

Luiz Gustavo de Oliveira Santos **Aoki**
Lhais Navarro **Hamid**



Prisões

Cautelares

**Atena**
Editora
Ano 2024

Luiz Gustavo de Oliveira Santos **Aoki**
Lhais Navarro **Hamid**

Prisões



Cautelares

**Atena**
Editora
Ano 2024

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evilin Gayde

Thamires Camili Gayde

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2024 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2024 Os autores

Copyright da edição © 2024 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo do texto e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Profª Drª Aline Alves Ribeiro – Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia
 Prof^ª Dr^ª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora
 Prof^ª Dr^ª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
 Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
 Prof^ª Dr^ª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 Prof^ª Dr^ª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
 Prof^ª Dr^ª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Prof^ª Dr^ª Eufemia Figueroa Corrales – Universidad de Oriente: Santiago de Cuba
 Prof^ª Dr^ª Fernanda Pereira Martins – Instituto Federal do Amapá
 Prof^ª Dr^ª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Prof^ª Dr^ª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. Joachin de Melo Azevedo Sobrinho Neto – Universidade de Pernambuco
 Prof. Dr. João Paulo Roberti Junior – Universidade Federal de Santa Catarina
 Prof. Dr. Jodeylson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
 Prof^ª Dr^ª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Prof^ª Dr^ª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
 Prof^ª Dr^ª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
 Prof^ª Dr^ª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Prof^ª Dr^ª Lisbeth Infante Ruiz – Universidad de Holguín
 Prof^ª Dr^ª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof^ª Dr^ª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Prof^ª Dr^ª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Prof^ª Dr^ª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande

- Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
- Profª Drª Mônica Aparecida Bortolotti – Universidade Estadual do Centro Oeste do Paraná
- Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
- Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
- Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
- Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
- Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
- Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
- Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro Oeste
- Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
- Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
- Profª Drª Vanesa Bárbara Fernández Bereau – Universidad de Cienfuegos
- Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
- Profª Drª Vanessa Freitag de Araújo – Universidade Estadual de Maringá
- Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia
- Universidade de Coimbra
- Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
- Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Diagramação: Nataly Evilin Gayde
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Autores: Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki
 Lhais Navarro Hamid

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
A638	<p>Aoki, Luiz Gustavo de Oliveira Santos Prisões cautelares / Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki, Lhais Navarro Hamid. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2024.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-2523-6 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.236242805</p> <p>1. Prisões cautelares. I. Aoki, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. II. Hamid, Lhais Navarro. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 345.077</p>
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
 Ponta Grossa – Paraná – Brasil
 Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

A presente obra tem como objeto de estudo as prisões cautelares e as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011. Tal obra irá analisar a constitucionalidade das prisões cautelares presentes no ordenamento jurídico brasileiro de acordo com a sua forma de decretação pela autoridade competente para tal ato. Também irá analisar de que forma a Lei nº 12.403/2011 pode contribuir para o fim da discussão sobre a constitucionalidade das prisões cautelares, ou, pelo menos, diminuir tal discussão, tendo em vista que tal lei tem como objetivo principal que as prisões cautelares somente sejam decretadas se realmente forem imprescindíveis no caso concreto. Para alcançar tal objetivo a nova lei criou as medidas cautelares alternativas à prisão, as quais têm preferência de aplicação sobre as prisões, devendo o magistrado, no caso concreto, decidir qual das medidas alternativas à prisão é cabível para o indivíduo que tenha cometido um crime. Com suas alterações, a Lei nº 12.403/2011 visa acabar com o mal costume de se utilizar a prisão como regra em nosso ordenamento jurídico, levando-se em conta que, a liberdade deve ser utilizada como regra, e, a prisão, como exceção.

PALAVRAS-CHAVE: Prisões Cautelares. Princípios. Constitucionalidade. Lei nº12.403/2011. Medidas cautelares.

This work has as study object the “precautionary Prisons and the changes introduced by Law No. 12.403 / 2011”. This work will analyze the constitutionality of the precautionary prisons present in the Brazilian legal system according to its form of adjudication by the competent authority for such an act. It will also examine how the Law No. 12.403 / 2011 can contribute to the end of the discussion on the constitutionality of precautionary arrests, or at least reduce such a discussion, given that such a law has as main objective the precautionary arrests only be enacted if it really is essential in this case. To achieve this goal, the new law created the alternative protective measures to imprisonment, which have application preferably on the prisons, with the magistrate in the case, which alternative measures to prison is appropriate for the individual who has committed a crime. With its amendments, Law No. 12.403 / 2011 aimed at ending the bad habit of using the prison as a rule in our legal system, taking into account that freedom must be used as a rule, and the prison as exception.

KEYWORDS: Arrests Precautionary. Principles. Constitutionality. Law No. 12.403 / 2011. Precautionary measures.

§: Parágrafo

Art.: Artigo

c.c.: Combinado

CF: Constituição Federal

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

DJU: Diário de Justiça da União

EC: Emenda Constitucional

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

HC: Habeas Corpus

LC: Lei Complementar

MP: Ministério Público

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - DA PRISÃO	3
1.1 Breve relato da história e evolução da prisão.....	3
1.2 Conceito de prisão. Fundamento constitucional.....	5
1.3 Espécies de prisão	6
1.4 Princípios relativos à prisão	9
CAPÍTULO 2 - PRISÕES CAUTELARES	18
2.1 Introdução	18
2.2 Prisão em Flagrante	19
2.2.1 Conceito e Natureza Jurídica	19
2.2.2 Espécies de Flagrante.....	20
2.2.3 Fundamentos autorizadores da prisão em flagrante	21
2.2.4 Auto de prisão em flagrante e suas formalidades.....	22
2.2.5 Nota de culpa.....	23
2.2.6 Contravenções penais	24
2.3 Prisão Preventiva	24
2.3.1 Conceito	24
2.3.2 Requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva....	25
2.3.3 Fundamentos autorizadores da prisão preventiva	26
2.3.4 Contravenções penais	27
2.4 Prisão Temporária	27
2.4.1 Conceito	27
2.4.2 Momento e legitimidade para decretar a prisão temporária.....	29
2.4.3 Fundamentos da prisão temporária.....	29
2.4.4 Prazo da prisão temporária.....	31
2.5 Prisão decorrente de pronúncia	32
2.6 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível	34

CAPÍTULO 3 - AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI N°12.403/11.....	36
3.1 Prisão em flagrante	38
3.2 Prisão preventiva	40
3.3 Das medidas cautelares diversas da prisão	47
3.4 Liberdade provisória	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59
SOBRE OS AUTORES	61

INTRODUÇÃO

A presente obra irá tratar das prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, mais objetivamente sobre a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, bem como suas características e seus requisitos necessários. Discutindo sobre sua constitucionalidade e, se contrária, ou não, algum dos princípios fundamentais presentes em nossa constituição. Também irá analisar as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 em nosso Código de Processo Penal, a respeito de tais institutos e da criação das medidas cautelares alternativas à prisão.

Para que tal análise possa ser feita, iremos percorrer, em um primeiro momento, sobre o contexto histórico e a evolução das prisões cautelares utilizadas no direito brasileiro. Bem como os fundamentos constitucionais da prisão e os princípios relativos a ela.

Após isso, falaremos sobre cada espécie de prisão cautelar presente no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando os requisitos necessários para a decretação de cada uma delas e comentando sobre as mudanças sofridas com a criação e a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011.

Também serão analisadas as medidas cautelares diversas à prisão criadas pela nova lei, assim como as alterações feitas no instituto da fiança, que pertence a tais medidas, e no instituto da liberdade provisória.

Começaremos fazendo um breve histórico sobre as prisões cautelares, desde o Código de Processo Penal de 1941, onde eram tratadas como regra e a liberdade é quem tinha um caráter excepcional. Sendo, este fato, o grande motivo da discussão sobre a constitucionalidade das prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico.

Em relação aos tipos de prisões cautelares, iremos abordar cada uma delas explicando suas características e as mudanças sofridas por cada uma com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, e mostrando quando podem ser decretadas pelas autoridades, para que não confrontem os princípios de nossa Carta Magna.

E, para que se possa ter uma noção básica sobre o assunto a ser comentado na presente obra, temos que esclarecer que as prisões cautelares sempre foram motivo de discussão entre os doutrinadores brasileiros, pelo fato de alguns acreditarem que estas prisões ferem alguns princípios constitucionais de nosso ordenamento jurídico.

Os princípios em questão seriam o Princípio da Presunção de Inocência ou do Estado de Inocência; Princípio do Devido Processo Legal; e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio da Presunção de Inocência quer dizer que ninguém poderá sofrer uma pena ou sanção aplicada pelo Estado, sem que haja uma sentença transitada em julgado em que não caiba mais recurso.

O Devido Processo Legal assegura a aplicação de garantias fundamentais para um julgamento justo, como a ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição.

E o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que resumidamente defende a dignidade física e moral de todo e qualquer indivíduo.

Observando tais princípios constitucionais poderíamos acreditar na inconstitucionalidade das prisões cautelares, porém nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI nos traz que, “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”.

Desta forma, é possível considerar a existência da possibilidade das prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico. Porém, para que possam ser decretadas, as mesmas têm que preencher determinados requisitos próprios de cada uma. E no tocante ao preenchimento desses requisitos é que surgem certas divergências entre doutrinadores, a respeito da possibilidade de tais prisões poderem ser consideradas inconstitucionais.

Por fim, iremos analisar as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, que surge com o objetivo de atualizar nosso Código de Processo Penal, em seu título IX, responsável por tratar das prisões e da liberdade provisória.

Tal lei alterou o nome do título IX “Da Prisão e da Liberdade Provisória” para “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”. A presente mudança surge para atualizar nosso Código de Processo Penal, tendo em vista este ser de 1941, assim, encontram-se muitas normas desatualizadas.

Essa alteração visa controlar de forma mais rígida a decretação das prisões cautelares, para que se possa por fim a cultura de ter a prisão como regra em nosso ordenamento, levando em conta que nossa Constituição Federal adota a liberdade como regra e não como exceção.

Podendo-se dizer que, a maior inovação para que as prisões cautelares somente sejam decretadas quando realmente imprescindíveis, foi à criação das medidas cautelares alternativas à prisão, que serão tratadas em um tópico específico desta obra.

É de se esclarecer que o meio investigativo adotado no presente estudo, foi o hipotético-dedutivo, e todas as teorias e opiniões expressadas emergiram-se a partir de comparações bibliográficas e análises jurisprudenciais encontradas nas mais diversas fontes científicas.

DA PRISÃO

1.1 BREVE RELATO DA HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PRISÃO

Não é possível precisar o surgimento da prisão na história. Entretanto, sabe-se que a prisão na antiguidade, quando começou a ser utilizada e comentada pelos autores, tinha como objetivo manter em cárcere os réus até serem julgados ou executados, conforme discorre Bitencourt (1993, p.14):

A antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde os tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e se dava por outras razões. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos fins de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se durante esse longo período histórico, fundamentalmente à pena de morte, às penas corporais e às infamantes.

Desta forma, pode-se dizer que, em um primeiro momento, a prisão não era utilizada como forma de sanção. Tinha como objetivo assegurar que o réu fosse julgado ou executado, evitando que o mesmo pudesse desaparecer antes de responder pelo crime que havia cometido.

No que diz respeito à prisão-pena, que é aquela utilizada como sanção, muitos autores discorrem que esta teve início no século IV, com o Direito Canônico. Tal afirmação se atribui ao fato de uma das sanções que eram aplicadas aos membros da igreja, consistir em penitências de isolamento em seus claustros, chamada de prisão eclesiástica. Em sua obra, Costa Jr. (1999) comenta que o Direito Canônico “Combateu as ordálias, introduzindo as penas privativas de liberdade, em substituição às patrimoniais, que possibilitavam o arrependimento e a emenda do condenado”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Marques (2000, p.20) comenta que:

A prisão, como pena, data, ao que parece, do século XVI. Outrora sua função era exclusivamente cautelar: *carcer ad continendos homines nona ad puniendos*, como dizia Ulpiano. Foi o Direito Canônico que transformou a prisão em castigo ou pena, com o isolamento em calabouço,- como explica Lê Brás, - ‘para a salvaguarda moral dos presos e com o fito também de levar o condenado, com a inatividade obrigatória, a purificar sua alma’.

Isto posto, é possível dizer que, se a prisão-pena não surgiu com o Direito Canônico, este teve grande influência para o surgimento e desenvolvimento da mesma, conforme a grande maioria dos autores discorrem sobre o presente tema (BUENO, 2003, p.145).

Ainda, reforçando este pensamento, Bitencourt (1993) relata que a prisão eclesiástica serviu de grande inspiração para os primeiros penitenciários e também para os princípios que orientam os sistemas penitenciários clássicos. Discorre que durante os séculos XVI e XVII, a criminalidade cresceu desenfreadamente devido a pobreza que tomou conta de toda Europa. Desta forma, diante de tamanho número de delinquentes, não era possível

que fosse aplicada a pena de morte, que era frequentemente utilizada naquela época. Por este motivo, depois da metade do século VI, as penas privativas de liberdade começaram a ser introduzidas, gerando a construção de prisões destinadas à correção dos apenados. (BUENO, 2003, p.145).

Após esta experiência, surgiram várias casas de correção por toda a Inglaterra, e, anos depois, foram criadas também em Amsterdã. Desta forma a prisão-pena começou a se solidificar como uma forma de sanção, espalhando-se pelo mundo posteriormente.

No Brasil, a primeira legislação vigente surgiu no período colonial, foram as Ordenações Afonsinas, porém estas não duraram muito e logo foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas que vigoraram por volta de 1512 a 1603. (BUENO, 2003, p.145).

Em 1603, entrou em vigor o Código Filipino, famoso por suas severas penas. Tal código continha inúmeras penas consideradas extremamente brutais, e, o grau de punição era determinado pelas condições pessoais do réu. Assim, quanto mais pobre o réu, mais severas eram as punições. (BUENO, 2003, p.144).

Tal código contava com uma imensa desproporção entre a pena e o delito praticado. Algumas espécies de pena são comentadas por Noronha:

O "morra por ello" se encontrava a cada passo. Aliás a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria de misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó. (2001. p. 55).

O presente código, continha também, as penas de castigos infames, cujo objetivo era expor as pessoas de forma humilhante, acabando com sua honra.

Mesmo com a proclamação da independência, o Código Filipino somente foi revogado em 1824, quando surgiu a primeira constituição brasileira. Em seu texto, vinham expressas garantias a liberdades públicas e direitos individuais, além de prever que seria necessária a criação de um código criminal baseado na justiça e equidade. (DOTTI, 1998, p.50).

Dom Pedro I, sancionou o Código Criminal em 1830. Em sua redação, o novo código reduziu os delitos punidos com a pena de morte e aboliu as penas infamantes. Além disso, nasce a pena privativa de liberdade, em substituição às penas corporais. Neste momento, a prisão surgiu com a função de emenda e reforma moral para o condenado. (DOTTI, 1998, p.53).

Desta forma, conforme exposto, a prisão veio a surgir no Brasil durante o período imperial, com a entrada em vigor do Código Criminal em 1830.

1.2 CONCEITO DE PRISÃO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Os doutrinadores conceituam a prisão de várias maneiras em suas obras, Silva (2001, p. 640) entende que “Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, de onde não poderá sair”.

Seguindo o mesmo entendimento, Mirabete nos ensina da seguinte maneira:

A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio pois pode significar a pena privativa de liberdade (“prisão simples” para autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além de sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos “captura” e “custódia”, com os significados mencionados em substituição ao termo “prisão”. (2000, pg. 359).

Já em sua obra, Nucci, assim discorre:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. (2007, p. 530).

De forma mais resumida, Bonfim ensina que “o termo ‘prisão’, genericamente, designa a privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura”. (2011, p.57).

Assim, é de se verificar que há vários conceitos para definir o termo “prisão”, entretanto, todos levam ao mesmo entendimento. Prisão é a privação da liberdade da pessoa, ou seja, é impedir que uma pessoa exerça o seu direito de ir e vir, por meio de ordem legal.

No artigo 5º de nossa Constituição da República, está expresso que o direito de ir e vir ou o direito à liberdade do cidadão, é um dos direitos fundamentais do homem. Tourinho Filho (2009, p.608) comenta que “sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Sabe-se que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que bem quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe”.

Desta forma, para que uma prisão seja legal, ela deve respeitar o que está disciplinado em nossa Carta Magna. Por esta razão, o fundamento constitucional da prisão encontra-se determinado no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

Conforme Nucci nos ensina em sua obra:

Preceitua o art. 5º, LXI, que “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”. A regra, pois, é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização. Os incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV, do mesmo artigo, regulam a maneira pela qual a prisão deve ser formalizada. (2007, p. 530).

