



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
AUGUSTO DERKIAN HACH PRATTS

A (DES) NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE À LEI N° 12.403/11

Florianópolis

2013

AUGUSTO DERKIAN HACH PRATTS

A (DES) NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE À LEI Nº 12.403/11

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Alexandre Botelho, Msc.

Florianópolis

2013

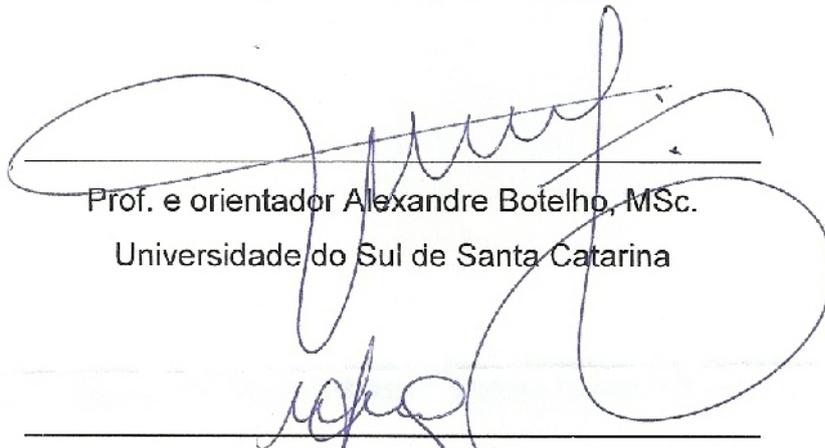
AUGUSTO DERKIAN HACH PRATTS

A (DES)NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FRENTE À LEI

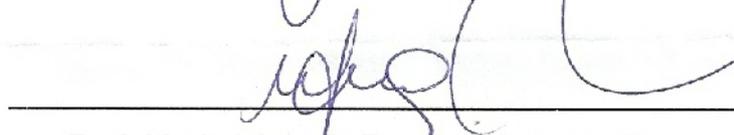
12.403/2011

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 25 de junho de 2013



Prof. e orientador Alexandre Botelho, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Maria Lúcia P. Ferrreira Marques, Dra.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Everson Becker Silva, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Gostaria de ressaltar que a conclusão deste trabalho só se fez possível pelo fato de existirem pessoas especiais ao meu redor, as quais, de maneira direta ou indireta, contribuíram para o sucesso dessa jornada.

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais, Edupércio Pratts e Margareth Hach Pratts, uma vez que sem a presença deles a influência de ingressar nessa incrível jornada que é o direito nunca teria se concretizado.

Aos meus irmãos, André Luis Hach Pratts e Alberto Raphael Hach Pratts, por compartilharem momentos de felicidade e descontração.

Ao Professor Orientador, Alexandre Botelho, o qual não titubeou e aceitou de plano a proposta de orientação e serviu, acima de tudo, como norte seguro na confecção desta obra.

Aos docentes do Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, que me ensinaram a dar os primeiros passos na minha formação jurídica.

Aos colegas de classe e demais amizades, pelos momentos que passamos juntos e pelas experiências trocadas.

Ao meu sogro, Alberto Vieira, e à minha sogra, Elaine Catarina Carlos Miras, por terem tido forças em aguentar-me todo esse tempo em um momento de stress intenso.

E, por derradeiro, como não poderia deixar de citar, o meu braço direito, pessoa a qual estive ao meu lado desde o projeto inicial dessa obra até o ponto final e que muito contribui como fonte e serviu de alimento para os meus sonhos e objetivos almeçados, minha amada, Bruna Vieira.

“Se queremos progredir, não devemos repetir a história, mas fazer uma história nova”.
(Mahatma Gandhi)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso. Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civilmente e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 4 de julho de 2013.

Augusto Derkian Hach Pratts

RESUMO

O presente trabalho teve como tema de estudo as transformações operadas pela Lei n. 12.403/2011 (lei das novas medidas cautelares) em relação à decretação da prisão preventiva. Com o advento da referida lei muitas dúvidas surgiram, uma vez que atualmente o juiz terá que observar a aplicação de outras medidas cautelares em vez da prisão provisória. Nesta temática, pergunta-se: Qual a necessidade da prisão preventiva no sistema penal brasileiro, uma vez que a nova lei de prisões instituiu medidas alternativas a segregação? A pesquisa demonstrou o porquê da importância da prisão preventiva e a quem deverá ser ela imposta no curso do processo penal, mostrando, de certa forma, que não deverá ser a regra, mas sim a exceção. Teve como objetivos investigar a origem da prisão preventiva, identificar as espécies de prisão provisória no ordenamento pátrio, compreender os fundamentos da prisão preventiva e analisar as mudanças ocorridas com o advento da Lei n. 12.403/2011, além de analisar a sua real necessidade. A metodologia de pesquisa utilizada foi exploratória, sendo escolhida a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, e o método utilizado foi o dedutivo. Depois de encontradas as respostas da pesquisa, observou-se que as medidas cautelares foram um grande avanço para o judiciário, uma vez que agora os juízes poderão escolher um meio termo entre liberdade e segregação antes do trânsito em julgado do processo crime. Sendo assim, a prisão firma-se, realmente, como a última opção do magistrado.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Lei n. 12.403/2011. Medidas Cautelares. *Extrema ratio*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DESLOCAMENTOS HISTÓRICOS DA PRISÃO	11
2.1 HISTÓRIA DA PRISÃO.....	11
2.1.1 Antiguidade	12
2.1.2 Idade Média	14
2.1.3 Idade Moderna.....	16
2.1.4 A História da prisão cautelar no Brasil	18
2.2 TEORIAS DA PENA	21
2.2.1 Teoria absoluta ou retributiva	22
2.2.2 Teoria relativa ou preventiva	25
2.2.3 Teoria mista ou unificadora	26
3 PRISÕES CAUTELARES.....	29
3.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PRISÕES CAUTELARES	29
3.1.1 Princípio da legalidade	30
3.1.2 Princípio da motivação das decisões judiciais.....	31
3.1.3 Princípio da presunção de inocência.....	32
3.1.4 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade	34
3.1.5 Princípio do contraditório	36
3.2 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES	37
3.2.1 Prisão em flagrante.....	37
2.2.1.1 Espécies de prisão em flagrante	38
3.2.2 Prisão temporária	41
3.2.3 Prisão decorrente de pronúncia	44
3.2.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.....	45
3.2.5 Prisão preventiva	46
4 TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS PELO ADVENTO DA LEI N. 12.403/2011.....	50
4.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES	50
4.1.1 Diretrizes gerais das medidas cautelares.....	52
4.1.2 Espécies de medidas cautelares	55
4.1.2.1 Fiança	59
4.1.2.2 Prisão domiciliar.....	60
4.2 CONDIÇÕES PARA ADMISSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	63

4.3. PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS COM A VINDA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE	66
4.3.1 Controvérsias sobre o momento da conversão da prisão em flagrante em preventiva (análise crítica).....	68
5 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho científico tem como objeto primordial o estudo das transformações ocorridas para o decreto da prisão preventiva, que teve como guarida a Lei n. 12.403/2011, a qual, além de instituir novas medidas cautelares colocadas à disposição do Magistrado, fez com que se assegurasse o brocardo de que a prisão preventiva deverá ser sempre a última medida a ser empregada no curso do processo crime.

Frise-se que a importância da sapiência do tema se reflete no fato de estabelecer um estudo crítico sobre a real efetividade e necessidade da prisão cautelar tomada no curso do processo, sendo que por muito tempo enfrentou-se um sistema binário de prisão (prisão ou liberdade), o que apenas com a nova lei de prisões esse paradigma arcaico, ou melhor, ultrapassado foi alterado, igualando-se a sistemas como o italiano e português.

Destaca-se que, além de ser requisito medular e imprescindível para a conclusão do curso Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), o presente trabalho monográfico vem para contribuir com um aspecto mais crítico com relação a um tema que, pelo fato de ser considerado novo no campo jurídico do direito brasileiro, causa muita divergência nos aplicadores do direito, motivo pelo qual se fará um minucioso estudo de suas nuances.

A escolha deste tema deve-se ao fato de o pesquisador ter realizado estágio na 3ª Vara Criminal da Capital de Santa Catarina, bem como no 3º Ofício Criminal da Procuradoria da República em Santa Catarina, o que gerou interesse pelo aprofundamento do assunto da prisão preventiva, cujo, hodiernamente, é influenciado por ideais garantistas. Esses ideais estão tomados por diversas críticas de muitos juristas, como da sociedade, razão pela qual se procura rebater diversas críticas relacionadas à matéria.

Tendo em vista o parâmetro delineado, coloca-se como objetivo geral analisar o impacto das transformações operadas pela Lei n. 12.403/2011, para o decreto da prisão preventiva, com um enfoque, notadamente, voltado para as novas medidas cautelares apresentadas por essa lei.

Como objetivos específicos pretende-se investigar a origem da prisão como forma de pena, bem como o surgimento da prisão cautelar no ordenamento pátrio. Por conseguinte, investigar os princípios e as espécies da prisão provisória no direito brasileiro. E, por derradeiro, compreender as transformações ocasionadas para o decreto da prisão preventiva, em razão da nova lei de prisões, tendo-se como parâmetro os aspectos diversos da prisão cautelar.

É conveniente destacar que o propósito do presente trabalho não é esgotar todas as vertentes do tema, em razão da brevidade do trabalho e, por certo, não se colocará um ponto final em referida discussão. Busca-se, contudo, abordar os pensamentos dos principais autores clássicos, bem como dos contemporâneos, os quais vêm conquistando cada vez mais espaço na doutrina.

O relatório final da pesquisa foi estruturado em três capítulos, podendo-se, inclusive, delinear-los como três molduras distintas, mas conexas: a primeira, referente aos deslocamentos históricos da prisão; a segunda em relação às prisões cautelares e, por último, as transformações ocorridas com o advento da Lei n. 12.403/12.

No tocante ao método de estudo, registra-se que o estudo em tela buscará nas fontes jurídicas, sejam em doutrinas, artigos ou precedentes, os fundamentos legais e, ao mesmo tempo, críticos acerca do instituto da prisão preventiva. Já quanto ao método de abordagem utilizar-se-á o método dedutivo, uma vez que o ponto de partida será mais amplo, sendo estudados casos gerais, leis gerais da prisão preventiva, passando por toda a sua história, desde a antiguidade até os dias atuais, para se chegar a uma conclusão mais específica, sobre as transformações ocorridas para o decreto da prisão preventiva frente à Lei n. 12.403/2011.

A técnica de pesquisa empregada será tanto a documental, como a bibliográfica, utilizando-se, assim, um extenso acervo de livros, artigos, leis e até normas provenientes do direito comparado, o que ajudará a desenvolver um maior conhecimento acerca do instituto da prisão preventiva.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com a Conclusão, na qual são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre ser realmente necessária à utilização da prisão preventiva ou não, em razão das mudanças trazidas pela Lei das medidas cautelares.

Com este itinerário, espera-se aperfeiçoar o entendimento acerca do instituto estudado, estimular a reflexão e abrir novos horizontes, visualizando-se, desse modo, um campo maior e mais propenso a aceitação de idéias sobre a necessidade, ou não, da prisão preventiva, além de compreender os motivos que a levam ser decretada e quais as razões para que muitos doutrinadores sejam contra a arbitrariedade exercida por muitos Magistrados em relação a sua utilização.

2 DESLOCAMENTOS HISTÓRICOS DA PRISÃO

Antes de adentrar no estudo acerca da prisão preventiva, é fundamental fazer uma breve análise sobre os deslocamentos históricos da prisão para compreender os motivos da sua criação. Começar-se-á pelo tempo anterior ao surgimento do Estado, passando-se pelos motivos que o fizeram a ser criado até o seu efetivo surgimento. Após, serão identificadas as formas de prisão adotadas nas diferentes épocas da história como forma de custódia antes do julgamento, passando-se pela segregação após o trânsito em julgado e, por derradeiro, chegando-se às prisões cautelares adotadas no Brasil.

2.1 HISTÓRIA DA PRISÃO

Existem diversos pensamentos e teorias acerca do contexto em que houve o surgimento do Estado¹, bem como a forma na qual os homens viviam antes de sua criação. Todavia, como não seria oportuno abordar todas, será adotada, para efeito do presente trabalho, a teoria defendida pelo filósofo Thomas Hobbes.

Antes do surgimento do Estado, de um poder soberano que criasse leis e as fizessem serem cumpridas, os homens viviam em um constante estado de guerra, de discórdia. Como não existiam leis, não havia injustiça, nem distinção entre o meu e o teu, nem propriedade, cada um tinha tudo aquilo que conseguisse e pelo tempo que fosse capaz de manter. Como os homens eram governados por suas próprias razões, para a preservação da sua vida eles tinham direito a todas as coisas e, se fosse preciso, até ceifar a vida dos outros².

Destaca-se, assim, a lição de Thomas Hobbes que, em seu livro *Leviatã*, vaticina que, “enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver”³.

Assim, cansados de viver em um constante estado de guerra, os homens se uniram em sociedade, abdicando parte de sua liberdade para usarem o restante com segurança e

¹ Conceituando Estado, Dalmo de Abreu Dallari preceitua que é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 119).

² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1997. p. 110

³ HOBBS, 1997, p. 113-114

tranquilidade. Foi preciso, antes de qualquer coisa, conter os delinquentes que feriam as leis, estabelecendo penas contra os seus infratores⁴.

Acontece que a segregação como forma de pena, consoante Antônio Alberto Machado⁵, é uma forma de prisão que pode ser considerada recente na história, tendo como marco inicial a penitência no direito eclesiástico (século XVI), vindo a se consolidar somente a partir do século XVIII⁶.

Antigamente, “a detenção aparece na história como uma medida simplesmente preventiva para, só mais tarde, tomar um caráter repressivo e tornar-se um tipo de penalidade”⁷, não se sabendo precisar com exatidão quando surgiu o acautelamento, o que se tem ciência é que, de fato, seu surgimento se deu antes mesmo da prisão como pena.

Feitas essas considerações preliminares, torna-se necessário analisar a passagem histórica da prisão no mundo, desde seu surgimento na antiguidade, como acautelamento provisório, até um de seus posicionamentos atuais, como aplicação de modalidade de pena após uma sentença de mérito transitada em julgado⁸. Por derradeiro, será realizado um breve esboço histórico do surgimento das prisões cautelares no ordenamento pátrio, pois, como é cediço, para que não se cometam os mesmos erros no futuro, é extremamente proveitoso analisar o passado.

2.1.1 Antiguidade

Nesse subitem irá apresentar-se como eram as prisões na antiguidade, qual era a sua real finalidade, as condições em que viviam os acusados e os resquícios que ainda restam dessa época.

O encarceramento na antiguidade não tinha o mesmo caráter primordial a que hoje se destina, ou seja, sua função como forma de pena. A prisão apresentava um caráter de contenção e custódia, na qual os acusados eram colocados em locais insalubres até o momento de serem julgados⁹, assemelhando-se, assim, com a prisão processual encontrada na atualidade. O que se sabe é que “os vestígios que nos chegaram dos povos e civilizações mais

⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 39

⁵ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 459

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 3

⁷ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3 ed. rev. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003. p. 47

⁸ Ressalte-se que outra aplicação da prisão no ordenamento jurídico brasileiro seria também como prisão processual, o que acontece antes do trânsito em julgado.

⁹ BITENCOURT, 2004, p. 4.

antigos (Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia, etc.) coincidem com a finalidade que atribuíam privativamente à prisão: lugar de custódia e tortura”¹⁰.

Para corroborar esse entendimento tem-se o ensinamento de René Ariel Dotti:

Conforme autorizada doutrina, a privação e a restrição da liberdade não existiam nas práticas antigas como expressões autônomas de sanção, embora o *encerro* e outras modalidades de isolamento fossem impostas por diversas razões. A prisão se infligia no interesse de assegurar a execução das penas corporais, especialmente a de morte, além de servir para a colheita de prova mediante tortura¹¹.

As condições a que eram submetidos os réus para esperar seus julgamentos eram consideradas subumanas, uma vez que eram colocados em locais insalubres com um tratamento medíocre e sem nenhuma condição de lá permanecerem, sendo que muitos chegavam a sucumbir antes mesmo de seu julgamento final, seja pelas constantes torturas a que passavam ou pela própria falta de tratamento dos locais tenebrosos a que eram lançados¹².

É nessa época que se tem ciência das maiores atrocidades cometidas na história, sendo a pena, no dizer de Aury Lopes Júnior, “mais repugnante que a própria história dos delitos”¹³, o que hoje, por força dos pensamentos humanistas e de Estados mais organizados, não seriam concebíveis, pela maioria, as condutas tomadas naquela época.

Há resquícios na história de que os povos gregos e romanos utilizavam a prisão por dívida, modalidade de prisão civil, como maneira de reter seus devedores até quitarem suas dívidas, tornando-os escravos e ficando à mercê de seus credores. Esse tipo de modalidade privada foi posteriormente adotado pelo Poder Público¹⁴, também, como forma de coerção. No tocante a prisão penal, segue a mesma linha de prisão como custódia, ficando o réu adstrito, em forma de caráter provisório, até uma aplicação posterior de sanção, o que consistia sempre em algo gravoso, como o arrastamento, o açoite, a empalação, a fogueira etc.¹⁵.

¹⁰ BITENCOURT, 2004, p. 5

¹¹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 32

¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.64; BITENCOURT, 2004, p.7

¹³ LOPES JUNIOR, 2012, p. 65

¹⁴ De acordo Oscar Joseph de Plácido e Silva pode-se conceituar Poder Público como "o conjunto dos órgãos com autoridade para realizar os trabalhos do Estado, constituído de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário" (SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1048).

¹⁵ MACHADO, 2009, p.459-460

Inferese, assim, que na antiguidade a modalidade de prisão, no quesito custódia, cumpria o que “ocorre hoje com as prisões cautelares”^{16 17}. O seu caráter era puramente processual, não tendo nenhuma relação com a pena que seria infligida ao réu ao final do processo, cumprindo, assim, apenas o papel de garantir uma possível posterior aplicação da pena, a qual seria necessariamente mais gravosa, embora o encarceramento provisório já fosse, de fato, difamante, constrangedor e desumano.

