

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO - FADIR

ISADORA SCHMILDT

PRISÃO CAUTELAR:
CONFLITOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS SOBRE A PRISÃO EM FLAGRANTE E A
PRISÃO PREVENTIVA.

MARABÁ - PARÁ

2014

ISADORA SCHMILDT

**PRISÃO CAUTELAR:
CONFLITOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS SOBRE A PRISÃO EM FLAGRANTE E A
PRISÃO PREVENTIVA.**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado à Universidade Federal do Sul
Sudeste do Pará, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Marco Alexandre da Costa Rosário

MARABÁ - PARÁ

2014

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

Schmidt, Isadora.

Prisão cautelar: conflitos doutrinários e legais sobre a prisão em flagrante e prisão preventiva / Isadora Schmidt; Orientador, Marco Alexandre da Costa Rosário. – 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Unifesspa, Instituto de Estudo em Direito e Sociedade, 2014.

1. Prisão (Direito penal). 2. Processo penal. 3. Brasil. Constituição (1988). 4. Medidas cautelares. I. Título.

Doris: 341.4325

ISADORA SCHMILDT

**PRISÃO CAUTELAR:
CONFLITOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS SOBRE A PRISÃO EM FLAGRANTE E A
PRISÃO PREVENTIVA.**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Universidade Federal do Sul Sudeste do Pará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Me. Marco Alexandre da Costa Rosário

Me. Olinda Magno Pinheiro

Bel. Aveilton Silva de Souza

Dedico esse trabalho a minha
família e amigos que ajudaram e
incentivaram à conclusão desse trabalho

Querer-se livre é também querer livres os outros.

Simone de Beauvoir

RESUMO

A principal proposta deste trabalho acadêmico consiste em examinar o instituto da prisão cautelar sob o ponto de vista da legalidade e constitucionalidade de seus fundamentos e aplicações práticas no Processo Penal diante da Constituição Federal de 1988. Para tanto, pesquisou-se o ponto de vista da doutrina acerca da temática em relação à antecipação cautelar e a legitimidade destas intervenções estatais na restrição da liberdade dos indivíduos antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Entre as prisões cautelares, foram analisadas especificamente a prisão preventiva e a prisão em flagrante apontando as falhas nomeadas pela doutrina e possíveis inconstitucionalidades das medidas citadas.

Importará ao final, uma breve análise das medidas cautelares diversas da prisão e como alternativas menos gravosas à problemática.

Palavras-chave: Prisão cautelar. Prisão em flagrante. Prisão provisória. *Fumus comissi delicti*. *Perniculum libertatis*. Lei 12.403/11.

ABSTRACT

The main purpose of this scholarly work is to examine the institution of precautionary detention from the point of view of legality and constitutionality of its fundamental and practical applications in the Criminal Procedure before the Federal Constitution of 1988. To do so, we looked at the view of doctrine about the theme in relation to precautionary anticipation and the legitimacy of state intervention in restricting the freedom of individuals before a criminal judgment unappealable conviction.

Among the precautionary measures specifically analyzed to remand and prison in the act pointing out the flaws appointed by the doctrine and possible unconstitutionality of the aforementioned measures.

Matter in the end a brief analysis of the various precautionary measures from prison and as less restrictive alternatives to the problem.

Keywords: injunctive Prison. Arrest in flagrante. Provisional arrest. *Fumus comissi delicti*. *Perniculum libertatis*. Law 12.403/ 11.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PREMISSAS FUNDAMENTAIS	12
1.2 Origens e inovações da prisão Cautelar	14
1.3 Os fundamentos e elementos da prisão cautelar.	19
2 PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA.	21
2.1 Prisão em flagrante delito.....	21
2.2 Prisão Preventiva	25
2.2.1 Prisão preventiva declarada de ofício	25
2.2.2 – Requisitos para decretação de prisão preventiva.....	26
2.2.2.1 <i>Fumus comissi delicti</i>	27
2.2.2.2 Periculum libertatis	27
2.2.2.3 Garantia da ordem pública	28
2.2.2.4 Garantia da ordem econômica	29
2.2.2.5 Conveniência da instrução criminal.....	29
2.2.2.6 Aplicação da lei penal	30
2.2.3 Requisitos Normativos.....	30
3 A PRISÃO CAUTELAR COMO MEIO VIOLADOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	33
3.1 A presunção de inocência e a prisão cautelar.....	33
3.2 medidas cautelares diversas da prisão	35
3.2.1. Comparecimento periódico em juízo	37
3.2.2 Proibição de acesso ou frequência a certos lugares	37
3.2.3 Proibição de contato com determinada pessoa.....	37

3.2.4 Proibição de se ausentar da comarca	38
3.2.5 Recolhimento domiciliar	38
3.2.6 Suspensão da função ou atividade	39
3.2.7 Internação provisória	39
3.2.8 Fiança.....	40
3.2.9 Monitoramento eletrônico.....	40
3.3Provisionalidade	40
3.4 A prisão cautelar e o princípio do contraditório consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.....	42
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	47
ANEXO	

INTRODUÇÃO

Nessa pesquisa, as prisões cautelares serão analisadas dentro do Direito Processual Penal Brasileiro com relação ao (des) respeito ao princípio da presunção de inocência protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não raro, no processo penal, a ocorrência de situações fáticas em que medidas urgentes são necessárias, para garantir a execução de uma ordem judicial ou a segurança de uma investigação com reais chances de sucesso. Porém, para a aplicação de medidas urgentes, assim como em todas as medidas judiciais, os princípios e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988 devem ser cuidadosamente observados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção da inocência restou positivado no Brasil prevendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011. art. 5º, LVII).

Esse princípio consagrou-se como princípio fundamental e como base do Estado de Direito tutelando um dos principais direitos fundamentais, qual seja, a liberdade. Assim, conforme o texto constitucional prevê, o acusado somente será considerado culpado após transitada em julgado a sentença condenatória na qual não caiba recursos.

Partindo dessa premissa, nos deparamos com o instituto da prisão cautelar previsto pelo direito processual penal. Segundo esse instituto, a prisão pode ocorrer ainda no período de instrução processual, ou seja, antes de haver sentença condenatória que considere o acusado culpado.

Diante disso, visualiza-se um conflito jurídico entre a presunção da inocência, uma das mais importantes prerrogativas constitucionais, e a prisão cautelar.

Ainda comentando a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal trazendo novas características à prisão processual.

Para explanar o assunto, faz-se necessária uma abordagem das premissas fundamentais da prisão cautelar, sob as óticas, históricas, evolutivas, legais e atuais analisando-se os aspectos da evolução histórica que pudessem interessar à fundamentação da presente pesquisa, lembrando de suas principais fontes, origens e fundamentos.

Seguindo uma análise específica sobre as prisões cautelares em flagrante delito e preventiva por se tratarem de institutos que apesar de algumas alterações sofridas pela Lei 12.403/2011 ainda sofrem muita críticas doutrinárias quanto à legalidade destes institutos.

Pretende-se, ainda, demonstrar o caráter excepcional das prisões cautelares e como elas podem prejudicar o indivíduo que ainda não é sequer considerado culpado, apontando ainda, algumas medidas cautelares alternativas à prisão buscando a utilização da prisão cautelar apenas como *ultima ratio*.

O método empregado na elaboração da pesquisa foi o dedutivo, tendo em vista que se partiu da premissa maior para a menor, ou seja, de que o devido processo penal deve respeitar os princípios constitucionais dentre os diversos tipos de prisão em especial a prisão cautelar. No entanto, conforme se examina das prisões em flagrante e da prisão preventiva não estão sendo apresentadas várias falhas que não atendem o caráter de excepcionalidade obrigatório nas prisões cautelares.

A técnica utilizada para coleta de dados fora a de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica.

1 PREMISSAS FUNDAMENTAIS

A prisão cautelar vem sendo tema de discussão, diante dos muitos problemas que acompanham o Direito Processual Penal Brasileiro e a aprovação da lei 12.403/11.

A tutela cautelar, tanto no processo civil quanto no processo penal cresceu e adquiriu grande importância ao longo do tempo, por isso, é comum a todas as áreas de jurisdição. Essas medidas são adotadas para efetivar àquelas medidas que, apesar de urgentes, possuem difícil resolução em razão da angustiante morosidade processual ocorrente nas demandas judiciais.