Isto posto, é possível concluir que a prisão em nosso ordenamento jurídico deve ser usada como exceção, tendo como regra a liberdade. Conclui-se isto, pelo fato de a Constituição limitar os casos em que poderá ocorrer ou ser decretada a prisão de alguém. Além disso, quando ocorrer alguma prisão, a Constituição ainda determina como a prisão deverá ser formalizada.

1.3 ESPÉCIES DE PRISÃO

Quando nos referimos às espécies de prisão em nosso ordenamento jurídico, podemos dividi-las em duas, quais sejam, prisão-pena ou prisão penal e prisão sem pena ou prisão processual.

Para Mirabete “a prisão penal, cuja finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade”. (2006, p.388).

No mesmo sentido, Capez discorre que prisão-pena:

É aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. (2011, p. 296).

Portanto, prisão-pena é aquela decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, onde foi imposta a pena privativa de liberdade do réu condenado. Sendo assim, ela tem a finalidade de executar uma decisão judicial, da qual não cabe mais recurso, cuja condenação determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade. (CAPEZ, 2011, p. 296).

A prisão sem pena ou processual, é aquela que não decorre de uma sentença condenatória transitada em julgado, ela tem natureza processual. Possui uma finalidade cautelar e não de penalidade.

É utilizada para garantir o bom desempenho da investigação criminal e do processo, bem como para garantir a execução da pena, e, além disso, para que possa ocorrer devem estar presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, conforme discorre Capez:

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. (2011, p. 297).

Ainda sobre a prisão processual, Bonfim nos ensina que:

Prisão sem pena: é a que não decorre de sentença condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico-jurídico. A doutrina identifica quatro espécies: prisão civil; prisão administrativa; prisão disciplinar e prisão processual (provisória ou cautelar). (2011, p. 57).

Levando em conta tal ensinamento, torna-se válido tecer breves comentários no que concerne aos quatro tipos de prisão sem pena citados acima.

Seguindo a ordem, a prisão civil encontra-se disciplinada no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Ela possui caráter excepcional, tendo em vista que só poderia ocorrer nos casos do depositário infiel e da falta do pagamento de pensão alimentícia.

Porém, tornou-se pacífico o entendimento em nosso ordenamento jurídico, de que é inadmissível a prisão do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal mostrou ser este o seu entendimento ao editar a súmula vinculante n. 25 que dispõe “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Também se manifestou neste aspecto o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 419, estabelecendo que “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

Entretanto, para que se tornasse pacífico tal entendimento, houve grande discussão doutrinária e jurisprudencial, pelo fato de a prisão civil do depositário infiel ser vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica, segundo Capez explica em sua obra:

No tocante à prisão civil do depositário infiel, vedada pelo *Pacto de San José da Costa Rica* e admitida pelo art. 5º, LXVII, da CF, havia uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, tendo por fundamento o art. 5º, §2º, da CF, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (2011, p. 58).

Para pôr fim a esta controvérsia, a Emenda Constitucional n. 45/2004 adicionou o §3º ao art. 5º da CF, dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Desta forma, os tratados e convenções internacionais passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais quando tratarem de direitos humanos e, forem aprovados conforme está descrito no parágrafo 3º, do art. 5º da CF. Portanto, sendo equivalentes às emendas constitucionais, eles podem revogar normas constitucionais anteriores, em benefício dos direitos humanos.

Após a promulgação e entrada em vigor da EC n.45/2004, começou a se pacificar o entendimento de que a prisão civil do depositário infiel é ilícita em nosso ordenamento, de acordo com o que conclui Fernando Capez:

De qualquer modo, independentemente do *status* que assumiram os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro é possível concluir, segundo a decisão exarada no HC 87.585/TO, que o *Pacto de San José da Costa Rica*, subscrito pelo Brasil, torna inaplicável a legislação com ele conflitante, não havendo mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, sendo admitida apenas na hipótese de dívida alimentar. (2011, p.300)

Isto posto, conclui-se que a única forma de prisão civil existente e possível em nosso ordenamento civil nos dias de hoje, é a decorrente da falta de pagamento de pensão alimentícia.

Em relação à prisão administrativa, é aquela decretada por autoridade administrativa para impor o cumprimento de uma obrigação. Esta espécie de prisão sem pena não foi recepcionada pela Constituição Federal. Porém, em sentido contrário. O STF já entendeu que, durante o procedimento administrativo da extradição, cabe a prisão administrativa do estrangeiro. (BONFIM, 2011, p.58).

A prisão disciplinar encontra-se prevista no artigo 5º, LXI, da CF. Esta espécie de prisão sem pena somente ocorre nos casos de transgressão militar ou crimes especificamente trazidos no Código Militar.

Por fim, a prisão processual, também chamada de cautelar ou provisória, subdivide-se em 5 (cinco) espécies, a saber: prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão temporária; prisão decorrente de pronúncia; e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Em sua obra, Mirabete cita uma sexta espécie, que seria a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou qualquer outra pessoa que, sem motivo, se recuse a comparecer em juízo ou na polícia. (2007, p. 530).

E, a respeito da condução coercitiva, comenta:

Neste último caso, por se tratar de modalidade de prisão (quem é conduzido *coercitivamente* pode ser algemado e colocado em cela até que seja ouvido pela autoridade competente), defendemos que somente o juiz pode decretá-la. (2007, p. 531).

Porém, tal entendimento é minoritário, desta forma, não se faz necessário abordar sobre tal espécie de prisão sem pena.

Com relação às 5 (cinco) espécies de prisão processual, citadas anteriormente, estas serão analisadas no próximo capítulo, uma a uma, de maneira detalhada.

Para finalizar, vale lembrar que, como já foi comentado, a prisão-pena é um instituto que pode-se dizer ser recente. Isto, pelo fato de a prisão, em um primeiro momento, ter sido usada unicamente para assegurar a aplicação das penas corporais ou assegurar que o acusado não fugisse antes de ser julgado. Portanto, como regra, a prisão tinha natureza cautelar e não de sanção.

1.4 PRINCÍPIOS RELATIVOS À PRISÃO

Antes de iniciar a análise dos princípios relativos à prisão, é importante a conceituação do termo princípio. Ferreira Filho, ao tratar do tema, discorre que:

Os juristas empregam o termo “princípio” em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam “supernormas”, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas – ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma “abstração por indução”. (1991, 73).

Partindo para os princípios no Direito Processual Penal, em sua obra, Mirabete nos ensina que:

Os princípios gerais do direito são premissas éticas extraídas da legislação e do ordenamento jurídico em geral. São eles estabelecidos com a consciência ética do povo em determinada civilização, e podem suprir lacunas e omissões da lei, adaptados às circunstâncias do caso concreto. O Direito Processual Penal está sujeito à influências desses princípios, como os referentes à liberdade, à igualdade, ao direito natural etc. É o que estabelece expressamente, aliás, o artigo 3º do Código de Processo Penal, ao considerá-los como fonte suplementar da lei processual. (2006, p.58).

Assim, os princípios são as normas gerais de nosso ordenamento jurídico, que servem de parâmetro para a criação das leis. Devem sempre ser respeitados, tendo em vista que, se encontram expressos em nossa Constituição Federal.

Com relação ao tema prisão, é sabido que em nosso ordenamento, a prisão deve sempre ter caráter excepcional, sendo a liberdade utilizada como regra.

Tal conclusão tem base no fato de a liberdade ser um direito fundamental, expresso no artigo 5º da Constituição Federal, além, é claro, de ser uma cláusula pétrea. Por este motivo, surge grande parte da divergência doutrinária, tendo em vista o entendimento de alguns autores, que defendem que as prisões cautelares ferem o direito fundamental à liberdade.

E, além de ferir tal direito, as prisões cautelares também seriam inconstitucionais por desrespeitarem os princípios constitucionais que dizem respeito à legalidade da prisão em nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, levando-se em conta tamanha divergência doutrinária, o presente tópico irá discorrer sobre a relação entre a prisão, seja ela cautelar ou por sentença, e os principais princípios relativos à prisão, quais sejam: Princípio da Presunção de Inocência ou do Estado de Inocência; Princípio do Devido Processo Legal; e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (MIRABETE, 2006, p. 59).

Para dar início, vamos falar sobre o Princípio da Presunção de Inocência, que está expresso no art. 5º, LVII, de nossa Carta Magna, dispondo que “ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio em questão, é o principal motivo das divergências concernentes à constitucionalidade das prisões cautelares, conforme iremos comentar.

Com relação ao seu surgimento, Gomes Filho (1991) nos ensina que, não obstante a origem da máxima *in dubio pro reo* possa ser lembrada desde o direito romano especialmente por influência do Cristianismo, o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema *common law*, insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela Revolução Liberal do século XVIII.

Neste mesmo sentido, Badaró discorre em sua obra que:

A invocação do benefício da dúvida pelo réu no processo penal remonta a tempos imemoriais. Desde os primórdios do processo penal acusatório vigorava a denominada presunção de inocência. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo. (2003, p.280).

Foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 9º que assim dispunha “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (ESPINDOLA, 2002, p.83).

Após, veio a ser reforçado no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que dispôs:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido assegurada todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 1948).

Tal princípio foi lembrado e reforçado também, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1969 e, ainda, no Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 8, II expressa que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BEZERRA, 2013, p. 49).

No que concerne a tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro, diversos são os posicionamentos doutrinários. Em sua obra, Mirabete tece o seguinte comentário ao analisar o presente princípio:

De acordo com o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarado culpada, preceito reiterado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 2-5-1948, e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. Nesses termos, haveria uma presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que uma sentença

condenatória irrecurável o declarasse culpado. De tempos pra cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio, que, levado às últimas consequências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. (2006, p.44).

E finaliza concluindo:

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma *tendência* à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um *estado de inocência*, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não-culpabilidade”. Por isso, a nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença pena condenatória” (art. 5, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. (MIRABETE, 2006, p. 45).

Seguindo o mesmo entendimento, Rangel acredita não haver presunção de inocência, mas sim, declaração de inocência. A Constituição declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (2010, p. 24).

Desta forma, nota-se que alguns doutrinadores se posicionam no sentido de que a Constituição Federal, não presume a inocência de ninguém, apenas declara que todos são inocentes até que se possa provar o contrário.

Divergindo desse posicionamento, Carvalho (2001) entende que a presunção de inocência é um pressuposto ao comentar que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto”.

E, tomando um posicionamento totalmente diverso, Lopes Jr discorre que o princípio da presunção de inocência é um dever de tratamento. Devendo, assim o acusado, ser tratado como inocente enquanto perdurar o processo e este não for condenado de forma irrecurável. (2007, p.191).

Isto posto, é de se notar que as divergências a respeito da constitucionalidade das prisões cautelares, principalmente da prisão preventiva, têm início na interpretação dos princípios que dizem respeito à prisão.

Para reforçar ainda mais esta opinião, Antônio Alberto Machado, comenta que o Princípio da Presunção de Inocência surgiu em nosso ordenamento jurídico juntamente com a Constituição de 1988. E que, a partir deste momento, se deu início a discussão sobre a legalidade das prisões cautelares

Desde que o legislador constituinte de 1988 consagrou a presunção de inocência na vigente ordem constitucional, afirmando que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, inciso LVII), instalou-se a discussão acerca da subsistência ou não das prisões provisórias no curso – ou mesmo antes do processo – em face daquele preceito. (1993, p. 42).

Desta forma, é possível aduzir que as prisões cautelares sempre causaram divergências no que concerne ao respeito ao princípio da presunção de inocência, principalmente a prisão preventiva.

Quanto à finalidade de tal princípio, Nucci ensina que:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.

Portanto, a finalidade do referido princípio, é proibir que o legislador ordinário, inverta o ônus da prova, fazendo com que o réu tenha que provar sua inocência, sob pena de ser condenado em razão da dúvida. Desta forma, presumindo-se que o réu é inocente, cabe à parte acusatória, no caso, o Ministério Público, provar a culpa do réu. E, caso haja dúvida, deverá o julgador absolver o acusado. (BENTO, 2009).

Como a prisão possui caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, para que possam ser decretadas as prisões cautelares, sem que atentem contra o princípio da presunção de inocência, é necessário que tal decisão somente seja tomada se houver fundadas razões para tal.

Neste sentido, surge um entendimento de que a própria Constituição permite a prisão preventiva e demais cautelares. Em seu art. 5º, LXI, está expresso que “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.”

Desta forma, sendo a prisão preventiva devidamente fundamentada, não será ela inconstitucional. Tal fundamento terá como base os dois requisitos fundamentais de toda medida cautelar. Estes requisitos são o *periculum in mora* (perigo da demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), que nos casos das prisões cautelares podem ser especificamente tratados como *fumus commissi delicti* (indícios do cometimento de um delito) e *periculum libertatis* (perigo na liberdade). Além desses dois requisitos, devem ainda estar presentes os pressupostos autorizadores, constantes nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Importante comentar que, em um Estado Democrático de Direito, deve se respeitar o princípio da inocência, a dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade, e não é aplicando a prisão preventiva, com fundamentos na segurança da ordem pública, que isto acontece. Deve assim a prisão cautelar conter os pressupostos de toda medida cautelar o *fumus boni iuris* (aparência do bom direito ou fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora). Ausentes tais pressupostos, não se pode falar em prisão cautelar e toda e qualquer medida cautelar fora dessas hipóteses será inconstitucional, dessa forma estará fora do nosso ordenamento jurídico, pois esquecer o que garante a, Lei Maior, “a liberdade é a regra e a prisão é a exceção” é desrespeitá-la. (Bento, 2009).

Ainda, pode-se tomar como base a Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Sendo a prisão para apelar, uma espécie de prisão cautelar, interpreta-se tal súmula por analogia, assim, a prisão preventiva, também espécie de prisão cautelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Desta forma, apesar de toda esta divergência doutrinária a respeito da constitucionalidade da prisão preventiva em relação a ferir ou não o princípio da presunção de inocência, pode-se observar que o entendimento majoritário é de que a prisão preventiva, quando devidamente fundamentada e presentes os pressupostos autorizadores, é constitucional, com relação ao princípio da presunção de inocência.

No que diz respeito ao Princípio do Devido Processo Legal, este foi inserido expressamente em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LIV. Está disposto da seguinte forma: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É considerado um super princípio, e, também, uma das garantias fundamentais mais importantes de nosso ordenamento jurídico. Tal consideração se dá, pelo fato de advir dele, todos os outros princípios constitucionais.

O presente princípio assegura a aplicação de garantias fundamentais para um julgamento justo, como a ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, trazidos pelo artigo 5, LV, da Constituição Federal, além de outros.

Conceituando de forma resumida tais garantias, vamos iniciar pelo contraditório. Na concepção clássica do contraditório, tem-se o aspecto formal do princípio, que significa em conceder à parte a chance de se manifestar, participar e falar no processo. (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 45).

Nery Junior (2009, p. 206) ensina que “garantir-se o contraditório significa a realização da obrigação de noticiar e da obrigação de informar que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações”.

Desta forma, ele tem a função de garantir o direito de resposta à pessoa que está sendo acusada de algo, gerando uma igualdade entre as partes dentro do processo. Se não ocorrer o contraditório, o devido processo legal estará sendo desrespeitado.

A ampla defesa surge com o contraditório, conforme Leal explica em sua obra:

O princípio da ampla defesa na teoria neo-institucionalista do processo é que vai permitir defesas não só em face de defeitos procedimentais ou contra o mérito, mas numa concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos atos e conteúdos jurídicos das pretensões e de sua procedimentalidade formal. Ampla defesa é nessa concepção o direito processualmente garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos das liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões. (2002, p. 171).

Assim, tal princípio é a garantia que o acusado tem no processo a se defender, usando de todos os meios e provas considerados legais, não podendo tal garantia ser negada.

O duplo grau de jurisdição, visa garantir a possibilidade de recorrer das decisões de primeira instância. Conforme Sá (1999, p.88) “é a possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior”.

Já em sentido oposto, Nery Júnior conclui que o duplo grau de jurisdição:

Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a daquele que realizou o primeiro exame. (1997, p.41).

Este o conceito mais adotado pelos doutrinadores brasileiros, assim, fica claro que a segunda apreciação nem sempre precisará ser realizada por órgão diverso ou hierarquicamente superior, tendo em vista que no ordenamento brasileiro existem casos em que o recurso deve ser interposto no próprio juízo que proferiu a primeira decisão.