2.1.2 Idade Média

Com a passagem para a Idade Média surgiu o processo inquisitório, que trouxe algumas mudanças para a modalidade de prisão. No entanto, com a influência da Igreja Católica, outro tipo de prisão foi criado, ocasião em que surgiu o nome penitenciária. Além disso, pela sua grande influência na mente das pessoas, outra forma de pena foi extinta. A seguir serão aprofundados os temas expostos anteriormente.

Para efeitos meramente históricos, vale ressaltar que com a conquista de Constantinopla, e a conseqüente queda do Império Romano do Oriente, deu-se fim a Idade Antiga e início da Idade Média, o que ocorreu no século V, mais precisamente no ano de 476 d. C.

Nessa nova era, com o advento do processo inquisitório em que o Tribunal que julgava as causas participava ativamente da investigação dos fatos, a modalidade de prisão não divergia muito da adotada na antiguidade, sendo comum o uso da prisão com a finalidade de obter a confissão do réu, a qual foi considerada por muito tempo a “rainha das provas”¹⁸. Sobre o assunto, vaticina Cesare Beccaria:

Uma crueldade consagrada, de uso na maior parte das nações, é a tortura do réu enquanto se forma o processo, ou para estrangê-lo a confessar um delito, ou para as contradições nas quais incorre, ou para a descoberta dos cúmplices, ou por não sei qual metafísica e incompreensível purgação de infâmia, ou finalmente para outros delitos dos quais poderia ser culpado, mas dos quais não é acusado¹⁹.

¹⁶ MACHADO, 2009, p.460

¹⁷ Importante salientar que as prisões cautelares atuais assemelham-se às prisões na antiguidade no sentido de guarda de presos antes do julgamento, e não no quesito tortura.

¹⁸ MACHADO, 2009, p. 460

¹⁹ BECCARIA, 2005, p. 63

É o que preleciona Rogério Schietti Machado Cruz²⁰ ao afirmar que “no período medieval deixou a prisão de ter um rosto cautelar, passando a servir como meio para, mantendo preso o acusado, submetê-lo a torturas, voltadas para alcançar a confissão”.

Registre-se que nessa época ainda não existiam as penas privativas de liberdades, permanecendo a prisão como um lugar de custódia, em que ao final do julgamento seriam aplicadas penas bárbaras, como pena de morte por enforcamento, amputação e outros tipos de mutilações horrendas²¹.

Foi com a influência da Igreja Católica e com o advento do cristianismo que as penas começaram a ser mais humanas, ocasião em que a legislação penal começou a sofrer influencia dos cristãos, dando lugar ao Direito Canônico. Ressalta-se que de início foram constatados muitos abusos pela Igreja, o que foi amenizando ao longo do tempo. Não se pode negar, contudo, que a influencia do Direito Canônico tenha sido de grande valia, isso porque não se admitia mais as penas capitais, o que acabou inspirando o instituto da penitenciária e que para àquela época, a qual só se conheciam penas bárbaras, foi considerado um grande avanço humanístico²².

Para ilustrar a era do período medieval, vale gizar a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna²³.

Sendo assim, na Idade Média existiu a prisão como forma de custódia e também a prisão utilizada pela Igreja, que recolhia os faltosos em uma cela para reclusão solitária, denominada penitência, para assim arreponderem-se e reconciliarem-se com Deus, além de também ter em sua essência um caráter punitivo²⁴.

Frise-se, por fim, que as penitenciárias, prisões destinadas a cumprimento de pena, foram resultado da evolução da utilização pela Igreja de locais destinados a quem desejava se aperfeiçoar, retirando-se, a fim de realizar penitências, que consistia em reconhecer os

²⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 5

²¹ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 64

²² FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ícone, 2002. p. 40-41

²³ BITENCOURT, 2004, p. 12

²⁴ OLIVEIRA, 2003, p. 38

próprios pecados (delitos), abominá-los e propor-se a não reincidir neles. Registre-se que essa denominação “penitenciária” foi adotada pela justiça secular quando utilizou a privação de liberdade, em estabelecimento adequado, como forma de pena²⁵.

2.1.3 Idade Moderna

Apesar do grande esforço da Igreja em amenizar as penas, com intuito de não promover a repressão, na Idade Moderna foi registrado o ápice, a tortura foi utilizada como meio de procedimento e de penalidade²⁶. As penas utilizadas continuavam sendo pecuniárias, corporais e capitais, entretanto, foram acrescidas da pena das galeras, um tipo de pena extremamente cruel²⁷, o que, consoante René Ariel Dotti²⁸, consistia em obrigar condenados de sanções graves e prisioneiros de guerra a remar presos aos bancos das embarcações e sob ameaça de açoites. Foi nesse terreno instável que surgiram grandes pensadores e que iriam influenciar de vez a mudança desse caráter cruel da pena.

Em meados do século XVI surge na Europa um grande movimento de criação e construção de prisões, com objetivo de punir os condenados por crimes de menor porte. Nesse período houve um aumento da pobreza em todo continente europeu, aumentando em decorrência disso a criminalidade²⁹.

Percebeu-se nessa época que a pena de morte não era mais a solução, uma vez que seria muito mais vantajoso utilizar-se da mão-de-obra dos prisioneiros do que custear execuções e julgamentos³⁰. O Rei da Inglaterra, por sua vez, acatou o pedido do Clero para que o Castelo de Bridwell fosse utilizado como forma de casa de correção, com o intuito de recolhimento dos criminosos, mendigos e autores de delitos de pequeno potencial. Supostamente, os delinquentes seriam reformados por meio do trabalho e da disciplina, além de que a instituição iria desestimular outros a incidirem no crime. Em pouco tempo houve um crescimento dessas casas de correção, surgindo, assim, em vários outros lugares³¹.

²⁵ MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 25

²⁶ OLIVEIRA, 2003, p. 38.

²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 32

²⁸ DOTI, 1998, p.35-36

²⁹ SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 34

³⁰ FEITOSA, Priscila Macêdo. **História e evolução da pena de prisão**. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/>>. Acesso em: 2 dez. 2012;

³¹ BITENCOURT, 2004, p.16-17

Em seguida foram criadas as casas de trabalho na Inglaterra, denominadas popularmente como *workhouses*, as quais possuíam o mesmo propósito das casas de correção e tinham como finalidade principal controlar a mão de obra e evitar o seu desperdício³².

A partir do século XVIII a prisão passou a cristalizar seu caráter de pena e deixando aos poucos o caráter de custódia, contudo, com as situações deploráveis a que eram submetidos os presos, surgiram nessa época grandes pensadores, como Beccaria e John Howard, que, com ideias humanísticas influenciadas pelos pensamentos iluministas, iriam mudar de vez o caráter prisional daquela época, tendo reflexos notáveis hodiernamente.

Foram com as ideias do marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, que a prisão começou a tomar a forma moderna a que hoje se destina. De sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, extrai-se valorosas ideias sobre humanização das penas e sobre os fins as quais se destinam. Consoante o autor:

[...] o fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu³³.

Outro humanista marcante da época foi o inglês John Howard, o qual, antes de publicar sua obra *State of Prisons in England and Walles*, teve o dissabor de ser preso por piratas franceses e vivenciar na pele as mazelas do sistema prisional³⁴.

Foi com John Howard que nasceu o penitenciarismo e sua luta incessante em prol da humanização do sistema penitenciário, no sentido de que as penas privativas de liberdade deveriam ser cumpridas em estabelecimentos adequados, proporcionando aos apenados um mínimo de higiene e alimentação, já que a situação a que se encontravam era de pura precariedade, tendo que viver a pão e água³⁵.

Infere-se, portanto, que no século das luzes as atrocidades que eram cometidas nas prisões começaram a cessar de forma gradativa. A prisão, que era utilizada antigamente como simples lugar de custódia para abrigar o apenado até o seu julgamento, passou a ter caráter de pena, o que foi um grande marco na história, pois a partir desse momento começou a se pensar em prisões mais humanitárias que comportassem um mínimo de dignidade aos reclusos.

³² BITENCOURT, 2004, p. 22 e 17

³³ BECCARIA, 2005, p. 57

³⁴ OLIVEIRA, 2003, p.51-52

³⁵ BITENCOURT, 2004, p.41

Sendo assim, após inteirar-se da prisão no mundo, analisando-se sua passagem em cada momento história por meio de breves considerações acerca do retrospecto histórico da prisão, passa-se agora a uma análise mais detida do nascimento da prisão provisória no ordenamento pátrio.

2.1.4 A História da prisão cautelar no Brasil

Antes de adentrar no mérito do sistema das prisões cautelares instituídas no Brasil, é essencial ressaltar como foi o seu surgimento no ordenamento, bem como analisar a sua passagem histórica, desde o descobrimento do Brasil, até os dias atuais. Para isso, vale destacar a lição de Rogério Schietti Machado Cruz, o qual resalta que “o estudo do passado permite ao intérprete e aplicador do Direito desenvolver uma compreensão mais acurada e racional da realidade presente e dispor de elementos mais seguros para, eventualmente, projetar o futuro”³⁶.

Quando o Brasil foi descoberto, em 1500, vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas, que tratavam, em seu Livro V, sobre preceitos de direito penal e processual penal. De acordo com René Ariel Dotti, “a *prisão*, embora prevista com frequência, tinha em regra um caráter preventivo e consistente em evitar a fuga do autor do crime até ser julgado”³⁷. Note-se que a prisão nessa época ainda era prevista como lugar de custódia, consoante analisado anteriormente.

Essas Ordenações, contudo, não tiveram grandes expressões no Brasil, uma vez que, em 1514, com a ascensão do Rei Manuel I de Portugal ao poder, deu-se espaço as Ordenações Manuelinas, a qual, no concernente a prisão, seguiu os mesmos passos da que vigorava anteriormente, uma vez que continuava como medida de coerção pessoal até o julgamento definitivo ou condenação do réu³⁸.

Para corroborar o entendimento, registre-se o ensinamento de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior:

Já ao tempo do “descobrimento” e posterior condição colonial, o Brasil adquiriu uma legislação penal exportada pela Coroa Portuguesa, constante nas famosas Ordenações do Reino. O Livro V, tanto das Ordenações Afonsinas quanto das Manuelinas, tratava do tema penal em que a privação da liberdade era utilizada

³⁶ CRUZ, 2006, p. 31

³⁷ DOTTI, 1998, p. 42

³⁸ DOTTI, 1998, p.42/43

apenas para garantir o julgamento ou como meio coercitivo no pagamento da pena pecuniária³⁹.

Registre-se que o ordenamento jurídico que mais vigorou na época do Brasil Colônia, foram as Ordenações Filipinas, ao todo foram 227 anos, já que teve início em 1603 e teve vigência até 1830, oito anos após a Independência do Brasil⁴⁰.

Após a independência da pátria, em 1822, foi outorgada a Constituição do Império, no ano de 1824, sendo esta a sua primeira Carta maior. Nesse documento, previa-se a prisão antes do julgamento definitivo, porém, desde que com ordem escrita do juiz, conforme preceituava o seu art. 179 e incisos, *in verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admitte: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

Posteriormente, com a vigência do Código Criminal em 1832, o art. 144⁴¹ deste diploma trazia que a culpa era formada pela oitiva das testemunhas, interrogatório do acusado ou outras informações colhidas, permitindo que o juiz, após o oferecimento da queixa ou denúncia, caso se convencesse da autoria e existência do delito, declarasse procedente a peça acusatória, dando ordens para a prisão do delinquente nos casos em que fosse possível. Com isso, dava-se prosseguimento ao processo rumo ao julgamento definitivo. De acordo, ainda, com o art. 175 do mesmo diploma, poderiam ser presos, mesmo sem culpa formada, aqueles que cometeram crimes inafiançáveis, no entanto, deveria haver ordem escrita da autoridade judiciária. Todavia, no tocante ao caso de flagrante delito, dispensava-se a ordem escrita do

³⁹ SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 39

⁴⁰ FALCONI, 2002, p. 53

⁴¹ “Art. 144. Se pela inquirição das testemunhas, interrogatorio ao indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o Juiz se convencer da existencia do delicto, e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa, ou denuncia, e obrigado o delinquente á prisão nos casos, em que esta tem lugar, e sempre a livramento.”

agente político, o que, nas palavras de Rogério Schietti Machado Cruz, esse agente “não era necessariamente um juiz de direito”⁴².

O Brasil passou por um regime ditatorial comandado por Getúlio Vargas, a esse período denominou-se Estado Novo. Durante esse meio autoritário e influenciado pelas ideias fascista de Mussolini o Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado. O atual diploma previa, naquela época, quatro tipos de prisões cautelares: prisão em flagrante, preventiva, decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível:⁴³

a) Prisão em flagrante – caso estivessem presentes as hipóteses previstas no art. 302 do CPP (estudadas no subtítulo 3.2.1), quando fosse realizada a lavratura do auto de prisão em flagrante, a custódia era, em regra, automática⁴⁴.

b) Prisão preventiva – além da modalidade facultativa, era previsto, no art. 312, a prisão preventiva obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão, desde que houvesse indícios da autoria e prova da materialidade do crime. Essa modalidade obrigatória foi revogada posteriormente pela Lei n. 5.349/67⁴⁵. O art. 310 e parágrafo único previa que o juiz poderia conceder a liberdade provisória ao réu, desde que ele comparecesse a todos os atos do processo, se não ocorresse hipóteses que autorizassem a prisão preventiva ou se ele praticou o crime nas condições de alguma excludente de criminalidade - legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito -, o que, também, foi revogado posteriormente pela lei 12.403/11, objeto desse estudo e que será analisada com maior minúcia no capítulo 4 desta obra.

c) Prisão decorrente de pronúncia – era necessária a custódia do réu após a decisão que o pronunciasse⁴⁶.

d) Prisão decorrente da sentença condenatória recorrível – era um dos efeitos dessa sentença prender o réu, seja em crimes inafiançáveis ou afiançáveis, enquanto não fosse prestada a fiança⁴⁷.

Após a Lei n. 5.941/73, tanto esse tipo de prisão – decorrente da sentença condenatória recorrível - quanto a decorrente de pronúncia não eram mais obrigatórias caso o

⁴² CRUZ, 2006, p. 43

⁴³ CRUZ, 2006, p.37; FERNANDES, Og. et al. **Medidas cautelares no processo penal: Prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12. 403, de 04.05.2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33

⁴⁴ FERNANDES, 2011. p. 33.

⁴⁵ FERNANDES, 2011, p. 33

⁴⁶ FERNANDES, 2011, p. 33

⁴⁷ FERNANDES, 2011, p. 33

rêu fosse primário e de bons antecedentes, e com a Lei n. 11.719/2008 esses dois institutos foram abolidos de vez do ordenamento penal⁴⁸.

A Lei n. 7.960/89 criou então a prisão temporária, que é o tipo de prisão utilizada para averiguações, cabível em alguns crimes quando for imprescindível para a investigação, quando o indiciado não tivesse residência fixa ou não fornecesse elementos suficientes para o esclarecimento de sua identidade⁴⁹.

Registre-se um marco histórico no ordenamento jurídico, denominado Lei dos Crimes Hediondos. Esse diploma vedou a fiança e a liberdade provisória nesses tipos de crimes, além disso, ampliou o prazo da prisão temporária, nesses delitos, para 30 dias prorrogáveis por igual período⁵⁰. Contudo, após a Lei n. 11.464/07, foi retirada a vedação da liberdade provisória.

Hodiernamente, então, têm-se três tipos de prisão cautelar: prisão em flagrante, temporária e preventiva. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, 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 (Art.312 do CPP), o que será aprofundado no ponto 3.2.5 desta obra. Feito esse breve levantamento histórico, passa-se a uma análise das teorias da pena.

2.2 TEORIAS DA PENA

Nesta parte do trabalho científico será abordado o tema relativo às teorias da pena. Não há nada mais sensato do que analisar juntamente com a história da prisão os motivos que levaram o Estado a punir seus infratores.

Aplicar uma pena a alguém é algo que gera muitas consequências na vida da pessoa a quem se dirigiu essa medida extrema, tanto no âmbito físico, como no psíquico. Cada pessoa tem liberdade para fazer o que quiser desde que não infrinja as normas, no entanto, quando esse erro ocorre, o Estado deve interferir e aplicar uma pena ao infrator.

Em outras palavras, se violado o mandamento primário da norma jurídica, ou melhor, o ato ilícito descrito na norma penal incriminadora, surge para o Estado o direito

⁴⁸ FERNANDES, 2011, p. 37

⁴⁹ FERNANDES, 2011, p. 36

⁵⁰ FERNANDES, 2011, p. 36

concreto de punir (direito subjetivo), tendo o réu que se sujeitar à *sanctio juris* estabelecida no preceito secundário desta norma incriminadora⁵¹.

Não basta, entretanto, que haja a aplicação da pena, ela deve possuir fins, ou melhor, objetivos a se perseguir que já estejam delineados pelo Estado antes do cometimento da infração, para assim ter um melhor desempenho, uma vez que, caso não houvesse essa prévia organização, a pena poderia ser utilizada de qualquer forma, pois enquanto uns a utilizariam como meio de prevenção, outros fariam uso como retribuição do mal causado, transformando-se, assim, numa verdadeira balbúrdia.

Deve haver, no entanto, uma linha a ser seguida por todos. Além disso, o Estado também deveria demonstrar qual a razão de ele estar intervindo. Por esse motivo, ao longo da história, várias foram as justificativas que o Estado utilizou para fundamentar e dar legitimidade a intervenção penal ao reprimir a delinquência⁵². Dito isso, nessa parte será realizada uma breve passagem pelas teorias que ficaram mais famosas e que se consagraram na doutrina, são elas: teoria absoluta, relativa e mista.

2.2.1 Teoria absoluta ou retributiva

No Estado absolutista, concentrava-se nas mãos do rei o Estado e também todo poder legal e de justiça. Afirmava-se que o poder do soberano era concedido diretamente por Deus. A pena, por sua vez, era vista como um castigo para pagar o pecado cometido, sendo aplicada contra quem, agindo contra o rei, rebelava-se também contra o próprio Deus. Foi a fase em que ocorreu um aumento da burguesia e do acúmulo de capital, era necessária, então, a implementação de meios para protegê-lo. Com o surgimento do mercantilismo, o Estado Absolutista entrou em decomposição e debilitamento⁵³.