1.1A Tutela cautelar no processo penal.

Observemos o posicionamento de Renato Brasileiro de Lima em sua obra “Nova Prisão Cautelar: doutrina Jurisprudência e prática”:

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam Imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.

(LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói, RJ: Impetus, 2011, pg. 01).

Com seus efeitos positivos e negativos, que serão discutidos ao longo do desenvolvimento do trabalho, as medidas cautelares criaram um deslocamento do

núcleo do processo, pois alteraram o funcionamento processual. Nesse sentido, o que veio para acelerar cumprimento de medidas urgentes acaba, em vários casos, retardando o devido processo legal. Funciona da seguinte forma:

O processo se desenvolve objetivando uma sentença e todos os atos processuais são praticados para elucidar e garantir elementos para uma sentença justa.

Ocorre que, a possibilidade de se obter uma prestação jurisdicional antecipada gerou no direito processual uma nova maneira de atuar, pois positivamente, geraram-se maneiras de garantir direitos com antecipação, porém também se gerou uma forma de retardar o processo, considerando que, ao decretar uma medida cautelar, essa medida pode ser impugnada. Outras medidas largamente adotadas são os agravos e *habeas corpus* que, em conjunto, são consequências importantes para o aumento da litigância e do número de processos nos tribunais.

Observa-se, então, que parte significativa da vida processual foi deslocada para o início do litígio onde, propositalmente ou não, são requeridas diversas medidas cautelares, ao mesmo tempo em que a decisão definitiva final tornou-se apenas um desfecho longínquo e sem interesse dada a usual inoperância de seus efeitos, mitigados pela passagem do tempo.

O fenômeno da medida cautelar inspirou outras mudanças, em se tratando de Direito Processual Civil, diversas alterações de leis tratam do tema, entre elas a aprovação das regras de execução de títulos judiciais e extrajudiciais, que fortaleceram a execução provisória como instrumento de valorização das decisões judiciais de primeiro grau lei 11.232/2005 e lei 11.382/2006.

No do Processo Penal, o uso das medidas cautelares possui grande gravidade e deve ser abordado com muita delicadeza, considerando a natureza pessoal dessas medidas, podendo afetar a liberdade de locomoção, a intimidade e o patrimônio, daí a necessária prudência em sua aplicação.

1.2 Origens e inovações da prisão Cautelar

Acerca do surgimento das penas individuais, assevera Odete Maria de Oliveira que:

Foi na sociedade cristã que a prisão tomou forma de sanção. De início, foi aplicada temporariamente e, após, como detenção perpétua e solitária, em cela murada. 'A prisão celular, nascida no séc. V, teve inicialmente aplicação apenas nos mosteiros. A igreja não podia aplicar penas seculares, especialmente a pena de morte, daí encarecer o calor da segregação que favorecia a penitência. O encarceramento na cela, denominado "in pace", deu origem à chamada prisão celular, nome que há até pouco tempo era usado na legislação penal'. (OLIVEIRA, Prisão: um paradoxo social.1996. p. 43.)

No século XII, iniciou-se o Santo Ofício da inquisição, no qual, a prisão foi uma das protagonistas do sistema punitivo e passou a ser vista como um efeito natural da acusação. Nesse período também surgiu o termo que determinava a confissão como a conhecida "rainha das provas".

Nas palavras de LUIGI FERRAJOLI:

(...), enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, como desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*.
(FERRAJOLI, Direito e Razão: Teoria do Garantismo Pena. 2002. p. 443.)

A Idade Média abandonou a prisão cautelar e trouxe o conceito de prisão como meio de tortura, no qual, segundo a Justiça inquisitorial, o réu deveria ser isolado para realizar uma introspecção, na qual, deveria se arrepender dos pecados cometidos.

Findo o século XVII, pensadores do direito iniciaram o século XVIII com ideias modernas de Estado em que a prisão começa a receber características utilizadas até os dias atuais.

Um desses pensadores foi Cesare Beccaria que em sua obra *Dos delitos e das penas* diz:

Se a prisão constitui somente uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração (...). O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessária para o impedir de fugir ou de esconder as provas do crime.
(BECCARIA, *Dos Delitos e Das Penas* 2006. p.62.)

No Brasil, após o início da colonização Portuguesa, foram utilizadas inicialmente as Ordenações Afonsinas, depois as Manuelinas em 1514 e por fim as Filipinas de 1603, todas advindas de Portugal, que considerava a prisão como medida cautelar que deveria ser utilizada como regra permitindo a liberdade somente com caráter excepcional.

Em 1822 aconteceu a proclamação da independência e, conseqüentemente, foi revogada a ordenação Filipinas e em 1824, inspirada em filosofias iluministas, foi outorgada a Constituição Imperial de 1824 que, em seu art. 179, previa a aplicação da prisão antes da sentença, observe-se o disposto do art. 179:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos 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, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: 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.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei

determinar.

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm)

Em 1841, houve uma reforma do Código Imperial que implantou a chamada Justiça Criminal, na qual, era competência da Polícia prender, investigar, acusar e pronunciar os acusados de praticar crimes de menor relevância. Nesse período, delegados e chefes de polícia eram escolhidos por nomeação feita por desembargadores e juízes de direito.

Em 1871, foi realizada uma grande, se não a maior, reforma legislativa já realizada criando o inquérito policial utilizado até os dias presentes.

Sobre essa reforma, Rogério Schietti Machado Cruz:

A maior novidade, todavia, dessa reforma legislativa de 1871 foi a criação do Inquérito Policial, por meio do decreto nº 4.824/1871 (que regulamentou a Lei nº 2.033/1871), instituindo-se uma rotina policial que, consolidada no tempo, é quase idêntica à que ainda hoje, passados mais de 130 anos, se utiliza nas delegacias de polícia. (CRUZ, 2006. p.36.)

Em 1942, ambientado no regime autoritarista do governo do então Presidente da República da época Getúlio Vargas foi promulgado o Código de Processo Penal estabelecendo a prisão cautelar de maneira rígida com o interesse da administração da justiça acima de qualquer princípio.

Nesse período, o Código de Processo Penal era marcado pelo profundo autoritarismo vigente na época, exemplo disso é constatado na prisão preventiva obrigatória, na qual, bastava a obtenção de indícios para que prisão fosse imposta.

O Código de Processo Penal, sempre foi muito discutido por não se adaptar a realidade social brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988 essas discussões foram intensificadas, pois a atual Carta Magna tornou vários dos dispositivos Processuais Penais totalmente incompatíveis com os preceitos e princípios estabelecidos na nova ordem constitucional.

Assim, em janeiro de 2001, foram apresentados 08 projetos de Lei¹ junto ao Congresso Nacional, intencionando reformar e adaptar às praticas processuais penais às condições estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

As mudanças começaram a ocorrer a partir da Lei 10.258/2001 que determinou a modificação do art. 295 do Código de Processo Penal passando a prever a reclusão de preso especial em cela distinta do estabelecimento prisional no caso em que não houvesse estabelecimento específico.

Posteriormente, foram aprovadas as Leis 10.792/2003, modificando a forma de realização do interrogatório do acusado e as Leis 11.689/2008, que produziu alterações quanto ao procedimento do rito do Júri, a Lei 11.690/2008 que modificou as regras e interpretações quanto às provas no Processo Penal e a Lei 11.719/2008 que trouxe modificações quanto ao procedimento comum.

Em 2008, o PL 156 foi iniciado com o objetivo de refazer totalmente o Código de Processo Penal, o projeto foi apresentado em 2009 e subscrito pelo presidente do Senado José Sarney.

A partir daí, todas as atenções voltaram-se para o P.L. 156 e, já no final de 2010, 214 emendas já haviam sido apresentadas ao Senado Federal, delas 65 foram integralmente aprovadas e 32 aproveitadas em algumas partes. Buscava-se por um novo Código de Processo Penal que se baseasse na atual Constituição Federal.

Já em 2011, na contra mão do P.L. 156, o P.L. nº 4.208, de 2001 chamou a atenção dos juristas e doutrinadores por buscar uma reforma parcial das Leis processuais, enquanto o P.L. 156 pretendia criar um Código de Processo Penal novo.