No que diz respeito à conceituação do princípio do Devido Processo Legal, em sua obra Lucon discorre que:

A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (2005, p. 13).

E conclui:

Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do *case system* norte- americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar in concreto se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal. (2005, p. 13).

Seguindo o mesmo entendimento, o mestre Fernando Capez, nos ensina que o citado princípio:

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law – CF, art. 5º, LIV*). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre

depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. (2011, p. 79).

Isto posto, podemos entender que, o devido processo legal engloba os direitos fundamentais inerentes ao processo. Assim, é uma exigência de um processo jurídico justo, que obedeça às normas legais, evitando qualquer tipo de arbitrariedade por parte do Estado.

Desta maneira, se manifesta Bastos:

O princípio se caracteriza por sua excessiva abrangência e quase se confunde com o estado de direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do estado. (2004, p. 282);

Tal afirmação de que o presente princípio quase se confunde com o estado de direito, se dá pelo fato de tal princípio conter todos os outros princípios processuais, como o da isonomia, da inafastabilidade da jurisdição, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões judiciais e da presunção de inocência. (CAPEZ, 2001, p. 62).

No que tange ao fato do princípio do devido processo legal, conter os princípios processuais, Mirabete (2006, p. 44) exemplifica isso ao comentar “como consequência direta do princípio do devido processo legal, instalou-se na doutrina e nas legislações o denominado princípio da presunção de inocência”.

Podemos ainda reforçar tal fato, levando em conta que, o desrespeito a qualquer uma das garantias fundamentais relativas ao processo, pelo fato destas se encontrarem contidas dentro do devido processo legal, estará violando o citado princípio.

Portanto, pode-se concluir o motivo de ser considerado pelos doutrinadores um super princípio. Todas as garantias constitucionais derivam deste, portanto, tal princípio é um dos mais importantes trazidos em nossa Constituição, sendo, desta forma, uma das bases de todo nosso ordenamento jurídico.

Para finalizar o presente tópico, iremos analisar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Temos aqui, um princípio fundamental, este se encontra previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

Em sua obra, Bonavides (2003, p.233) expressa que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade humana”.

E ainda comenta:

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto máxima, e, se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele que em todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”. (2003, p. 233).

Com isso, é importante comentar que atualmente os doutrinadores entendem que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do direito.

O princípio em tela, de acordo com o entendimento de grande parte dos doutrinadores, teve sua consagração com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

No que diz respeito ao conceito de tal princípio, Martins nos ensina que

A dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação, mas direcionando-se o raciocínio para a elaboração de um conceito, deve-se pressupor a existência de respeito à vida e a integridade física do ser humano, como a presença de condições mínimas para a existência digna, resguardadas a intimidade e a identidade do indivíduo, com a garantia de igualdade para com outrem, sem que se possa excluir também sua condição psicofísica. (2006, p. 38).

Em sua obra, Sarlet define o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 62).

Assim, é possível verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana abrange múltiplos valores presentes na sociedade. Podendo dizer, que ele constitui a base de todos os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição da República.

Seguindo os passos de outros países, nossa Carta Maior outorga ao princípio da dignidade da pessoa humana caráter normativo amplo, considerando que apresenta reflexos em todo o sistema político, social e jurídico. Além disso, expressa, de forma veemente, a importância atribuída pelo Estado à pessoa humana, uma vez que aquele existe em razão desta. (SARLET, 2007, p. 68).

Neste sentido, Nagib Slaib Filho dispõe:

Como fundamento da atividade estatal, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa, mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública. (2004, p. 154).

Isto posto, entende-se que, o ser humano, representa o alicerce de toda atividade do Estado. Assim, a dignidade da pessoa deve sempre ser respeitada pelo Estado e suas ações.

Diante disto, Tepedino discorre que:

A dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo central da República, funcionalizando em sua direção a atividade econômica privada, a empresa, a propriedade, as relações de consumo. Trata-se não mais do individualismo do século XVIII, marcado pela supremacia da liberdade individual, mas de um solidarismo inteiramente diverso, em que a autonomia privada e o direito subjetivo são remodelados em função dos objetivos sociais definidos pela Constituição e que, em última análise, voltam-se para o desenvolvimento da personalidade e para a emancipação do homem. (2001, p. 500).

Justamente por esta amplitude de atuação, o legislador elencou a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental em nossa Constituição Federal, não podendo este, ser desrespeitado.

Seguindo este entendimento, Sarlet discorre que a dignidade da pessoa humana:

Como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não-violação da dignidade), mas que também impõem condutas positivas no sentido de proteger e promover à dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo. (2007, p. 69).

Após analisarmos todos esses comentários, é importante lembrar que eles são, não só válidos, mas de aplicação obrigatória no que concerne aqueles que encontram-se presos. E nossa Constituição expressa isso de forma bem clara.

O artigo 5º, III dispõe que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano e degradante.

Também traz de forma expressa que deve ser respeitada a integridade física e moral dos presos (artigo 5º, XLIX). Além disso, ordena que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, adequados à natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII).

E, ainda permite às presidiárias as condições para permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (artigo 5º, L).

No que tange ao assunto, Diniz comenta que:

Não se pode impor pena privativa de liberdade sem garantir os direitos inalienáveis do ser humano, sem protegê-lo de um ambiente que não preserve a sua qualidade de vida. (2002, p. 178).

Isto posto, fica claro observar que, a privação da liberdade de uma pessoa não faz com que ela perca o direito de ter sua dignidade preservada. A dignidade de uma pessoa não pode ser atingida, devendo ser preservada qualquer que seja a situação.

Assim, a observação e interpretação dos presentes princípios, é algo de extrema importância, tendo em vista que, na área jurídica principalmente, toda e qualquer norma ou decisão, deve respeitar e se basear nos princípios trazidos pela nossa Magna Carta.

PRISÕES CAUTELARES

2.1 INTRODUÇÃO

Antes de dar início à análise das prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessária uma pequena explicação e conceituação sobre o que é uma medida cautelar.

De forma geral, medida cautelar é um procedimento judicial que tem como objetivo prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito. Isto ocorre por ser um ato de precaução ou de prevenção promovido no judiciário, onde o magistrado pode autorizar quando for manifesta a gravidade, claramente comprovado um risco de lesão de qualquer natureza, ou no caso de ser demonstrada a existência de motivo justo, amparado legalmente. (SANTOS, 2011).

Com relação às medidas cautelares dentro do processo penal, em sua obra, Bonfim (2011) ensina que:

Medidas cautelares são, em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória. (2011, p. 19).

Desta forma, as medidas cautelares visam garantir a aplicação da lei de forma efetiva, a fim de evitar que o processo, ao chegar ao fim, não seja inútil. Conforme discorre Mendonça (2011):

Como é sabido, o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente, ao procedimento. Durante a tramitação procedimental é intuitivo que haverá um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do processo, seja destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar delitos. (2011, p. 23):

E finaliza seu raciocínio dizendo que:

Justamente consciente desse risco é que o legislador processual estabelece medidas que sejam aptas a evitar que o processo, quando chegue ao seu fim, seja inútil. Busca-se, por meio das medidas e procedimentos cautelares, assegurar o resultado útil de um processo de conhecimento e de execução. Para tanto, são estabelecidas medidas cautelares, com o intuito de se proteger e acautelar, durante o processo, bens jurídicos contra os perigos do tempo e, especialmente, contra ação do investigado ou do réu.

Para que se apliquem as medidas cautelares, é necessário que estejam sempre presentes dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora).

De maneira resumida, o *fumus boni juris* é a existência de uma pretensão razoável e de um direito justo. O *periculum in mora* é o risco de dano a uma pretensão gerada pela demora processual.

Portanto, as medidas cautelares tem o objetivo de garantir a eficácia das leis, sendo necessário para sua aplicação, a presença do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Após esta breve introdução a respeito das medidas cautelares, podemos iniciar a análise das prisões cautelares presentes em nosso ordenamento jurídico.

2.2 PRISÃO EM FLAGRANTE

2.2.1 Conceito e Natureza Jurídica

A prisão em flagrante é aquela que se dá no momento em que o indivíduo está cometendo o crime ou a infração penal.

Dispõe o Artigo 5º, LXI da Constituição Federal que “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”. Assim, pode-se dizer que a prisão em flagrante, além de ter natureza de medida cautelar é um ato de natureza administrativa, já que não necessita do mandado de prisão para que possa ocorrer, a certeza do cometimento de um crime ou infração penal bastam para que a prisão ocorra.

Segundo Nucci (2009, p. 587), “prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”.

Tourinho Filho (2011) entende que a prisão em flagrante é a prisão do indivíduo que é surpreendido no mesmo instante da consumação da infração penal, e que, apesar de se tratar de medida cautelar, o ato de se prender alguém em flagrante não passa de mero ato administrativo.

Em decorrência da não necessidade de mandado de prisão e da natureza administrativa da prisão em flagrante, Mirabete (2006, p. 374), discorre sobre o tema:

Em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, inofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a “certeza visual do crime”. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Conforme comentado acima por Nucci, esse sistema de autodefesa da sociedade, gerado pela possibilidade de prender alguém em flagrante se torna mais claro pelo fato de o artigo 301 do CPP expressar que tal prisão poderá ser feita por qualquer pessoa do povo, bem como as autoridades deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Entretanto, há exceções à expressão “quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, tendo em vista algumas pessoas não poderem ser presas em hipótese alguma.

Trata-se do Presidente da República (art. 86, §3º da CF), o menor de 18 anos (art. 228 da CF c.c. o art. 2º do ECA) e o diplomata e seus familiares (art. 29 da Convenção de Viena).

Existem também, aqueles que somente poderão ser presos em determinadas situações. Os senadores e deputados federais (art. 53, §2º), deputados estaduais (art. 27, §1º), magistrados (art.33, II, da Lei Complementar 35/1979), membros do Ministério Público (art. 18, II, d, da LC 75/93) e os advogados, no exercício de suas funções (art. 7º, §3º da Lei 8.906/1994), somente poderão ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis. No caso dos agentes consulares, estes não poderão ser presos cautelarmente em relação a crimes praticados no exercício das funções, nos termos do artigo 41 da Convenção de Viena.

Por fim, pouco se fala sobre a possibilidade da prisão em flagrante nos crimes de ação penal privada, tendo em vista o fato desta ser pouco comum em nosso ordenamento. No que diz respeito a tal situação, Tourinho Filho (2007, p. 451) entende que:

Sendo flagrante delito uma *notitia criminis* de natureza coercitiva, e se nesses casos a *notitia criminis* só pode ser dada pelo ofendido ou seu representante legal, não se concebe possam as Autoridades Policiais, os seus agentes, ou qualquer do povo, efetuar a prisão em flagrante. O mais que a polícia poderá fazer é evitar a continuação do fato delituoso ou mesmo o escândalo dele resultante. Se, entretanto, o titular do direito de representação – ofendido ou seu representante legal – solicitar a prisão, esta deverá ser efetuada.

Portanto, o flagrante não poderá ser realizado de ofício pela autoridade policial, mas, no caso do titular do direito de representação solicitar, a prisão deverá ser efetuada. Assim, é perfeitamente possível a ocorrência da prisão em flagrante nos crimes de ação penal privada.

2.2.2 Espécies de Flagrante

O flagrante em nosso ordenamento jurídico é dividido em espécies. As principais e mais aceitas são o flagrante próprio, o flagrante impróprio e o flagrante presumido.

O flagrante próprio é aquele onde o autor é surpreendido no momento em que está cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la (artigo 302, I, II, do Código de Processo Penal).

O flagrante impróprio, segundo o artigo 302, III, do Código de Processo Penal, ocorre quando o agente, após cometer a infração penal, é perseguido e preso. De acordo com Nucci (2009), dá-se a denominação de flagrante impróprio quando o agente, após concluir a infração penal ou tendo sido interrompido, foge do local gerando uma perseguição, e, sendo preso em local diverso de onde cometeu a infração.

O flagrante presumido é semelhante ao flagrante impróprio, de acordo com o artigo 302, IV, do Código de Processo Penal, é aquele onde o agente da infração é encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos e papéis, sem que haja perseguição, que demonstram ser ele o autor da infração.

Quanto ao flagrante presumido Nucci (2009, p.591) comenta que:

Não deixa essa hipótese de ser igualmente uma modalidade de flagrante impróprio ou imperfeito. Constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal (inciso IV do art. 302 do CPP). É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão.

Greco Filho (2010) discorre no sentido de que, além das três espécies citadas, pode-se incluir o flagrante no caso dos crimes permanentes, estando o agente cometendo a infração penal enquanto durar a permanência e ela já está consumada.

Alguns autores discorrem sobre o chamado “flagrante preparado”, porém a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal é bem clara no sentido de que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

No que diz respeito ao flagrante preparado, Greco Filho (2010, p.256) entende que:

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.

Desta maneira, não há de se falar em flagrante, tendo em vista que, como não é possível sua consumação, não existe crime.

Há de se destacar, também, a existência do flagrante retardado ou diferido. Ele vem expresso no artigo 2º, II, da Lei 9.034/95. Capez (2006), comenta que “o agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita da prova.”. Tal procedimento é bastante utilizado nas investigações relacionadas ao tráfico de entorpecentes, cujo objetivo é a prisão dos principais comandantes da quadrilha.

2.2.3 Fundamentos autorizadores da prisão em flagrante

A prisão em flagrante é expressamente permitida pelo artigo 5º, LXI da Constituição Federal. Para que possa ocorrer, somente é necessária a evidente certeza de que o agente está cometendo ou tenha cometido uma infração penal.

Tourinho Filho (2011, p. 663) nos traz que “a prisão em flagrante se justifica como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.

Nucci (2009, p. 587), defende o seguinte posicionamento:

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito.

Na mesma linha de raciocínio, Tourinho Filho (2011) se manifesta no sentido de que se houver clara evidência probatória a respeito do fato típico e de sua autoria, a detenção do agente que é flagrado cometendo a infração, justifica-se a fim de que a realidade fática possa ser constatada pela autoridade competente.

2.2.4 Auto de prisão em flagrante e suas formalidades

O auto de prisão em flagrante é o documento elaborado pela autoridade policial, em que constam as características da infração praticada pelo agente e de sua prisão, sendo o meio adequado para garantir a legalidade do ato.

Na doutrina de Andrey Borges de Mendonça, o auto de prisão em flagrante é conceituado da seguinte forma:

O auto de prisão em flagrante é um documento escrito, que será elaborado, em regra, pela autoridade policial, no qual constarão os elementos e as circunstâncias da infração penal e da prisão, visando atestar a legitimidade da prisão, acautelar os elementos informativos existentes, bem como permitir o controle da legalidade do ato pelo magistrado. (MENDONÇA, 2011. p. 175)

Não consta expressamente em Lei o prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante, porém Tourinho Filho (2011) entende que a redação do artigo 304 do Código de Processo Penal, deixa subentendido que o mesmo deve ser lavrado no instante em que o agente é apresentado à autoridade policial.

Em sentido contrário, Mirabete se opõe aduzindo:

Não explica o Código o prazo em que deverá ser lavrado o auto de prisão em flagrante após a captura do autor da infração. Pelo artigo 304 tem-se a impressão de que isso deve ocorrer imediatamente após a apresentação do preso à autoridade. Todavia, diante do disposto no artigo 306, que determina o prazo de 24 horas para que seja entregue ao preso a 'nota de culpa', tem-se concluído, irretocavelmente, que é esse o prazo máximo de que dispõe a autoridade para formalizar a autuação. Assim, pode ser ele lavrado, inclusive, no dia seguinte à apresentação. Evidentemente é ilegal a lavratura do flagrante vários dias depois da prisão. (2006, p. 382).

No mesmo sentido se posiciona a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: PRISÃO EM FLAGRANTE. PRAZO PARA COMUNICAÇÃO AO JUIZ. A COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE ALGUÉM AO JUIZ SE FAZ APÓS A LAVRATURA DO RESPECTIVO AUTO. E PARA A REALIZAÇÃO DESTE ATO A LEI, EXPRESSAMENTE, NÃO ESTABELECEU UM PRAZO. A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA, DIANTE DO DISPOSTO NO ART. 306 DO CPP, TÊM ENTENDIDO QUE O AUTO DEVE SER LAVRADO DENTRO DAS 24 HORAS SEGUINTE À APRESENTAÇÃO DO FLAGRADO À AUTORIDADE POLICIAL. EM CONSEQUÊNCIA, E DENTRO DO MESMO ESPÍRITO, A COMUNICAÇÃO À AUTORIDADE JUDICIAL DEVE SER FEITA NAS VINTE E QUATRO HORAS SUBSEQUENTES À LAVRATURA DO FLAGRANTE. ASSIM, SE MOSTRA FORMALMENTE CORRETO O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM DISCUSSÃO, QUANDO A COMUNICAÇÃO AO JUIZ SE DEU POUCAS HORAS APÓS A PRISÃO DA FLAGRADA. RECURSO PROVIDO. (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 70001912393)

Destarte o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, é de se verificar que o posicionamento atualmente adotado com relação ao prazo máximo para lavratura do auto de prisão em flagrante é de 24 horas e não imediatamente após a apresentação do preso à autoridade.