Surgiu o Estado burguês, que tinha como fundamento o contrato social, em que o Estado é a expressão soberana do povo e, como consequência, aparece a divisão de poderes. O Estado adotou uma concepção em que a pena não podia mais ter seu fundamento na identidade entre Deus e o Rei, religião e Estado. O indivíduo que contrariava o contrato social era considerado traidor, porque deveria manter a organização social. Ele era, dessarte,

⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. p. 106

⁵² SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.129

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 131-132

excluído da sociedade e sua culpa poderia ser retribuída por meio de uma pena⁵⁴. Nesse meio que surgiu a teoria absoluta da pena.

A teoria absoluta da pena ficou conhecida também como teoria retributiva, pois, além de funcionar como expiação de um mal, tinha em si o ideal de realização de justiça⁵⁵. Cezar Roberto Bitencourt, explanando esta teoria, diz que:

A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão entre o justo e o injusto⁵⁶.

A realização da justiça seria alcançada por meio da aplicação da pena, o mal ocorrido seria compensado através da retribuição ao seu autor. Com isso, a pena seria uma consequência jurídico-penal do delito praticado⁵⁷. A pena não precisaria ter finalidades preventivas, ela estaria justificada pelo fato de o agente ter delinquido⁵⁸.

Para defender essa ideia de retribuição, destacaram-se dois grandes pensadores, Immanuel Kant, o qual preconizava que a aplicação da pena se constituía em um imperativo categórico, isto é, dar uma retribuição moral ao indivíduo, e Friedrich Hegel que, por outro lado, afirmava que a pena seria “a negação da negação do direito”, sendo assim, uma retribuição meramente jurídica⁵⁹.

Immanuel Kant explica seu posicionamento com mais detalhes em seu livro “A metafísica dos costumes”. Segundo ele, a pena é um imperativo categórico, tendo um fim em si mesma, não precisando de nenhuma finalidade específica. Dizia ele que não deve haver a instrumentalização do homem em razão de uma utilidade social⁶⁰.

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete:

Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais⁶¹.

⁵⁴ BITENCOURT, 2012, p.132

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 21

⁵⁶ BITENCOURT, 2004, p. 106-107

⁵⁷ BITENCOURT, 2004, p. 107.

⁵⁸ QUEIROZ, 2008, p.21

⁵⁹ SHECAIRA E CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 130

⁶⁰ QUEIROZ, 2008, p.23/24

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005. p. 244

A pena será imposta se alguém delinquir pelo simples fato de ter infringido a lei, não precisa haver uma fundamentação da pena para ele ou para a sociedade⁶². Ele era um seguidor da lei de talião, “olho por olho dente por dente”. Segundo Immanuel Kant⁶³, a quantidade e a qualidade da pena só poderiam ser dadas pela lei de talião proclamada por um tribunal.

De outro vértice, Hegel defendia que a pena seria a retribuição jurídica dada ao infrator da norma penal incriminadora. Conforme Santiago Mir Puig⁶⁴, Hegel também segue a teoria retributiva da pena, no entanto, para ele, a pena deve reestabelecer a ordem jurídica quebrada, chamada de “vontade geral”, pela “vontade especial” do delinqüente.

O delito cometido pelo delinqüente seria a negação do direito, já a pena imposta a ele seria a negação do delito, dessa forma, a pena seria a negação da negação do direito, como se está negando o delito, estar-se-ia afirmando o direito, logo, a pena seria a afirmação do direito. Consoante Queiroz, “a pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito, constituindo uma necessidade lógica”⁶⁵.

Diferenciando ambas as teorias relativas da pena (kantiana e hegeliana), vale destacar a lição de Luis Régis Prado:

A teoria de Hegel tem em comum com a de Kant a idéia [sic] essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade⁶⁶.

O estudo da teoria absolutista é de extrema relevância, uma vez que foi uma teoria que perdurou por muitos anos, sendo então meritório para o entendimento dos pensamentos posteriores que surgiram. Expostas as ideias primordiais dessa teoria, passa-se agora a análise da teoria relativa da pena.

⁶² BITENCOURT, 2004, p.111

⁶³ KANT p. 142-143 apud QUEIROZ, 2008, p. 24

⁶⁴ PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.59/60

⁶⁵ QUEIROZ, 2008, p.25.

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 554

2.2.2 Teoria relativa ou preventiva

A primeira formulação acerca das teorias relativas é atribuída a Sêneca, que afirmou que nenhuma pessoa é castigada porque pecou, e sim para que não volte a pecar. No entanto, é a partir do jusnaturalismo e contratualismo do Século XVII que elas se desenvolveram. Os ideais liberais serviram de base para a construção do estado de direito e do direito penal moderno, formando o adubo para as teorias relativas da pena, tendência consolidada no período do iluminismo⁶⁷.

A teoria relativa da pena tem como fundamento principal a necessidade de evitar a prática de futuros delitos, funcionando, destarte, como elemento de garantia social, justificando-se por suas razões de utilidade também social⁶⁸. Assim, para essa teoria, a finalidade da pena consistiria em seu sentido utilitário e, ao mesmo tempo, preventivo⁶⁹.

Essa teoria difere da teoria absoluta no sentido de que não busca retribuir o fato cometido, e sim prevenir que ele ocorra novamente. A teoria relativa, por seu turno, divide-se em duas espécies: prevenção geral e prevenção especial⁷⁰.

No tocante ao seu sentido geral, busca-se fazer a prevenção geral do delito, mediante uma coação psicológica a toda sociedade, atemorizando, desse modo, os destinatários da norma penal (sentido negativo). De outra forma, essa prevenção geral agiria no sentido de incitar os destinatários da norma ao cumprimento do direito (sentido positivo), incentivando e promovendo o respeito a determinados valores⁷¹.

Completando o entendimento, Frederico Marques leciona que:

A cominação abstrata da pena, qual ameaça na lei aos que desobedecerem a regra preceptiva da norma penal, tem eficácia intimidativa. Em uns, com inclinações para o delito, servirá como freio a seus impulsos. Em outros, de maior moralidade, mas acostumados a pautar sua conduta em função de móveis egoísticos, o exemplo do castigo infligido àqueles que têm delinquido reforçará o propósito de seguir uma conduta reta, e de afastar-se dos caminhos que possam conduzir, mais tarde ou mais cedo, à prática do crime⁷².

Já a prevenção especial, busca fazer com que aquele que já delinuiu não volte a transgredir as normas jurídico-penais, reincidir no crime. O que se pretende com a pena é

⁶⁷ BITENCOURT, 2012, p.140

⁶⁸ PRADO, 2005, p. 555

⁶⁹ OLIVEIRA, 2003, p. 69

⁷⁰ BITENCOURT, 2004, p. 121-122

⁷¹ QUEIROZ, 2008, p.35 e 38

⁷² MARQUES, 2002, p. 118/119

corrigir, ressocializar ou inocuizar⁷³. Para os delinquentes ocasionais, que não precisam de correção, o fim da pena seria a advertência e intimidação; já para os que precisam de correção, é a ressocialização, e para os incorrigíveis ou habituais, é a inocuização (mero enclausuramento, sem nenhum tipo de assistência ao recluso, sem a oferta das condições propícias à sua reinserção social) por tempo indeterminado enquanto durasse a sua necessidade⁷⁴.

O delinquente, portanto, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade, assim, ao ter como base a personalidade do agente, a prevenção especial permite conhecer as circunstâncias que levaram o indivíduo a delinquir, facilitando a possibilidade de aplicar-lhe um substitutivo penal, evitando em alguns casos o malfadado encarceramento⁷⁵.

Tanto a teoria preventiva quanto a retributiva exerceram grande influência na teoria adotada hodiernamente pelo sistema brasileiro, já que foram delas que derivaram as ideias atuais. Concluído, portanto, o estudo acerca da teoria relativa, passa-se à análise da teoria mista.

2.2.3 Teoria mista ou unificadora

No início do século XX, Merkel iniciou essa teoria na Alemanha e, desde então, é a mais aceita e dominante. Essa teoria tenta juntar em um único conceito os fins da pena. Elas surgem das críticas às teorias monistas, ou melhor, relativas e absolutas⁷⁶.

Adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente na parte final do art. 59, *caput*, do Código Penal⁷⁷, as teorias mistas, ecléticas ou intermediárias vaticinam uma mescla entre punição e prevenção⁷⁸. Essas teorias “conciliam, de um lado, o caráter retributivo da pena, acrescentando-lhe, de outro, um fim político, útil e a necessidade de garantir o bem e os interesses da sociedade”⁷⁹.

⁷³ BITENCOURT, 2004, p.132

⁷⁴ QUEIROZ, 2008, p.55.

⁷⁵ BITENCOURT, 2004, p.134

⁷⁶ BITENCOURT, 2012, p. 153

⁷⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

⁷⁸ ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Direito Penal para concursos e OAB**: parte geral. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 224

⁷⁹ OLIVEIRA, 2003, p. 70

Com essa teoria busca-se justificar a pena com o binômio justiça e utilidade, sendo a pena somente legítima se for a o mesmo tempo justa e útil. Caso a pena, ainda que justa, tomar um caráter inútil, ou vice versa, não será considerada legítima⁸⁰.

De acordo com Guilherme Lopes Felício e Luís Roberto Gomes, a pena deve atingir os fins da prevenção geral e especial. A sanção deve dar uma resposta repressiva estatal como forma de retribuição, observando, mormente, a proporcionalidade, porque aquela deve visar à prevenção do sujeito de praticar novos delitos e sua readaptação social⁸¹.

A prevenção é, desse modo, um limite para a retribuição, ou seja, a pena a ser aplicada deve ser suficiente para atender a prevenção. Como exemplo, temos que um sujeito cometeu um homicídio simples, a pena em abstrato é de 6 a 12 anos de prisão, o juiz, dentro do limite estabelecido, deve avaliar qual a quantidade necessária a ser lhe aplicada para atingir os fins da pena, sendo suficiente para atender a sociedade, mas de forma que não agrave a situação do condenado. Portanto, a pena justa deve ser proporcional à gravidade do delito conciliada com a culpabilidade do agente⁸².

Colhe-se do entendimento de Cezar Roberto Bitencourt:

Em resumo, as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial⁸³.

Apresentadas as principais ideias acerca desse tema, encerra-se este capítulo dando ênfase à crítica assinalada por Maria Odete de Oliveira, a qual afirma que:

Atualmente, as teorias que assinalaram como único e exclusivo fim da pena a reforma do delinquente e sua readaptação social têm tido grande repercussão teórica na penologia moderna; entretanto, **a realidade tem demonstrado que a prisão constitui do ponto de vista de sua práxis, um grande paradoxo social.** (grifo acrescido)⁸⁴.

Tudo que existe tem seu propósito, seu objetivo, seja algum acontecimento, objeto ou, até mesmo, pensamento. Com a pena não é diferente, ela é um recurso e como tal é utilizado pelo Estado como um caminho para alcançar o fim almejado. Após ter a consciência do que foi dito, poderá passar-se ao estudo, nos próximos capítulos, das prisões cautelares,

⁸⁰ QUEIROZ, 2008, p. 61

⁸¹ FELÍCIO, Guilherme Lopes; GOMES, Luís Roberto. **Teoria dos fins da pena**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2137/2297>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

⁸² FELÍCIO e GOMES, 2013

⁸³ BITENCOURT, 2004, p. 143

⁸⁴ OLIVEIRA, 2003, p.71

com um enfoque, notadamente, na (des) necessidade desse instituto. Nesse momento serão analisados os princípios que regem as prisões cautelares e suas espécies.

3 PRISÕES CAUTELARES

Para que um ordenamento tenha uma aplicação correta, direita e linear, e não ser caracterizado como arbitrário, faz-se necessário ter princípios basilares, pois, de acordo com a célebre doutrina de direito administrativo de Diogenes Gasparini, os princípios constituem “um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garante validade”, razão pela qual “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”⁸⁵.

Não diferente do direito administrativo, o direito penal e processual penal também se calca em princípios mestres, sendo alguns expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, nos Códigos ou até mesmo em leis esparsas. Nesta obra será realizada uma análise pormenorizada desses princípios, dando-se uma atenção maior aos princípios informadores das prisões cautelares, ou seja, no que esse instituto realmente se sustenta.

Não obstante, essa análise detalhada dos princípios serve para um melhor entendimento dos tipos e espécies de prisões cautelares que serão na sequência estudados, ocasião em que serão abordadas breves introduções de cada tipo de segregação ocorrida antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

3.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PRISÕES CAUTELARES

Para compreender melhor o conteúdo, há que se estudar, primeiramente, os princípios que regem a matéria, pois:

Nenhum ramo do direito pode na atualidade ser estudado sem o auxílio dos princípios. A base principiológica é da essência do direito moderno (ou pós moderno). Nenhum instituto jurídico existe isoladamente. O ordenamento jurídico é composto de muitas fontes. Dentre elas estão os princípios, que vão se conciliando em cada situação concreta. Os princípios não se eliminam quando entram em conflito. Em cada situação concreta compete ao juiz verificar qual deles tem primazia⁸⁶.

Os diversos ramos do direito são regidos por princípios aplicáveis a cada caso específico, muitas vezes são eles que decidem a situação. Com relação às prisões cautelares a

⁸⁵ MELLO RDP 15:284 apud GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 61

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 34-35

aplicação dos princípios não é diferente, serão eles que preponderarão ao explicar cada caso em concreto, ou seja, se prevalecerá a liberdade ou o encarceramento etc.⁸⁷.

3.1.1 Princípio da legalidade

Antes de entrar no mérito do tema relacionado ao princípio da legalidade, convém ressaltar a notável diferença relacionada entre o princípio da legalidade para o particular e o princípio da legalidade para a Administração Pública. Enquanto esta só pode fazer o que a lei determina, aquele, por sua vez, tem a faculdade de realizar tudo o que a lei não proíbe.

A Constituição da República Federativa do Brasil fez questão de elevar o princípio da legalidade ao status constitucional, com força de direito fundamental, uma vez que está inserido em diversos dispositivos, assim como no seu art. 5º, mais precisamente no inciso II⁸⁸.

Aplicando o citado princípio às prisões cautelares, tem-se que só poderá ser decretada um tipo de prisão processual se esta estiver, gize-se, necessariamente, prevista em lei expressa (*lex scripta*). Cabendo a ela definir as condições ou intromissões do Poder Público nos direitos fundamentais do indivíduo. Em razão dessa característica, não há falar em um poder geral de cautela como previsto no Código de Processo Civil⁸⁹, vez que todas as prisões devem ser típicas, sob pena de configurar abuso de poder por parte do Estado⁹⁰.

Compartilha do mesmo entendimento, negando um poder geral de cautela, Roberto Delmanto Júnior, o qual classifica esse princípio ainda mais especificamente, denominando-o de legalidade estrita, asseverando que:

[...] devem ser refutadas normas processuais vagas e imprecisas, que dada a sua demasiada amplitude, ofendem a garantia do devido processo legal e, também, o verdadeiro e único sentido da própria garantia constitucional da estrita legalidade, eixos do nosso Estado Democrático de Direito⁹¹.

⁸⁷ GOMES e MARQUES, 2011, p. 35

⁸⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁸⁹ “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

⁹⁰ GOMES e MARQUES, 2011, p. 46-47

⁹¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69

Note-se que o dispositivo que versa sobre o princípio da legalidade é claro ao afirmar que apenas lei (em seu sentido estrito) pode definir crime. As leis devem ser emanadas dos representantes do povo (*lex populix*), o que rechaça uma possível medida provisória incriminadora antes de convertida em lei⁹².

É de se observar, ainda, que além de estarem previstas taxativamente em lei (*nulla coactio sine lege*), para ser decretada a prisão cautelar, é necessário observar todas as formalidades processuais, tanto pelo juiz, como pelo policial que capturar o agente delituoso⁹³. Nesse norte, no próximo subtítulo será abordada a necessidade de fundamentação para decretação das prisões cautelares.

3.1.2 Princípio da motivação das decisões judiciais

Princípio estampado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 93, inciso IX⁹⁴, a fundamentação das decisões judiciais não é diferente em relação à decretação das prisões cautelares, razão pela qual, consoante art. 315 do diploma processual penal⁹⁵, deve ser sempre previamente fundamentada com motivos claros e legítimos pela autoridade competente. Há de se ressaltar a exceção abrangida pela prisão em flagrante, na qual o controle jurisdicional se dá em momento posteriormente a detenção, ocasião em que o Juiz deve relaxar a prisão, converter em preventiva ou conceder liberdade provisória ao autuado, tema que será melhor analisado no subtítulo 3.2.1, relativo a prisão em flagrante.

A motivação da decisão é imprescindível para as partes do processo ter um controle das razões de convencimento invocadas pelo Magistrado que o levaram a decretar a prisão processual, assim como para ter ciência de que foram apreciadas todas as provas produzidas e se o direito foi aplicado de maneira correta ao caso concreto⁹⁶.

É importante que o Juiz ao sustentar a fundamentação da medida não se abstenha de suas convicções, produzindo uma mera cópia da lei, e sim que se paute em fundamentos necessários, levando-se em conta razões fáticas e jurídicas do caso em concreto. A ausência

⁹² GOMES e MARQUES, 2011, p. 45

⁹³ MACHADO, 2009, p. 544

⁹⁴ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁹⁵ “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

⁹⁶ CRUZ, 2006, p. 89

de fundamentação causa constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do segregado, tornando passível a nulidade da decisão que será atacada pela via do remédio heroico, *habeas corpus*⁹⁷.

Acerca do dever de motivação, ensina Rogerio Schietti Machado Cruz:

Faltando com o dever de motivação suficiente e clara, a magistratura não apenas fere de morte o direito à liberdade do indivíduo, mas também se expõe àqueles que postulam a redução dos poderes jurisdicionais dos juizes, para outorgá-los ao legislador, na linha do aforisma atribuído a Bacon: ‘a melhor lei é a que deixa ao juiz o menor arbítrio’ (*optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis*)⁹⁸.

Embora possível, não é aconselhável que o Juiz em sua decisão decretadora da prisão cautelar adote apenas os fundamentos e ponderações apresentados pelo Ministério Público e pela Autoridade Policial, visto que as razões expostas por quem pleiteou a medida possui, impreterivelmente, cunho parcial. Faz-se necessário, portanto, que a autoridade judiciária expresse suas próprias razões⁹⁹.

Decretar uma prisão cautelar sem apresentar motivos claros, idôneos e justificáveis na decisão sacrificaria de fato o princípio da inocência presumida¹⁰⁰, pois, ao invés de declarar o indivíduo como inocente, estar-se-ia invertendo o ônus que parte da acusação e taxando-o como presumidamente como culpado. Para melhor elucidar esse princípio da presunção de inocência, dedica-se o próximo ponto.

