso ou imputação desonrosa sua pessoa.

Desse modo, a aplicação de todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justifica quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos, sendo, repugnável qualquer prisão automática antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido, também decorre Gomes Filho⁶⁰:

À luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação do *periculum libertatis*.

Superado a discussão da amplitude do princípio fundamental constitucional da presunção de inocência, devemos destacar a incidência de outro princípio constitucional muito importante no estudo do tema: o princípio da proporcionalidade.

O princípio constitucional da proporcionalidade, atualmente ocupa papel de destaque em nosso ordenamento, sendo largamente citado em julgados e pela doutrina.

⁵⁹DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá. 2006, p. 98.

⁶⁰GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva 1991, p. 116.

Salienta-se que muitos, equivocadamente, confundem o princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade. Sabe-se que, pela simples análise terminológica, que proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade, porquanto que, embora possuam finalidades semelhantes, expressam construções jurídicas diferentes⁶¹.

Desta forma, resta nítido que o princípio da proporcionalidade difere em sua origem do princípio da razoabilidade, tendo estrutura e forma de atuação diversa.

Para entendermos a verdadeira face do princípio da proporcionalidade devemos analisar seus elementos estruturais, ou seja, seus subprincípios: da adequação; necessidade ou exigibilidade; e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, a proporcionalidade deve ser medida pela incidência do caso concreto destes três elementos essenciais: a adequação dos meios utilizados pelo legislador para a consecução das finalidades pretendidas; a necessidade da utilização destes meios, e a razoabilidade, aferida por meio de uma ponderação entre os objetivos visados e o significado da intervenção⁶².

Analisados esses subprincípios e verificados a extensão do princípio da proporcionalidade, passa-se a estudar e indicar qual a medida menos danosa ao Direito Fundamental do indivíduo.

Após devidamente investigados e analisados, caberá ao operador de direito, utilizando o princípio da proporcionalidade, escolher, o princípio mais apropriável a medida a ser imposta, de modo que sejam respeitados os direitos fundamentais do cidadão.

Deste modo, conclui-se facilmente que por atingir a liberdade do agente, faz-se necessário a observação do princípio da proporcionalidade antes da aplicação da Prisão Cautelar, impondo ao acusado o recolhimento ao cárcere, sob pena de flagrante abuso de autoridade, sanável por intermédio do remédio constitucional do *Habeas Corpus*.

4.3 Das hipóteses da prisão preventiva

As hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva estão inseridas no texto do artigo 312 do CPP, que diz: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da

⁶¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva 1991, p. 117.

⁶² DELMANTO Junior, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88.

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".

Percebe-se, que o citado artigo elenca as hipóteses de forma taxativa e não meramente exemplificativas, não deixando margem a discricionariedade do julgador ao decidir o caso concreto⁶³.

4.3.1 Garantia à ordem pública

A primeira hipótese de decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública. Ordem pública significa a paz, a tranquilidade no meio social.

Assim, entende-se que há perigo para a ordem pública quando o réu, devido a seus antecedentes, seu modo de vida, poderá cometer novos delitos, perturbando o sossego da comunidade onde vive.

Podemos citar como exemplo de tais atitudes o fato do acusado fazer apologias ao crime, cometer nova conduta delituosa e reunir-se em quadrilha ou bando.

Esse exemplo também é adotado por Tourinho Filho⁶⁴, ao analisar a finalidade da prisão preventiva:

Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia ao crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação à ordem pública. Em qualquer uma dessas hipóteses, por exemplo, havendo nos autos prova nesse sentido e uma vez satisfeitos os demais requisitos legais, deverá o juiz decretar a medida extrema.

É mister que haja provas dos fatos da perturbação para a decretação da prisão preventiva, sob pena de desrespeito à presunção de inocência.

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.49.

⁶⁴ *Idem*, p. 58.

A jurisprudência afirma que visando à garantia de ordem pública, o Estado pode exercer, cautelarmente, o seu *jus puniendi*, quando o crime no qual o autor esteja sendo imputado seja grave e a sua liberdade promova um descrédito no Poder Judiciário:

Com efeito, essa repercussão, geralmente, é patrocinada pelos meios de comunicação, seja escrito ou falado, que quando se depara com o delito que promove uma comoção social, aproveita do sensacionalismo barato para poder vender mais ou então alcançar grandes picos de audiência⁶⁵.

Portanto, cabe ao magistrado o cuidado de verificar se o conteúdo da informação trazido aos autos é verídico ou se apóia em suposições ou presunções.

⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.59.

4.3.2 Garantia à ordem econômica

A garantia da ordem econômica também é outra hipótese de decretação da prisão preventiva. Essa hipótese foi acrescida ao texto do artigo 312 do CPP através do art. 86 da Lei nº 8884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão dos crimes contra a ordem econômica.