No mesmo prazo, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente, bem como será entregue ao preso a nota de culpa, com o motivo da prisão, nome do condutor e das testemunhas (artigo 306, §1º e 2º do Código de Processo Penal)

Com relação às formalidades legais do auto de prisão em flagrante, estas vêm expressas nos artigos 304 a 310 do Código de Processo Penal, devendo as mesmas serem respeitadas pela autoridade.

Segundo a obra de Guilherme de Souza Nucci:

Registre-se ser a prisão em flagrante uma exceção à regra da necessidade de existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para a detenção de alguém. Por isso, é preciso respeitar, fielmente, os requisitos formais para a lavratura do auto, que está substituindo o mandado de prisão expedido pelo juiz. Assim, a ordem de inquirição deve ser exatamente a exposta no art. 304 do CPP: o condutor, em primeiro lugar; as testemunhas, em seguida, e, por último, o indiciado. A inversão dessa ordem deve acarretar o relaxamento da prisão, apurando-se a responsabilidade da autoridade. (NUCCI, 2009, p. 598).

Portanto, a inobservância de qualquer uma das formalidades, acarretará em nulidade absoluta do auto de prisão em flagrante, de acordo com o artigo 564, IV do Código de Processo Penal que traz expressamente o fato de que a nulidade ocorrerá no caso de omissão das formalidades que constituam elementos essenciais do ato, que no presente caso irá acarretar o relaxamento da prisão.

Nos casos em que caiba o arbitramento de fiança pela autoridade policial, ao preso deverá ser facultada a opção de pagá-la para adquirir sua liberdade.

2.2.5 Nota de culpa

A nota de culpa é um documento obrigatório, que deve ser entregue ao preso dentro de 24 horas contadas da prisão.

Tem como finalidade dar ciência ao preso dos motivos de sua prisão, bem como o nome das testemunhas e do condutor.

Greco Filho assim define a nota de culpa:

É comunicação escrita, assinada pela autoridade, com a menção do motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. A menção ao motivo da prisão não exige precisão no enquadramento legal da infração. O importante é que esclareça a razão da prisão, porque a finalidade da nota de culpa é a de facilitar ao preso a utilização de medidas de proteção a sua liberdade. Alcançado esse objetivo, a forma não é sacramental. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas se ele não souber, não quiser ou não puder assinar. (2010, p. 258).

Por tratar-se de documento obrigatório, caso a nota de culpa não seja entregue ao preso dentro do prazo estipulado em lei, o flagrante deverá ser relaxado.

2.2.6 Contravenções penais

Segundo o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, contravenção é “a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

É certo que a prisão em flagrante pode ocorrer nos casos das contravenções penais, no entanto, devido ao seu menor potencial ofensivo Tourinho Filho (2011, p.666) explica que, “Hoje, normalmente, quando alguém é surpreendido cometendo uma contravenção, nem se lavra o auto... nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9099/95 (na sua feição primitiva)”.

Isto ocorre devido ao fato de que a Lei 9099/95, em seu artigo 69, § único dispõe que se o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de comparecer quando for intimado, não será imposta a prisão em flagrante ao mesmo.

Desta forma, mostra-se claro que nos dias de hoje, dificilmente o autor de uma contravenção penal é preso em flagrante.

Inobstante isso, pode ser que tal prisão ocorra, conforme comenta Nucci:

Embora a referida lei mencione que não se imporá ‘prisão em flagrante’, deve-se entender que esta não será apenas *formalizada* através do auto, pois qualquer do povo pode prender e encaminhar à delegacia o autor de uma infração de menor potencial ofensivo, até pelo fato de que tipicidade existe e o leigo não é obrigado a conhecer qual infração é sujeita às medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, e qual não é.

Por tais razões, ainda que não seja de comum ocorrência a prisão em flagrante no caso de contravenções penais, a possibilidade dela ocorrer existe, porém, tal prisão não será formalizada, de acordo com os motivos já expostos. Caso ocorra, o acusado, após a lavratura do auto, deverá imediatamente ser colocado em liberdade pela autoridade policial.

Cabe destacar que, também não será preso em flagrante e nem exigida fiança, ao condutor de veículo, nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima, se lhe prestar pronto e integral socorro (artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro).

2.3 PRISÃO PREVENTIVA

2.3.1 Conceito

A prisão preventiva é um tipo de prisão cautelar e possui natureza processual, podendo ser decretada tanto na fase de inquérito policial, quanto na instrução criminal, por determinação do juiz responsável que é a autoridade competente para tal ato. Está disciplinada nos artigos 311 a 318 do Código de Processo Penal. Tourinho Filho (2011, p. 677) a conceitua da seguinte maneira:

Prisão preventiva é espécie do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. É aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.

Por tratar-se de medida que restringe à liberdade da pessoa, a prisão preventiva deve ser utilizada como medida de exceção, a fim de não violar o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo cabível apenas quando presentes os requisitos e pressupostos expressos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva não possui prazo ou limite de duração, sendo este um ponto muito criticado pelos doutrinadores.

Assim, no caso de ser decretada, a mesma poderá ser revogada a qualquer momento, caso deixem de existir os pressupostos e requisitos autorizadores. A questão

Conforme já descrito, a decretação da prisão preventiva é ato de competência exclusiva do juiz, que poderá fazê-lo de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou mediante representação da autoridade policial (artigo 311 do Código de Processo Penal).

Ao decretar a prisão preventiva, está obrigado o magistrado a fundamentar os motivos pelo qual o fez, de acordo com o caso concreto. Não podendo, simplesmente, se limitar a repetir os termos legais no presente despacho.

Contra a decisão sobre a prisão preventiva é cabível recurso em sentido estrito, de acordo com o artigo 581, V do CPP, além do habeas corpus que sempre poderá ser impetrado para questionar sua legalidade.

2.3.2 Requisitos e pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Os pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva encontram-se elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

No ensinamento de Mirabete (2006, p. 390):

Provada a existência do crime e havendo indício suficientes da autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada apenas como 'garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal'(art. 312, caput, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.884, de 11-6-1994). Preocupa-se a lei, assim, com o *periculum in mora*, fundamento de toda medida cautelar.

Nucci (2009, p. 604) em sua doutrina, discorre que tais requisitos e pressupostos necessários “são sempre, no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP”.

Dessa forma, há de se entender que, obrigatoriamente, devem estar presentes os dois pressupostos acompanhados de pelo menos um dos requisitos, para que seja legal a decretação da do tipo de prisão aqui tratado.

Em se tratando do caso de assegurar a aplicação da lei penal, trazido pelo artigo 312 do CPP, Greco Filho (2010, p. 262) recorda que “não pode ser decretada a preventiva para assegurar a execução da pena de multa”.

Assim, se faz necessário comentar que, a prisão preventiva não é cabível em todos os tipos penais, desta forma, além de conter os requisitos e pressupostos essenciais à sua decretação, a mesma deve observar o seu cabimento de acordo com o artigo 313 do Código de Processo Penal.

Também é importante observar que, sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas dos presos já condenados. Bem como, aqueles citados no rol do artigo 295 do Código de Processo Penal, serão recolhidos em prisão especial ou local especial, no caso de prisão processual.

2.3.3 Fundamentos autorizadores da prisão preventiva

Presentes os pressupostos e requisitos autorizadores, o nobre magistrado deve fundamentar sua decisão, expondo os elementos e fatos contidos no inquérito ou processo que o levaram a acatar tal medida.

A fundamentação da prisão preventiva é obrigatória, lembrando que toda decisão judicial deve ser fundamentada sob pena de nulidade (art. 93, IX da Constituição Federal). Da mesma maneira o artigo 315 do Código de Processo Penal traz expressamente que “o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.

Tal fundamentação deverá demonstrar de forma objetiva que os fatos constantes no inquérito ou processo preenchem os requisitos, conforme nos lembra Nucci (2009, p. 608):

A mera repetição dos termos legais, entretanto é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há ‘prova da materialidade’, ‘indício suficiente de ser o réu o autor’ e para ‘garantir a ordem pública’, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão.

Ponto um tanto controverso diz respeito à fundamentação do juiz com base no parecer do Ministério Público.

Aduz Guilherme de Souza Nucci que:

A fundamentação do magistrado concentrando-se no parecer do Ministério Público pode ser admitida em certos casos. Se o referido parecer do representante do Ministério Público estiver bem estruturado, apontando e esgotando toda a análise das provas, que estão a demonstrar a necessidade da prisão preventiva, nada impede que o juiz o acolha integralmente. Seria inútil exigir do magistrado a mera reprodução, em suas próprias palavras, novamente daquilo que já foi exposto. (NUCCI, 2009, p. 608).

Em sentido contrário, Antonio Magalhães Gomes Filho:

Nessa situação, incumbe ao juiz efetivamente *decidir* sobre esse ponto, até porque sua função é indelegável, não cabendo remissão ao que entenderam a autoridade policial ou o órgão da acusação, sendo imprescindível, portanto, a fundamentação expressa. (GOMES FILHO, 2001, p. 221).

Isto posto, a fundamentação do magistrado com base em dados concretos do fato criminoso no despacho que decretar ou denegar a decretação da prisão preventiva, mostra-se fator imprescindível para a sua legalidade.

Haverá cassação da preventiva, pelo tribunal, se foi decretada ilegalmente, incluindo-se, no caso, a ilegalidade por vício formal ou porque não presentes as hipóteses do Código. Haverá ilegalidade, também, se desapareceram os motivos e o juiz não a revogou. (GRECO FILHO, 2010, p. 264).

2.3.4 Contravenções penais

Conforme já exposto anteriormente, a contravenção penal é uma infração de menor potencial ofensivo, desta forma, não se faz necessária a restrição da liberdade do agente que a pratica. De acordo com Tourinho Filho (2011, p. 689):

Não é possível, por mais grave que seja a contravenção, decretar a preventiva. Esta sempre excluída quando a infração for contravencional. Pouco importa seja a contravenção inafiançável ou não. Ela é incompatível com a medida extrema da preventiva, mesmo porque, pelo princípio da proporcionalidade, não faz sentido uma medida tão grave para uma infração de pouca monta.

Há de se destacar também que, além de se levar em conta o princípio da proporcionalidade, tais contravenções não se encaixam nas condições de admissibilidade expressas no artigo 313 do Código de Processo Penal. Portanto, não existe a possibilidade de se decretar a prisão preventiva quando a infração penal se tratar de uma contravenção.

Vicente Greco Filho (2010) elenca que, além da hipótese das contravenções penais, também não será decretada a prisão preventiva em crimes cujo réu se livra solto independentemente de fiança, nos crimes culposos levando em conta que o artigo 313 do CPP admite expressamente apenas crimes dolosos, no caso de o juiz verificar a ocorrência de uma excludente de criminalidade e ainda no caso de crimes punidos com detenção, salvo algumas exceções.

2.4 PRISÃO TEMPORÁRIA

2.4.1 Conceito

A prisão temporária é um tipo de prisão cautelar, criada em nosso ordenamento jurídico através da Medida Provisória 111/1989, que mais tarde foi convertida na Lei 7.960/89.

De acordo com Mendonça (2011, p. 311), a prisão temporária “é uma prisão cautelar que tem como finalidade nuclear e primordial auxiliar a investigação de infrações penais graves.”

No mesmo sentido, Nucci:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. (NUCCI, 2009, p. 584).

Em relação ao surgimento da prisão temporária e sua finalidade, há uma pequena divergência entre alguns autores atuais no que diz respeito ao fator que gerou a criação desta forma de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

O ilustre Professor Aury Lopes Jr. (2011, p. 161) se manifesta no sentido de que “foi institucionalizada a prisão para averiguações, agora com o nome de ‘prisão temporária’”. Seguindo o mesmo posicionamento, Nucci (2009) entende que a prisão temporária foi criada para substituir legalmente a prisão para averiguação, tendo como mudança significativa o fato de que, somente a autoridade judiciária, mediante ordem escrita e fundamentada, está expressamente autorizada a expedir o mandado decretando a prisão temporária de alguém.

Em sentido contrário, o mestre Andrey Borges de Mendonça, aduz que:

Alguns afirmam que o estabelecimento da prisão temporária seria a legalização da chamada ‘prisão para averiguações’. Tal assertiva não condiz com a realidade. A prisão temporária é uma espécie de prisão processual de caráter cautelar, a exigir a presença dos pressupostos necessários de toda medida cautelar, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Assim, a prisão temporária será decretada quando se mostrar imprescindível para as investigações de um fato delituoso já delineado e sempre que houver a presença de elementos indicando a plausibilidade de ocorrência de um dos crimes indicados no art. 1º, III, da Lei. (MENDONÇA, 2011, p. 312).

O ilustre professor ainda continua discorrendo:

Por outro lado, a prisão para averiguações – realmente vedada pelo nosso ordenamento jurídico e podendo caracterizar até crime de abuso de autoridade -, é uma prisão sem ordem judicial, na qual se prende determinada pessoa para, *posteriormente*, identificar e delinear eventual fato delituoso por ela praticado.

Em suma, tal assunto gera muita discussão por conta dos posicionamentos variáveis que adotam os autores.

Interessante posicionamento teve a 1ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 107644 em 06/09/2011, em que reconheceu a legalidade da custódia para averiguação, conforme se vê no seguinte acórdão:

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS

DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; data da decisão 06.09.2011; órgão julgador: 1ª Turma do STF).

Seguindo tal entendimento, pode-se observar que foi reconhecida a custódia para averiguação, desta maneira, é possível concluir que, o instituto da prisão temporária não seria, realmente, a legalização da extinta prisão para averiguação, ao contrário do entendimento de alguns autores.

No que diz respeito ao preso temporário, este obrigatoriamente deve ficar separado dos demais detentos.

O art. 3º da Lei 7.960/1989 estabelece que o preso temporário não poderá ficar junto sequer com os demais presos cautelares (presos preventivos e em flagrante). Assim, somente presos temporários poderão ficar juntos. (MENDONÇA, 2011, p. 328).

Contra despacho que decreta prisão temporária não é cabível recurso, podendo apenas impetrar habeas corpus.

2.4.2 Momento e legitimidade para decretar a prisão temporária

Por ter como finalidade auxiliar nas investigações de infrações penais graves, a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase do inquérito policial. Assim, a mesma poderá ocorrer desde a ocorrência do fato criminoso até o recebimento da denúncia. Leva-se em conta também que, na fase processual, a prisão cautelar cabível é a prisão preventiva.

No que diz respeito à legitimidade para decretá-la, Tourinho Filho (2011), discorre que “Somente o Juiz, mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público, poderá decretá-la”. Portanto, tal ato não pode ser feito de ofício pelo magistrado.

2.4.3 Fundamentos da prisão temporária

A prisão temporária será cabível, de acordo com o artigo 1º da Lei 7.960/89, *in verbis*:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

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);
- 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).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Ocorre que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência predominante, não basta o preenchimento de um dos requisitos descritos para que a prisão temporária possa ser decretada.

O entendimento majoritário é no sentido de que, para que possa ser decretada a prisão temporária, deve estar presente o caso disposto no art. 1º, I ou II juntamente com disposto no art. 1º, III.

De acordo com os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Tendo por fim não banalizar a decretação da prisão temporária, torna-se necessário interpretar, em conjunto, o disposto no art. 1º, I e II com o III, da Lei 7.960/89. Assim, o correto é associar os incisos I e II com o III, viabilizando as hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém. (NUCCI, 2009, p. 584).

Por tais razões, faz-se necessária a presença de mais de uma das hipóteses trazidas pelo artigo acima citado, para que tal prisão seja legal.

Inobstante isso, o art. 2º, §2º desta mesma Lei, expressa que o despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e proferido no prazo de 24 horas, que são contadas a partir do recebimento da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público. Neste sentido discorre Greco Filho (2010, p. 261):

O despacho que decretar a prisão temporária, que terá de ser prolatado dentro de 24 horas, deverá ser fundamentado, com o enquadramento da hipótese fática, em concreto, em face do permissivo legal, o que confirma a interpretação acima de que não basta a objetiva e genérica situação prevista na lei. O juiz poderá, antes de decidir, se for o caso, determinar a apresentação do preso, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e estabelecer seja ele submetido a exame de corpo de delito.