3.1.3 Princípio da presunção de inocência

Previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁰¹, o princípio da presunção de inocência remonta a idade média, sendo acolhido na Ordenação Francesa de 1670, ocasião em que teve sua primeira aparição formal, mas apenas no final do século XVIII, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que o seu pensamento foi realmente sedimentado, a qual preceitua em seu art. 9º, que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável

⁹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. p. 627; MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 395; CRUZ, 2006, p. 93

⁹⁸ CRUZ, 2006, p. 94

⁹⁹ MIRABETE, 2007, p. 396; MACHADO, 2009, p. 551

¹⁰⁰ MACHADO, 2009, p.550

¹⁰¹ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”¹⁰².

Não há como falar em presunção de inocência sem citar o Marquês de Beccaria, pois a sua época já preconizava que “a um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, se não quando esteja decidido que ele tenha violado os pactos com os quais lhe foram acordados”¹⁰³.

A partir da positivação desse princípio na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com status de direito fundamental, muitas discussões surgiram acerca da subsistência das prisões provisórias, vez que presumidamente inocente o agente, este não poderia ser levado ao ergástulo público antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, no mesmo artigo 5º, a CRFB/88 no inciso LXI¹⁰⁴, fez questão de deixar expresso que o suposto agente delituoso poderia ser levado a cárcere por ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente. Isto é, a CRFB/88 conferiu a ambas citadas normas legislativas o mesmo patamar constitucional, o que as faz conviver em harmonia no mesmo ordenamento¹⁰⁵.

A questão polêmica do princípio da presunção de inocência não termina por aí, pois, uma vez podendo ela ser relativizada, não se estaria presumindo a inocência do réu, mas sim o tratando como não culpável, por isso, melhor falar em “princípio de não culpabilidade”, em vez daquele¹⁰⁶. Daí porque as cortes superiores do Brasil preferirem utilizar a expressão “presunção de não culpabilidade”, em vez de presunção de inocência¹⁰⁷.

A respeito da expressão “princípio da não culpabilidade”, Jayme Walmer de Freitas leciona:

Não obstante, a expressão “princípio da não-culpabilidade” [sic] é a mais adequada, pelo seguinte fundamento: o juízo de cautela (num decreto de prisão temporária ou outra cautelar típica) leva em conta a periculosidade do agente, e não sua culpabilidade. Está-se diante de alguém portador de maus antecedentes, reincidente, ou autor de crime especialmente grave ou hediondo, de sorte que sua custódia se mostra necessária para a correta aplicação da lei penal¹⁰⁸.

¹⁰² VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: Prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 18-19

¹⁰³ BECCARIA, 2005, p. 63

¹⁰⁴ “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

¹⁰⁵ MACHADO, 2009, p. 546

¹⁰⁶ MIRABETE, 2007, p. 23

¹⁰⁷ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 15

¹⁰⁸ FREITAS, 2009, p. 16

Com efeito, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade pressupõe que os acusados sejam tratados com respeito e dignidade, evitando-se que sejam vistos como pessoas já condenadas com sentenças já transitadas em julgado. Saliente-se que somente poderão ser segregados antecipadamente diante de extrema necessidade, sustentada em critérios legais e em decisões devidamente fundamentadas, o que ressalta o caráter cautelar da prisão provisória¹⁰⁹.

O princípio ora em análise reforça o caráter de excepcionalidade da prisão cautelar, não devendo esta ser tratada como antecipação de pena, como dito alhures, mas sim “como instrumento auxiliar da administração da justiça, com evidente função de garantia, na proporção em que é potencialmente capaz e suficiente para assegurar a realização da” prisão pena¹¹⁰. A respeito do princípio da proporcionalidade, dedica-se o próximo item.

3.1.4 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade¹¹¹ deita suas raízes no direito alemão, como meio de limitar o poder de polícia (*Polizei-recht*), mas foi apenas a partir da 2ª guerra mundial que ele passou a ser reconhecido como princípio constitucional, sendo acolhido pela primeira vez no Brasil em 1951 em julgamento do Recurso Extraordinário n. 18.331 do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Orozimbo Noronato¹¹².

Consagrado expressamente no direito comparado, como no ordenamento português (Constituição Portuguesa)¹¹³ e italiano (Constituição Italiana)^{114 115}, a proporcionalidade no direito processual penal brasileiro não é diferente, uma vez que está implícita em diversas normas, como por exemplo, nas novas medidas cautelares colocadas a

¹⁰⁹ CRUZ, 2006, p. 70

¹¹⁰ BECHARA, Fábio Romazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 161

¹¹¹ A doutrina moderna não entra em consenso se seriam ou não sinônimos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Para todos os efeitos, com intuito de não adentrar no mérito desta discussão, ambos os princípios (razoabilidade e proporcionalidade) serão tratados como sinônimos.

¹¹² GOMES e MARQUES, 2011, p. 43

¹¹³ Art.18º/2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

[...]

Art.19º/4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”.

¹¹⁴ Art. 111. [...] “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

¹¹⁵ CRUZ, 2006, p. 94-95

disposição do Magistrado, o qual ao analisar o caso concreto poderá fazer um juízo de proporcionalidade sobre qual a melhor medida a ser aplicada¹¹⁶.

Antes de tudo, convém salientar que o princípio da proporcionalidade se subdivide em 3 (três) espécies, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁷. Por enquanto, para melhor elucidação e compreensão do tema, nesse momento será realizada apenas uma abordagem sobre a proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que as outras duas espécies serão abordadas com maior minúcia no capítulo 4 (quatro).

Este princípio – proporcionalidade em sentido estrito - pressupõe um dever de o Juiz, ao analisar o caso concreto, observar com maior acuidade a correlação existente entre a medida cautelar a ser aplicada e a finalidade pretendida, de modo que aquela não seja mais gravosa do que a sanção a ser cominada ao final do processo¹¹⁸.

Completando o entendimento, tem-se a lição de Antônio Alberto Machado, para o qual:

O princípio da proporcionalidade manda que a prisão cautelar seja decretada quando a medida se mostrar compatível com a pena que provavelmente virá a ser aplicada em caso de condenação. Isto é, a prisão cautelar será adequada apenas nos casos em que a sua aplicação não representa consequência mais grave do que aquela que deverá resultar de uma eventual sentença condenatória. Assim, não teria sentido a imposição de prisão cautelar nos casos em que a condenação final não implica a pena privativa da liberdade¹¹⁹.

Pretende-se, com isso, evitar a prisão *ante tempus* para infrações consideradas leves, as quais não prevejam em seu preceito secundário pena privativa de liberdade. Registre-se, por oportuno, que caso escoado o tempo máximo previsto com a aplicação da pena, a medida cautelar também deverá ser cessada¹²⁰, sob pena de abuso de poder e ilegalidade da medida adotada, o que deverá ser atacado em sede de *habeas corpus*, consoante art. 648, inciso II, do Código de Processo Penal¹²¹.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, 2012, p.793-795

¹¹⁷ CRUZ, 2006, p.95-99

¹¹⁸ LOPES JUNIOR, 2012, p. 793-795

¹¹⁹ MACHADO, 2009, p. 546

¹²⁰ CRUZ, 2006, p. 100

¹²¹ “Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: [...]

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei”.

Mesmo considerado legítimos os fins da prisão cautelar, é necessário, portanto, em razão também do princípio da presunção de inocência, que seja sempre observado a proporcionalidade com relação aos objetivos almejados no processo¹²².

3.1.5 Princípio do contraditório

Primeiramente, soa um tanto estranho falar em contraditório em sede de prisão cautelar, contudo, embora seja nessa fase um instituto um pouco mitigado, deve-se fazer presente, seja ele anterior ou posterior à aplicação da medida. Com isso, serão realizados alguns apontamentos sobre o assunto.

Considerado, assim, um dos mais importantes no sistema acusatório, o princípio do contraditório está consagrado no art. 5º, inciso LV, da CRFB¹²³, com ele deve haver um equilíbrio no tratamento entre as partes, razão pela qual ser corolário do princípio da isonomia¹²⁴. Com isso, o Juiz, por ser imparcial e exercer um papel equidistante das partes, após ouvida uma das partes, antes de dizer o direito, deverá dar oportunidade para a outra se manifestar nos autos, razão pela qual ser o princípio em análise identificado com o binômio: ciência e participação¹²⁵.

Vale ressaltar que, dependendo da urgência do caso, um prévio contraditório poderia frustrar a finalidade da medida a ser tomada, causando, assim, um perecimento em seu objeto. Entretanto, o contraditório seria apenas diferido, ocasião em que seria abordado em uma nova fase¹²⁶.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior, comentando a novel legislação, ensina: “Ainda que a nova sistemática legal nada mencione, o ideal seria o juiz decretar a prisão e marcar, imediatamente, a realização de uma audiência, em que o imputado (já submetido à medida cautelar) poderia demonstrar a desnecessidade da medida”¹²⁷.

Na mesma esteira do referido autor, Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques salientam que: “todas as vezes que o juiz decretar a prisão preventiva, sem ouvir o indiciado ou acusado, deveria prontamente marcar audiência para ouvi-lo”¹²⁸. Tal recomendação embora não prevista no ordenamento pátrio, é contemplada no art. 7º, 5, da Convenção

¹²² FERNANDES, 2011, p. 25

¹²³ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹²⁴ MIRABETE, 2007, p. 24; RANGEL, 2007, p. 17

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p 19

¹²⁶ CAPEZ, 2007, p. 20; MACHADO, 2009, p. 545

¹²⁷ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 785

¹²⁸ GOMES e MARQUES, 2011, p. 72

Americana de Direitos Humanos¹²⁹, o que não impede de ser reconhecida pelos nossos aplicadores do direito¹³⁰.

Por ser tão grave e muitas vezes temerária a aplicação de uma prisão provisória, sem culpa formada, é que se ressalta que deverá ser aplicada, reforça-se, apenas em última hipótese e em casos de extrema necessidade, não devendo ser “utilizadas indiscriminariamente, como instrumentos de punição e controle da sociedade pelo Estado”¹³¹. Feitas, portanto, as considerações sobre os princípios aplicáveis às prisões cautelares, passa-se agora a análise das espécies de prisão provisória.

3.2 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

Neste subtítulo serão abordadas as principais espécies de prisão cautelar (prisão em flagrante, temporária e preventiva), assim como serão tecidas algumas considerações acerca das extintas prisões por pronúncia e a decorrente de sentença penal condenatória.

Essa intervenção estatal, a qual é constitucionalmente admitida, coloca o acusado em uma situação de maior vulnerabilidade em relação ao Poder Estatal, uma vez que gera restrições a sua liberdade¹³². Razão pela qual, faz-se necessário que, para seu estudo e posterior aplicação, sejam observados com maior acuidade os seus mandamentos legais.

3.2.1 Prisão em flagrante

Sendo um instituto considerado muito antigo, a prisão em flagrante tem sua emergência no direito romano, com a Lei das XII Tábuas¹³³. Já no Brasil, sua aparição deu-se com a Constituição Imperial de 1824, o que perdurou até os dias atuais com a sua previsão expressa na CRFB/88¹³⁴.

Analisando-se o sentido etimológico da palavra flagrante, verifica-se sua derivação do latim *flagrare*, *flagrans* e *flagrantis*, que significa queimar, ardente,

¹²⁹ “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal [...]”

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

¹³⁰ GOMES e MARQUES, 2011, p. 72

¹³¹ MACHADO, 2009, p. 545

¹³² BECHARA, 2005, p. 48

¹³³ MACHADO, 2009, p. 505

¹³⁴ MACHADO, 2009, p. 505

resplandecente etc., ou seja, o que está queimando, sendo cometido ou acabou de acontecer¹³⁵.
Da lição do memorável e célebre Hélio Tornaghi colhe-se:

Flagrante é portanto, o que está a queimar e, em sentido figurado, o que está a acontecer. Daí dizer-se flagrante, também, o que é claro manifesto. Flagrância sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência. Diz-se que é flagrante não só o que é patente, inequívoco¹³⁶.

Para considerar-se válido o flagrante, exigem-se dois requisitos imprescindíveis: atualidade e visibilidade. A atualidade entende-se pelo fato de o delito estar sendo cometido ou ter acabado de acontecer, já a visibilidade, refere-se no sentido de alguém atestar o fato de que tal delito foi praticado por determinada pessoa¹³⁷.

É necessário salientar que a prisão em flagrante pode ser praticada por “qualquer do povo”, independente de ser autoridade policial, conforme vaticina o art. 301 do Código de Processo Penal, sendo “um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica”¹³⁸.

Os fundamentos da prisão em flagrante, de acordo com Paulo Rangel, seriam, mormente, para “evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas”, que serão, dependendo do caso concreto, colhidas para atestar a materialidade e a autoria¹³⁹.

3.2.1.1 Espécies de prisão em flagrante

A prisão em flagrante ostenta natureza administrativa, mas o seu caráter é notoriamente cautelar¹⁴⁰, visto que para sua configuração independe de prévia autorização judicial, bastando à ocorrência de qualquer das situações elencadas no art. 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

¹³⁵ CAPEZ, 2007, p. 249; MIRABETE, 2007, p. 374; RANGEL, 2007, p. 589

¹³⁶ TORNAGUI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3. p. 258

¹³⁷ RANGEL, 2007, p. 589

¹³⁸ MIRABETE, 2007, p. 374

¹³⁹ RANGEL, 2007, p. 589

¹⁴⁰ MACHADO, 2009, p. 505

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A doutrina moderna elenca diversas espécies de prisão em flagrante, mas, com relação ao artigo mencionado, denota-se a presença do flagrante próprio, impróprio e presumido¹⁴¹.

O flagrante próprio refere-se aos incisos I e II do referido artigo, ou seja, quando o indivíduo está cometendo o delito ou acabou de cometê-lo, é também conhecido como flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro¹⁴². O primeiro refere-se a quem é “surpreendido no ato da execução”, e o segundo, por sua vez, a “quem já esgotou os atos de execução”¹⁴³.

Com relação ao inciso II, há que se levar em conta o fator da “absoluta imediatidade”, assim, não pode ter havido qualquer intervalo de tempo, sendo o agente encontrado imediatamente após cometer o delito, restando amplamente evidenciada a materialidade e autoria¹⁴⁴.

O flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante, por sua vez, está relacionado ao fato de o indivíduo ser perseguido, após cometer o crime, em situação que o faça presumir ser o autor do fato (inciso III do art. 302 do Código Penal). De acordo com o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a expressão “presumir ser o autor da infração”, destaca “a impropriedade do flagrante, já que não surpreendido em plena cena do crime”, mas o que não retira a ilegalidade do sistema, uma vez que estaria evidente também a autoria e materialidade do delito¹⁴⁵.

Conforme preleciona Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, “a expressão ‘logo após’ abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor”¹⁴⁶, pode esta, se for o caso, durar dias, desde que tenha se iniciado logo após o cometimento do delito¹⁴⁷.

Por seu turno, o flagrante presumido, ficto ou assimilado, refere-se ao caso em que o indivíduo é encontrado “logo depois” da prática do crime, com instrumentos, armas,

¹⁴¹ MACHADO, 2009, p. 507

¹⁴² CAPEZ, 2007, p. 252

¹⁴³ MIRABETE, 2007, p. 375

¹⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, volume 1. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011. p. 1278; CAPEZ, 2007, p. 252; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 590

¹⁴⁵ NUCCI, 2008, p. 590

¹⁴⁶ ALENCAR, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 4 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 514

¹⁴⁷ NUCCI, 2008, p. 591

documentos etc., que o façam presumir ser o agente da infração (inciso IV). Acontece que a expressão “logo depois” não pode abarcar um lapso temporal muito grande, uma vez que descaracterizaria o estado de flagrância¹⁴⁸.

Em que pese às expressões “logo após” e “logo depois” comportarem certa similitude, parte da doutrina entende que a expressão “logo depois” abarca um maior espaço de tempo em relação aquela presente no flagrante impróprio¹⁴⁹.

É conveniente destacar a lição apresentada por Fernando Capez, que ressalta:

[...] a expressão “acaba de cometê-la”, empregada no flagrante próprio, significa imediatamente após o cometimento do crime; “logo após”, no flagrante impróprio, compreende um lapso temporal maior; e, finalmente, o “logo depois”, do flagrante presumido, engloba um espaço de tempo maior ainda¹⁵⁰.

Em sentido contrário, Roberto Delmanto Júnior, defende que “devido à maior fragilidade probatória, a expressão ‘logo depois’ do inciso IV deve ser interpretada [...] de forma ainda mais restritiva do que a expressão ‘logo após’ do inciso III”¹⁵¹. Completa ainda o ilustre doutrinador que “se o indigitado autor está sendo ininterruptamente perseguido, desde o momento da suposta prática do delito, aí sim admitiria elastério temporal maior”¹⁵².

Além dessas espécies de flagrante previstas expressamente em lei, a doutrina elenca outras que, de certo modo, causam grande relevância no mundo jurídico, são elas: flagrante esperado, preparado e forjado.

No tocante ao flagrante esperado, a autoridade policial, com base em possível investigação anterior, aguarda simplesmente o momento ideal para efetuar a prisão em flagrante do agente criminoso. Não há falar, portanto, em induzimento, provocação ou instigação, uma vez que a ação do infrator é ocasionada por livre e espontânea vontade dele, o que permite a perfeita caracterização de sua prisão em flagrante¹⁵³.

Com relação ao flagrante preparado, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 145, que dispõe: “não há crime, quando a preparação do flagrante torna impossível a sua consumação”. Cuida-se, pois, de crime impossível, o que parte da doutrina entende como “tentativa inidônea”¹⁵⁴.

¹⁴⁸ NUCCI, 2008, p. 592

¹⁴⁹ CAPEZ, 2007, p. 252-253

¹⁵⁰ CAPEZ, 2007, p. 253

¹⁵¹ DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 111

¹⁵² DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 111

¹⁵³ LIMA, 2011, p. 1282-1283; MACHADO, 2009, p. 511

¹⁵⁴ MACHADO, 2009, p. 511

Nesse tipo, conhecido também como flagrante provocado, ocorre quando a autoridade policial, utilizando-se de meios idôneos, faz com que o agente provocado cometa o crime, ocasião em que é declarado preso em flagrante. Mas, em razão do vício presente em sua vontade, é considerada atípica a sua conduta¹⁵⁵.