Explicando a necessidade dessa reforma parcial Auri Lopes Jr.:

¹ Projetos apresentados por uma comissão formada por: Hamilton AdaPellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, AntonioScarance Fernandes, Luiz Flavio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benti.

O que se deseja(va) é(era) um CPP inteiramente novo, elaborado pós-Constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida.

Mas o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011 superamos a marca dos 500 mil presos, dos quais quase 200 mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual. O PLS n. 156, por sua magnitude, terá uma lenta tramitação, pois muitos são os pontos de tensionamento e, principalmente, vasto é o campo para as disputas institucionais e os espaços de poder a serem ocupados. Muitos são os “salvacionistas”, que, imbuídos das melhores ou piores *intenções*, almejam mais espaço para efetivar seu (nada democrático) discurso punitivista. (LOPES Jr., *Prisões Cautelares*. 2013, pg.14).

O projeto ainda foi muito debatido e sofreu várias e importantes alterações até que, ainda em 2011, foi aprovado o PL n. 4.208, de 2001 e sancionado como Lei nº 12.403/11.

As alterações que a citada Lei trouxe para o Código de Processo Penal ampliaram as regras sobre as cautelares reformulando as regras estabelecidas no CPP.

A norma foi introduzida para modificar as medidas possíveis quanto às cautelares de natureza pessoal relacionadas com aquele que é acusado de cometer algum crime e com os efeitos de seu comportamento para a ordem processual.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática*, 2011. p. 04) a Lei 12.403/11 ampliou o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, trazendo ao juiz a possibilidade de definir à medida que mais convier ao caso concreto, conforme os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

A redação anterior referente a prisão cautelar não trazia alternativas que buscassem assegurar a ordem processual sem recorrer obrigatoriamente à prisão preventiva.

A nova redação trouxe várias alterações e ampliou as possibilidades de medidas diferentes da prisão para assegurar a aplicação da Lei Penal. Parte dessas medidas já estavam previstas na legislação penal.

As Cautelares pessoas foram intensamente ampliadas, somando-se ao Código de Processo Penal a prisão cautelar, encontrada no Art. 283 do CPP; prisão domiciliar, localizada nos art. 317 e 318, além das outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319. Essas medidas serão tratadas ao longo do trabalho.

1.3 Os fundamentos e elementos da prisão cautelar.

A prisão cautelar é justificada pelos doutrinadores como necessária para garantir que o desenvolvimento do processo conclua-se com efetividade, ou seja, de nada serve um processo longo e trabalho se ao final, nos casos de condenação, não há como executar a sentença em razão da incerteza sobre a localidade do réu.

As medidas cautelares como um todo são maneiras de garantir a defesa de determinados direitos sociais ou do Estado até que se confirme a tutela definitiva. Segundo Ada Pellegrini Grivoner (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 2006, p.399) é possível afirmar que: “a medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita”.

É necessário observar a presença do *fumus boni iuris*, a chamada “fumaça do bom direito” que irá determinar se há algum sinal de que a pretensão postulada existe para o direito, existindo de forma legal e seja razoável de acordo com a situação.

Segundo Aury Lopes Jr. (LOPES Jr., Prisões Cautelares, 2013, pg.26), citar o *fumusboni iuris* como uma característica das prisões cautelares é um erro doutrinário, e até mesmo jurisprudencial uma vez que não se pode “emprestar” a aplicação da doutrina do Processo Civil para o Processo Penal sem a devida adaptação.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência do *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (LOPES Jr., loc. cit., pg.26).

A urgência que justifica a prisão cautelar ocorre em razão do *periculum in mora*, ou seja, o risco que a demora trará para a dissolução do processo. Esse risco deve ser fortemente demonstrado através de elementos concretos que demonstrem a possibilidade de dano. Segundo os ensinamentos de Romeu Pires de Campos Barros (BARROS, Processo Penal Cautelar. 1982. p. 01) sobre as medidas cautelares: “todas dependem de dois pressupostos essenciais: uma urgência que justifique o custo e uma aparência jurídica da pretensão postulada, que possa atenuar-lhe o risco”.

Entendo também que *periculum in mora* não se trata de um requisito para decretação de prisão cautelar, pois se trata de um fundamento. (LOPES Jr., op. cit., pg.26).

A demora na resolução do processo não gera risco, mas sim o *periculum libertatis*, ou seja, a liberdade do acusado poderia gerar a perigo a resolução do processo, uma vez que o mesmo poderia fugir, deixando de comparecer aos atos processuais, poderia coagir testemunhas ou até mesmo tentar destruir provas. “Logo, o fundamento é o *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado” (LOPES Jr., Prisões Cautelares, 2013, pg.27).

2 PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA.

As prisões processuais, no entendimento de Antônio Alberto Machado (MACHADO, 2005. p. 71) são as seguintes: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão em razão da pronúncia.

Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2011. p. 58.) define que as prisões cautelares resumem-se em três: a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária.

Para melhor análise das prisões cautelares, esse trabalho tratará apenas da prisão em flagrante e a prisão preventiva especificando individualmente as principais características de cada uma e as críticas doutrinárias sobre as falhas e possíveis ilegalidades de seus requisitos e aplicação.

2.1 Prisão em flagrante delito.

A prisão em flagrante costuma ser classificada na doutrina como uma medida cautelar. Segundo Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, 2010. p. 285-286), a prisão em flagrante é uma espécie de prisão cautelar que demanda a existência de dois elementos essenciais: a atualidade e a visibilidade.

Já Fernando da Costa Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, 2012. p. 668.) entende que a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, pois o agente só permanecerá no cárcere nos casos que em que seja autorizada a prisão preventiva. Desse modo, efetivado o flagrante, o mesmo só poderá manter o agente retido se os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis* estiverem presentes e a prisão for convertida em preventiva.

O posicionamento adotado nesse trabalho será o de que a natureza jurídica da prisão em flagrante é a de medida pré-cautelar, pois não possui o resultado final

do processo como objetivo principal, mas sim disponibilizar a situação fática ao Juízo competente para que o mesmo decida sobre a cautelaridade ou não da situação.

Em relação à prisão em flagrante, Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, Manual de processo penal. 2012. p. 298) define: “o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial.”

Maria Lúcia Karam (KARAM, Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias. 2009. p. 26.) sobre a prisão em flagrante, postula: “[...] tratando-se de privação da liberdade imposta por ato administrativo, motivado por uma verificada situação de urgência”.

A prisão em flagrante possui a característica única de poder ser realizada sem ordem judicial, trata-se, portanto, de uma exceção prevista na Constituição Federal de 88 em seu art. 5º, inciso LXI.

Também possui outra característica excepcional que é a possibilidade da voz de prisão em flagrante poder ser dada por qualquer um do povo, ou seja, a permissão que a pessoa comum tem de defender algum bem jurídico fazendo parar ou impedindo a prática de prática de delitos. Trata-se da chamada prisão em flagrante facultativa.

Acerca do estado de flagrância, dispõe o art. 302 do Código de Processo Penal:

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 o autor da infração;

IV – É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (VADE MECUM, 2012. p. 612). (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)

Os flagrantes são subdivididos em alguns tipos, primeiramente, como visto no art. 302, I, há o flagrante no sentido próprio que ocorre quando o agente é surpreendido durante a realização da infração penal, ou então quando acaba de cometê-la.

O **flagrante perfeito** ocorre quando o agente é surpreendido durante o ato da infração penal, ou seja, no mesmo momento em que ocorreu a prática da infração, ou, então no momento em que acaba de encerrá-la.

Segundo Eugênio Pacelli Oliveira (OLIVEIRA, 2012. p. 525), flagrante disposto no inciso I do art. 302 do Código de Processo Penal prevê uma situação de verdadeira ardência sobre a prática do delito, no qual, não resta dúvida da prática do fato delituoso, tendo em vista que o agente está cometendo o delito.

Guilherme Souza Nucci (NUCCI, 2012. p. 633-634.) classifica o flagrante perfeito ou próprio como aquele que: “ocorre quando o agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal. Nessa situação, normalmente havendo a intenção de alguém, impedindo, pois, o prosseguimento da execução, pode redundar em tentativa.”

Há também o **flagrante previsto** que está disposto no art. 302, II do Código de Processo Penal, (também definido como próprio) e ocorre quando o agente é preso logo após o cometimento do delito.