Assim, como ocorre no caso da prisão preventiva, os fundamentos da prisão temporária devem ser baseados em fatos concretos pelo magistrado no despacho, e não em mera repetição dos termos legais.

2.4.4 Prazo da prisão temporária

Lopes Jr. (2011, p. 162) nos lembra que a prisão temporária “é a única prisão cautelar cujo prazo máximo de duração está previsto em lei”.

Este prazo é de 5 dias, prorrogável por igual período no caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, da Lei 7.960/89). No entanto, tratando-se de crimes considerados hediondos, quais sejam, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, este prazo poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período, segundo estabelece a Lei 8.072/90, em seu art. 2º, §4º.

Nada impede, porém, que o imputado seja posto em liberdade antes do fim desses prazos, pela própria autoridade policial (sem intervenção judicial), desde que não exista mais a necessidade da custódia, tendo em vista o interesse da investigação. (LOPES JR. 2011, p. 163).

Findo o prazo legal da prisão temporária, a autoridade policial tem a obrigação de colocar o preso em liberdade imediatamente. Caso isso não aconteça, a autoridade responsável responderá por abuso de autoridade.

Conforme discorre Mirabete (2006, p. 402):

Decorrido o prazo de cinco dias (ou de dez, se foi prorrogada a prisão), o preso deve ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva. É o que determina o artigo 2º, § 7º. A desobediência ao dispositivo constitui ilícito penal. Acrescentando a alínea i ao artigo 4º da Lei nº 4.898, de 9-12-1965, a Lei nº 7.960 prevê como delito de abuso de autoridade 'prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente a ordem de liberdade'.

A única ressalva para manter a prisão fica por conta da decretação de prisão preventiva, que passaria a vigor após o término da temporária. (NUCCI, 2009, p. 586).

A possibilidade da conversão da prisão temporária em prisão preventiva se mostra clara, de acordo com o posicionamento da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Habeas Corpus julgado em 16/08/2012:

Ementa: HABEAS CORPUS ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA ADMISSIBILIDADE DECISÃO FUNDAMENTAÇÃO REGULARIDADE Paciente preso por praticar, em tese, o crime de roubo, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo "Modus operandi" que revela ousadia e periculosidade Conduta violenta que enseja a custódia cautelar extrema, em nome da ordem e paz públicas - Manutenção da prisão que encontra, assim, respaldo no artigo 312 do Código de Processo Penal Mera alegação de preenchimento dos requisitos para a liberdade provisória que não autoriza esta quando presentes os pressupostos da prisão cautelar Decisão bem fundamentada Inexistência de constrangimento ilegal Prisão preventiva mantida ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. (Habeas Corpus 1026528120128260000 SP 0102652-81.2012.8.26.0000 rel. Amado de Faria; data da decisão 16/08/2012; órgão julgador: 8ª Turma de Direito Criminal do TJ/SP).

Assim, caso durante a prisão temporária se fizerem presentes os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, elencados pelo artigo 312 do CPP, tal conversão poderá ocorrer.

2.5 PRISÃO DECORRENTE DE PRONÚNCIA

A prisão decorrente de pronúncia, até meados do ano de 2008, era disciplinada pelo artigo 408 do CPP. Muito se discutia sobre a sua inconstitucionalidade, tendo em vista o disposto em seu §1º que assim dispunha:

Art 408, §1º - Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

Tinha como única exceção em seu parágrafo 2º, que dizia que, caso o réu fosse primário e tivesse bons antecedentes, o magistrado poderia deixar de decretar sua prisão.

Logo, a prisão decorrente de pronúncia era utilizada como regra e não como exceção, desrespeitando, assim, o Princípio da não-culpabilidade expresso no artigo 5º, LVII da nossa Constituição da República.

Com a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, que alterou o procedimento do Tribunal do Júri, a prisão decorrente de pronúncia passou a ser disciplinada pelo artigo 413, §3º do Código de Processo Penal e, com sua nova redação, deixou de ser tratada como regra em nosso ordenamento jurídico.

Pelo fato de ser uma modalidade de prisão exclusiva de competência do Tribunal do Júri, ela somente poderá ocorrer no caso da prática de crimes dolosos contra a vida. Tem como finalidade assegurar que o réu pronunciado esteja presente no julgamento em plenário, porém, a simples decisão de pronúncia do réu não gera a obrigatoriedade da prisão.

O entendimento da doutrina majoritária é de que devem haver fundados motivos para que tal prisão ocorra, motivos estes que seguem a linha da prisão preventiva, quais sejam: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. De acordo com o entendimento de Greco Filho (2010, p. 265):

O critério, agora, é o da necessidade, definida pelos critérios da prisão preventiva, que é o parâmetro geral para a prisão processual que tem, como já se disse, natureza cautelar. A decisão, então, de manter, ou não, o réu na prisão ou a de determinar o seu recolhimento quando até então solto será ditada pelos requisitos da preventiva, nos quais deve destacar-se o da garantia da ordem pública.

Conseqüentemente, seguindo a linha da prisão preventiva, o despacho que determina a prisão decorrente de pronúncia deve ter pertinente fundamentação a respeito da necessidade da prisão e também sobre os fatos concretos do caso em análise.

Vale também ressaltar que, em nosso ordenamento jurídico, no que diz respeito as prisões durante o processo, pode existir o constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução. Desta forma, por tratar-se de procedimento muito extenso o do Tribunal do Júri, pode-se imaginar a possibilidade da ocorrência do constrangimento ilegal.

A súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça afirma que “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.”. Logo, o réu preso, que é pronunciado e tem sua prisão mantida, não poderia alegar tal fato.

Todavia, os julgados que dizem respeito ao excesso de prazo se mostram contraditórios. O habeas corpus julgado pela 2ª Turma do STF teve a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. PLURALIDADE DE RÉUS. DESAFORAMENTO. COMPLEXIDADE. EXCESSO NÃO VERIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE RESPALDEM O DECRETO DE PRISÃO. ILEGALIDADE CONSTATADA. ORDEM CONCEDIDA. A alegação de excesso de prazo da prisão preventiva não procede, uma vez que se trata de processo por homicídio envolvendo quatro réus, com a necessidade de desaforar o julgamento por culpa da defesa. A prisão preventiva foi decretada sem respaldo em dados concretos. A gravidade em abstrato dos crimes não é, por si só, motivação hábil para a decretação da prisão preventiva com base na ameaça à ordem pública. Precedentes. O fundamento da garantia da instrução criminal foi apenas formalmente sustentado, nele sendo apontado um intangível “temor” que as testemunhas sempre sentiriam em casos de crime de homicídio, embora, no caso dos autos, nenhuma se tenha recusado a colaborar. A vedação à liberdade provisória contida na Lei de Crimes Hediondos não obriga a custódia preventiva nem a manutenção de prisão cautelar ilegalmente decretada. Diferença entre os atos de relaxamento e de revogação da prisão preventiva e o de concessão de liberdade provisória. Ordem concedida, sem prejuízo de que, presentes os requisitos autorizadores e demonstrados fundamentos concretos, seja decretada nova cautela. (STF - HC: 85868 RJ , Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 10/04/2006, Segunda Turma,)

Em sentido contrário, também já havia se manifestado a 2ª Turma:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PREJUDICIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Evidenciado que a prisão preventiva do paciente perdura por mais de dois anos e cinco meses, sem que a defesa tenha concorrido para esse excesso de prazo, a decisão pela prejudicialidade da impetração, face à superveniência da sentença de pronúncia, traduz situação expressiva de constrangimento ilegal. Ordem concedida. (HC 86980 SP, Rel. Min. Eros Grau, 14/08/2006, Órgão Julgador: 2ª Turma do STF).

Diante dos julgados contraditórios existentes a respeito do assunto, resta dizer que deve ser analisado cada caso concreto para que se possa verificar a existência ou não do excesso de prazo.

Contra decisão que decreta a prisão decorrente de pronúncia, é cabível impetrar habeas corpus, bem como recurso em sentido estrito, de acordo com o artigo 581, IV do Código de Processo Penal.

2.6 PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível vem disciplinada no artigo 393, I e 594, ambos do Código de Processo Penal, que discorrem que será efeito de uma sentença condenatória recorrível a prisão do réu.

A respeito do art. 393, I, Nucci dispõe que, apesar da interpretação do inciso dizer que o réu será preso em caso de sentença condenatória, esta prisão não é necessária.

Prisão do réu em caso de condenação: não é necessária, como faz crer a leitura deste dispositivo. Pode ser um dos efeitos da condenação sujeita a recurso, no caso do juiz negar ao acusado o direito de permanecer em liberdade, para recorrer, como no caso de ser ele reincidente ou possuir maus antecedentes, em caso de crime inafiançável. Nas afiançáveis, desde que preste fiança, não sendo reincidente, pode permanecer solto. (2007, p. 662)

Isto posto, não são todos os réus condenados por sentença recorrível que serão presos. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, o réu que foi mantido preso durante todo o curso processual, atendendo os requisitos necessários para perdurar sua custódia, não tem o direito de recorrer da sentença em liberdade.

Tal entendimento pode ser demonstrado no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. ART. 594, CPP. LIBERDADE PROVISÓRIA. REQUISITOS. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. Se na sentença restou assentado que o paciente possuía péssimos antecedentes, mesmo que não comprovada sua reincidência, razoável que o mesmo seja impedido de aguardar o julgamento recursal em liberdade. Ordem denegada.(STJ - HC: 28704 MG 2003/0094196-7, Rel: Ministro Paulo Medina, Data de Julgamento: 26/08/2003, 6ª Turma)

Seguindo o mesmo pensamento, Nucci(2007) entende que o réu que permaneceu preso durante a instrução, de acordo com a lógica, deve continuar detido após a sentença condenatória, principalmente se for condenado a cumprir a pena em regime fechado ou semiaberto. A única exceção se daria nos casos em que os motivos que o deixaram preso durante a instrução não mais existissem.

No que diz respeito ao réu primário e que possui bons antecedentes, segue-se a mesma linha de raciocínio, isto é, se ele passou todo o curso do processo solto, não há motivos para que o mesmo não possa recorrer em liberdade de tal sentença.

AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI Nº12.403/11

Nosso Código de Processo Penal é constantemente muito criticado pelo fato de ter sido criado em 1941, desta forma, muitos de seus artigos encontram-se desatualizados. No presente capítulo iremos examinar as mudanças trazidas pela Lei 12.403/11, que foi aprovada pelo Congresso Nacional, visando inovar e atualizar significativamente alguns artigos do Código de Processo Penal, mormente os que dizem respeito às prisões cautelares.

A presente lei originou-se do Projeto de Lei 4.208/01, que tinha por objetivo a modernização da legislação processual penal brasileira, tendo em vista, como já foi dito anteriormente, nosso Código de Processo Penal ser de 1941. Por esta razão, muitos artigos encontram-se desatualizados e até mesmo caíram em desuso (BRASIL, 1941, p. 01).

A Lei 12.403/2011 foi sancionada em 04/05/2011, tendo suas mudanças entrado em vigor na data de 04/07/2011. Foi elaborada com o objetivo de reformar alguns dispositivos do Código de Processo Penal, referentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e ainda acrescentar algumas medidas cautelares alternativas à prisão. (BRASIL, 1941, p. 01).

Sua aprovação gerou grande polêmica, uma vez que muitos acreditavam que ela iria favorecer a criminalidade. Tal suposição pode ter decorrido em virtude de a Lei 12.403/11 ter abolido algumas das formas de prisões cautelares que vigoravam em nosso Código de Processo Penal e também por ter tornado o arbitramento da fiança, nos crimes em que seja cabível, obrigatório. Há de se comentar que a imprensa também cooperou para o aumento deste pensamento, através de informações divulgadas erroneamente a respeito da presente lei.

Com relação a extinção de algumas formas de prisão cautelar, esta concedeu a liberdade a algumas pessoas que encontravam-se recolhidas pela prática de delitos, todavia há de se concordar que essa parcela de pessoas que ganhou a liberdade não eram criminosos condenados. Tão somente foram colocados em liberdade por não preencherem os requisitos necessários, trazidos pela nova lei, que autoriza a custódia cautelar. (BRASIL, 1941, p. 01).

Podemos resumidamente expor que entre as principais mudanças estão o aumento do rol de medidas cautelares alternativas à prisão; a adequação constitucional das hipótese de prisão; a manutenção das prisões temporária e preventiva, bem como a criação da prisão domiciliar cautelar, restando apenas estes 3 tipos de prisão cautelar; ampliação da possibilidade de arbitramento de fiança e outras que iremos discorrer durante o desenvolvimento do presente capítulo.

Após esta breve explanação, podemos dar início aos comentários a respeito das principais mudanças originadas pela Lei 12.403/11. (BRASIL, 2011, p. 01).

Conforme já mencionado, a lei altera os dispositivos que dizem respeito às prisões, liberdade provisória, fiança e medidas cautelares. Antes de sua aprovação, muito se discutia

sobre a constitucionalidade das prisões cautelares. A presente discussão se dava devido ao fato de o ordenamento jurídico brasileiro adotar a prisão como medida de exceção, e, algumas das prisões cautelares eram usadas como regra em determinados casos.

Por este motivo, questionava-se se estas prisões não feriam o princípio constitucional da presunção de inocência, expresso no artigo 5º, LVII da Constituição Federal que assim dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988, p. 01).

Com suas alterações, a presente lei irá diminuir significativamente as discussões a respeito da constitucionalidade das prisões cautelares, tendo em vista as mudanças significativas que foram feitas por ela.

Para que se possa ter uma pequena noção das mudanças, ocorreram alterações em 32 artigos do nosso Código de Processo Penal, bem como foram revogados 15 itens, entre artigos, parágrafos e incisos. (BRASIL, 1941, p. 01).

Resumidamente, para dar início à análise das mudanças, a Lei 12.403/11 alterou o Título IX do CPP, acrescentando a expressão “Medidas Cautelares”, assim, o presente título ficou definido como “Título IX – Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”. (BRASIL, 1941, p. 01).

O artigo 282 foi bem modificado, levando em conta o fato de que o mesmo tratava apenas de explanar a possibilidade da prisão em nosso ordenamento. Agora, o mesmo discorre sobre a aplicação das medidas cautelares incluídas pela lei, sua forma de decretação e ainda expressa que, a prisão preventiva somente será decretada caso sua substituição por outra medida cautelar não seja cabível.

A possibilidade da prisão em nosso ordenamento jurídico, após as alterações da lei, passou a ser disciplinada no artigo 283, trazendo expressamente em seu texto legal as prisões temporária e preventiva, além da prisão em flagrante. Ainda, englobou em seu §2º, o antigo texto legal do artigo, que diz respeito ao dia e hora em que poderá ser efetuada a prisão, respeitadas as restrições legais. (BRASIL, 1941, p. 01).

Acerca da ordem de prisão do acusado que não estiver na Comarca do juiz competente, o novo artigo 289, transformou o § único em §1º, modificando seu texto legal que dizia que no caso de urgência o juiz poderia requisitar a prisão por meio de telegrama, tendo ainda que autenticar a firma do juiz no mandado original. O novo texto traz o seguinte:

Art.289, §1º- Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

O presente artigo, ganhou ainda mais dois parágrafos, que se referem a precaução em averiguar a autenticidade da comunicação da prisão e também sobre o prazo de remoção do preso.

No que diz respeito ao prazo para remoção do preso, Bonfim (2011, p.65) faz o seguinte comentário:

Frise-se que o prazo de 30(trinta) dias é estabelecido para que o juiz providencie a remoção, e não para que esta efetivamente ocorra, o que dependerá, muitas vezes, do sistema de administração penitenciária e de outros órgãos, que zelarão pela segurança e eficiência no deslocamento do preso.

Desta forma, a obrigação estabelecida ao juiz processante, é somente a de providenciar a remoção dentro do prazo imposto. A efetiva remoção do preso do estabelecimento prisional não compete ao magistrado.

Com relação a captura do acusado, a mesma poderá ser requisitada por meio de mandado judicial, independente de a infração ser inafiançável ou afiançável. Tal requisição poderá ser feita por qualquer meio de comunicação, cabendo a autoridade competente cumprir tal requisição e verificar a legitimidade desta.

Considerável inovação trazida pela Lei 12.403/11, ainda comentando a respeito do mandado de prisão, foi a criação do artigo 289-A. O presente artigo prevê a criação de um banco de dados onde todos os mandados de prisão expedidos no país serão registrados. Este banco de dados será de responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça.