Oportuna é a lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar, os quais afirmam que:

É temerário, contudo, que se admita que o Estado, através dos seus órgãos de investigação, ou até mesmo os particulares, estimulem a prática do delito com o fim de realização da prisão em flagrante. Esta vontade de deflagrar o inquérito policial com o suspeito já preso e com vasta documentação da atividade delitiva já conseguida, não pode endossar condutas não ortodoxas onde os fins justifiquem os meios¹⁵⁶.

Por último, o flagrante forjado, também conhecido como maquinado, urdido ou fabricado, ocorre quando se tenta criar uma situação falsa que legitime o flagrante. Acontece nos casos em que a autoridade policial “planta” a prova do crime, a fim de caracterizar a flagrância delitiva, sendo, por isso, flagrante ilegal, uma vez que não há crime, deve-se, assim, o responsável pelo ilícito, caso for policial, responder por abuso de autoridade¹⁵⁷.

Outros aspectos notórios acerca da prisão em flagrante abordados pela novel legislação serão abordados no capítulo 4 deste trabalho. Agora, passa-se análise de outra modalidade de prisão cautelar, a prisão temporária.

3.2.2 Prisão Temporária

Tendo inicialmente como base legal a medida provisória n. 111, a prisão temporária foi posteriormente convertida na Lei n. 7.960/89, com objetivo de cessar com a modalidade de prisão para averiguação¹⁵⁸, a qual era comumente utilizada pela polícia judiciária e que, com o advento da CRFB/88, se tornou manifestamente ilegal, uma vez que o art. 5º, LXI, do citado diploma, exigiu, para a concessão de prisão de um suspeito de uma

¹⁵⁵ CAPEZ, 2007, p. 253-254

¹⁵⁶ ALENCAR e TAVORA, 2010, p. 516

¹⁵⁷ LOPES JUNIOR, 2012, p. 807 CAPEZ, 2007, p. 255

¹⁵⁸ De acordo com Antônio Alberto Machado (2009, p.527-528), as prisões para averiguações são “aquelas prisões momentâneas, sem mandado judicial e sem flagrante, que a polícia realizada sobretudo no anos de autoritarismo do regime militar. Trata-se, sem dúvida nenhuma, de medida polêmica, destinada a aumentar o poderio repressivo do Estado”.

prática delitiva, ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente¹⁵⁹.

Como o seu próprio nome conduz a entender, a prisão temporária deverá ser por tempo determinado¹⁶⁰, o qual deverá ser de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por mais 5 (cinco), a depender da necessidade, consoante art. 2º da lei. A lei dos crimes hediondos, Lei n. 8.072, traz uma exceção à regra, a qual dispõe em seu art. 2º, §4º, que em crimes dessa natureza, a prisão temporária será de 30 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, a depender, também, da necessidade da medida.

Um dos inúmeros aspectos que destoa a prisão temporária da prisão preventiva, é que ela não poderá ser decretada *ex officio* pelo Juiz, pois, de acordo com interpretação literal do art. 2º, da Lei n. 7.960/89, terá que haver representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público¹⁶¹.

Seu objetivo principal diverge das demais prisões cautelares, que buscam assegurar, por exemplo, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública. O seu escopo, na verdade, é meramente investigativo, devendo ser decretada nas hipóteses em que se queira fazer com que o investigado não atrapalhe na realização das diligências policiais¹⁶², razão pela qual, depois de ajuizada a ação penal, a prisão temporária perde sua razão de ser¹⁶³.

O art. 1º da lei da prisão temporária traz as hipóteses em que ela poderá ser decretada. De acordo com o inciso I, caberá a prisão temporária “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” e/ou, consoante o inciso II, “quando o indiciado não tiver residência fixa, ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. O inciso III, por sua vez, apresenta um rol, ressalte-se, taxativo¹⁶⁴ das espécies de crime em que ela poderá ser estabelecida, *in verbis*:

Art. 1º [...]

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

¹⁵⁹ RANGEL, 2007, 646; NUCCI, 2008, p. 584

¹⁶⁰ MACHADO, 2009, p. 527

¹⁶¹ RANGEL, 2007, p. 653

¹⁶² MACHADO, 2009, p. 527

¹⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 537

¹⁶⁴ LOPES JUNIOR, 2012, p. 880

- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Registre-se que, de acordo com a corrente majoritária, para que se possa fazer uso da prisão temporária, seja pela hipótese do inciso I ou do inciso II, faz-se necessário estar sempre presente a hipótese do inciso III, uma vez que só poderá ser decreta a medida se estiver presente um dos crimes discriminados no rol deste inciso. Nesse sentido: Renato Brasileiro de Lima, Paulo Rangel, Guilherme de Souza Nucci, Aury Lopes Júnior, dentre outros ilustres doutrinadores.

Expostos os principais aspectos da prisão temporária, convém registrar a crítica realizada por Paulo Rangel, o qual a considera uma espécie de prisão provisória inconstitucional:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados¹⁶⁵.

Paulo Rangel aduz, ainda, que a “prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo”¹⁶⁶.

Com isso, antes de adentrar no tema específico da prisão preventiva em sentido estrito, vale lembrar um pouco a respeito das extintas prisões por pronúncia e decorrentes de sentença penal condenatória.

¹⁶⁵ RANGEL, 2007, p. 647

¹⁶⁶ RANGEL, 2007, p. 647

3.2.3 Prisão decorrente de pronúncia

A Lei n. 11.689/2008 alterou alguns dispositivos relativos ao procedimento do Tribunal do Júri, inclusive revogou a prisão decorrente de pronúncia¹⁶⁷, que vinha sendo utilizada desde a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, ou seja, desde 1942. Apesar disso, o seu estudo é conveniente, já que a jurisprudência continuou aplicando esse instituto até pouco tempo atrás¹⁶⁸.

O art. 408, §2º, do CPP aduzia que, quando fosse proferida a decisão de pronúncia, o juiz deveria decretar a prisão provisória, salvo se o réu fosse primário ou ostentasse bons antecedentes, ou revogá-la se já estivesse encarcerado.

Consoante entendimento do célebre doutrinador Paulo Rangel¹⁶⁹, apesar de o réu ser primário e de bons antecedentes o juiz poderia, mesmo assim, aplicar a referida prisão, desde que presentes os pressupostos da prisão preventiva¹⁷⁰. Além disso, caso o réu já estivesse preso antes da decisão de pronúncia, o magistrado deveria analisar se os motivos que o fizeram decretar ainda persistiam.

Para os Tribunais Superiores, entretanto, a utilização dessa modalidade de prisão se fundaria no fato de que mesmo que o acusado não tenha as qualidades trazidas no art. 408, §2º, do CPP, quando ele fosse condenado iria fugir, então contemplaria uma hipótese de prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal¹⁷¹.

A prisão provisória, entretanto, deve ser cautelar, para não se confundir com uma antecipação da pena, o que muitas vezes acaba ocorrendo. Para tanto, o simples fato de o réu possuir maus antecedentes ou ser reincidente não justificaria a cautelaridade da prisão, para isso é preciso que ela sirva para preservar a instrução criminal e a sua eficácia¹⁷².

De acordo com pensamento de Roberto Delmanto Junior:

[...] tendo o acusado respondido a esta fase do processo em liberdade, parece-nos estreme de dúvida que, com a promulgação da Constituição da República de 1988, e com a ratificação interna do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que garantem não só a

¹⁶⁷ De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.547): “A decisão de pronúncia encerra a primeira fase do julgamento no procedimento escalonado do júri, remetendo o réu ao *judicium causae*, que conta com a participação dos jurados” (grifo do autor).

¹⁶⁸ LIMA, 2011, p. 1405

¹⁶⁹ RANGEL, 2007, p. 642

¹⁷⁰ Os pressupostos da prisão preventiva serão abordados no subtítulo 3.2.5.

¹⁷¹ LIMA, 2011, p. 1409

¹⁷² DELMANTO JUNIOR, 2001, p.195

desconsideração prévia de culpabilidade, mas também a presunção de inocência, esta modalidade de prisão provisória tornou-se *inaplicável* (destaque do autor)¹⁷³.

Se o juiz deixou o acusado em liberdade até o momento da decisão de pronúncia é porque ele não havia encontrado motivos suficientes para encarcerá-lo, seria incompatível decretar sua prisão só pelo fato de ser um efeito da pronúncia¹⁷⁴. Como supramencionado, essa modalidade de prisão foi revogada, conforme art. 413, §2º e §3º, do CPP¹⁷⁵. Atualmente, o juiz deverá se manifestar no momento da pronúncia sobre a necessidade de aplicar a prisão ou outras medidas, sendo somente mais uma etapa em que ele pode se manifestar, assim como durante toda a persecução penal¹⁷⁶.

Destarte, a imposição de custódia ao réu deverá sempre ser fundamentada nos pressupostos da prisão preventiva. No caso de manutenção da prisão também deverá novamente ser motivada¹⁷⁷.

3.2.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Assim como a extinta prisão decorrente de pronúncia, a Lei n. 11.719/2008 alterou alguns dispositivos relativos aos procedimentos comuns, dentre eles acabou por revogar o artigo 594 do Código de Processo Penal, que tratava da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, na qual o réu teria algumas condições para poder apelar. Além disso, a Lei n. 12.403/11 revogou o art. 393, I¹⁷⁸, e a Lei de Execução Penal, por sua vez, o art. 669, I¹⁷⁹, ambos do CPP¹⁸⁰.

Originalmente o art. 594 do CPP tinha a seguinte redação: “o réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Entretanto, a Lei n. 5.941/73 alterou o referido dispositivo acrescentando a hipótese de o réu recorrer em liberdade no caso de ter bons antecedentes e ser primário.

¹⁷³ DELMANTO JUNIOR, 2001, p.195

¹⁷⁴ LIMA, 2011, p.1411

¹⁷⁵ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. § 1º - A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. § 2º - Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

¹⁷⁶ ALENCAR e TÁVORA, 2010, p.548-549

¹⁷⁷ MACHADO, 2009, p.538

¹⁷⁸ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

¹⁷⁹ Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;

¹⁸⁰ LIMA, 2011, p. 1405

Tem-se, assim, que a prisão era um efeito automático desse tipo de sentença, que só não ocorreria caso o apenado tivesse as qualidades impostas ou se prestasse fiança nos crimes que coubesse. Claramente, percebe-se que o referido artigo ia de encontro ao princípio do duplo grau de jurisdição, já que impunha condições para que o réu pudesse exercê-lo, o que seria extremamente inconstitucional, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o acolheu de forma irrestrita¹⁸¹.

Outro ponto de destaque acerca desse tipo de prisão é o fato de que o Judiciário é muito moroso e o condenado ficaria muito tempo enclausurado esperando a resolução do seu recurso. A segunda instância poderia reconhecer a sua inocência, logo, ele teria ficado todo esse tempo preso de forma injusta. Poderia também a pena fixada ser menor do que a que ele cumpriu à espera do julgamento de sua apelação, o que levaria novamente, repise-se, a uma injustiça¹⁸².

Como dito acima essa modalidade de prisão foi revogada, atualmente o art. 387 do CPP dispõe que o juiz deverá conhecer da apelação, estando o réu livre ou preso, mas deve manifestar-se acerca da imposição, manutenção ou revogação da prisão preventiva ou alguma outra medida cautelar diversa à segregação¹⁸³.

3.2.5 Prisão preventiva

Com relação às segregações ocorridas antes do trânsito em julgado, a prisão preventiva é considerada “a base e o eixo norteador de todas as prisões cautelares”¹⁸⁴. A esse propósito “é tida como medida odiosa como qualquer outra prisão provisória que antecipe a sentença final condenatória”¹⁸⁵. Nesse sentido, fazendo uma analogia com o “universo das prisões cautelares”, Paulo Rangel leciona que “a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões [...] – cautelares - seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida”¹⁸⁶.

Prevista inicialmente no código de processo penal como medida obrigatória nos crimes com pena máxima superior a dez anos¹⁸⁷, a prisão preventiva é, hodiernamente, uma

¹⁸¹ DELMANTO JUNIOR, 2001 p. 211

¹⁸² NUCCI, 2008, p.615

¹⁸³ ALENCAR e TÁVORA, 2010, p. 550

¹⁸⁴ FREITAS, 2009, p. 42

¹⁸⁵ FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante, preventiva e temporária**. Campinas: Copola Editora, 1995. p. 253

¹⁸⁶ RANGEL, 2007, p. 616

¹⁸⁷ Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

medida facultativa, que deve ser aplicada apenas em casos excepcionais e quando necessária¹⁸⁸.

Ela poderá ser decretada por ordem devidamente fundamentada pelo Juiz competente, tanto na fase investigatória, isto é, no decurso do inquérito policial¹⁸⁹, assim como no *iter* do processo criminal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁹⁰, mas para que o Magistrado possa decretar a prisão preventiva em detrimento do acusado, ele deve observar alguns pressupostos e requisitos essenciais para que essa medida odiosa não fuja da legalidade.

Completando o entendimento, ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento¹⁹¹.

Dentre os requisitos primordiais que norteiam a prisão preventiva, tem-se o *fumus comissi delicti e o periculum in libertatis*, o que foi, no dizer de Aury Lopes Júnior¹⁹², confundido durante muito tempo com os requisitos cautelares do processo civil, quais sejam, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não guardando nenhuma relação com essa comparação que foi inicialmente realizada por Calamandrei.

Com relação ao *fumus comissi delicti*, esse instituto encontra-se presente quando há provas da existência do crime e indícios suficiente de autoria, conforme preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal. É oportuna, contudo, a observação de Aury Lopes Júnior, que afirma que para configurar o *fumus comissi delicti*, basta juízo de possibilidade, uma vez que “em sede de cautelar não se pode falar em juízo de certeza”¹⁹³.

¹⁸⁸ MIRABETE, 2007, p. 389

¹⁸⁹ Há possibilidade ainda de se admitir a decretação da prisão preventiva antes de instaurado o inquérito policial, desde que, conforme vaticinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como extraídos de procedimento investigatório extrapolicial” (2010, p. 530).

¹⁹⁰ CAPEZ, 2007, p. 266

¹⁹¹ ALENCAR e TÁVORA, 2010, p. 530

¹⁹² LOPES JÚNIOR, 2012, p. 779-780

¹⁹³ LOPES JUNIOR, 2012, p. 825

Compartilhando do mesmo raciocínio, tem-se a lição de Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, que preconizam: “Não é necessário que essa prova seja indubitável, exaustiva. Para a condenação final faz-se necessário um elevado grau de credibilidade em relação às provas colhidas. Elas devem atingir o nível que se denomina além da dúvida razoável”¹⁹⁴.

No concernente ao *periculum in libertatis*, deve-se ao fato de preservar alguma das hipóteses, também, previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, são elas: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Acerca do tema:

[...] é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida¹⁹⁵.

A ordem pública refere-se, no dizer de Fernando Tourinho Filho, como “a paz, a tranquilidade no meio social”¹⁹⁶. Sendo assim, caso o acusado em liberdade continuar a cometer infrações penais, estará por perturbar a ordem pública. Mas, ressalte-se, decretar a prisão preventiva com pressuposto na ordem pública, em razão de querer manter a integridade física do acusado, com medo de que a sociedade possa linchá-lo, é estar desvirtuando o seu verdadeiro fundamento legal¹⁹⁷.

No tocante a aplicação da prisão preventiva, em razão da ordem pública, fundada em “risco de reiteração de delitos”, Aury Lopes Júnior critica esse posicionamento, ao argumento que não se estaria atendendo “ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”¹⁹⁸. Destaca ainda que essa prática, contudo, é admitida no direito comparado¹⁹⁹.

Já a decretação da prisão preventiva, a fim de assegurar a aplicação da lei penal, tem, mormente, como sentido evitar uma possível fuga do réu, que o faça a não cumprir uma eventual pena de uma sentença condenatória irrecorrível²⁰⁰. Essa hipótese é comumente

¹⁹⁴ GOMES e MARQUES, 2011, p. 34

¹⁹⁵ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 831

¹⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.552.

¹⁹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009. p.713.

¹⁹⁸ LOPES JÚNIOR, 2012, p.845.

¹⁹⁹ LOPES JÚNIOR, 2012, p.846.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.526.

utilizada na prática quando o acusado não possua trabalho lícito ou residência fixa no distrito da culpa²⁰¹.

Decretar a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal tem por finalidade primordial evitar que o acusado venha a constranger testemunhas ou a destruir provas que possam influenciar na busca da verdade real e, conseqüentemente, no julgamento do processo crime²⁰². Leciona Fernando Tourinho Filho que é importante destacar que “conveniência não se confunde com comodidade”. Completa ainda o referido autor que “não pode o Juiz, porque o réu reside um pouco distante, mandar prendê-lo por conveniência da instrução, alegando que, quando dever apresentar-se para uma audiência, por exemplo, não será preciso a expedição de precatória ou quejandos”²⁰³.

Por último, decretar a prisão preventiva com fundamento da preservação da ordem econômica cuida-se de instituto análogo a hipótese da garantia da ordem pública, diferenciando-se no quesito de que se procura evitar reiteraões em delitos praticados que atinjam a esfera econômica²⁰⁴.

Encerra-se, com isso, mais uma etapa do estudo da prisão preventiva, oportunidade em que se passa agora ao estudo das inovações contidas na Lei n. 12.403/2011, com um foco principal nas medidas cautelares, instituto que, embora presente em leis vizinhas, como Portugal e Itália, é novo no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁰¹ CAPEZ, 2007, p. 269.

²⁰² ALENCAR e TÁVORA, 2010, p.533.

²⁰³ TOURINHO FILHO, 2010, p. 555.

²⁰⁴ LIMA, 2011, p. 1326

4 TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS PELO ADVENTO DA LEI N. 12.403/2011

Este capítulo tem como escopo primordial trazer a lume as principais alterações ocorridas com o advento da Lei n. 12.403/2011, responsável por modificar substancialmente o processo penal cautelar brasileiro²⁰⁵. Para esta empreitada serão utilizados autores contemporâneos como Aury Lopes Júnior, Guilherme de Souza Nucci, assim como autores consagrados como Luiz Flávio Gomes, Og Fernandes, dentre outros.

Dentre as matérias abordadas, será dado um enfoque maior no tocante as novas medidas cautelares alternativas à segregação, assim como no quesito fiança, o qual sofreu, também, sérias modificações em sua essência, bem como no novo regimento da prisão domiciliar, que agora possui base legal para ser aplicada no curso do processo crime. Por fim, serão tecidas argumentações sobre a nova sistemática da prisão preventiva e da prisão em flagrante, em razão da preponderância da liberdade do réu.