Para Guilherme Souza Nucci, a hipótese do flagrante disposto no inciso II do art. 302: “ocorre quando o agente terminou de concluir a prática de infração penal, em situação de ficar evidente a prática do crime e da autoria.”(NUCCI, op. cit., p. 634.)

Já o **flagrante impróprio**, previstos nos incisos III e IV do art. 302. Cuida o inciso III do caso em que alguém o ocorre quando o agente é perseguido logo após a prática do delito, ou seja, o ataque já cessou, mas as circunstâncias aparentes indicam que acabara de haver uma conduta criminosa, e há a perseguição do agente logo após a prática do delito sendo dispensado o “contato visual”.

O **Flagrante presumido** do inciso IV do art. 302 ocorre quando, mesmo sem ser perseguido, o agente é encontrado logo depois de ter praticado o delito de forma que se presume que o mesmo praticou determinada conduta em razão dos elementos objetivos que o liguem ao delito estando, por exemplo, portando objetos da vítima.

Dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, op. cit. p. 527) que, “a última modalidade de prisão em flagrante é conhecida como flagrante presumido, a qual poderia estar incluída no flagrante impróprio, até mesmo porque fundada, tal como aquele em verdadeira presunção.”

Há ainda o chamado **flagrante Preparado** que ocorre quando um agente policial instiga ou induz alguém a cometer algum delito e então realiza a prisão em flagrante.

Esse tipo de prisão não pode sequer ser considerado como flagrante, pois, nas palavras de Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, op. cit. p. 301):“Para que haja flagrante, há necessidade de que a infração penal seja possível, isto é, tenha havido início de execução e ela possa, em tese, consumir-se.”.

Sobre esse assunto o Supremo Tribunal Federal publicou a Súmula n. 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela policia torna impossível a sua consumação”. (Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.).

E, por fim, há que se falar do **flagrante esperado**, no qual, a autoridade policial sabe que a prática delitiva poderá ocorrer, aguarda e assiste os preparativos de sua execução, mas não intervém até o inicio da execução propriamente dita quando, finalmente, realiza a prisão. Nesse caso, o flagrante é considerado legal.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, op. cit. p. 527) os flagrantes esperado e preparado distinguem-se quanto ao fato de que no flagrante esperado o crime já se iniciou, diferentemente do que ocorre no flagrante preparado, no qual, a o crime jamais se consumirá, sendo considerado como impossível, restando tal hipótese de prisão, inválida.

Sobre a manutenção da prisão em flagrante é importante trazer o pensamento de Maria Lúcia Karam (KARAM, op. cit p. 28), a qual defende que manter a prisão em flagrante apenas em razão da relação de provas materiais que demonstrem o cometimento do delito seria como antecipar a pena do acusado, realizando uma condenação sem o devido processo legal.

2.2 Prisão Preventiva

A preventiva é uma prisão cautelar que ocorre mediante representação do Ministério Público, querelante, assistente ou de autoridade policial à autoridade judiciária competente que, em qualquer fase da investigação, da instrução processual e até mesmo durante a fase recursal, poderá, respeitados os requisitos, decretar a prisão preventiva (LIMA, Manual de processo penal 2012. p. 1311).

A prisão preventiva encontra-se prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, vejamos as características de cada um deles:

Dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal, que:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (VADE MECUM, 2012. p. 613).

Observa-se, portanto, que os dizeres do artigo 311 do Código de Processo Penal impõem a exclusividade do Juiz para decretar a prisão sendo que a mesma poderá ser feita até mesmo de ofício durante o período de instrução processual.

2.2.1 Prisão preventiva declarada de ofício

Sobre a possibilidade de a prisão preventiva ser decretada de Ofício pelo juiz, é importante observar que tal assunto é muito controverso e até mesmo inconstitucional. Sobre esse assunto vejamos o posicionamento de Aury Lopes Júnior:

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e da própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no ' curso da ação penal'. (LOPES Jr., Prisões Cautelares. 2013, p.86).

Essa corrente doutrinária é adotada nesse trabalho em razão do contraste entre o juiz inerte que só pode atuar quando provocado, desse juiz que o art. 311 estabelece, pois, nesse caso, o juiz assume um papel ativo e inquisidor que, nas palavras de Aury Lopes Júnior: “[...] assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, coma estética de afastamento que garante a imparcialidade.” (LOPES Jr.. 2013. p.86/87).

2.2.2 – Requisitos para decretação de prisão preventiva.

O art. 312 do Código de Processo Penal prevê os requisitos necessários para a à decretação da prisão preventiva, vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (VADE MECUM, 2012. p. 613).

Sobre os requisitos o Parágrafo único do art. 282, § 4º dispõe: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer

das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.” (VADE MECUM, 2012. p. 613).

São necessários os elementos: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Cada um será visto de forma específica.

2.2.2.1 *Fumus comissi delicti*

O *Fumus comissi delicti* é visto por Aury Lopes Junior como:

[...] o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que haja “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional. (LOPES Jr., 2013. p.88).

Guilherme Souza Nucci define a prova da existência do crime como:

A materialidade, isto é, a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se determinando o recolhimento cautelar da uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência do evento atípico. (NUCCI, 2012, p. 671).

A prova como materialidade para decretação de prisão será considerada como indício, como uma possibilidade razoável, mas sem caráter de juízo definitivo de culpabilidade.

2.2.2.2 *Periculum libertatis*

Aury Lopes Junior considera *opericulum libertatis* como o perigo que a liberdade do sujeito passivo pode causar, segundo o Código de Processo Penal, seu

art. 312, a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (LOPES Jr., 2013. p.93).

Renato Brasileiro de Lima trata o *periculum libertatis* como o perigo que o estado de liberdade do sujeito passivo pode gerar ao regular andamento do processo, colocando assim a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal em risco ou para assegurar a aplicação da lei penal. Afirma ainda que a prisão preventiva não precise respeitar todos esses fundamentos, bastando apenas um deles presente para que a prisão seja decretada legalmente. (LIMA, Manual de processo penal. 2012, p. 1321).

2.2.2.3 Garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública é considerada por muitos como um fundamento válido da prisão preventiva. Marco Antônio Oliveira Lima considera que a prisão preventiva: “é necessária como mecanismo a assegurar a ordem pública para a resolução instrumental efetiva do processo, que é de atender à pacificação social”. (LIMA, Marco Antônio Ferreira, 2011. p. 112).

Porém, realizando uma análise crítica do assunto observa-se que a chamada garantia da ordem pública pode significar muitas coisas e quando o legislador optou por não modificar o art. 312 para tornar o fundamento de “ordem pública” mais específico e objetivo, abriu um leque de opções que podem ser utilizadas de diversas formas.

O entendimento adotado por este estudo sobre a ordem pública é o do autor Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES op. cit., p. 285.) o qual, defende que por trás do fundamento desse fundamento residem as maiores ilegalidades invocadas pelos magistrados como forma de motivar o cerceamento da liberdade. Em muitos casos a garantia da ordem pública é invocada para evitar uma possível reiteração criminosa por parte do acusado ou em razão da periculosidade do agente. Contudo,

observa-se que não se pode invocar a garantia da ordem pública como “carta curinga” capaz de autorizar, a prisão preventiva em qualquer circunstancia.

Sobre esse entendimento Aury Lopes Junior também defende:

[...] Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder judiciário, Polícia e Ministério Público. E prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES Jr., Prisões Cautelares. 2013. p.94).

2.2.2.4 Garantia da ordem econômica

Esse requisito foi acrescentado ao Código de Processo Penal pela Lei 8.844/94 e intenciona proteger a ordem econômica da pratica de delitos por parte do sujeito passivo, porém, assim como a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica como fundamento para uma prisão cautelar é muito criticada.

Maria Ignez Kato (KATO, 2005. p. 122.) considera essa hipótese de prisão preventiva como forma de antecipação da pena, “considerando sua finalidade meramente substancial, de proteção ao direito material.”.

Já Aury Lopes Jr. Considera a garantia da ordem econômica como mais uma ramificação da garantia da ordem pública: “A ‘magnitude da lesão’, prevista no art. 30 da Lei n. 7.492, quando invocada, em geral o é para justificar o abalo social da garantia da ordem pública, vista no item anterior, e não para tutelar a ordem econômica.” (LOPES Jr., 2013. p. 94).