Desse modo, a referida Lei pretendeu permitir a prisão do autor do fato que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico visando à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Vale lembrar que a medida foi adotada como método para conter o aumento de crimes contra o sistema econômico que ocorria naquele tempo.

Tanto a hipótese de garantia à ordem pública quanto a de garantia à ordem econômica, são hipóteses que prevêm o recolhimento ao cárcere do acusado não como finalidade cautelar processual, mas como meio de repreender a prática de tal conduta delituosa.

Assim, assevera Roberto Delmanto Junior⁶⁶: "uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a conseqüente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal."

Na mesma linha segue o magistério de Tourinho Filho⁶⁷:

pode parecer um tanto quanto esdrúxulo tal acréscimo. Na verdade, se a prisão preventiva deve ter uma finalidade imediatamente cautelar, no sentido de instrumento para realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantir o cumprimento da decisão (assegurar a aplicação da lei penal), parece um não-senso decretar-se a prisão preventiva para garantia da ordem econômica.

Dessa forma, seguimos a orientação do doutrinador retro-citado, na qual a pena para esses malfeitores é o seqüestro ou a indisponibilidade de seus bens.

⁶⁶ DELMANTO Junior, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 112.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96.

4.3.3 Conveniência da instrução criminal

A hipótese de garantir a conveniência da instrução probatória da ação penal parece-nos a hipótese mais semelhante com a finalidade cautelar processual.

Haverá a decretação da prisão preventiva sempre que normalidade da apuração do crime, de sua autoria ou da própria instrução do processo o exigir.

Como por exemplo: se estiver o indiciado ou acusado intimidando ou afugentando testemunhas que possam dar contra ele depor; se estiver subornando, peitando perito, ameaçando a vítima ou testemunhas, fazendo desaparecer provas, aliciando testemunhas.

Deste modo, o objetivo central dessa medida é coibir que o réu solto possa impedir que a instrução criminal transcorra de forma segura e harmoniosa, pois o réu solto pode tentar impedir que as pessoas deponham ou mesmo tentar fazer com que as testemunhas falem com a verdade em juízo, por meio de ameaças, subornos e etc.

Pode, ainda, ser necessário que o réu seja recolhido à prisão, cautelarmente, para que ele possa reconhecer a vitimas ou testemunhas⁶⁸.

Nessa hipótese de decretação da prisão preventiva, o legislador pautou-se na necessidade da colheita normal da prova devendo ser a mesma conduzida sempre no sentido de demonstrar a verdade real dos fatos, quando da instrução probatória em juízo e da exata apuração da infração penal e de sua autoria no correr do inquérito policial, para que o membro do Ministério Público ou o próprio ofendido tenha elementos sérios e seguros para a formação de sua *opinio delicti*.

Portanto, ocorrendo prejuízo a instrução criminal o magistrado estará autorizado a decretar a prisão preventiva do acusado, recolhendo o mesmo ao cárcere provisoriamente⁶⁹.

4.3.4 Assegurar a aplicação da lei penal

Por fim, o legislador ordinário previu a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal⁷⁰.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.108.

⁶⁹ *Idem*, p. 109.

⁷⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: forense, 1982. p.79.

Acerca da decretação da preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, expõe Campos Barros⁷¹:

[...] o perigo de fuga do indiciado ou acusado justifica a imposição da cautela, evitando que se torne ilusória a condenação proferida no processo principal. O perigo de fuga revela-se quando o indiciado prepara-se para deixar o seu domicílio, desfazendo dos bens imóveis, demonstrando o desejo de empreender viagem ou revela a outrem esse seu propósito.

Assim, a decretação da prisão preventiva será aplicada para garantir a aplicação da lei penal possuindo caráter genuinamente cautelar, tendo como principal função a garantia quanto ao resultado do futuro processo penal de conhecimento de natureza condenatória.

Desse modo, poderá haver a decretação da preventiva, se o réu der a entender que tentará fugir do distrito de culpa para não cumprir a condenação, que poderá se exteriorizar por diversas maneiras: vendendo seus bens, saindo do emprego, dando a entender que irá mudar-se.

Isso porque, ocorrendo esses fatos, não se pode deixar que o réu responda a processo solto. Não se pode arriscar que a lei penal não possa ser aplicada pelo fato de o réu fugir do distrito da culpa.

Nessas hipóteses, sob a argumentação de que há necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, decreta-se a prisão preventiva do réu.

4.4 Pressupostos da prisão preventiva

Para que seja decretada a prisão preventiva, torna-se necessário que se identifiquem os pressupostos fundamentais: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Se não verificados esses dois pressupostos o despacho que decretará a prisão preventiva será totalmente arbitrária e ilegal, podendo ser impugnada facilmente por *habeas corpus*⁷².

⁷¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: forense, 1982. p.79.