Após ser expedido e registrado no banco de dados, logo após a pessoa ser presa, o juiz responsável deve informar o CNJ, a fim de que seja feita a atualização das informações constantes no banco de dados.

3.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

No que concerne à prisão em flagrante, a Lei 12.403/11 realizou alterações muito significativas. Primeiramente, a prisão em flagrante deixou ser uma modalidade de prisão provisória, conforme discorre Gênova:

A nova lei aboliu a prisão em flagrante como modalidade de prisão provisória, mas não impede a prisão da pessoa flagrada na prática de crime. Doravante, quando alguém é surpreendido praticando um delito, pode e deve ser preso em flagrante, mas, nas 24 horas subsequentes, o juiz, se entender que o investigado deve ser mantido preso, deverá converter o flagrante em preventiva.

Seguindo o mesmo entendimento, disserta Bonfim (2011, p.93):

Quanto à “prisão em flagrante”, vale rememorar que, com a modificação do art. 310 do CPP pela Lei n. 12.403 de 4 de maio de 2011, esta passou a ser uma medida verdadeiramente “pré-cautelar”, preparatória de eventual prisão preventiva que, por sua vez, constitui verdadeira medida cautelar de grau máximo, apta a ensejar a manutenção do acusado em cárcere.

Assim, a prisão em flagrante não tem mais o poder de manter a pessoa presa durante o processo, tendo em vista sua natureza jurídica ter sido alterada. Agora, trata-se de medida pré-cautelar e não mais cautelar.

Deste modo, assim que o magistrado responsável receber o auto de prisão em flagrante, este deverá decidir entre três possibilidades, quais sejam, converter a prisão

em flagrante em preventiva, adotar medidas cautelares distintas da prisão, ou ainda, caso seja cabível, conceder ao preso liberdade provisória com ou sem o arbitramento de fiança. (MARQUES, 2011).

Dando continuidade às mudanças, o *caput* do artigo 306 foi alterado, agora, também é necessária a imediata comunicação da prisão ao Ministério Público, visando facilitar o acompanhamento da situação da prisão, para que possa postular a decretação da prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa desta. Alteração importante, também no presente artigo, ocorreu em seu §1º, com relação ao prazo de comunicação ao juiz competente.

Conforme já exposto nesta obra, o prazo de comunicação da prisão era motivo de grande divergência entre os doutrinadores. O novo texto do §1º traz, expressamente, que o auto de prisão em flagrante deverá ser remetido ao juiz responsável em no máximo 24 horas após a realização da prisão.

Isto posto, Lopes Jr. (2011, p. 79) comenta que:

Ninguém pode permanecer preso sob o fundamento de "prisão em flagrante", pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306, §1º do CPP).

Vale lembrar, que no mesmo período de tempo, qual seja, 24 horas, deverá ser entregue ao preso a nota de culpa. Nela deverá constar o motivo da prisão e o nome dos condutores e testemunhas.

Desta forma, dentro das 24 horas após a realização da prisão, são imprescindíveis à comunicação imediata da prisão ao juiz responsável, a entrega da nota de culpa ao preso e a conclusão e encaminhamento do auto de prisão em flagrante também ao magistrado. Caso isso não ocorra, deverá a prisão em flagrante ser relaxada, por conta de ilegalidade formal. (LOPES Jr., 2011).

Considerando o fato de a prisão em flagrante ter deixado de ser uma modalidade de prisão provisória ou cautelar, outra mudança ocorreu no que diz respeito ao procedimento do magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante, descrito no artigo 310.

Agora, ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal; converter o flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos necessários; ou então conceder ao preso, liberdade provisória com ou sem fiança.

Com relação ao relaxamento da prisão e a liberdade provisória, Bonfim nos lembra que:

A liberdade provisória não se confunde com o relaxamento da prisão. Embora ambas se refiram à prisão em flagrante, na liberdade provisória, a prisão é legal, mas desnecessária. Já no caso do relaxamento, a prisão é ilegal. (2011, p. 79).

Assim, caso a prisão em flagrante seja ilegal, caberá o relaxamento da prisão. Sendo legal o flagrante, poderá o juiz conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ao preso, caso esta seja cabível.

Entretanto, se ao analisar o auto de prisão em flagrante, o juiz entender existentes os requisitos para manter o acusado em custódia, poderá, de forma fundamentada, converter a prisão em flagrante em preventiva.

Mister se faz ressaltar que a prisão provisória só deve ser utilizada em último caso. Analisando-se, primeiramente, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão. Ratificando que a prisão deve ser utilizada como medida de exceção em nosso ordenamento jurídico.

3.2 PRISÃO PREVENTIVA

Muitas foram as mudanças trazidas pela Lei 12.403/11 no que diz respeito às prisões cautelares elencadas em nosso Código de Processo Penal. Pode-se dizer que foi o item mais comentado e, também, que mais gerou polêmica no que concerne às mudanças trazidas pela nova lei.

Isto porque as prisões cautelares sempre foram um ponto delicado em nosso ordenamento, tendo em vista a inacabável discussão a respeito da constitucionalidade das mesmas, por conta do princípio da presunção de inocência, expresso no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

Por esta razão, foram excluídas do sistema processual penal brasileiro a prisão para apelar, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão da sentença de pronúncia e a prisão administrativa. Restando apenas a prisão preventiva e a prisão temporária. (GOMES, 2011).

Assim, pode-se dizer que um dos objetivos da presente lei é justamente tentar diminuir ao máximo esta discussão sobre a compatibilidade da prisão preventiva e o princípio da inocência ou da não culpabilidade.

O entendimento de Bonfim (2011, p.81) é de que a prisão preventiva trata-se de medida constritiva de liberdade do acusado, inobstante isso, ela é compatível com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Continua Bonfim discorrendo que:

Prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória, decretada pelo juiz a requerimento de qualquer uma das partes, por representação do delegado de polícia ou de ofício, em qualquer momento da persecução penal, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (2011, p. 82).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal afirma que a decretação da prisão preventiva jamais poderá configurar uma antecipação da pena, levando-se em conta a violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. (STF, 1ª Turma, HC 90.464/RS, rel. Ricardo Lewandowski, DJU 4-5-2007).

Desta forma, resta claro que a decretação da prisão preventiva deve sempre ser fundamentada com base nos requisitos legais, não podendo de forma alguma, caracterizar uma antecipação da pena do acusado. Feito isso, a prisão preventiva não estará violando o princípio da presunção de inocência, confirmando sua constitucionalidade e legalidade dentro do nosso ordenamento jurídico.

No que concerne ao momento da decretação da prisão preventiva e à competência para sua decretação, a nova lei não trouxe grandes alterações. Ela continua podendo ser decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, querelante ou mediante representação da autoridade policial, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

Houve duas alterações no artigo 311, a primeira se deu na inclusão da pessoa do assistente de acusação no rol daqueles que podem requerer a decretação da prisão preventiva do acusado.

A segunda alteração foi com relação a atuação *ex officio* do juiz, restringindo-a à etapa processual da persecução penal. Com isso, o magistrado não pode mais decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial, somente a requerimento das partes.

Mesmo com a nova lei trazendo esta restrição à atuação *ex officio* dos magistrados em decretar a prisão preventiva, alguns autores continuam descontentes, por entenderem que o juiz não deve ter tal poder.

Em discordância com a pequena mudança que a lei fez no artigo 311, o professor Aury Lopes Jr. entende que a presente lei deveria ter alterado o presente artigo de forma mais significativa, extinguindo o poder do juiz de decretar a prisão preventiva de ofício. Tal entendimento ocorre pelo fato de crer que esse poder fere a garantia de imparcialidade do julgador, conforme discorre:

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 a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no "curso da ação penal". (2011, p. 105).

Continua Lopes Jr. expondo que:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor(poderes investigatórios) ou, pior quando ele assume uma postura inquisitória decretando - de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor , contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida no sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

Existe uma significativa divergência doutrinária neste sentido, onde a corrente contrária, conforme se manifestou Lopes Jr, alega que a nossa Constituição Federal adota implicitamente o sistema processual penal acusatório, portanto o juiz não deveria ter atuação *ex officio*.

Porém, em sentido contrário, Andrade (2008) se manifesta a favor desta atuação do juiz dissertando que:

Já a algum tempo vimos sustentando que a Carta de 1988, embora tenha erigido o Ministério Público à condição de titular da ação penal, e concedido importantes direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, em verdade não optou - sej- explícita, seja implicitamente - por qualquer um dos três sistemas de processo penal conhecidos, a saber, acusatório, inquisitivo ou misto. (2008, p. 461).

E ainda complementa, assegurando que:

A Carta Maior de 1988 em momento algum optou pela adoção do sistema acusatório, pois todas as disposições constitucionais se ajustam, como vem sendo decidido, até mesmo ao sistema misto, onde sabidamente a acusação não é incumbência do juiz, e o acusado possui garantias próprias do sistema acusatório na segunda fase de sua persecução penal. (ANDRADE, 2008, p. 20).

Entretanto, não iremos adentrar a fundo nesta discussão que, pelo que parece, ainda irá perdurar por muito tempo.

Seguindo a análise, a Lei 12.403/11 nada alterou em relação aos pressupostos de admissibilidade da prisão preventiva, porém acrescentou o § único ao art. 312, autorizando a decretação da prisão preventiva quando for imposta ao acusado medida cautelar diversa da prisão e este descumpri-la.

Neste momento, surge, senão o ponto mais criticado da lei, um dos mais criticados pelos doutrinadores. Tal crítica se dá em razão de um dos pressupostos da prisão preventiva, qual seja, a expressão “garantia ordem pública”.

Isto, por que, o significado de tal expressão não é, e nunca foi pacífico na doutrina e na jurisprudência, conforme nos ensina Choukr:

Dentre os fundamentos existentes na redação do CPP, o mais problemático é, sem dúvida, a cláusula “ordem pública”, tema sobre o qual discorreremos pela primeira vez há quase vinte anos e cuja atualidade das considerações àquela época efetuadas nos autoriza a recordar o quanto foi afirmado, cuja proposta era procurar, dentro do exercício jurisprudencial, um conceito para a expressão “ordem pública” contida no art. 312 do Código de Processo Penal, como fundamentação do decreto da prisão preventiva ou denegação do pedido de liberdade provisória, ressaltando desde o primeiro momento que a fórmula “garantia de ordem pública” dificilmente se coaduna com o texto constitucional em curso, sobretudo no cotejo com o princípio da presunção de inocência. (2011, p. 79).

E, continuando sua crítica, o nobre mestre discorre que:

Por isso, a reforma da Lei n. 12.403/2011 mais uma vez situa-se a meio caminho entre a atualização normativa e cultural do sistema e a manutenção do estado anterior com suas práticas. Isto porque, ao mesmo tempo em que soube isolar temas tormentosos e esparsos como “reiteração” de práticas criminosas e “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”, todos esses agora inseridos como critérios para decretação da prisão preventiva, não foi ao ponto de abolir de vez a cláusula ordem pública que, ainda nominalmente existente, pode passar a se valer de outros conteúdos, inclusive os que a jurisprudência constitucional vem afastando (clamor público, por exemplo). (CHOUKR, 2011, p. 88).

Finalizando a crítica, Lopes Jr. (2011) aduz que a presente lei além de não evoluir em nada, ainda retrocedeu à luz do Projeto de Lei 4208/2001, asseverando que o projeto original é muito superior e, além disso, extinguiu as expressões “ordem pública” e “ordem econômica”.

Por tais razões, torna-se simples o entendimento de que a maior parte da doutrina aguardava ansiosamente que a Lei 12.403/11 viesse a extinguir a expressão “garantia da ordem pública” dos pressupostos da prisão preventiva. Isto, levando em conta tratar-se de uma expressão muito vaga, indeterminada, abrindo uma margem muito grande para interpretações e conceituações.

Partindo para os casos em que será admitida a decretação da prisão preventiva, elencados no art. 313 do CPP, a presente lei, diferentemente do artigo anterior, efetuou amplas mudanças.

Anteriormente, a prisão preventiva poderia ser decretada em qualquer crime doloso que fosse punido com reclusão ou até mesmo com detenção, caso o indiciado fosse vadio ou dificultasse sua identificação.

Com as mudanças trazidas pela nova lei, somente os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos admitirão a decretação da prisão preventiva.

Desta forma, fica evidente a preocupação em realmente utilizar a prisão como exceção, respeitando o princípio da presunção de inocência e, também, o princípio da proporcionalidade.

No que diz respeito a esta mudança, Lopes Jr (2011, p.114) comenta ser a favor da limitação imposta pela lei, em somente ser possível a decretação da prisão preventiva em crimes dolosos, discorrendo que “viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade, além do caráter excepcional da medida, a imposição de prisão preventiva em crime culposos”.

Porém, alguns doutrinadores apontam problemas na nova redação do artigo em relação ao critério da pena máxima. Bonfim (2011, p. 87) entende que “Tal inovação legal não nos parece acertada no tocante à pena máxima prevista, haja vista que muitos crimes graves impossibilitarão que o réu seja preso preventivamente no curso do processo”.

Tal entendimento pode ser exemplificado pelos crimes de quadrilha ou bando, furto, lesão corporal dolosa grave, receptação, fraude, autoaborto, abandono de incapaz, descaminho, dentre outros, mesmo que sejam consumados. (BONFIM, 2011, p. 87).

Analisando tais argumentos, é de verificar-se que tal preocupação pode mesmo ser pertinente no que diz respeito a alguns crimes considerados graves e que, com este requisito, não será cabível a prisão preventiva do autor.

Fato interessante e muito bem observado com relação a este requisito, é comentado por Choukr ao analisar as alterações e concluir que:

Alguns problemas sistêmicos surgem com a nova norma, sendo o primeiro deles a existência de tipos penais em que se autoriza a prisão temporária, mas a quantidade de pena máxima abstratamente prevista é inferior a quatro, v.g., crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), com pena máxima de três anos. Assim, torna-se possível prender para investigar, mas não é possível converter a prisão temporária em preventiva diante do critério da pena cominada (2011, p. 123).

Em relação ao segundo problema a qual se refere em sua obra, este trata-se dos casos de concurso formal, material ou crime continuado, devido ao fato de a nova lei não ter se manifestado a respeito.

No entanto, no que concerne a este assunto, as Súmulas n. 723 do STF e n. 243 do STJ, já expõem o entendimento de que, em qualquer caso, incidindo as causas de aumento e diminuição de pena, em que a soma obtida for superior a 4 (quatro) anos, será cabível a decretação da prisão preventiva do acusado.

Dando continuidade, o inciso II do art. 313 nos traz que é cabível a prisão preventiva quando o réu tiver sido condenado em crime doloso, ou seja, quando for reincidente, com exceção do disposto no artigo 64, I do CP.

Com relação a este inciso, Aury Lopes Jr (2011, p. 231) nos adverte em sua obra ao discorrer sobre o assunto:

Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada. O art. 313 somente tem aplicação quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do art. 312. Ademais, a reincidência tem sua constitucionalidade bastante discutida, não justificando, por si só, a prisão cautelar. Pensar-se uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o agente reincidente, além de violar o princípio da proporcionalidade, seria substancialmente inconstitucional, pois onde estaria o caráter cautelar dessa prisão?

Portanto, vale lembrar que as causas trazidas pelo artigo 313 somente terão aplicação quando combinadas aos pressupostos expressos no artigo 312 do CPP. Logo, o simples fato de o autor ser reincidente ou ter cometido um crime cuja pena privativa de liberdade máxima for superior a 4 anos, por si só, não autoriza a decretação da prisão preventiva.

Outro ponto alterado pela nova lei, fala sobre a prisão preventiva em caso de violência doméstica e familiar. O inciso anterior à lei somente falava da violência contra a mulher.

Com a nova redação, a prisão preventiva poderá ser decretada quando ocorrer violência contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (art. 313, III do CPP).

Em sua obra, Choukr mostra uma relação entre a prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar, e aquela constante no art. 312, § único, que surge quando o acusado descumprir medida cautelar, diversa da prisão, que lhe for imposta. O ilustre professor tece comentários no seguinte sentido:

A prisão preventiva, no entanto, surge com papel sancionador ao descumprimento de medidas ou como garantia de outras impostas: quando "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" e "em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (2011, p.95)

No entanto, não faz tal comentário criticando a nova lei. Logo em seguida explica:

Por outro lado, a prisão preventiva como sanção ao descumprimento de outras medidas anteriormente impostas e desatendidas deliberadamente pela pessoa submetida à constrição é mecanismo de salvaguarda do sistema e, da forma como estabelecida, cria verdadeira ampliação do controle pessoal no processo penal. (CHOUKR, 2011, p. 96).