2.2.2.5 Conveniência da instrução criminal

A conveniência da instrução criminal diz respeito à preservação da instrução processual de forma a garantir a apuração da verdade real.

Nesse sentido Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, op. cit., p. 547.) ensina que a prisão deverá ser decretada quando da perturbação ao processo, nos casos em que o réu ou outra pessoa, agindo em seu nome, estiver realizando praticas ilegais de intimidação com peritos ou testemunhas de forma a prejudicar a instrução criminal.

Apesar de se tratar de um requisito importante para as prisões cautelares, o mesmo também deve ser visto com cuidado em razão do caráter genérico que a expressão “Conveniência” trás, nesse sentido Aury Lopes Junior, ensina:

[...]’conveniência’ é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva pautada pela excepcionalidade necessidade e proporcionalidade sendo, portanto um último instrumento a ser utilizado. (LOPES Jr., 2013, p.94).

2.2.2.6 Aplicação da lei penal

A aplicação da Lei penal como fundamento da prisão preventiva existe para assegurar a devida aplicação da lei penal, sendo decretada para evitar que o sujeito passivo fuja do distrito da culpa tornando-se inócua a sentença condenatória por impossibilidade de aplicação de uma possível pena cominada no caso de sentença condenatória. Esse citado risco de fuga deve ser analisado de acordo com o fato concreto, não podendo ser presumido, pois necessita estar pautado em circunstâncias concretas, as quais não podem ser a gravidade do delito ou situação social favorável ao réu. (LOPES Jr., 2013., p.95).

2.2.3 Requisitos Normativos

O art. 313 do Código de Processo Penal define requisitos normativos da prisão preventiva, vejamos:

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 2.848, de 7 de setembro 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. (VADE MECUM, 2012. p. 613).

Interpretando o art. 313 do Código de Processo Penal, observamos, verifica-se que constatados os pressupostos definidos pelo art. 312 que autorizam a prisão preventiva, não necessariamente em conjunto, bastando apenas a presença de um pressuposto, entre eles a prova de materialidade indícios de autoria, aliados à garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia de aplicação da lei penal ou à conveniência da instrução criminal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando o caso concreto também preencher os requisitos normativos do art. 313. (LIMA, Manual de processo penal. 2012, p. 1339).

Portando, preenchido um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decretar-se-á a prisão preventiva quando: o Maximo in abstrato seja superior a 04 anos nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade; réu condenado em crime doloso com sentença transitada em julgado, excetuando-se os casos de medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica e no

inciso I do art. 64 do Código Penal e nos casos em que o sujeito passivo recusar-se a informar sua identidade nos casos de dúvida da autoridade responsável.

Há ainda que se observar o previsto no art. 314 do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.(VADE MECUM, 2012. p. 613).

Fernando da Costa Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, 2012. p. 694), afirma que a prisão preventiva não poderá ser decretada nos casos em que existam provas do delito ter sido praticado quando o autor estava sob alguma das causas excludentes de ilicitudes, previstas no art. 23 do Código Penal, ou seja, em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

3 A PRISÃO CAUTELAR COMO MEIO VIOLADOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O Código de Processo Penal deve ser norteado pelo absoluto à dignidade da pessoa humana consagrada pela Constituição Federal de 1988, prevalecendo, portando, o princípio da presunção de inocência na interpretação e na aplicação dos seus institutos.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dimensionados nela deverem ser buscados desde a criação, passando pela interpretação e aplicação da Lei, tendo sempre como referencia o ser humano como centro e fim do direito, pois “o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.” (NOVELINO. 2008, p. 207).

Desse modo, tratando de prisão cautelar, é importante que a mesma não seja gratuitamente utilizada como meio de violência arbitrária, uma vez que a prisão é uma violação ao Direito Fundamental à Liberdade, sendo a prisão cautelar uma exceção que permite violar esse direito, devendo vista com reservas, sobretudo quando autorizada.

3.1 A presunção de inocência e a prisão cautelar.

A presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de direito e está localizada no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe, in verbis:

Art. 5.º 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:

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 2011. p. 10).

A presunção de inocência também está positivada em vários diplomas internacionais. Dentre eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, que o consagra em seu artigo XI a presunção de inocência. Há também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que trata da presunção de inocência em seu artigo 14.24 e o *Pacto de San José da Costa Rica* que remete ao princípio citado em seu artigo 8º, 2, 1ª parte.

Nomeado ainda como princípio da não culpabilidade Manoel Jorge e Silva Neto (SILVA NETO, 2010. p. 733), considera que o referido princípio determina que a condição penal de culpado de um indivíduo será reconhecida somente depois de transitado em julgado a sentença penal condenatória que concluiu pela culpabilidade do agente.

Aury Lopes Junior define o princípio da presunção de inocência como:

[...] fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssima, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro. (LOPES Jr., 2013, p.23).

Segundo determinação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória é apropriado para abduzir o estado de presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade, de um indivíduo. (LIMA Manual de processo penal. 2012, p. 11).

Antônio Alberto Machado, citando o autor Antônio Magalhães Gomes Filho (GOMES FILHO, *apud* MACHADO, 2005. p. 240), afirma que presunção de inocência desempenha uma “função político-retórica de incutir no cidadão a ideia de

que o direito penal é aplicado com observância de todas as garantias para o acusado, considerado inocente antes de uma condenação definitiva”.

Porém, segundo Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, op. cit., p. 73), a expressão “presunção de inocência” não pode ser interpretada de forma literal, pois assim não seria possível a decretação de prisão cautelar antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, considerando que o acusado deve ser considerado inocente até que seja condenado como culpado.

Para Edson Mougnot Bonfim (BONFIM, 2008. p. 46), o princípio da presunção de inocência, não torna a as prisões provisórias inconstitucionais, tanto que a jurisprudência reconhece pacificamente a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar.

Tourinho lembra ainda que o princípio da presunção de inocência veda a imposição de pena ao réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, porém, admite a prisão antes da sentença nos casos em que demonstrada extrema necessidade, possuindo, assim, caráter cautelar. (TOURINHO FILHO, op. cit., p. 74).

3.2 medidas cautelares diversas da prisão

Conforme observado no início desse trabalho, no ano de 2010 o Departamento Penitenciário Nacional realizou um relatório da população carcerária brasileira e foi alcançada a soma de quinhentos mil presos, e deles 44% (quarenta e quatro) por cento era formado por presos cautelares, ou seja, pessoas que foram privadas de suas liberdades para aguardar a sentença final de processo criminal que respondiam.

Renato Marcão (MARCÃO, 2011. p. 329) ao comentar sobre esses dados afirma que um dos grandes culpados pelo enorme número de pessoas presas no Brasil é do encarceramento provisório e esse dado alarmante demonstra um desrespeito às garantias constitucionais nitidamente expostas na Carta Magna.

Afirma ainda que “não é de data recente que a sociedade brasileira reclama e espera por medidas alternativas à prisão. Alternativas à prisão pena e também à prisão cautelar.” (MARCÃO, 2011. p. 329).

Assim em 2011 o art. 282 do Código de Processo Penal foi reformulado pela Lei n. 12.403/2011, objetivando uma adaptação das medidas cautelares à Constituição Federal de 1988.

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, *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 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 de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX- monitoração eletrônica.

§ 1.º (revogado pela lei n. 12.403, de 4-5-2011.)

§ 2.º (revogado pela lei n. 12.403, de 4-5-2011.)

§ 3.º (revogado pela lei n. 12.403, de 4-5-2011.)

§ 4.º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (VADE MECUM, 2012. p. 614).

Vejamos isoladamente, cada uma das medidas cautelares diversas da prisão.

3.2.1. Comparecimento periódico em juízo

Trata-se de medida que mesmo antes das alterações da Lei 12.403 de 2011 já existia na legislação processual penal brasileira, na suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95 e ainda no livramento condicional e regime aberto, sendo atualmente utilizada como meio de fiscalização do beneficiado.

Aury Lopes Junior citando Schietti: “É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado” (LOPES Jr., apud SCHIETTI, p.149).