⁷² *Idem*, p. 80

Assim, o magistrado na hora de decretar a prisão preventiva do acusado, deve-se certificar que há prova da existência do crime e indício suficientes de autoria, sob pena de cometer constrangimento ilegal.

4.4.1 Prova da existência do crime

A prova da existência do crime é exigência legal, devendo a mesma ser apurada, o direito pátrio não admite que por mera suspeita, indícios ou presunções seja o acusado recolhido ao cárcere.

Se não for comprovado que o acusado praticou uma conduta típica, antijurídica e culpável, incogitável a idéia de decretar a prisão preventiva, já que o primeiro pressuposto não foi verificado.

A legislação processual penal é imperiosa ao determinar, através de seu art. 314, que: "A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos terem o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III do Código Penal".

Interessante ressaltar que o artigo 19 do CPP faz referência, é o artigo 23 do atual Código Penal, que expõe o seguinte:

Exclusão de ilicitude (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Evidente, portanto, que excluída a antijuricidade da conduta praticada pelo agente não será admitida a decretação de prisão preventiva, por vedação expressa no art. 314 do CPP.

Acerca da matéria, Campos Barros⁷³ explica:

⁷³BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 83.

É certo que essa subsunção rigorosa do fato da vida real, no tipo legal, é o primeiro exame imposto à jurisdição cautelar, nem somente os requisitos de ordem subjetiva, quando necessários à composição do tipo, o juízo valorativo atinge, embora de forma superficial, os outros dois elementos formais do delito: a antijuricidade e a culpabilidade.

Saliente-se que devemos observar o princípio constitucional da presunção da inocência, onde o acusado não tem a obrigação de produzir provas incontestáveis que excluam a ilicitude ou a culpabilidade de sua conduta.

4.4.2 Indícios de autoria

Superada a questão da prova da existência do crime, torna-se necessário verificar a existência de indícios de autoria.

Faz certo notar que jamais podemos confundir indícios suficientes de autoria com a certeza quanto ao sujeito ativo do ilícito penal, o que somente é exigido na prolação da sentença de caráter condenatório.

Deste modo, basta que as provas obtidas lícitamente e acostadas aos autos indiquem a séria e real probabilidade de ser o indiciado o autor do fato criminoso ali reprimido.

Essa probabilidade deve ser forte, real e certa, não se admitindo meras suspeitas, pois conforme dito nos capítulos anteriores, nas prisões cautelares, deve se respeitar o princípio da presunção de inocência, e em caso de dúvida essa deve ser a favor do réu⁷⁴.

⁷⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: forense, 1982. p.85.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças decorrentes da lei 12.403 de 04 de maio de 2011, são importantes e necessárias, e demanda dos operadores e dos aplicadores do direito um amplo debate, tentado fomentar e construir um cenário legislativo ligado à prisão e à liberdade, mais justo célere e eficaz.

As alterações decorrentes do novo regime prisional irão impor ao judiciário a reafirmação que a segregação celular preventiva não é a regra do nosso ordenamento jurídico, nem o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Neste novo regramento legal, ganham destaque as medidas cautelares diversas da prisão, que, se bem usadas e bem fiscalizadas, serão de grande importância para dar resposta à prática do crime, bem como atuar, inibindo novos criminosos.

Outro ponto de grande importância, diz respeito à prisão em flagrante. Eis que ao tomar conhecimento da prisão em flagrante o juiz deverá convertê-la em preventiva, ou aplicar medidas cautelares, ou conceder a liberdade provisória, além da hipótese de considerá-la ilegal e relaxar tal prisão.

De grande valia é alteração na liberdade provisória com fiança, instituto completamente desprestigiado, que foi revitalizado pela nova legislação. Espera-se que os operadores e aplicadores do direito consigam na prática dar a mesma efetividade pretendida pelo legislador.

Por fim, consideram-se boas as mudanças decorrentes de tal lei, todavia, ser eficaz no plano das ideias não significa ser eficaz na prática, o que no Brasil se demonstra como coisas completamente distintas, que infelizmente não caminham juntas.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRUNO, A. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- CASTANHO de Carvalho; GRANDINETTI, Luiz Gustavo. **O processo penal em face da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**. Curitiba: Juruá, 2006.
- DELMANTO Junior, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DELMANTO, Celso; Roberto Júnior; Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**: Saraiva, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FRANCO, Alberto Silva; BELLOQUE, Juliana. **Código penal e sua interpretação**. 8 ed. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado di diritto penale italiano**. Turim: torinese, 1948.
- MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 4. São Paulo: Bookseller, 1998.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- TAVARES, Juarez. **Os limites dogmáticos da cooperação internacional**. São Paulo: revista dos tribunais, 2000.

TONAGHI, Helio. **Manual de processo penal**. 2 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: saraiva, 2003.

VON FEUERBACH, Anselm. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: hammurabi. 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal**. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

_____, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Turim: torinense, 1948.

SITES

<http://www.camara.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>