4.1 DAS MEDIDAS CAUTELARES

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, a quantidade de presos provisórios é preocupante, isso porque se somam hoje mais de 200 mil presos que se encontram detidos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Número esse que corresponde a praticamente quase metade da população carcerária do País, que ultrapassa 500 mil presos²⁰⁶.

Um dos grandes fatores responsável pela quantidade alarmante de presos no Brasil deve-se ao fato de que durante muito tempo se experimentou o sistema binário de prisão, isto é, ou o Magistrado decretava a prisão preventiva ou concedia a liberdade provisória ao acusado²⁰⁷, o que só foi alterado com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, ocasião em que foram instituídas medidas alternativas ao segregamento cautelar, igualando-se, assim, a sistemas de países como Portugal e Itália.

Ocorre que com a nova lei foi reafirmado o fato de que a prisão preventiva deve ser tomada como *extrema ratio*, o que durante muito tempo foi ignorado por grande parte dos

²⁰⁵ Em sentido contrário, Aury Lopes Júnior entende não existir um processo penal cautelar, apenas a fase de conhecimento e de execução, asseverando que a legislação apenas apresenta medidas cautelares (2012, p. 780-781).

²⁰⁶ De acordo com o sistema “Geopresídios”, disponível no sítio eletrônico do CNJ, no dia 06/04/2013, a quantidade de presos no país atinge a cifra de 515.462, desse número 208.257 são presos que estão segregados provisoriamente.

²⁰⁷ GOMES e MARQUES, 2011, p. 27

aplicadores do direito, uma vez que, com a observância do princípio da proporcionalidade, a nova lei restringiu o campo de incidência da medida segregativa²⁰⁸. Sobre o assunto, é oportuno salientar o ensinamento de Andrey Borges de Mendonça:

Metaforicamente, pode-se dizer que antes o magistrado somente possuía um remédio para todos os males: a prisão. Hoje, buscou-se conceder-lhe vários “remédios”, para que possa aplicar aquele mais adequado ao mal que busca prevenir. Passam a existir várias medidas cautelares, não apenas para situações muito graves ou nas quais as medidas anteriores se mostrarem ineficazes. A prisão processual passa a ser medida cautelar subsidiária, a depender da inadequação ou ineficiência das demais para tutelar os bens jurídicos do processo²⁰⁹.

Antes de adentrar mais afundo no tema acerca das novas medidas cautelares, vale abrir um parêntese para fazer um alerta sobre a diferença entre elas e as penas alternativas, o que, embora apresentem certa semelhança em suas nomenclaturas, em nada se confundem. Como preleciona Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques:

Medidas cautelares alternativas à prisão cautelar não são a mesma coisa que penas alternativas. As penas alternativas substituem a pena de prisão já imposta na sentença (CP, art. 44 e ss.). As medidas cautelares alternativas à prisão cautelar são medidas descaracterizadoras, ou seja, medidas que visam evitar (ou suavizar) o encarceramento do agente antes da sentença final transitada em julgado²¹⁰.

Frise-se que ao todo foram, praticamente, cerca de dez anos o tempo que durou para o projeto de Lei n. 4.208 de 2001 tramitar no Congresso Nacional e ser aprovado pelo Presidente da República²¹¹, mudança essa responsável por modificar o Título IX do Código de Processo Penal, o qual era denominado “Da prisão e da liberdade provisória” e passou para “Da prisão, **das medidas cautelares** e da liberdade provisória” (destacou-se). Assim, expostas as considerações preliminares sobre as recentes medidas cautelares, é notável estudar, primeiramente, as suas diretrizes gerais para depois focar em suas espécies.

²⁰⁸ DALABRIDA, Sidney Eloy. A cautelaridade no âmbito da jurisdição militar e as novas medidas cautelares instituídas pela Lei n. 12.403/11. **Unisul de fato e de direito**: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, v.1, n.4, p. 93 – 99, jan./jun. 2012. p. 93

²⁰⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011. p. 26.

²¹⁰ GOMES E MARQUES, 2011, p. 26.

²¹¹ FERNANDES, 2011, p. 38

4.1.1 Diretrizes gerais das medidas cautelares

Tendo como base o direito português e o italiano, as novas medidas cautelares apresentam, assim como em outros institutos do direito, seus aspectos peculiares no modo de ser. Dessarte, grande parte de suas características estão detalhadas no artigo 282 do Código de Processo Penal, razão pela qual se fará minucioso estudo de sua redação, *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.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Pela leitura dos dois primeiros incisos do artigo mencionado, constata-se a presença de duas características (ou princípios) medulares das medidas cautelares, são elas, necessidade e adequação, os quais decorrem do princípio da proporcionalidade em sentido amplo²¹², conforme considerações apontadas no capítulo 3.

No tocante ao subprincípio da necessidade, “o art. 282, inc. I, afirma que o juiz deve verificar se a medida cautelar é realmente necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais”²¹³. Isso quer dizer que o Magistrado antes de aplicar qualquer medida deve atentar para os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de modo a atingi-lo, em sua liberdade, da menor forma possível, empregando a prisão como última *ratio*²¹⁴.

²¹² FERNANDES, 2011, p. 40

²¹³ MENDONÇA, 2011, p. 31

²¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 857

Segundo Paulo Rangel, “o critério da necessidade para decretação da medida cautelar nada mais é do que a adoção no *processo penal* do princípio da intervenção mínima do Estado na esfera das liberdades públicas ou da proibição do excesso”²¹⁵ (destaque do autor).

Juntamente com a necessidade, as medidas cautelares deverão observar o subprincípio da adequação que está disposto no art. 282, II. De sua exegese, denota-se que a medida aplicada ao acusado deve ser a mais idônea a garantir os fins do processo, de forma a causar menos prejuízo ao réu²¹⁶, pois, caso contrário, o direito a liberdade do indivíduo deve prevalecer, em razão de tal princípio ser interpretado conjuntamente com os preceitos da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência. Nesse sentido, argumenta Fernando Tourinho Filho:

Dignidade da pessoa humana e presunção de inocência aliadas à necessidade de se tomar uma medida mais ou menos coercitiva dentro do razoável, tendo em vista a gravidade do crime, das circunstâncias que o circunvolveram e às condições pessoais do indiciado ou réu são os pontos reitores das medidas cautelares²¹⁷.

Infere-se, com isso, que as medidas cautelares apresentam caráter instrumental, pois só poderão ser aplicadas “quando a liberdade plena do acusado possa comprometer a eficácia do processo”²¹⁸, razão pela qual deve ser sempre empregada de forma menos “gravosa do que a hipotética condenação criminal, daí a exigência de adequação à drasticidade do injusto e aos elementos pessoais do indiciado”²¹⁹.

Outra característica marcante nas novas medidas, decorrente do subprincípio da necessidade, refere-se ao fato de as medidas cautelares poderem ser aplicadas isoladamente ou de modo cumulativo, consoante à redação do § 1º do art. 282 do CPP^{220 221}. Essa característica, contudo, não alcança a prisão preventiva, a qual deverá ser sempre aplicada de modo isolado²²².

Ressalte-se, por oportuno, que o § 2º do art. 282 do CPP deixa claro que o Juiz não poderá aplicar medida cautelar de ofício no curso da investigação policial, podendo fazer

²¹⁵ RANGEL, 2012, p. 857.

²¹⁶ CAPEZ, 2012, p. 344

²¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p. 431.

²¹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar**: à luz da lei 12.403/11. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 267

²¹⁹ SANTOS, 2011, p. 238

²²⁰ GOMES e MARQUES, 2011, p. 64

²²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29

²²² SANTOS, 2011, p. 268

uso de tal atribuição apenas no curso da fase processual. Caso contrário, estar-se-ia dando azo ao “juiz inquisidor”, o qual não é compatível com o sistema acusatório instituído no Brasil²²³.

Questão interessante é que, além do Ministério Público e da Autoridade Policial, é facultado ao réu realizar, no curso do processo crime, requerimento da aplicação de medida cautelar. A primeira vista soa um tanto estranho o fato de o réu querer que a ele se aplique uma medida cautelar, mas tem que se ter em mente que entre as medidas cautelares há certa hierarquia quanto a sua gravidade, sendo uma mais branda que a outra. Nada impede, portanto, que o réu formule um pedido para que a ele se aplique determinada medida cautelar, em detrimento de outra mais onerosa já lhe imposta²²⁴.

Sublinhe-se, por outro lado, que antes de ser aplicada alguma medida cautelar, é de suma importância que seja dada oportunidade ao contraditório, ressalvado os casos de urgência ou perda da eficácia da medida, ante a necessidade do requisito surpresa, que deve estar presente dependendo da situação. Sobre o tema, já foi dedicado subtítulo presente no capítulo 3 (3.1.5 princípio do contraditório), no mais, vale mencionar que a sua base legal está fixada no § 3º do art. 282 do CPP.

Caso o acusado frustrar a medida cautelar imposta, fica a critério do Juiz, com base no § 4º do art. 282 do CPP, substituir a medida cautelar anteriormente utilizada, aplicar outra ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, o que poderá ser feito de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou, se for o caso, do querelante e do assistente.

Tal preceito ressalta o caráter fungível das medidas cautelares, o qual deverá ser aplicado dentro dos critérios de necessidade e adequação²²⁵. A lei, não obstante, facultou ao juiz escolher outra medida cautelar para sancionar o réu, em razão do descumprimento de outra anteriormente decretada, ocasião em que ressaltou o caráter excepcional da medida odiosa, isto é, reafirmou-se “a ideia de que a prisão preventiva constitui recurso de *ultima ratio*, somente possível quando as exigências de natureza cautelar não puderem ser obtidas pelas formas menos gravosas”²²⁶, exegese que se faz em conjunto com o § 6 do art. 282 do CPP.

Corolário do § 4º anteriormente desenvolvido, o § 5º, do também art. 282 do CPP, prevê a possibilidade de o Juiz, diante de fatos novos, poder substituir, revogar ou até

²²³ GOMES e MARQUES, 2011, p. 64-66

²²⁴ RANGEL, 2012, p. 860-861

²²⁵ RANGEL, 2012, p. 864

²²⁶ FERNANDES, 2011, p. 47

redecretar novamente medida cautelar, o que enfatiza o caráter provisório das medidas cautelares²²⁷.

Deve-se alertar, por derradeiro, que as medidas cautelares só poderão ser aplicadas ao indivíduo se o crime por ele cometido prever pena privativa de liberdade, conforme dispõe o art. 283, § 1º, do CPP:

Art. 283. 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 ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Tal preceito faz-se necessário para que a medida-meio não seja mais gravosa que a medida-fim, razão pela qual se proíbe a aplicação de medida cautelar em algumas contravenções penais que versem somente sobre pena de multa²²⁸. Em outras palavras, o parágrafo supracitado adota a “característica da homogeneidade, ou seja, o resultado final do processo não pode ser inferior a medida cautelar adotada”²²⁹.

Encerra-se, com isso, a parte relativa às disposições gerais das medidas cautelares, o que, como visto, é elementar o seu conhecimento para o posterior estudo das espécies das medidas cautelares.

4.1.2 Espécies de medidas cautelares

A nova roupagem que modificou o Código de Processo Penal brasileiro, com a instituição da Lei n. 12.403/2011, foi, sem sombra de dúvidas, a previsão de institutos diversos as prisões cautelares. Como ditos alhures, a previsão legal de medidas cautelares diversas à segregação processual foi responsável por conceder mais alternativas ao Juiz, sem que tenha que se socorrer a tamanha medida gravosa, que é a prisão antes da resposta definitiva estatal.

O legislador estipulou no art. 319, em rol taxativo, outras medidas cautelares diversas à prisão, que como a própria nomenclatura ressalta, “outras medidas”, são “outros remédios jurídicos que devem ser aplicados antes de se cogitar da gravosa prisão preventiva, o

²²⁷ FERNANDES, 2011, p. 47-48

²²⁸ FERNANDES, 2011, p. 60

²²⁹ RANGEL, 2012, p. 873

que realça a sua índole subsidiária”²³⁰. Tal obrigatoriedade na aplicação das outras medidas cautelares em detrimento da prisão, é abarcada pelo § 6º do art. 282 do CPP, que ressalva o seu caráter subsidiário, como explicado no subtítulo retro. Com isso, os artigos 319 e 320 do CPP, abandonando o antigo sistema bipolar cautelar, deram ensejo ao sistema multicautelar, ao tempo em que criou 10 (dez) medidas cautelares alternativas à segregação, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Verifica-se que nove medidas foram estipuladas pelo art. 319, contudo, há outra medida que o legislador fez questão de colocá-la em artigo próprio, visto que se refere ao impedimento de o réu ausentar-se do país e, por isso, deve ser observada com maior rigor.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

O surgimento dessas “outras medidas cautelares” pôs fim à prisão administrativa, a qual não foi recepcionada pela CRFB/88, em razão de sua inconstitucionalidade²³¹. Muitas dessas medidas já eram conhecidas pelos operadores jurídicos, visto que se encontravam presentes em leis como do Juizado Especial (art. 89, § 1º, incisos II, III e IV, da Lei n.

²³⁰ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal**: texto comentado da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 MEDIDAS CAUTELARES. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 35-36

²³¹ FÜHRER, 2011, p. 35; NUCCI, 2011, p. 82

9099/95), Lei Maria da Penha (art. 22, incisos II e III, da Lei n. 11.340/06), Lei de Execuções Penais (art. 122, parágrafo único, da Lei n. 7210/84) e até no Código Penal (art. 78, § 2º, do Decreto Lei n. 2.848/40), razão pela qual se fará apenas breves apontamentos sobre as suas espécies.

A lei é omissa no tocante a gravidade das medidas. Aparece, contudo, que o legislador buscou organizá-las de modo crescente, colocando primeiro a mais branda e por último a mais gravosa. Acontece que, apenas diante do caso concreto, o Juiz poderá analisar qual ou quais medidas se encaixam melhor para atender a finalidade processual almejada²³².

A primeira medida que aparece arrolada no art. 319 do CPP (inciso I) é o comparecimento periódico em juízo do acusado, para informar suas atividades. Como alertado acima, é a medida menos gravosa imposta ao agente delituoso. Ela tem como escopo principal vincular o acusado ao processo, com intuito de evitar mudanças de endereços repentinas, bem como para o magistrado ter um controle das ocupações do acusado. Fica a critério do Juiz estabelecer a periodicidade que se dará o comparecimento do acusado, podendo ser, por exemplo, semanalmente, quinzenalmente, mensalmente etc.²³³.

A segunda medida descrita no inciso II do art. 319 do CPP é a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. Essa medida “deve guardar relação com a natureza do delito (como de resto todas as medidas devem), caso contrário funcionará apenas como castigo preventivo”²³⁴. O objetivo dela é evitar que o acusado venha praticar novas infrações. É comumente utilizada para evitar que o réu frequente bares, estádios de futebol, ponto conhecido de venda de drogas etc.²³⁵.

No caso do inciso III, a medida descrita é a proibição de manter contato com determinada pessoa. Quer se com ela impedir que o acusado venha a constranger a vítima ou até mesmo a testemunha. Em razão dessa medida ser prevista na Lei n. 11.340/06, ela é muito utilizada em casos de violência doméstica, a fim de evitar que o marido mantenha contato com a sua esposa²³⁶.

As medidas de proibição de ausentar-se da comarca ou do país estão previstas, respectivamente, no art. 319, inciso IV, e art. 320 do CPP e tem como objetivo primordial a

²³² MENDONÇA, 2011, p. 429-430

²³³ MENDONÇA, 2011, p. 430-431

²³⁴ GOMES e MARQUES, 2011, p. 183

²³⁵ MENDONÇA, 2011, p. 433-434

²³⁶ RANGEL, 2012, p. 885

conveniência da instrução criminal e, em consequência, evitar a fuga do acusado, de modo a ter eficácia a lei penal²³⁷.

No inciso V está prevista a medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. Constata-se que se trata de uma medida mais severa que as outras já descritas, todavia é preferível à prisão preventiva²³⁸. Essa medida além ter a finalidade de garantir a aplicação da lei penal, busca garantir a ordem pública, pois há muitos delitos que são cometidos em período noturno, como furtos em residências e tráfico de entorpecentes²³⁹.

A medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica, mencionada no inciso VI, é “medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive discutível de constitucionalidade”²⁴⁰. Essa medida é aplicável em casos de crimes econômicos²⁴¹ e pretende-se evitar a perturbação da ordem pública e econômica²⁴².

Notória foi a novidade trazida no inciso VII que prevê a internação provisória do acusado inimputável ou semi-inimputável em crimes perpetrados com violência ou grave ameaça. É de apreciável importância para o ordenamento processual esse inciso, uma vez que é inadmissível aplicar prisão preventiva em acusado inimputável²⁴³. Com isso, “supre-se, finalmente, a lacuna existente, até hoje, em relação à prisão provisória de doentes mentais e perturbados”²⁴⁴.

A fiança também foi relacionada no rol das medidas cautelares, sendo positivada no inciso VIII do citado artigo. Neste momento não serão tecidas argumentações sobre o instituto da fiança, uma vez que se reserva o próximo ponto (4.1.2.1) para tratar de suas alterações e especificidades.

Por derradeiro, a última medida prevista no rol das cautelares do art. 319 é o monitoramento eletrônico, o qual é utilizado em grande escala no direito norte americano desde a década de 80. É de extrema importância que essa medida cautelar seja aceita pelo réu, a fim de evitar constrangimentos desnecessários. É o tipo de medida que se aliada a outras medidas cautelares, como a prisão domiciliar, poderá trazer resultados satisfatórios ao processo²⁴⁵. A respeito da prisão domiciliar será dedicado o ponto 4.1.2.2, neste momento

²³⁷ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 859; MENDONÇA, 2011, p. 436

²³⁸ RANGEL, 2012, p. 886

²³⁹ GOMES e MARQUES, 2011, p. 184

²⁴⁰ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 861

²⁴¹ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 861

²⁴² GOMES e MARQUES, 2011, p. 184

²⁴³ FÜHRER, 2011, p. 36

²⁴⁴ NUCCI, 2011, p. 85

²⁴⁵ MENDONÇA, 2011, p. 458-464

para continuar a linha de raciocínio será dedicado o próximo item para análise do instituto da fiança.