3.2.2 Proibição de acesso ou frequência a certos lugares

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares ocorre quando, no caso concreto, fica demonstrada a necessidade de proibir o sujeito passivo de freqüentar certos lugares, em geral essa medida é aplicada para tentar evitar o cometimento de outros delitos.

Guilherme Souza Nucci ensina que, a proibição de freqüentar locais onde se possa servir bebidas alcoólicas é muito comum nos casos envolvendo pessoa agressiva, cuja prática delituosa refere-se à embriaguez. (NUCCI, op. cit., p. 680.)

3.2.3 Proibição de contato com determinada pessoa

Segundo Guilherme Souza Nucci, a providência relativa à proibição de contato do acusado com pessoa determinada ocorre: “como regra, o foco é a vítima do delito, quando o cenário envolve crimes típicos de violência ou grave ameaça à pessoa, como tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal etc.” (NUCCI, op. cit., p. 680).

3.2.4 Proibição de se ausentar da comarca

A proibição de ausentar-se da comarca objetiva alcançar uma restrição de liberdade do sujeito passivo, sem submetê-lo a prisão.

Assim, segundo Guilherme Souza Nucci essa medida cautelar: “Procura-se evitar a fuga e, com isso, a necessidade da prisão preventiva. Fixa a lei, como condição a esta medida cautelar, a conveniência ou necessidade para a investigação ou instrução. [...] Por isso, a mais adequada interpretação diz respeito a eventual suspeita de ausência definitiva do distrito da culpa.” (NUCCI, loc. cit.).

3.2.5 Recolhimento domiciliar

Sobre o recolhimento domiciliar, ensina Aury Lopes Jr. que:

É uma medida cautelar que pode servir a diferentes fins, desde minorar o risco de fuga (ainda que com pouca eficácia), tutela de prova (já que o imputado ficará nos limites trabalho –domicílio) e até mesmo escopos metacautelares (e, por isso, censuráveis), como prevenção especial e geral. (LOPES Jr. Aury. Direito processual penal: Saraiva, 2012. p. 860).

Esse recolhimento importa nos períodos noturnos e dias de folga do acusado sendo que o art. 319, V não tratou da finalidade do recolhimento domiciliar tornando o instituto objeto de imposição cuidadosa.

Segundo Aury Lopes Júnior (LOPES Jr. Aury. Direito processual penal. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 860) há que se lembrar ainda que o recolhimento domiciliar previsto no art. 319, V difere do que é disciplinado nos art. 317 e 318 do Código de Processo Penal, uma vez que estas são decorrentes dos motivos pessoais do agente.

3.2.6 Suspensão da função ou atividade

Guilherme Souza Nucci dispõe que a suspensão da função ou atividade:

[...] é poderosa e inútil, pois proíbe o condenado de exercer trabalho honesto. A medida cautelar, entretanto, parece-nos correta, evitando-se a preventiva, em particular nos casos de crimes econômico-financeiros. [...] A medida não é automática, dependendo de prova do justo receio do cometimento de novas infrações penais.(NUCCI, op. cit., p. 681).

Essa medida busca impedir a utilização da função ou atividade profissional exercida pelo agente como meio para a reiteração de novas infrações penais, porém, deve ser utilizada com cautela por ser muito gravosa ao acusado.

3.2.7 Internação provisória

A internação provisória é uma medida cautelar que se assemelha a antiga medida de segurança provisória, sobre esse tema, Guilherme Souza Nucci assevera:

Esta medida supre necessidade existente na legislação, desde que se revogou a medida de segurança provisória, em face da edição da Lei de Execução Penal, em 1984. [...] A lei menciona a existência do risco de reiteração, o que representa a quase totalidade das hipóteses de inimputáveis ou semi-imputáveis, que praticam fatos violentos. (NUCCI, op. cit., p. 681).

Os requisitos para a decretação da internação provisória são de que o agente seja inimputável ou semi inimputável, que o crime tenha sido cometido com violência ou grave ameaça; que existam fortes indícios de ter sido o imputado o autor do delito e que exista sério risco de ocorrer à reiteração criminosa, ambos

restando comprovados através de prova pericial, nos termos do art. 149 e seguintes do Código de Processo Penal.

3.2.8 Fiança

A medida cautelar diversa da prisão aplicada sob o instituto da fiança destina-se a garantir que o acusado comparece em todos os atos processuais, evitando-se, a sua fuga.

Criticando a fiança como medida cautelar, Guilherme Souza Nucci afirma:

Parece-nos incompreensível fixar-se fiança para quem obstrui o andamento processual ou resiste, sem motivo, a ordem judicial. Essas duas hipóteses permitem a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, op. cit., p. 681).

3.2.9 Monitoramento eletrônico

Acerca do monitoramento eletrônico, ensina Aury Lopes Jr. (LOPES Jr. Aury. Direito processual penal. 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 860), que “o monitoramento eletrônico é uma medida cautelar alternativa, subordinada também ao *fumus commissi delicti* e, principalmente, à necessidade de controle que vem representada pelo *periculum libertatis*.”

Observa-se ainda que o monitoramento eletrônico deve ser utilizado somente em casos graves em razão da própria dignidade da pessoa humana.

3.3 Provisionalidade

A provisionalidade encontra-se disposta no art. 282, § 4º e 5º, do CPP, vejamos:

Art. 282. (...)

(...)

§ 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 sobre- vierem razões que a justifiquem. (grifo nosso). (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

A provisionalidade é um princípio básico das prisões cautelares, pois para a decretação da prisão é necessária uma análise da situação fática. Quando finito o suporte fático que legitimou a medida, baseado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. Cessada qualquer uma das “fumaças” a liberdade do imputado é obrigatória (LOPES Jr., *Prisões Cautelares*. 2013., p.36). “urna vez que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão”. (LOPES Jr., *Prisões Cautelares*. 2013., p.36).

Assim a prisão ou as outras medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas quando os motivos que tornaram a medida legítima desapareçam bem como poderão ser decretadas novamente se houver motivação legal para tanto. (LOPES Jr., loc. cit.).

Cabe ainda ressaltar o disposto no art. 282, §4º, o qual determina que o juiz poderá decretar a prisão preventiva de ofício, pois tal comando não condiz em nada com o estado de inércia do juiz que só deve agir mediante provocação no processo penal, nesse entendimento, Aury Lopes Junior ensina:

Por fim, interessa destacar a distinção feita no § 4º do art. 282, no que tange à postura do juiz. A crítica fica por conta do equívoco de pensar estar legitimado o ativismo do juiz no curso do processo e na fase de investigação. O atuar de ofício por parte do juiz deve estar vedado em qualquer fase da persecução criminal. O problema está no ativismo e não na fase em que ele é adotado como já explicamos a exaustão, não e pape do juiz, à luz do sistema acusatório constitucional, do princípio da inércia da jurisdição e dos postulados de imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício. Sim, porque o que o dispositivo em tela permite é, inclusive, que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício, sem

prévio pedido, e isso é absolutamente incompatível com os princípios anteriormente referidos. (LOPES Jr., Prisões Cautelares. 2013, p.38).

Um dos maiores problemas de todo o sistema cautelar pátrio é a ausência de prazos de duração, destruindo assim tudo que foi falado até o momento sobre o caráter provisório da prisão cautelar.

Sendo uma feliz exceção o caso específico da prisão temporária, a qual o legislador determinou prazo na Lei n. 7.960/89, sendo nos crimes comuns o prazo de 05 dias prorrogáveis por igual período e nos casos de crimes hediondos a prisão se encerrará no prazo e 30 dias também prorrogáveis por igual prazo.

O projeto de lei que deu origem a Lei 12.403 de 2011 tentou fixar um prazo máximo de duração da prisão cautelar, tendo sido, inclusive, redigido o art. Respectivo a esse assunto, seria ele o art. 315-A, o qual determinava que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. (LOPES Jr., op. cit., p.94).

Porém, esse dispositivo acabou vetado do projeto de lei mantendo até os dias atuais esse grave problema com relação às medidas cautelares, pois, apesar de várias tentativas jurisprudenciais e de alguns doutrinadores, ainda não há nenhuma norma concreta que fixe prazos máximos para manutenção das prisões cautelares.