Desta maneira, a prisão preventiva utilizada como forma de sanção nestes dois casos, continua respeitando a constituição, pois somente será utilizada em último caso e, para que seja decretada deverão estar presentes os requisitos necessários à sua decretação.

No artigo 313 do CPP também foi inserido um § único, este explicita que a prisão preventiva também será admitida quando o réu for vadio ou houver dúvida sobre sua identidade e o mesmo não fornecer informações para esclarecê-la.

A respeito do presente parágrafo único do art. 313, Bonfim discorre que:

Essa última hipótese, modificada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, foi prevista no art. 313, parágrafo único, do CPP e possui uma peculiaridade em relação às demais hipóteses: deve ser revogada imediatamente após a identificação do acusado, colocando-o em liberdade, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (2011, p. 88).

Isto posto, logo que o acusado for identificado, a prisão preventiva deve ser revogada imediatamente. Somente não será revogada, no caso de o réu enquadrar-se em outra hipótese que autorize a manutenção da prisão.

Finalizando a análise a respeito do artigo 313 do CPP, Bonfim (2011) reforça que para que a prisão preventiva possa ser decretada devem estar presentes um dos requisitos

de admissibilidade, a prova do crime e indícios suficientes de autoria e uma das hipóteses do *periculum in libertatis*.

Sendo assim, qualquer dos tipos de prisão preventiva, até mesmo a que surge com o descumprimento das demais medidas cautelares, para ser decretada, sempre deverá ter presentes os requisitos constantes nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, não existindo exceções.

O artigo 317, com a reforma implementada pela lei 12.403/11 introduziu expressamente uma nova modalidade de prisão preventiva, qual seja, a prisão domiciliar. Para que seja cabível a prisão domiciliar, deverão ser atendidos alguns critérios estabelecidos pela nova lei.

Cabe ressaltar, que a prisão domiciliar não é uma nova medida cautelar penal, tendo em vista a mesma existir na Lei de Execuções Penais, porém, é uma nova forma de cumprimento da prisão preventiva. Nela o acusado deve ficar recolhido em sua residência, podendo deixá-la somente com uma autorização judicial. (CHOUKR, 2011, p. 100).

Seguindo o mesmo raciocínio, Bonfim comenta:

A prisão domiciliar não é novidade no ordenamento jurídico processual. A Lei de Execuções Penais já previa, implicitamente, em seu art. 117, que os condenados a cumprir pena em regime aberto – em tese, nas inexistentes “casa de albergados” – poderiam se valer do “recolhimento domiciliar” se fossem maiores de 70(setenta) anos ou deficientes físicos ou mentais; acometidos de doença grave; possuísssem filhos menores; e fosse condenada pessoa gestante (2011, p. 91).

Assim, demonstram que a prisão domiciliar já era utilizada em nosso ordenamento jurídico como uma forma de cumprimento de pena para alguns condenados que se enquadram nos requisitos. Com o advento da nova lei, passará a ser utilizada, em alguns casos, como uma nova modalidade de prisão preventiva.

A implantação da prisão domiciliar como forma de cumprimento da prisão preventiva foi um tímido avanço do legislador nesta matéria, pois, apesar de ampliar os casos em que pode ser utilizada, deveria o legislador ter ampliado ainda mais as situações possíveis de sua utilização. (Lopes Jr., 2011, p. 149).

Outro comentário feito por Aury Lopes Jr., foi com relação à medida cautelar constante do inciso V do art. 319. Em sua obra, ele discorre que, diferente da prisão domiciliar “A medida constante no art.319, V tem outra natureza, pois lá o agente tem liberdade para, durante o dia exercer suas atividades profissionais, devendo recolher-se ao domicílio apenas no período noturno e nos dias de folga”. (2011, p. 149).

Portanto, conforme comentado e demonstrado, a prisão domiciliar como modalidade de prisão preventiva, como medida cautelar e a constante na Lei de Execuções Penais, apesar de possuírem a mesma nomenclatura e, de certa forma, algumas características parecidas, têm natureza completamente diferentes. Assim, esses tipos de “prisão domiciliar” não devem ser confundidos.

No que diz respeito aos requisitos da prisão domiciliar, estes vêm expressos no artigo 318, sendo um total de 4 (quatro) requisitos. Eles não são cumulativos, logo, para que se tenha direito à prisão domiciliar, basta se enquadrar em apenas um deles, conforme comenta Choukr:

No mais, a lei renovada estabelece critérios não cumulativos, mas, sim, alternativos para a possibilidade do cumprimento da prisão preventiva de forma domiciliar. (2011, p. 99).

Para que se possa ter uma noção a respeito dos requisitos trazidos no presente artigo, são eles: ser maior de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (art.318, I, II, III e IV).

Porém, para que seja concedida esta possibilidade de cumprimento da prisão preventiva de forma domiciliar, o § único constante no artigo, deixa expresso que o juiz deverá exigir prova idônea para a comprovação do enquadramento em um dos critérios necessários.

Desta forma, no que tange às mudanças trazidas pela lei 12.403/11 com relação à prisão preventiva, aquelas analisadas no presente tópico foram às de maior relevância e repercussão em nosso ordenamento jurídico.

3.3 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A Lei 12.403/11 trouxe grandes alterações no que concerne às medidas cautelares alternativas à prisão. E fez isto, justamente com o objetivo de abolir a prisão como regra, tendo em vista que, com a ampliação do rol de medidas cautelares, a prisão preventiva se tornou subsidiária às medidas cautelares.

E podemos dizer que o objetivo da nova lei é realmente extinguir a prisão como regra, no momento em que começamos a analisar a primeira alteração no capítulo V do Título IX do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941, p. 01).

A presente lei alterou o nome do capítulo de “Da prisão administrativa” para “Das outras medidas cautelares”. Conforme já foi dito, as únicas formas de prisão cautelar mantidas pela nova lei foram a prisão preventiva e a prisão temporária.

Assim, o artigo 319, que trazia as causas da prisão administrativa, passou a tratar das medidas cautelares alternativas à prisão. Sua redação, agora, traz um rol com todas as medidas cautelares, alternativas à prisão, cabíveis.

Tal rol é composto por nove medidas alternativas à prisão, onde o magistrado deverá analisar o caso concreto para que possa estabelecer a medida mais adequada para determinada situação. De forma resumida, iremos discorrer sobre cada uma delas. (BRASIL, 1941, p. 01).

Iniciando, o artigo 319, inciso I, trata do comparecimento periódico em juízo, onde o magistrado pode determinar, por um certo prazo e seguindo algumas condições, o comparecimento em juízo do réu, para que este justifique suas atividades. Tal medida tem como objetivo evitar que o réu fuja ou se ausente por um longo período de tempo.

O inciso II, proíbe o acesso ou a frequência a determinados lugares. Tal proibição tem a intenção de afastar o acusado de locais que sejam propícios ao cometimento de novas infrações. Esta medida já encontrava-se presente em nosso ordenamento, no artigo 22, III, “c”, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Seguindo a mesma linha, o inciso III, proíbe que o réu mantenha contato com determinada pessoa. A presente proibição também já constava em nosso ordenamento jurídico, no artigo 22, III, “a” e “b”, da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006, p. 01).

O inciso IV, expressa proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução e proibição de ausentar-se do país. Neste inciso, pode-se entender que tem como objetivo evitar a fuga do réu, já que, normalmente, o réu somente não participa dos atos do processo quando encontra-se foragido.

O inciso V, expressa que, quando o acusado tiver residência e trabalho fixos, o magistrado poderá determinar o seu recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga. Desta forma, tal medida tem como objetivo manter o acusado em sua residência nos períodos em que não está ocupado trabalhando, a fim de que o mesmo não pratique delitos neste período de inatividade.

O inciso VI, dispõe: “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”. Assim, tem como finalidade evitar que pessoas que tenham praticado infrações ligadas às funções ou atividade econômica ou financeira, voltem a praticar novas infrações da mesma natureza.

O Inciso VII prevê a possibilidade de “Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração”.

Em sua obra, a respeito do presente inciso, Mendonça comenta que:

Em boa hora veio a nova disciplina. Como se entendia que não era possível a interdição provisória da pessoa que se encontrava em situação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, na prática decretava-se a prisão preventiva quando houvesse risco de continuidade delitiva. (2011, p. 451).

Portanto, agora há a possibilidade da interdição provisória quando inimputáveis e semi-imputáveis cometerem crimes com violência ou grave ameaça.

Porém, existe uma discussão sobre o que fazer caso seja decretada a internação de um réu e não haja vaga em estabelecimento público ou adequado.

A respeito disso Mendonça discorre da seguinte forma:

Difícil situação poderá ocorrer se não houver vaga em estabelecimento público ou em estabelecimento adequado. Se o réu se enquadrar no art. 318, inc. II, e se em razão da doença estiver extremamente debilitado, poderá ser concedida a prisão domiciliar, cumulada com tratamento ambulatorial. Porém, se o réu demonstrar que voltará a cometer delitos, a prisão domiciliar será insuficiente. O que fazer nesse caso? Em geral, a posição STJ é no sentido de que há constrangimento ilegal manter o réu em presídio comum em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na falta, submeter-se a tratamento ambulatorial. Embora este posicionamento seja correto para a generalidade dos casos, deve-se verificar que a internação provisória, como medida cautelar, é aplicável somente para crimes cometidos com violência ou grave ameaça, o que deve ser ponderado pelo magistrado (MENDONÇA, 2011, p. 276).

E continua:

Seria realmente temerário conceder liberdade a um agente inimputável que demonstre risco de voltar a cometer crimes. Esta questão já foi verificada pelo STJ, que, em caso de atentado violento ao pudor com violência presumida, entendeu que, embora houvesse falta de vagas em estabelecimento adequado, não seria possível a concessão simples de liberdade ao acusado inimputável, em razão da periculosidade do agente. Assim, talvez a única alternativa em casos de notória periculosidade do agente seja determinar que o réu fique em ala hospitalar do estabelecimento prisional, com tratamento adequado (seja no presídio ou em outro estabelecimento de saúde, devendo, neste caso, a Administração providenciar sua remoção para tratamento), até que se encontre vaga em local apropriado. Soltá-lo pura e simplesmente seria medida que atingiria drasticamente a sociedade, em detrimento do interesse público (MENDONÇA, 2011, p. 276).

Desta forma, ao observar que somente cabe internação provisória ao inimputável ou semi-imputável que pratica um crime com violência ou grave ameaça, resta claro que na ausência de vagas em estabelecimento público ou adequado, este não poderá simplesmente ser posto em liberdade, devendo a Administração Pública providenciar um local apropriado para a internação deste até que se encontre uma vaga em local adequado.

O inciso VIII trata da possibilidade do arbitramento de fiança. Tal inciso será comentado de forma mais ampla, devido ao fato de ser um dos principais pontos abordados pela Lei 12.403/2011.

A aplicação da fiança, já há algum tempo se encontrava defasada em nosso ordenamento jurídico. A Lei 12.403/11 trouxe grandes alterações com relação ao instituto da fiança, aumentando suas hipóteses de aplicação e também seu valor.

Em sua obra, Lopes Jr. (2011) conceitua fiança da seguinte forma:

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 aplicação 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 imputado.

Entretanto, Fauzi Hassan Choukr, tem um entendimento diverso sobre a natureza da fiança e, também, sobre a reforma trazida pela nova lei à respeito do assunto, discorrendo que:

Na reforma trazida com a Lei n. 12.403/2011, a fiança surge para “assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial” e foi buscada a revitalização dessa garantia do juízo (não mais considerada como contracautela) e sua adequação ao texto constitucional. (2011, p. 117).

E dá continuidade a sua análise, concluindo:

Assim, Scarance Fernandes afirma que “aquela posição anterior, que via a fiança como contracautela, era, de certa forma, resquício da premissa de a regra ser a prisão durante o processo, principalmente se se tratasse de manter detido o agente pilhado em flagrante, e que o raciocínio deve ser outro”. O pressuposto inicial é de que o réu, presumido inocente, deve ficar em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais. Assim, se antes a regra devia ser a permanência do réu em custódia provisória, hoje, em razão da presunção inicial de inocência, a regra deve ser a sua liberdade, que será cerceada em maior ou menos grau em consonância com critérios expressamente definidos pelo legislador, e em “hipóteses taxativamente previstas!, para concluir que “a fiança tem, portanto, natureza cautelar. Figura ela em uma escala de possíveis medidas cautelares, que substituem a prisão em flagrante, restringindo a liberdade. Impõem-se ao réu, para que fique ou permaneça livre, o pagamento de determinada importância em dinheiro e outros ônus processuais”. (CHOUKR, 2011, p.117 apud SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 155).

Portanto, podemos observar uma divergência no que tange à natureza e a finalidade da fiança, restaurada em nosso ordenamento jurídico pela nova lei. Tendo em vista, alguns autores entenderem que ela tem natureza de contracautela, e, outros, entenderem que a fiança tem natureza cautelar.

Com estas modificações trazidas, o instituto da fiança aumentou seu campo de atuação, podendo atuar em dois aspectos. Desta forma, a fiança poderá ser aplicada como condição à concessão da liberdade provisória e, como uma das medidas cautelares alternativas à prisão, presentes no art. 319. (LOPES Jr., 2011, p.179).

A nova redação do art. 322, dispõe que somente poderá ser concedida fiança pela autoridade policial quando a pena privativa de liberdade máxima da infração cometida não seja superior a 4 (quatro) anos.

Sendo assim, caso a pena seja maior, tal arbitramento somente poderá ocorrer por meio de determinação judicial. Além disso, ainda poderá vir cumulada com outras medidas cautelares, já que, conforme já dito, a fiança está expressa no rol de medidas cautelares do art. 319 do CPP.

Nos casos em que a autoridade policial se recusar ou se omitir a arbitrar fiança, de acordo com o art. 335 do CPP “o preso, ou alguém por ele, poderá prestar a fiança, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito horas)”.

Assim, caso ocorra tal recusa ou omissão, basta simples petição endereçada ao juiz competente, prestando a fiança. Tal petição será analisada em no máximo 48 (quarenta e oito horas) pelo magistrado.

No tocante a nova redação do art. 322, importante observar que, sempre que uma medida ou sanção tem sua aplicabilidade ligada a determinado limite de pena máxima, surge à discussão sobre como proceder nos casos em que ocorre o concurso de crimes e também sobre as causas de aumento de pena.

No que concerne a este fato, Pereira discorre que a possibilidade de concessão da fiança deve se basear, por analogia, na Súmula 243 do STJ, que assim dispõe:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso matéria, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja, pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

Ainda comenta Pereira que, nos casos de crimes tentados, é o redutor mínimo que deverá ser levado em conta. Quanto às agravantes, comenta que elas não podem elevar a pena acima do máximo e desta forma podem ser desconsideradas no presente tema.

Com relação às hipóteses de aplicação da fiança, estas foram aumentadas pela nova lei, por este motivo, em seus artigos 323 e 324 estão expressos os casos em que não será admitida fiança, bem como os crimes infiançáveis.

Nos casos de liberdade provisória mediante fiança, de acordo com o art. 334, esta poderá ser prestada a qualquer momento, até o trânsito em julgado. Vale lembrar que o afiançado tem obrigações, que estão expressas nos artigos 327 e 328 do CPP.

Caso o réu descumpra qualquer dessas obrigações que lhe são impostas, ocorrerá a quebra da fiança. O artigo 341 traz os casos em que a fiança será considerada quebrada. Nesses casos, o réu terá sua liberdade provisória revogada.

Poderá também ocorrer a perda da fiança, de acordo com o art. 344, quando, se condenado, o réu não se apresentar à prisão. Bonfim discorre que:

A apresentação não precisa ser espontânea, bastando que o réu não se oculte e não resista nem dificulte a prisão. A sanção não ocorrerá, por óbvio, se a pena a cumprir não implicar recolhimento à prisão. Frise-se que, perda a fiança e deduzido o valor relativo às custas processuais, à indenização obtida pela vítima em ação civil *ex delicto* e o montante correspondente à pena de multa (art. 336 do CPP), o saldo remanescente será recolhido, após o advento da Lei n. 12.403/2011, ao Fundo Penitenciário, na forma da lei (art. 345 do CPP). (2011, p. 104).

A nova lei alterou os valores da fiança, sendo agora de 1 a 100 salários mínimos quando a infração for punida com pena máxima privativa de liberdade, não superior a 4 anos. E de 10 a 200 salários mínimos, quando a infração for punida com pena privativa de liberdade superior a 4 anos. (art. 325 do CPP).