4.1.2.1 Fiança

Forma de contracautela, inicialmente criada para funcionar de meio alternativo a prisão cautelar, a fiança, por meio da lei objeto de estudo deste trabalho, Lei n. 12.403/2011, sofreu diversas alterações em sua essência, razão pela qual se faz necessário o estudo de seus principais aspectos, os quais foram frutos das alterações da citada lei. Assim, antes de adentrar, especificamente, no mérito da questão, vale apresentar o conceito de fiança realizado por Aury Lopes Júnior:

A fiança é uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas, também, como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado²⁴⁶.

Primeiramente, ressalte-se que, por exegese do art. 334 e 319, VIII, ambos, do CPP, verifica-se que a fiança poderá ser aplicada em qualquer fase do processo, pelo menos enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, bem como ela atingiu um caráter independente da liberdade provisória, pois poderá ser aplicado como uma espécie de medida cautelar²⁴⁷.

No que se refere à fase pré-processual, observa-se que a Lei n. 12.403/2011 ampliou significativamente os casos em que o delegado de polícia poderá estipular a fiança²⁴⁸. De acordo com o novel art. 322, *caput*, do Código de Processo Penal, “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

Abandona-se, portanto, o critério arcaico de que a fiança estipulada pelo delegado de polícia seria apenas em infração punida com detenção ou prisão simples, conforme dispunha a antiga redação do artigo referido. Mas, com relação às infrações cominadas com pena máxima superior a 4 anos, a fixação da contracautela será requerida ao magistrado, o

²⁴⁶ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 892-893.

²⁴⁷ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 890-891

²⁴⁸ SANTOS, 2011, p. 238

qual, de acordo com o parágrafo único do art. 322 do CPP, terá o prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas para decidir.

Outro aspecto notável que sofreu alteração concernente ao instituto da fiança, foi o seu valor, sendo que o art. 325 do CPP, o qual dispunha sobre essa matéria, sofreu, praticamente, uma total reformulação²⁴⁹. Por força do seu § 1º, a depender da situação econômica do réu, a fiança poderá ser dispensada, reduzida até 2/3 ou aumentada até mil vezes, o que possibilita, se for o caso, seja uma fiança estipulada em milhões, caso o delito praticado tenha pena máxima cominada superior a 4 (quatro) anos.

Denota-se, portanto, que o instituto da fiança, com a redação da nova lei, voltou a ter utilidade pública, pois além de poder ser decretada em boa parte dos crimes pelo delegado de polícia, ela poderá ser aplicada como medida cautelar alternativa a segregação preventiva²⁵⁰. E a respeito de um novo instituto processual substituto da prisão preventiva, encaminha-se o leitor para o último ponto das medidas cautelares, que versa sobre a prisão domiciliar.

4.1.2.2 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar surgiu para disciplinar casos delicados em que a prisão preventiva se faça necessária, mas, em decorrência de situações contempladas em lei, a prisão cumprida no Ergástulo Público não seja a melhor opção. Ressalte-se que esse instituto já era previsto no art. 117 da Lei de Execuções Penais como medida aplicada aos condenados, que estejam cumprindo pena em regime aberto, e agora passa a ser uma medida cautelar alternativa à prisão aplicada no curso do processo crime.

Frise-se que, embora a prisão domiciliar tenha sido disciplinada como medida a ser tomada no curso do processo penal apenas a partir da Lei n. 11.403/11, os Tribunais Superiores já mantinham o raciocínio de aplicá-la em alguns casos, o que era realizado por meio de analogia do citado artigo presente na Lei de Execuções Penais.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “a prisão domiciliar advém da decretação da prisão preventiva; em lugar de se manter o preso em presídio comum, diante de suas particulares condições pessoais, pode-se transferi-lo para o recolhimento domiciliar”²⁵¹.

²⁴⁹ NUCCI, 2011, p. 96

²⁵⁰ GOMES e MARQUES, 2011, p. 194-195

²⁵¹ NUCCI, 2011, p. 77.

A sua base legal está fulcrada nos arts. 317 e 318, ambos, do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

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

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Vale alertar que “inexiste, como ente autônomo, no prisma das medidas cautelares, a prisão domiciliar. O que, realmente, há é a prisão preventiva, que pode ser cumprida em domicílio”²⁵². Desse modo, para que essa medida seja decretada se faz necessário estarem presentes os requisitos que autorizam a aplicação da prisão preventiva²⁵³.

Como a prisão domiciliar não permite que o acusado se afaste de sua residência, salvo com permissão do Juiz, conforme se infere do art. 317 do CPP, para uma maior eficiência dessa medida cautelar, seria interessante o Juiz cumulá-la com a medida cautelar de monitoramento eletrônico, uma vez que teria assim um melhor controle sobre o réu, já que é inviável colocar um policial de prontidão na frente da casa do indivíduo, a fim de verificar se a medida judicial está sendo cumprida.

Analisando-se as hipóteses em que pode ser decretada a prisão domiciliar, constata-se que se o réu for maior de 80 (oitenta) anos poderá fazer uso desse benefício, consoante inciso I do art. 318 do CPP, a depender, por óbvio, do critério analisado e adotado pelo Magistrado, pois, por exemplo, caso esse acusado for um grande traficante de drogas, seria ilógico concedê-lo a prisão domiciliar. Infere-se, portanto, que além da idade, outros elementos devem ser levados em consideração para a decretação da prisão domiciliar²⁵⁴.

De outro norte, o juiz poderá também conceder prisão domiciliar ao réu que esteja extremamente debilitado, em decorrência de doença grave, conforme previsto no inciso II do citado artigo. Mas frise-se que não basta apenas a constatação da doença grave, faz-se necessário, também, que o réu esteja bastante debilitado. Assim, *verbi gratia*, o simples diagnóstico de Câncer não é suficiente para converter a prisão preventiva do acusado em

²⁵² NUCCI, 2011, p. 79

²⁵³ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 867

²⁵⁴ NUCCI, 2011, p. 78-79

prisão domiciliar, será imprescindível também a comprovação que o acusado está debilitado em decorrência da enfermidade²⁵⁵.

O critério previsto no inciso III diverge dos outros, uma vez que não se refere à pessoa do acusado, e sim de outrem que está sobre seus cuidados. Preconiza o citado inciso que será concedida prisão domiciliar ao agente que precise cuidar pessoa menor de 6 (seis) anos ou portador de deficiência. A grande crítica feita a esse inciso é com relação também ao critério de idade definido pelo legislador, pois sabe-se que uma criança com 5 anos, por exemplo, possa precisar dos mesmos cuidados do que uma criança que já completou 6 anos²⁵⁶.

A solução para o inciso III seria respondida pela disposição análoga prevista na Lei de Execuções Penais (art. 117, III, do CPP), a qual deixou referida análise do critério de idade nas mãos do Juiz. Sendo que este, a depender do caso concreto, verificará se o réu é realmente imprescindível ao cuidado da criança, ou não. Tem-se assim uma solução mais sensata para tal hipótese²⁵⁷.

Já o derradeiro inciso IV, destaca que poderá ser concedida a prisão domiciliar à mulher que já esteja, pelo menos, no sétimo mês de gestação ou se a gravidez for de alto risco. Nesse caso “o que importa saber é se o estabelecimento prisional tem estrutura para cuidar da mulher gestante com algum risco. Caso não haja tais condições no estabelecimento prisional, ela deve ser colocada em prisão domiciliar”²⁵⁸.

Frise-se que para o Juiz decretar a prisão domiciliar em detrimento da prisão preventiva, o parágrafo único requer prova idônea, ou seja, a demonstração dos casos deve ser cabal, não bastando meras ilações sem respaldo algum. Motivo pelo qual a demonstração dos casos referenciados nos incisos devem ser amplamente demonstrados, sob pena de não ser concedida a medida cautelar mais benéfica ao réu.

Observa-se, com isso, que pelo fato de o legislador ter realizado um rol taxativo bastante rigoroso dos casos de cabimento das prisões domiciliares, é importante que o magistrado, antes de tomar qualquer decisão, observe com cautela se ao caso apresentado é realmente situação necessária que deva ser imposta prisão preventiva, pois, de outra ótica, não poderá tal prisão ser convertida em domiciliar.

Lembre-se que só pelo fato de a prisão preventiva do acusado ter sido convertida em domiciliar, isso não significa que ele deva ficar segregado por tempo indeterminado, visto

²⁵⁵ NUCCI, 2011, p. 77

²⁵⁶ GOMES e MARQUES, 2011, p. 168

²⁵⁷ GOMES e MARQUES, 2011, p. 168

²⁵⁸ GOMES e MARQUES, 2011, p. 169

que é crucial, para a permanência da prisão domiciliar, a constatação dos requisitos da prisão preventiva²⁵⁹, descritos no capítulo no ponto 3.2.5. Posto isso, o próximo item será dedicado para análise das novas condições para admissão da prisão preventiva.

4.2 CONDIÇÕES PARA ADMISSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Primeiramente, destaca-se que para a aplicação da prisão preventiva, além de estar presente pelo menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP (os quais foram referenciados no ponto 3.2.5 desta obra), faz-se necessário a observância das condições estipuladas no art. 313 do Código de Processo Penal²⁶⁰. Assim, para encerrar a questão relativa às modificações no decreto da prisão preventiva, convém salientar as alterações operadas no art. 313 do Código de Processo Penal, as quais versam sobre as condições em que poderá ser decretada a prisão preventiva, mudança essa que restringiu drasticamente os casos em que esse tipo de prisão cautelar poderá ser empregado. Para isso, é conveniente verificar como ficou a nova redação do citado artigo, *in verbis*:

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

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

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

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

IV - (revogado).

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

Ao comparar a redação do novel artigo citado com a sua redação antiga²⁶¹, constata-se que no *caput* foi suprimida a expressão “nos crimes dolosos”, locução essa que

²⁵⁹ NUCCI, 2011, p. 79

²⁶⁰ LIMA, 2011, p.1338

²⁶¹ “Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

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

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

preconizava ser cabível a prisão preventiva apenas em crimes dessa natureza volitiva. Acontece que referida alusão ao não cabimento da prisão preventiva em crimes dolosos foi transferida para os incisos I e II do mesmo artigo, o que salvaguarda a persistência do não cabimento da prisão preventiva nos crimes culposos²⁶².

Interpretando-se ainda o inciso I, verifica-se a presença de mais uma limitação no cabimento da prisão, que é a possibilidade do decreto preventivo apenas em crimes cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos. Impõe-se, com isso, um “patamar de gravidade abstrata”²⁶³, o que faz, em tese, delitos como, por exemplo, furto simples e receptação não serem passíveis de prisão preventiva, uma vez que suas penas máximas em abstrato não ultrapassam o patamar de 4 (quatro) anos.

Anotação considerável é que “na busca da pena máxima em abstrato (norte da medida extrema), consideram-se as causas de aumento e diminuição de pena e, quando variáveis, observar a que mais aumenta ou a que menos diminui”²⁶⁴, *verbi gratia*, no crime de favorecimento da prostituição, previsto no art. 228, *caput*, do Código Penal, cuja pena máxima em abstrato é de 5 anos de reclusão, a sua mera tentativa obstaría, em tese, a decretação da prisão preventiva, visto que o caso de diminuição de pena, relativo a tentativa, diminui a pena do crime de um a dois terços, circunstância essa que, como dito anteriormente, tem que ser levada em conta para aplicação do decreto provisório.

O legislador, por outro lado, fez questão de pôr um fim na diferença entre *reclusão* e *detenção* para o decreto do cárcere provisório, suprimindo as referidas expressões grifadas do art. 313 do CPP. “Logo, independentemente da natureza da pena, reclusão ou detenção, será cabível a decretação da prisão preventiva quando a pena máxima cominada ao delito for superior a 4 (quatro) anos”²⁶⁵.

No novel inciso II do indigitado art. 313 do CPP, o legislador “apenas atualizou a referência ao artigo do CP, para adequá-lo à Reforma Penal de 1984”²⁶⁶. Tal inciso evidencia que poderá ser decretada a prisão preventiva quando o acusado for considerado reincidente, excetuando-se, por óbvio, o prazo de 5 (cinco) anos, previsto no inciso I do art. 64 do CP, para configuração da reincidência.

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

²⁶² LIMA, 2011, p. 1338

²⁶³ NUCCI, 2011, p. 67

²⁶⁴ GOMES e MARQUES, 2011, p. 151

²⁶⁵ LIMA, 2011, p. 1339

²⁶⁶ FÜHRER, 2011, p. 30

Na apreciação desse artigo, nota-se que “optou o legislador em seguir na linha máxima de estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*”²⁶⁷, perdendo assim grande oportunidade em corrigir um erro do passado. Sendo assim, o inciso II é uma exceção ao inciso I, uma vez que admite o decreto provisório em crimes com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos²⁶⁸.

No tocante aos crimes cometidos envolvendo violência doméstica e familiar, o inciso III do art. 313 do CPP, além de fazer alusão aos delitos contra a mulher, ampliou o texto para abarcar também as hipóteses de violência contra criança, adolescente, enfermo, pessoa com deficiência e idoso.

Necessário observar, no entanto, que os incisos do art. 313 devem ser interpretados de forma sistemática, de modo a ser somente cabível a prisão preventiva descrita no inciso III (violência doméstica e familiar) se estiver presente a circunstância do inciso I, que é o crime ter pena em abstrato superior a 4 (quatro) anos²⁶⁹. Em sentido contrário Maximiliano Roberto Ernesto Führer e Andrey Borges de Mendonça entendem ser cabível a prisão preventiva presentes no inciso III, em crimes que não observem a regra estipulada no inciso I.

Outra questão digna de apontamentos refere-se ao parágrafo único do art. 313 do CPP, o qual trata sobre a dúvida na identidade civil do acusado e que este não forneça elementos suficientes para sanar a incerteza. Tal dispositivo alerta que assim que sanada a dúvida o preso deverá ser posto em liberdade, a não ser, é claro, se outra circunstância requeira a manutenção da prisão cautelar.

Tal dispositivo era contemplado, em parte, pelo antigo inciso II do art. 313 do CPP. A sua razão de ser atribui-se ao fato de que o Estado ao ajuizar uma ação deve ter ciência de contra quem está se promovendo, de modo a individualizar o indivíduo²⁷⁰. Mas, repise-se, identificado o preso, a prisão preventiva perde sua justificativa, devendo o indivíduo ser posto em liberdade imediatamente, a não ser se outro motivo requerer o seu acautelamento²⁷¹. Estudado, portanto, os limites da prisão preventiva, remete-se o leitor ao próximo ponto acerca das opções apresentadas ao Juiz com a vinda do auto de prisão em flagrante.

²⁶⁷ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 834

²⁶⁸ MENDONÇA, 2011, p. 244

²⁶⁹ RANGEL, 2012, p. 798

²⁷⁰ LIMA, 2011, p. 1347

²⁷¹ FÜHRER, 2011, p. 30

4.3. PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS COM A VINDA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Responsável por trazer alterações fundamentais na constância do flagrante, é essencial tecer algumas considerações sobre o novel art. 310 do CPP, o qual versa sobre a tarefa do Magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante.

A antiga redação do art. 310 do CPP dispunha sobre a possibilidade de o Juiz conceder ao acusado, preso em flagrante, a liberdade provisória ao verificar que o crime havia sido cometido em razão de alguma excludente de ilicitude²⁷². A nova roupagem do art. 310, por sua vez, inovou o ordenamento jurídico ao estipular 4 (quatro) alternativas colocadas a disposição do Magistrado para decidir no momento em que receber o Auto de Prisão em Flagrante, conforme vaticina o referido artigo, *in verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

De acordo com interpretação literal do artigo supra, denota-se que a prisão em flagrante não mais poderá perdurar até o final do processo, como ocorria antes da entrada da nova lei de prisões. Agora o julgador terá que decidir com base nas alternativas colocadas a sua disposição, isto é, dependendo do caso concreto, terá que optar por relaxar o flagrante, converter a prisão em flagrante do acusado em preventiva - se presentes os seus requisitos -, aplicar-lhe alguma medida cautelar diversa da prisão ou, por fim, conceder-lhe a liberdade provisória, a qual será com ou sem fiança.

Essa nova redação do artigo 310 combinada com o também novel § 2º do art. 306 do Código de Processo Penal serviu para corroborar o fato de o flagrante ser um tipo de prisão

²⁷² Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

“pré-cautelar”²⁷³, isso porque a Autoridade Policial passa a ter o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para encaminhar o Auto de Prisão em Flagrante ao Juiz após a realização do flagrante, para que este decida sobre a legalidade do flagrante e sua possível conversão em prisão preventiva.

Diante disso, “sepultam-se de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrante que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial”²⁷⁴. Destarte, reforce-se que as prisões administrativas decretadas pelo Delegado de Polícia não podem, por si só, perdurarem até o final do processo crime, o que lamentavelmente ocorria antes da entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, uma vez que não havia dispositivo que declarasse expressamente a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

A decisão que converte o flagrante em prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada, conforme disposto expressamente no *caput* do art. 310 c/c a redação do art. 315, ambos, do Código de Processo Penal. Assim, cai por terra a simples homologação do flagrante, faz-se necessário que o Juiz, em decisão, realize o “efetivo controle” da prisão em flagrante, manifestando-se sobre o porquê da sua conversão em prisão preventiva, pois a ausência de motivação é suficiente para a prisão ser relaxada pelo Tribunal *ad quem*²⁷⁵.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, a primeira providência do Juiz é verificar a legalidade do flagrante, ocasião em que atentará para os requisitos intrínsecos e extrínsecos do flagrante. Desse modo, caso haja alguma falha em um de seus requisitos, o Juiz deverá declarar a ilegalidade da prisão em flagrante e relaxá-la, ocasião em que o acusado será posto em liberdade²⁷⁶.

Se não for caso de relaxar o flagrante, o próximo passo do Magistrado é verificar se é caso de convertê-lo em prisão preventiva, desde que, por óbvio, presentes os seus requisitos, quais sejam, *fumus comissi delicti e periculum in libertatis*. Nesse momento, é crucial que o Juiz antes de aplicar a medida odiosa observe se não pode ser substituída a prisão preventiva por outras medidas cautelares que não incidam diretamente no direito a liberdade do acusado²⁷⁷, medidas as quais, como dito alhures, descritas no art. 319 do CPP.