3.4 A prisão cautelar e o princípio do contraditório consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos

Para dar início a discussão do tema, vejamos o disposto no art. 7 da Convenção Americana De Direitos Humanos, também nomeada de Pacto de San José da Costa Rica:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a 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.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.²

O Decreto n. 678, em 06 de novembro de 1992 promulgou a Convenção Americana no Brasil, atualmente, mais de vinte anos depois, o disposto no art. 7º, 5º que trata sobre a audiência de custódia ainda não foi cumprido.

A audiência de custódia propõe a garantia do contraditório logo no momento seguinte a prisão, sendo uma maneira de se garantir que os requisitos da prisão sejam avaliados pelo Juiz pessoalmente, na presença de um membro do Ministério Público e da defesa, a necessidade de decretação de prisão cautelar, assim como é uma maneira de se realizar o controle externo da atividade policial avaliando eventuais casos de maus tratos e tortura.

Atualmente o réu só é ouvido em Juízo na audiência de instrução e julgamento, muito diferente do deveria acontecer, sobre esse fator Aury Lopes

² Pacto de San José da Costa Rica, artigo 7, pg. 04 e 05.

Júnior: “o juiz não tem contato com o cidadão preso e, se decretar a prisão preventiva, somente irá ouvi-lo no interrogatório muitos meses (às vezes anos) depois, pois agora o interrogatório é o último ato do procedimento”³

Considerando que atualmente o Brasil está descumprindo a Convenção Internacional de Direitos Humanos, no dia 27 de maio de 2014 a Defensoria Pública da União ajuizou Ação Civil Pública junto a Justiça Federal de Manaus na Seção judiciária do Amazonas requerendo o imediato cumprimento do tratado no CADH, devendo a união ser obrigada a proporcionar em todo o país a realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas a todos os presos em flagrante.

Infelizmente, até a conclusão desse trabalho, a citada Ação Civil Pública não foi julgada, porém, sendo julgada procedente iniciaremos um processo de modernização do Processo Penal histórico que representará um marco histórico na garantia dos direitos humanos.

³ LOPES JR., Aury. *Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz: uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal*. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Acessível em: http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf

CONCLUSÃO

Esse tema foi escolhido para a realização desse trabalho em razão das constantes críticas doutrinárias às prisões cautelares e os danos trazidos por elas e como a notícia de pessoas que aguardam presas a conclusão de processos judiciais que se arrastam ao longo de anos. Mesmo havendo no ordenamento pátrio princípios constitucionais cujo intuito é garantir a presunção de inocência e proteger a dignidade da pessoa humana.

Essa preocupação deu surgimento ao presente trabalho a fim de demonstrar as possíveis falhas legislativas apontadas pela doutrina demonstrando a crescente necessidade de modificação da atuação do poder judiciário, no que diz respeito às perigosas formas de interpretações legais das prisões cautelares. Daí a relevância pessoa, social e acadêmica.

Para tanto, foi demonstrado que a interpretação das prisões cautelares aplicada ao Código de Processo Penal Brasileiro adaptado aos ditames constitucionais introduzidos com a Carta Magna de 1988 é objeto de grande importância em razão do objeto do instituto tratar da liberdade de alguém.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou a dignidade da pessoa humana como sendo basilar para o Estado Democrático de Direito, estabelecendo, através do princípio da legalidade, a inviolabilidade da liberdade individual sobre a qual, o Estado só poderá intervir em caráter excepcional, diante de hipóteses expressas e previamente consagradas em lei.

A presunção de inocência em confronto com a possibilidade de aplicação de prisão provisória, ou qualquer medida cautelar, aplicadas no curso da ação penal, demonstra um confronto de difícil resolução, tornando a aplicação das prisões analisadas nesse trabalho fortemente delicadas.

Em termos realistas, a aplicação das prisões cautelares não é nem de longe aplicada com a preocupação necessária e muitas vezes não consideram os prejuízos individuais gerados aquele que tem sua liberdade tomada pelo Estado.

Observando criteriosamente as prisões em flagrante e a preventiva observou-se, ao longo do trabalho, que várias condições autorizadoras da aplicação da prisão são muitas vezes vagas e ineficientes, dentre essas, a proclamada “ordem pública” que permite ao judiciário interpretar de forma extremamente ampla podendo dar qualquer sentido a expressão “ordem pública”, tornando a prisão cautelar um instrumento perigoso, capaz de gerar grandes injustiças.

Critica-se ainda a ausência de prazo estipulado em Lei para a aplicação das prisões cautelares, permitindo assim que o acusado permaneça preso até que deixe de existir algum dos requisitos utilizados para a decretação da prisão ou até a sentença condenatória.

E, por fim, observa-se, com pesar, a ausência de aplicação da audiência de custódia que o Brasil se comprometeu, perante a Convenção Americana de Direitos Humanos, a realizar em todas as vezes que ocorressem prisões em flagrante, porém, mais de vinte anos depois, o disposto no art. 7º, 5º que trata sobre a audiência de custódia ainda não foi cumprido.

Assim, constataram-se, ao longo do trabalho, várias e graves falhas das prisões cautelares que ferem a estrutura constitucional de direitos fundamentais, falhas essas que encontram-se na legislação e também na forma de aplicação dessas medidas, pois na prática, não são utilizadas com o caráter excepcional previsto na Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BONFIM, Edson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. atua. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Coletiva. São Paulo: RT,2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 15. ed. rev., e de acordo com a Lei 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva: 1991, p. 02 apud MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**.22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006,

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias.**

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des) razão da prisão provisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Prisões e medidas liberatórias** / Marco Antônio Ferreira Lima; Ranieri Ferraz Nogueira. atual. de acordo com a Lei 12.403, de maio de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar – doutrina, jurisprudência e prática.** Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz: uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal.** Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Acessível em: http://www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf.

Lopes Jr., Aury. **Prisões Cautelares.** 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013,

MACHADO CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a lei n. 12.403, de 4-5-2011**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. De acordo com as Leis n. 12.403, 12.432, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Odete M. de. **Prisão: um paradoxo social**. 2. ed. revista e ampliada. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.

Pacto de San José da Costa Rica.

PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu. **Processo Penal Cautelar**. São Paulo: Forense, 1982.

Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

SILVA Neto, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2012 e Súmula Vinculante nº 31 de 17/02/2012: (com comentários às Leis nº 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. rev., e de acordo com a Lei 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012.

VADE MECUM, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva 2012.

ANEXO:

PRÉ - PROJETO DE PESQUISA



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

Folha 31, Quadra 7, Lote Especial, s/n. Marabá – Pará CEP: 68501-970.

Telefone: (94) 2107.7101 - Fax: (94) 2101.7102

ISADORA SCHMILDT

**A PRISÃO CAUTELAR E OS CONFLITOS DOUTRINÁRIOS SOBRE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Marabá

2014

ISADORA SCHMILT

**A PRISÃO CAUTELAR E OS CONFLITOS DOUTRINÁRIOS SOBRE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica I na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará.

Orientador: Prof. Marco Alexandre da Costa Rosário

Marabá

2014

ÍNDICE GERAL

1. Proposta de Sumário para a Monografia Jurídica.
2. Objetivos (tema, delimitação do tema e problema)
3. Objeto da Pesquisa (hipóteses, variantes, objetivos geral e específicos)
4. Justificativa.
5. Embasamento Teórico
6. Cronograma
7. Metodologia (método de abordagem, métodos de procedimento).
8. Bibliografia.

A PRISÃO CAUTELAR E OS CONFLITOS DOUTRINÁRIOS SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE

1 - PROPOSTA DE SUMÁRIO PARA A MONOGRAFIA JURÍDICA.

1 INTRODUÇÃO

2 – A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL

2.1 Considerações gerais sobre a medida cautelar.

2.2 Os fundamentos da prisão cautelar.

2.3 Os elementos da prisão cautelar.

2.4 Origens e inovações da prisão Cautelar

3 OS TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR, RECONHECIDOS PELA CONSTITUIÇÃO.

3.1 Prisões em flagrante delito.

3.2 Prisões preventivas.

3.3 Prisões temporárias.

3.4 Prisões decorrentes de pronúncia

3.5 Prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível

4 – OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A PRISÃO CAUTELAR

4.1 O modelo Processual Penal Constitucional vigente

4.2 O caráter excepcional das prisões Cautelares.

4.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

5 A PRISÃO CAUTELAR COMO MEIO VIOLADOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

5.1 a desnecessidade ou necessidade de utilização da prisão diante da possibilidade de aplicação de medidas menos gravosas.