À respeito dos novos valores do instituto da fiança, Lopes Jr. aduz que:

A Lei 12.403/2011 revitalizou a fiança e, principalmente, estabeleceu um vasto campo de aplicação e a possibilidade de fixação de valores elevados, suficientes para, à luz da gravidade do crime e das condições econômicas do imputado, minimizar os riscos de fuga. Valores elevados não apenas desestimulam a fuga, mas, principalmente, criam uma situação econômica completamente desfavorável, dificultando muito que o imputado tenha condições financeiras para fugir e se manter assim por longos períodos. (2011, p. 181).

Vale lembrar que o juiz poderá dispensar o réu de prestar a fiança, quando verificar a situação econômica do réu e o mesmo não tiver condições de prestá-la, de acordo com a interpretação da nova redação conferida ao artigo 350 do CPP. Com relação a esta dispensa, Bonfim (2013, p. 136) comenta que:

O benefício constitui mera faculdade conferida ao juiz, não bastando a comprovação da pobreza para que surja direito subjetivo à liberdade provisória sem fiança.

Desta forma, conclui-se que esta possibilidade de dispensa da prestação da fiança é facultada ao juiz, e não obrigatória. Assim, mesmo que comprovada a pobreza do réu, o magistrado poderá arbitrar fiança.

Vale comentar que, de acordo com o art. 581, V, do CPP, caberá recurso em sentido estrito da decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança.

Para finalizar as medidas cautelares alternativas à prisão, o inciso IX traz a possibilidade da monitoração eletrônica do acusado.

De acordo com Andrey Borges de Mendonça o monitoramento eletrônico do acusado “consiste na utilização de dispositivo não ostensivo, afixado ao corpo da pessoa, que indique, à distância, permanentemente a localização geográfica do agente, permitindo o controle judicial de seus atos fora da prisão”. (2011, p. 459)

Retornando a análise a respeito das mudanças trazidas pela nova lei, este capítulo foi um ponto de grande inovação desta, sendo também elogiado por grande parte da doutrina, como aponta Lopes Jr.:

Sem dúvida a maior inovação da Lei 12.403/2011, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente. (2011, p. 135).

Em sua obra, Bonfim (2011, p. 20) compartilha da mesma opinião ao comentar “Todavia, a novidade da Lei n. 12.403 de 4 de maio de 2011, fica por conta das *medidas cautelares pessoais*, também chamadas de, *medida cautelares subjetivas*”.

Desta forma, pode-se observar que tal inovação agradou, de certa forma, nossos doutrinadores, tendo em vista que, agora, devido a ampliação das medidas cautelares alternativas à prisão, passaremos a utilizar a prisão preventiva somente como última opção.

Partindo para os requisitos necessários à aplicação de tais medidas, é importante lembrar que tais medidas surgem para substituir a prisão preventiva. Logo, para que

possam ser aplicadas, devem estar presentes os requisitos da prisão preventiva. Conforme aduz Bonfim:

As medidas cautelares, sendo verdadeiramente excepcionais, devem ser impostas somente quando preenchidos alguns requisitos imprescindíveis à sua decretação: o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis* (2013, p. 136).

E Lopes Jr. (2011, p. 135), seguindo a mesma linha de raciocínio completa ao dizer que a medida alternativa deverá ser utilizada somente quando for cabível a prisão preventiva, mas, levando em conta o princípio da proporcionalidade, não há a necessidade de se decretar a mesma.

Continua, ainda, alertando, ao dizer que “É importante compreender que as medidas do art. 319 têm caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos”. (2011, p. 135).

Isto posto, os requisitos necessários para que possam ser utilizadas as medidas alternativas, são os mesmos da prisão preventiva. Devendo o magistrado, ao analisar o caso concreto, levar em conta o princípio da proporcionalidade. Se for possível a substituição, o magistrado deverá fazê-la, tendo em vista, elas terem surgido com esta exata finalidade.

Quanto a provocação da determinação das medidas alternativas, Choukr discorre que:

No caso de a medida ser oriunda de uma precautela (prisão em flagrante) a dizer na investigação criminal, em que estejam presentes os critérios determinantes da prisão preventiva, as medidas alternativas somente podem ser provadas pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, vedada a atuação do assistente para esta quadra da persecução, mesmo porque inexistente aí a figura da assistência (2011, p.107)

E completa:

Já no curso da ação penal, a postulação é tarefa do titular da ação penal, cabível a decretação de ofício, mas interdita a autoridade policial, ao querelante ou ao assistente, que poderão interferir em outro cenário das medidas cautelares, mas não na provocação inicial. (2011, p. 108).

Portanto, a legitimidade para provocar as medidas cautelares são as mesmas da prisão preventiva, ou seja, na fase de investigação, ela só poderá ser provocada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, sendo vedada a atuação de ofício do juiz. Já no curso da ação penal, ela poderá ser decretada de ofício pelo juiz ou pela provocação do titular da ação, que seria o MP.

No que diz respeito às críticas às medidas cautelares alternativas à prisão, alguns autores comentam sobre um problema já discutido em relação à prisão preventiva e que a nova lei, além de não se manifestar sobre ele, ainda acabou estendendo-o às medidas alternativas, qual seja, a falta de prazo máximo de duração de ambas.

Este o entendimento de Lopes Jr.:

Novamente criticamos a falta de prazo máximo de duração das cautelares diversas, a exemplo da prisão preventiva, o que gerará graves abusos. Caberá ao juiz observar o caráter situacional e, quando não se fizer mais necessária (e/ou) proporcional a medida, substituí-la por outra menos onerosa ou mesmo revogá-la por inteiro. (2011, p. 137).

Conforme já comentamos, a falta de prazo máximo da prisão preventiva e, agora, também das medidas alternativas é um ponto um tanto controverso, tendo em vista alguns doutrinadores entenderem que esta falta de limite pode vir a gerar alguns abusos.

O ilustre Aury Lopes Jr., ainda sobre as novas medidas, em sua obra discorre que “o maior temor é que tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle”.

E finaliza seu raciocínio ao explicar:

O problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade penal e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar (até pela desnecessidade), passem a ser objeto de intensa incidência de restrições. O que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual. (LOPES Jr., 2011, p. 137).

Analisando tal raciocínio, é de se levar em conta que tal temor pode realmente ter fundamento. Se considerarmos que a prisão, que deveria ser usada como exceção em nosso ordenamento jurídico, de acordo com nossa Carta Magna, era usada como regra na grande maioria dos casos.

Imaginemos tais medidas alternativas à prisão, que são muito menos burocráticas de serem aplicadas, dependendo de quem as interpreta. É realmente possível que comecem a surgir casos em que elas não sejam cabíveis, porém mesmo assim sejam aplicadas. Desta forma, o que nos resta é aguardar e torcer para que isto não aconteça.

Finalizando, e reforçando que o objetivo da Lei 12.403/11 ao ampliar o rol das medidas cautelares, era fazer com que a prisão preventiva somente seja utilizada em último caso, Marques (2011) nos lembra que “as novas medidas cautelares têm preferência sobre a decretação da prisão preventiva”.

3.4 LIBERDADE PROVISÓRIA

Com o advento da nova lei, o artigo 321 do CPP sofreu alterações, e vem expressamente tratando da liberdade provisória, dispondo sua nova redação da seguinte forma ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do artigo 282 deste Código.

Sendo assim, caso seja o acusado preso em flagrante, e o juiz verifique não haver os requisitos necessários para a conversão em prisão preventiva, ao acusado deverá ser concedida a liberdade provisória, que poderá ser com ou sem fiança.

E, caso estejam presentes os requisitos, mas seja possível decretar uma medida cautelar alternativa, a liberdade provisória será decretada cumulada à uma ou mais medidas.

Porém, vale novamente lembrar que a concessão da liberdade provisória decorrente da prisão em flagrante somente irá ocorrer quando o flagrante for legal. Caso o flagrante seja ilegal, caberá o relaxamento.

Nesse sentido, Bonfim discorre que:

A liberdade provisória é o instituto que substitui a prisão decorrente de flagrante legal. A liberdade provisória aplica-se para atenuar tanto a prisão já decretada (atual) quanto aquela que poderia ser decretada (iminente), em cediça lição de Mirabete. Existe com ou sem a imposição de fiança, caracterizando-se por ser limitada – pois se impõem condições à sua manutenção – e precária – pois é passível de revogação, em caso de descumprimento das obrigações impostas com sua concessão. (2011, p. 93).

Portanto, observa-se que a liberdade provisória não é uma liberdade absoluta concedida ao acusado. Para que ela seja mantida, o réu deve obedecer às obrigações impostas com a sua concessão. Caso venha a descumprir alguma das obrigações, a liberdade provisória poderá ser revogada.

No que concerne à cumulação da liberdade provisória com outras medidas cautelares, já começa a ocorrer certa discordância na doutrina. Manifestando-se em sua obra, Lopes Jr aduz que:

Com a Lei 12.403/2011, obteve-se um sistema cautelar polimorfo, com diferentes instrumentos e possibilidade jurídicas do tratamento do regime de liberdade provisória.

Assim, tem a opinião de que é possível que, juntamente com a liberdade provisória, sejam cumuladas as medidas cautelares constantes no art. 319, e também com a fiança, nos casos em que esta for arbitrada.

Entretanto, Choukr se manifesta de forma diferente ao comentar da seguinte maneira:

Em todas essas hipóteses, somente com as condições cautelares a prisão seria substituída pelas medidas alternativas do art. 319, respeitadas as premissas dos incs. I e II do art. 282. Ao tratar da liberdade provisória de forma individualizada, pode-se concluir que as medidas cautelares do art. 319, ditas “diversas da prisão”, têm vida autônoma, porquanto podem ser atuadas mesmo quando inexistentes os requisitos da prisão preventiva. (2011, p. 121).

E, finalizando sua análise, critica:

A redação renovada parece-nos sujeita à devida revisão interpretativa por meio de mecanismos de controle de constitucionalidade, posto que a ausência da necessidade de constrição cautelar da prisão viria a desautorizar a imposição de qualquer medida alternativa. (2011, p. 121).

Importante analisar a redação do artigo 321, já citada neste tópico, que frisa o fato de que o juiz poderá impor as medidas alternativas, observando o critério do artigo 282.

Isto posto, Pereira discorre em seu artigo que:

Resta claro que as medidas cautelares tem seus requisitos delineados no artigo 282 do Código de Processo Penal, sendo completamente independentes dos requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do mesmo código.

Desta forma, se faz clara a possibilidade de cumular a liberdade provisória com outras medidas cautelares. Entretanto, nota-se que poderá surgir divergências doutrinárias sobre o presente assunto.

Para finalizar, vale comentar que, de acordo com o art. 581, V, do CPP é cabível recurso em sentido estrito da decisão que conceder liberdade provisória.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente obra, buscou-se analisar a constitucionalidade das prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista ser esta uma discussão antiga entre os doutrinadores brasileiros. Tal análise foi feita comparando os dispositivos legais trazidos pelo Código de Processo Penal de 1941 e as alterações feitas neste pela Lei nº 12.403/2011.

A referida lei foi elaborada com o objetivo de reformar alguns dispositivos do Código de Processo Penal, referentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e ainda acrescentar algumas medidas cautelares alternativas à prisão, tendo seu projeto ficado em discussão durante dez anos no Congresso Nacional.

Tal reforma se deu pelo fato de nosso Código de Processo Penal encontrar-se desatualizado em alguns pontos, tendo em vista ter sido concebido em 1941. Mas, além da desatualização, pode-se dizer que a principal causa desta renovação foi à imensa discussão que ocorria entre os doutrinadores a respeito da constitucionalidade das prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico.

Conforme comentado anteriormente, a discussão sobre a constitucionalidade de tais prisões ocorria pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro adotar a prisão como medida de exceção, levando-se em conta o princípio constitucional da presunção de inocência, expresso no artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro, com o passar do tempo, acabou por utilizar as prisões cautelares como regra em determinados casos, passando a liberdade do indivíduo a ser uma exceção. Assim, começou a grande discussão sobre as prisões cautelares serem inconstitucionais.

Para tentar solucionar este problema, foi criada a Lei nº 12.403/2011, com o escopo de atualizar o Código de Processo Penal brasileiro, no que diz respeito às prisões cautelares e à liberdade provisória.

A primeira grande mudança se deu no nome do Título IX do CPP, que deixou de ser “Da Prisão e da Liberdade Provisória” e passou a ser “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

Em um primeiro momento, ao analisar a mudança do título, é possível observar que agora existe um meio termo entre prisão e liberdade, qual seja, as medidas cautelares.

No que diz respeito à prisão em flagrante, esta deixou de ser uma medida cautelar, tornando-se pré-cautelar. De acordo com a nova lei, a prisão em flagrante não tem mais o poder de manter o acusado preso, devendo o magistrado convertê-la em prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, de acordo com o caso concreto.

Além disso, a nova lei adequou constitucionalmente as hipótese de prisão cautelar, existindo agora somente a prisão preventiva e a prisão temporária,

Com esta adequação, foram excluídas do sistema processual penal brasileiro a prisão para apelar, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão da sentença de pronúncia e a prisão administrativa.

Observando estas mudanças com relação às hipóteses de prisões cautelares, é possível observar que a Lei nº 12.403/2011 surge para que tais prisões somente sejam utilizadas em caso de extrema necessidade.

Para alcançar este objetivo, a maior inovação foi a criação das medidas cautelares diversas da prisão. Estas medidas surgem com o objetivo de abolir o costume da utilização das prisões cautelares como regra.

Agora, o capítulo V do título IX do Código de Processo Penal denomina-se “Das Outras Medidas Cautelares”, onde consta em seu artigo 319 o rol das medidas cautelares diversas da prisão, que são 9 (nove) no total.

Dentre as presentes medidas, destaca-se a revitalização do instituto da fiança, que se encontrava defasado em nosso ordenamento jurídico. Com a lei de 2011, aumentaram as hipóteses de arbitramento da fiança, assim como seu valor.

Desta forma, com a quantidade de medidas cautelares alternativas à prisão, o magistrado deverá analisar primeiramente se alguma das medidas é cabível, antes de verificar se é cabível a decretação da prisão cautelar do acusado.

Por fim, de acordo com esta análise, pode-se dizer que o grande objetivo da Lei nº 12.403/2011 é oferecer alternativas à prisão cautelar mais adequadas ao caso concreto. E que, também, seja usada como instrumento para atender aos princípios e direitos fundamentais expressos e implícitos em nossa Constituição Federal de 1988. Porém, somente com o passar do tempo será possível analisar se as presentes alternativas serão utilizadas, e, a presente lei, respeitada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Code Napoleônico de 1808. Um Ilustre Desconhecido**. In: Código de Instrução Criminal Francês de 1808. Curitiba: Juruá, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 2003.

BENTO, Cristina Onorato Miguel **A Inconstitucionalidade da prisão preventivomotivada na ordem pública**. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/CristianaOnoratoMiguelBento.pdf> acesso em: 12 jul 2016.

BEZERRA, Raquel Tiago. **Limite do Princípio da Presunção de Inocência: sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades**. Universidade Federal da Bahia. 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Alexandre Wunderlich(coordenador).Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional do Trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Amauri Mascaro Nascimento**. Rio de Janeiro LTR, 1991. V,1.

SLAIB FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos**

para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva; 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido Processo Legal Substancial**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21 de Julho de 2016.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória**: medida de exceção no direito criminal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2006.

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

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

PEREIRA, Marcelo Matias. **Comentários à lei das prisões (Lei nº 12.403/2011)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2890, 31 maio 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19229>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

PEREIRA, Marcelo Matias. **Comentários à lei das prisões (Lei nº 12.403/2011)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2890, 31 maio 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19229>>. Acesso em: 7 ago. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. SLAIB FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Lara Cíntia De Oliveira. Medida Cautelar. Antecipação de Tutela. Medida Cautelar Preparatória. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10174>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.


LUIZ GUSTAVO DE OLIVEIRA SANTOS AOKI - Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Doutorando em direito na Escola de Direito da Alfa Educação - UNIALFA e FADISP. Mestre em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Professor Assistente de Direito Penal e Processo Penal da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP COGEAE. Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado do Tocantins.

LHAIS NAVARRO HAMID - Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestranda em Função Social do Direito na Escola de Direito da Alfa Educação - UNIALFA e FADISP. Ex-Delegada de Polícia de São Paulo. Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo.

Prisões Cautelares


 www.atenaeditora.com.br


 contato@atenaeditora.com.br


 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)


 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Prisões Cautelares

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 www.facebook.com/atenaeditora.com.br