Ressalte-se, todavia, que mesmo para aplicação das outras medidas cautelares é medular que se faça presente os requisitos da prisão preventiva. Sobre o assunto, destaca-se o ensinamento do célebre professor Aury Lopes Júnior:

²⁷³ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 797

²⁷⁴ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 799

²⁷⁵ GOMES e MARQUES, 2011, p. 132

²⁷⁶ NUCCI, 2011, p. 58

²⁷⁷ FERNANDES, 2011, p. 92

Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiver presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa. Em tese, se alguém foi preso, por exemplo, para tutela da prova, uma vez que foi colhida, deverá o juiz conceder a liberdade plena, pois desapareceu o fundamento da prisão preventiva²⁷⁸.

Vale ressaltar que, em sentido contrário, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci leciona que os requisitos de prova da materialidade e indício suficiente de autoria, para a aplicação das outras medidas cautelares, são dispensáveis. O doutrinador fundamenta seu entendimento na Lei de Prisão temporária, a qual prescinde de tais requisitos para ser decretada, alegando que “quem pode o mais, pode o menos”²⁷⁹.

Constata-se, portanto, que o Magistrado ao analisar o inciso II do art. 310 deverá, antes de tudo, realizar um juízo de proporcionalidade, a fim de que verifique se não há nenhuma outra medida cautelar menos gravosa a liberdade do indivíduo que possa ser aplicada ao caso, em vez da malfadada prisão preventiva²⁸⁰.

Se não for caso de aplicar as hipóteses supra mencionadas, deve o juiz, por derradeiro, conceder a liberdade provisória ao acusado, a qual fará mediante a concessão ou não de fiança. Frise-se que relaxar o flagrante e conceder a liberdade provisória não é a mesma coisa, enquanto esta pressupõe custódia legal do flagrante, aquela, pelo contrário, pressupõe um flagrante ilegal²⁸¹. Os seus efeitos não são, também, absolutamente os mesmos, pois a concessão da liberdade provisória pode ficar condicionada ao pagamento de fiança, já o relaxamento da prisão em flagrante não. Assim sendo, dando continuidade ao assunto, explica-se, por conseguinte, as controvérsias apresentadas pela doutrina no tocante ao momento da conversão em flagrante em preventiva.

4.3.1 Controvérsias sobre o momento da conversão da prisão em flagrante em preventiva (análise crítica).

O novo art. 310 do Código de Processo Penal, embora esteja presente no ordenamento brasileiro a cerca de 2 anos desde sua vigência, vem causando muita controvérsia na doutrina e polêmica entre os operadores do direito. Isso porque não se tem um

²⁷⁸ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 853

²⁷⁹ NUCCI, 2011, p. 27

²⁸⁰ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 853

²⁸¹ FERNANDES, 2011, p. 92

consenso sobre qual seria o momento ideal da conversão da prisão em flagrante em preventiva.

De acordo com Válder Kenji Ishida, o Magistrado ao receber cópia do auto de prisão em flagrante – diz-se cópia porque o original deverá ficar em posse da autoridade policial para conclusão do inquérito policial - concederá vista ao *Parquet* para daí então decidir sobre as hipóteses presentes no art. 310 do Código de Processo Penal²⁸², ou seja, antes de decidir deverá encaminhar os autos ao Ministério Público, evitando-se, em tese, uma conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício.

No mesmo sentido é o entendimento de Aury Lopes Júnior, o qual afirma que no prazo de 24 (vinte e quatro) horas determinado pela lei deverão os autos serem encaminhados ao Juízo competente, para que o Magistrado se manifeste sobre o art. 310 do Código de Processo Penal. Tal entendimento, de acordo com o professor, estaria em consenso com o art. 1º da resolução n. 66 do Conselho Nacional de Justiça²⁸³, publicada em 27 de janeiro de 2009²⁸⁴.

Leciona Aury Lopes Júnior, ainda, que essa prisão preventiva “somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial), pois constitucionalmente é inconcebível que o juiz o faça de ofício”²⁸⁵. Mas deve-se ter em mente, contudo, que o Código de Processo Penal “segue tolerando a prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz insistindo no ranço inquisitório”²⁸⁶.

A contrário *sensu*, Paulo Rangel apresenta uma opinião que é hoje minoritária, de acordo com a doutrina nacional, mas que deve ser estudada pelo seu entendimento crítico

²⁸² ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 198-199

²⁸³ “Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:

I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;

II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou

III - o relaxamento da prisão ilegal.

§ 1º Em até quarenta e oito horas da comunicação da prisão, não sendo juntados documentos e certidões que o juiz entender imprescindíveis à decisão e, não havendo advogado constituído, será nomeado um dativo ou comunicada a Defensoria Pública para que regularize, em prazo que não pode exceder a 5 dias.

§ 2º Quando a certidão e o esclarecimento de eventuais antecedentes estiverem ao alcance do próprio juízo, por meio do sistema informatizado, fica dispensada a juntada e o esclarecimento pela defesa.

§ 3º Em qualquer caso o juiz zelará pelo cumprimento do disposto do artigo 5º, LXII, da Constituição Federal, e do disposto no artigo 306, §1º e § 2º, do Código de Processo Penal, especialmente quanto à comunicação à família do preso e à Defensoria Pública, quanto ao prazo para encaminhamento ao juiz do auto de prisão em flagrante e quanto às demais formalidades da prisão, devendo ser oficiado ao Ministério Público, quando constatadas irregularidades.

§ 4º Aplica-se às demais prisões cautelares, no que couber, o disposto no parágrafo anterior, especificamente quanto à comunicação à família e à Defensoria Pública”.

²⁸⁴ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 798-800

²⁸⁵ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 799

²⁸⁶ LOPES JÚNIOR, 2012, p. 799

construtivo a respeito de qual seria o momento ideal para a conversão da Prisão em flagrante em preventiva. Consoante o autor, no momento em que o Juiz receber o auto de prisão em flagrante – ou cópia -, deverá manifestar-se sobre a legalidade do flagrante, caso em que se restar constatado a sua ilegalidade deverá relaxá-lo ou, se faltar informações para fazer esse juízo prévio, poderá conceder liberdade provisória ao acusado²⁸⁷.

A grande questão refere-se ao passo seguinte, uma vez que, conforme Paulo Rangel, o Juiz nesse momento “não tem elementos suficientes para decidir a cerca [sic] da prisão preventiva, pois pode faltar elementos convincentes de autoria e materialidade”²⁸⁸. Destaca, além disso, que “pode acontecer ainda do MP pedir, por alguma razão, o arquivamento do inquérito policial e o juiz ter decretado a prisão preventiva”²⁸⁹.

Se porventura ocorresse esse fato de o Juiz converter a prisão em flagrante do acusado em preventiva e o Ministério Público, no momento de oferecer a denúncia, em vez disso, pedisse o arquivamento dos autos, em razão de entender não estarem presentes indícios suficientes de autoria e materialidade, estaria firmado um contra senso explícito no processo, visto que a opinião do Ministério Público destoaria diretamente da decisão interlocutória prematura do Juiz, que entendeu presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis* uma vez que decretou a prisão preventiva do acusado²⁹⁰.

Tal contrassenso, de acordo com Paulo Rangel, seria sanado com a simples averiguação da conversão em flagrante em preventiva no momento em que o Ministério Público oferecesse a denúncia, nesse interregno nada impediria, por óbvio, o juiz de conceder a liberdade provisória ao acusado ou relaxar o seu flagrante se manifestamente ilegal, mas, ressalte-se, “a conversão de um título prisional em outro (flagrante em preventiva) exige um pouco mais, e somente após o titular da ação penal pública exercer sua *opinio delicti* é que isso será possível”²⁹¹.

Denota-se que a posição adotada por Paulo Rangel, embora vá de encontro a grande parte da doutrina, tem sua relevância, pois com base apenas no Auto de Prisão em Flagrante o Juiz não teria elementos suficientes para se manifestar a respeito da conversão do flagrante em preventiva²⁹².

Entende-se, porém, que, na verdade, pode acontecer que o juiz não possua os elementos suficientes para converter o flagrante em preventiva, mas, se tal fato ocorrer,

²⁸⁷ RANGEL, 2012, p. 876-877

²⁸⁸ RANGEL, 2012, p. 877

²⁸⁹ RANGEL, 2012, p. 877

²⁹⁰ RANGEL, 2012, p. 877

²⁹¹ RANGEL, 2012, p. 877

²⁹² RANGEL, 2012, p. 878

entende-se que a solução para o caso seria conceder a liberdade provisória ao acusado, ocasião em que optará pela liberdade plena ou pela instituição de algumas das medidas cautelares já mencionas, isso porque, conforme já restou elucidado ao longo do trabalho, **a prisão preventiva é a exceção, e como medida de última razão deve ser aplicada apenas em casos extremos** (destacou-se).

Não é concebível que o réu tenha que aguardar segregado em flagrante a conclusão do inquérito policial, que pode levar 10 (dez dias), e mais o tempo que o *parquet* tem para manifestar sua *opinio delicti*, uma vez que por ser o flagrante uma prisão pré-cautelar não tem força suficiente para perdurar todo esse tempo, como acontecia erroneamente antes da Lei n. 12.403/2011.

Denota-se, portanto, que o verdadeiro desígnio do processo penal precisa ser utilizado. Seria elogiável que os seus artigos parassem de ser empregados como meio de cometerem-se arbitrariedades e trapaças, a sua interpretação deve ater-se à real intenção do legislador, acabando com exegeses que deem margem a injustiças. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser honrada, garantindo os direitos, assim como obedecendo aos princípios expressos e implícitos em seu texto. O processo penal deve, dessarte, cessar com o “direito penal da vítima”, o qual se encontra enraizado na mente da sociedade, e dar maior razão as garantias penais dos indivíduos, que são frutos dos conflitos históricos entre gerações, pois só assim se consegue construir a utópica sociedade justa e igualitária.

5 CONCLUSÃO

A proposta inicial do presente trabalho, como dito alhures, foi verificar a real necessidade da segregação preventiva em razão da entrada em vigor da nova Lei de Prisões, Lei n. 12.403/2011.

Para realizar essa empreitada tomou-se como ponto de partida a evolução histórica da prisão. Averiguou-se, por conseguinte, que inicialmente na idade antiga, a função do encarceramento tinha como escopo primordial a custódia do réu para um futuro julgamento, isto é, não possuía o aspecto de pena como acontece hodiernamente. A propósito, as penas naquela época eram por demais desumanas e degradantes.

No começo da Idade Média a prisão foi deixando aos poucos o caráter cautelar, de guarda de presos, todavia era comumente utilizada como meio para obter a confissão dos réus, ocasião em que eram torturados, de forma a confessarem delitos que, às vezes, nem ao menos tinham praticados. Esse tipo de crueldade foi amenizando com o passar do tempo, em razão da influência ocasionada pela Igreja Católica. Sendo esta a responsável pela criação das denominadas penitenciárias, locais que eram destinados para a permanência dos condenados a reverem os seus atos.

Com o estudo da prisão na Idade Moderna, percebeu-se que, embora o grande esforço realizado pela Igreja Católica, as penas continuavam severas. Notou-se, também, que ceifar as vidas dos condenados não era a melhor solução, em razão disso surgiram as casas de correções, estabelecimentos similares a presídios. Foi, ademais, em decorrência das situações deploráveis que se encontravam esses lugares, que surgiram grandes pensadores - como Beccaria e Howard-, os quais, com bases em ideias iluministas, foram responsáveis por defender a humanização das penas. Sendo nesse cenário que a prisão passou a ter o caráter principal de pena, deixando de ter o caráter apenas cautelar.

De outro norte, estudou-se a história das prisões cautelares no Brasil, passando-se pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que regulavam o Direito Português e que, em razão do Brasil ser colônia de Portugal, teve grande influência no território brasileiro, comentou-se também sobre o Código de Processo Criminal de 1832 e o atual Código de Processo Penal de 1941.

Após essa retomada histórica, no final do segundo capítulo, investigou-se os principais fins da pena, abordando-se as principais teorias que tiveram grande influência na doutrina, como a teoria absoluta (retributiva), relativa (prevencionista) e, por fim, a teoria

mista (unificadora). Esta última, conhecida também como teoria eclética, é a adotada pelo Código Penal brasileiro em seu art. 59.

No capítulo 3 (três), antes de adentrar no mérito da nova Lei de Prisões, apresentou-se os princípios basilares que regem as prisões cautelares. Tecendo-se comentários sobre o princípio da legalidade, da motivação das decisões judiciais, presunção de inocência, proporcionalidade e do contraditório. Tal análise fez-se imprescindível, pois, antes de estudar determinado tema e normas, é considerável ver os princípios que norteiam a matéria, uma vez que contrariados estar-se-ia indo de encontro a um ordenamento inteiro.

Antes de concluir o terceiro capítulo, teceram-se breves comentários sobre as espécies de prisões cautelares presente no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, prisão em flagrante, temporária e preventiva, com um enfoque maior, por óbvio, nesta última, a qual foi o carro-chefe da Lei n. 12.403.

Já no capítulo final do desenvolvimento (capítulo 4) deu-se atenção ao texto da Lei 12.403/2011, oportunidade em que foram estudadas as 10 (dez) novas medidas cautelares, as novas condições para admissão da prisão preventiva, bem como as transformações operadas na conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Verificou-se, desse modo, que é possível um processo penal mais justo com garantias maiores aos acusados, assim, o que parecia ser algo muito distante da realidade do Brasil começa a tomar forma. A citada Lei veio concretizar a máxima de que a prisão no curso do processo deve ser tomada como medida de exceção, sendo apenas aplicada como a última das hipóteses.

O suposto praticante de uma infração penal jamais deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, caso contrário, estar-se-ia indo de encontro a Constituição da República Federativa do Brasil, que prega o princípio da presunção da inocência, ou seja, que todos serão presumidamente inocentes até a prova em sentido contrário.

Sendo o processo penal o meio pelo qual o Estado presta a devida tutela jurisdicional, tanto à sociedade, como ao indivíduo acusado por algum delito, é imprescindível que sejam observados alguns princípios norteadores, como o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, dentre outros, para que haja, assim, uma igualdade entre o réu e o poder estatal.

Aplicando os princípios constitucionais e penais, de acordo com a novel lei de prisões, há como afastar o suposto infrator de permanecer na penitenciária antes do trânsito em julgado da sentença penal. Há muito tempo já é sabido que a “cadeia” não cumpre com as suas reais funções, que seriam prevenir, retribuir e ressocializar. Na verdade, o que é

observado na prática, é a prisão sendo utilizada apenas para o isolamento dos apenados, afastando-os da sociedade, para que assim não prejudiquem os demais indivíduos da sociedade.

A segregação tem servido como uma escola de crimes, já que a separação dos presos por periculosidade não se dá de forma efetiva. Conforme mostrado pela mídia, as celas estão superlotadas, as condições de higiene são precárias, a forma como são tratados é desumana. A junção desses fatos faz com que criem uma sede de vingança contra a sociedade, que permite tamanha crueldade. Além disso, aprendem a cometer crimes cada vez maiores, e aproveitam, também, para associarem-se e fazer crescer o crime organizado, como comumente os meios de comunicação noticiam.

Ao responder o questionamento inicial conclui-se que a Lei n. 12.403/2011 trouxe imensas melhorias, não só aos acusados em geral, mas também à sociedade e ao Estado. Agora o Magistrado não precisa, necessariamente, aplicar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória ao acusado. Com as novas medidas cautelares alternativas a segregação surge um meio termo que, sem ofender de maneira direta os direitos do acusado, causa um elo deste para com o processo crime a qual responde.

Existem casos, no entanto, que o Estado precisa usar do seu poder coercitivo para dar segurança à sociedade, garantir a eficácia do processo. Quando já foram esgotadas todas as medidas cautelares diversas da prisão, aí sim se deve dar azo a utilização da prisão preventiva, uma vez que já ficou comprovado que as outras medidas não são suficientes para conter o infrator. Sendo assim, para esses casos extremos temos a prisão preventiva, para todos os outros temos as medidas cautelares diversas da prisão.

Como restou observado, o tema é recente e ao mesmo tempo de suma importância para os aplicadores do direito. Assim, tendo em vista a brevidade do trabalho de conclusão de curso, o que não permitiu um maior aprofundamento nesse tema tão interessante que é a prisão preventiva, frisa-se os votos para uma posterior continuação deste trabalho em uma possível tese de mestrado, oportunidade em que serão abordados novos horizontes acerca da prisão preventiva e sobre as novas medidas cautelares alternativas à segregação.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 4 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Direito Penal para concursos e OAB: parte geral**. São Paulo: Editora Método, 2010.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- BECHARA, Fábio Romazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BOSCHI, Jose Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- BRASIL. **Lei do Império, de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

BRASIL. **Ordenações Manuelitas**. Disponível em:

<<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

BRASIL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>.

Acesso em: 19 de maio de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Disponível em:

<<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2012

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DALABRIDA, Sidney Eloy. A cautelaridade no âmbito da jurisdição militar e as novas medidas cautelares instituídas pela Lei n. 12.403/11. **Unisul de fato e de direito**: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, v.1, n.4, p. 93 – 99, jan./jun. 2012.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva**: uma análise à luz do garantismo penal. 1 ed. 3 tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FEITOSA, Priscila Macêdo. **História e evolução da pena de prisão**. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/artigos/historia-e-evolucao-da-pena-de-prisao/77602/>>. Acesso em: 2 dez. 2012;

FELICIO, Guilherme Lopes; GOMES, Luís Roberto. **Teoria dos fins da pena**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2137/2297>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

FERNANDES, Og. et al. **Medidas cautelares no processo penal**: Prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12. 403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2 . ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em flagrante, preventiva e temporária**. Campinas: Copola Editora, 1995.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal**: texto comentado da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 MEDIDAS CAUTELARES. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em: 3 jan. 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1997.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ITÁLIA. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011. v.1.

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista no Direito Penal**. Campinas: LZN Editora, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

MACIEL, Silvio. et al. **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002.

- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3 ed. rev. Florianópolis: Editora da UFSC, 2003.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), de 1969**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 19 de maio de 2013.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

- PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito.** Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal.** 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 20 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar: à luz da lei 12.403/11.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.
- SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- TORNAGUI, Hélio. **Instituições de processo penal.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal,** 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. **Trabalhos acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica para TCC, monografia, dissertação e tese.** Ed. Unisul, 2010. 80 p.
- VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: Prisão preventiva e ordem pública.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais.** Campinas: Millennium, 2004.