5.2 Os danos causados aos acusados presos cautelarmente diante da morosidade processual.

6. CONCLUSÃO

7 APÊNDICE

8 ANEXO

9 BIBLIOGRAFIA

2- OBJETIVOS

2.1 TEMA:

PRISÃO CAUTELAR

2.2 DELIMITAÇÃO DE TEMA: A prisão cautelar e os conflitos doutrinários sobre sua constitucionalidade

2.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Há incompatibilidade entre o instituto da prisão cautelar e princípio da presunção de inocência, considerando que a prisão cautelar é uma medida restritiva de liberdade?

Ao disciplinar questões quanto à liberdade pessoal, a Lei 12.403/2011 preocupou-se em dar um juízo condenatório antecipado ao acusado?

3 – OBJETO DA PESQUISA

3.1 HIPÓTESES.

3.1.1 HIPÓTESE BÁSICA:

A forte pressão popular sofrida pelos legisladores com relação aos casos de grande repercussão em que é permitido aos réus o direito de responder em liberdade, causando assim uma forte sensação de impunidade e até mesmo de corrupção por parte do judiciário.

3.1.2 HIPÓTESE SECUNDÁRIA:

1ª – o crescimento desenfreado do número de processos criminais que assustam o legislador, o judiciário e, principalmente, a população que fica vulnerável a criminalidade.

3.2 VARIANTES.

- 4.1- Alta taxa de criminalidade;
- 4.2 - presídios para presos provisórios super-lotados.

3.3 OBJETIVOS

OBJETIVO GERAL

Alcançar um consenso sobre a posição doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação e diferenciação dos tipos de prisões em e constitucionalidade da prisão cautelar.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Revisar a bibliografia em Direito Processual Penal sobre a prisão cautelar;
- Analisar os conceitos e a natureza jurídica da prisão cautelar;
- Expor as raízes históricas da presunção de inocência e de não culpabilidade no Código de Processo penal;
- E Revisar a bibliografia referente aos conceitos oferecidos pelo Pacto São José da Costa Rica e a Constituição Federal de 1988;
- Coletar a jurisprudência nos tribunais superiores sobre o tema.

4 - JUSTIFICATIVA

Nessa pesquisa, as prisões cautelares serão analisadas dentro do Direito Processual Penal Brasileiro relacionadas com o (des) respeito ao princípio da presunção de inocência protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não raro, no processo penal, a ocorrência de situações fáticas em que medidas urgentes são necessárias, para garantir a execução de uma ordem judicial ou a segurança de uma investigação com reais chances de sucesso. Porém, para a aplicação de medidas urgentes, assim como em todas as medidas judiciais, os princípios e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988 devem ser cuidadosamente observados.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção da inocência restou positivado no Brasil prevendo que —ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011. art. 5º, LVII.)

Esse princípio consagrou-se como princípio fundamental e como base do Estado de Direito tutelando um dos principais direitos fundamentais, qual seja, a liberdade. Assim, conforme o texto constitucional prevê, o acusado somente será considerado culpado após transitada em julgado a sentença condenatória na qual não caiba recursos.

Partindo dessa premissa, nos deparamos com o instituto da prisão cautelar previsto pelo direito processual penal. Segundo esse instituto, a prisão pode ocorrer ainda no período de instrução processual, ou seja, antes de haver sentença condenatória que considere o acusado culpado.

Diante dessas duas premissas, visualiza-se um conflito jurídico entre a presunção da inocência, uma das mais importantes prerrogativas constitucionais, e a prisão cautelar.

Ainda comentando as novidades da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal trazendo novas características à prisão processual.

Para explanar o assunto, faz-se necessária uma abordagem específica acerca do princípio constitucional da presunção da inocência, sob as óticas, históricas, evolutivas, legais e atuais, lembrando de suas principais fontes, comentando sobre a inclusão do princípio na Constituição Federal de 88 e no Pacto de São José da Costa Rica.

Seguindo uma análise histórica e contemporânea do instituto da prisão no processo penal, demonstrando e discutindo os desafios relacionados as prisões cautelares e suas abrangências legais tanto no Direito Processual Penal, como no Direito Constitucional e ainda fazendo um apanhado das principais jurisprudências dos tribunais superiores.

Pretende-se, ainda, demonstrar o forte questionamento doutrinário e debate jurisprudencial sobre a aplicação da prisão cautelar, a forma de aplicação e, se, com as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 houve uma adaptação e melhoria do instituto da prisão cautelar que a torne menos controversa.

5 - EMBASAMENTO TEÓRICO

O Código de Processo Penal deve conduzir toda a sua interpretação sob uma ótica Constitucional e, assim, respeitar à dignidade da pessoa humana, segundo Novelino (2008, p. 207),

“impõe-se como referencial para os demais valores proclamados pela Lei Maior, atuando como importante diretriz hermenêutica cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento”.

A Dignidade da pessoa humana sendo o núcleo da Carta Magna, também deve ser o objeto de toda produção legislativa, assim:

“o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.”
(NOVELINO, 2008, p. 207).

A Constituição Federal de 1988 determinou direitos e garantias fundamentais e entre os princípios determinou o princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII, art. 5º, da CF, que reza:

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

Lenza (2008, p. 626), citando Bechara e Campos, ao falar sobre a definição da nomenclatura do princípio da presunção de inocência, defende que:

“Melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença transitada em julgado”.

Para falar de medida cautelar, VALDIR SZNICK:

“é uma tutela imediata, conquanto preventiva buscando resguardar direitos e bens para assegurar, a final, a eficácia

das providências determinadas na decisão definitiva (sentença)”.

Definindo medida cautelar, José Frederico Marques, disserta:

“As providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo”.

No mesmo sentido, AFRÂNIO SILVA JARDIM fala sobre as prisões provisórias:

(...) a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilidade regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Nas palavras de Antônio Guimarães Gomes Filho:

Trata-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nas eventuais provas já existentes ao tempo da decisão sobre a medida cautelar. Segundo a lei, nessa apreciação deve o juiz chegar à conclusão de estar provada (há uma certeza, portanto) a existência do fato delituoso, podendo contentar-se, quanto à autoria, com a simples constatação de indício suficiente.

A motivação do provimento cautelar deve atender, assim, no que se refere à conduta criminosa, à necessidade de justificar, com base em elementos de convicção indubitáveis, não somente a ocorrência do fato (se deixou vestígios, com o exame de corpo de delito exigido pelo art. 158 do CPP), mas igualmente, com razões de direito, a tipificação desse mesmo fato na lei penal.

5.1 DEFINIÇÃO DE TERMOS: Prisão Cautelar; Presunção De Inocência; Dignidade da pessoa humana; constitucionalidade.

6 CRONOGRAMA

Atividade	2013		2014										
	No v	De z	Ja n	Fe v	Ma r	Ab r	Ma i	Ju n	Jul	Ag o	Se t	Ou t	No v
Elaboração do projeto	x	x											
Pesquisa bibliográfica			x	x	x								
Coleta de dados						x	x						
Análise e discussão dos dados								x					
Elaboração do TCC									x	x			
Defesa de TCC											x		

7. METODOLOGIA

7.1 MÉTODO DE ABORDAGEM:

O Método de abordagem foi o dedutivo, vez que, com o intuito de desenvolver o tema proposto, partimos da compreensão de um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos do cidadão, e dos princípios constitucionais correlatos, para demonstrarmos se as implicações de tais premissas são atendidas pela Lei 12.403/2011.

7.2 MÉTODO DE PROCEDIMENTO:

O método de abordagem de procedimento será histórico, bibliográfico e comparativo, ou seja, interpretação teórico-prático da prisão cautelar com enfoque na lei. Para a pesquisa proposta será de enfoque doutrinário, artigos científicos,

posicionamentos jurisprudenciais, pareceres e entrevistas com membros do Ministério Público Estadual, da Defensoria Pública Estadual e do poder judiciário.

8- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 245.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol IV. 2ª ed. São Paulo: Millennium, 2003. p.11.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 286.