



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
EDUARDO BOZZELO DOS SANTOS

**AS ALTERAÇÕES CAUSADAS PELA LEI 12.403/11 NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: SENTIMENTO DE IMPUNIDADE OU EFETIVIDADE
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Araranguá
2013

EDUARDO BOZZELO DOS SANTOS

**AS ALTERAÇÕES CAUSADAS PELA LEI 12.403/11 NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: SENTIMENTO DE IMPUNIDADE OU EFETIVIDADE
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

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

Orientador: Prof. Diego Archer de Haro.

Araranguá

2013

EDUARDO BOZZELO DOS SANTOS

**AS ALTERAÇÕES CAUSADAS PELA LEI 12.403/11 NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: SENTIMENTO DE IMPUNIDADE OU EFETIVIDADE
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

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

Araranguá, 11 de junho de 2013.

Professor e orientador Diego Archer de Haro, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fátima Hassan Caldeira, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Geraldo Machado Cota Junior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes da minha vida, minha família. Nestas três pessoas encontro a materialização da coisa mais importante que existe, pois são, para mim, a força que encontro para ser feliz.

AGRADECIMENTOS

Acima de todos os agradecimentos, a Deus pela vida e pelas bênçãos.

O agradecimento principal é para minha família, onde extraio força diária de luta.

Aos meus pais, agradeço e digo que conseguiram reunir a perfeita descrição e significado de o que é ser pai e mãe. Tudo que um pai e uma mãe precisam ser, encontro em vocês. Para todas as dúvidas que me deparei, nos seus exemplos achei a resposta de como agir.

Quero, um dia, retribuir, sendo para os seus netos, no mínimo, metade do que são para mim.

Ao meu pai, Álvaro, a quem muito me ensinou, e, que mesmo sem conseguir pronunciar uma palavra em público, me ensinou a externar minha opinião para quem quer que seja. E que, nele encontro o exemplo de caráter e amor à família que todo homem deve ter.

A minha mãe, Kátia, a quem tudo devo. Por sua renúncia, sacrifício e amor, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade. Por ter me ensinado a honestidade que guiará toda minha vida.

A minha irmã, Maria Paula, que diariamente comprova que ser irmão não é apenas ter a mesma mãe e o mesmo pai, mostra que ser irmão é ter amizade, amor e preocupação um com o outro, mostra que só temos felicidade, quando o outro também tem.

A minha namorada e amiga, Juliana, pelo apoio e companheirismo nos últimos dois anos de universidade.

Aos grandes colegas Carlos e Bruna, pelos cinco anos de amizade e mútuo auxílio.

A todos os outros colegas que foram presentes nestes cinco anos, pois com lições boas ou ruins, me ensinaram como agir ou como abster-me.

A professora Fátima Hassan Caldeira, pela grande ajuda neste último ano de faculdade.

Aos professores destes dez semestres, principalmente, o professor Diego Archer de Haro pela orientação neste estudo.

“Se tivesse acreditado na minha brincadeira de dizer verdades, teria ouvido verdades que insisto em dizer brincando. Falei muitas vezes como um palhaço, mas jamais duvidei da sinceridade da plateia que sorria.” (Charles Chaplin).

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a análise da lei 12.403/11. Esta análise será feita adotando dois prismas. Um ponto de vista sobre esta lei é no que tange a efetividade do princípio constitucional da presunção de inocência, e outro é o do sentimento de impunidade que a lei pode trazer. Temos como objetivo confrontar estes dois pontos de vista e descobrir qual deles é mais adequado ao sistema jurídico nacional. Ou seja, se esta lei contribuiu mais com o sentimento de impunidade ou com a efetividade do princípio da presunção de inocência. Para a integral realização deste trabalho, será utilizada a pesquisa documental indireta, e bibliográfica, utilizando o método exploratório e indutivo. Após explicados todos os aspectos formadores deste trabalho, passando desde a origem da sociedade e necessidade das penas para uma vida em coletividade, até uma explicação analítica sobre a lei 12.403/11, com suas medidas cautelares a todas as peculiaridades da prisão cautelar/preventiva. Após explanados os elementos caracterizadores deste trabalho, partiremos para a explicação da questão problema deste trabalho, ou seja, explicaremos o sentimento de impunidade e a presunção de inocência, para aí então, chegarmos às devidas conclusões, mostrando que o princípio constitucional, construídos através de séculos de experiências é mais importante para a evolução jurídica que o sentimento de impunidade que ela pode trazer. Sendo que, se houver um sentimento de impunidade que tenha sido ensejado por esta lei, é mínimo, pois a alteração foi feita apenas para crimes com penas não superiores a quatro anos.

Palavras-chave: Prisão-preventiva. Sentimento de impunidade. Presunção de inocência.

ABSTRACT

The present study has as object the analysis of the Law 12.403/11. This analysis will be made by adopting two prisms. A view on this law is regarding the effectiveness of the constitutional principle of presumption of innocence, and another is the sense of impunity that the law can bring. We have the objective to confront these two points of view and find which one is best suited to the national legal system. That is, if this law contributed more with the feeling of impunity or the effectiveness of the principle of presumption of innocence. To the complete realization of this work it will be used indirect documental and bibliographical research, using the exploratory and inductive method. After the explanation of all the aspects of this work, from the origin of society and the need of penalties to a life in community, till an analytical explanation on the law 12.403/11, with its precautionary measures all peculiarities of precautionary/preventive prison. After explained the elements that characterize this work, looking forward the explanation of the matter problem of this work, that is, explain the sense of impunity and the presumption of innocence, then, we come to the proper conclusion, showing that the constitutional principle, built through centuries of experience is more important to the legal developments that the sense of impunity that it can bring. And, if there is a sense of impunity that has been created by this law, it is minimal, because the change was made only for crimes with sentences of no more than four years.

Key words: Preventive prison. Impunity sense. Presumption of innocence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DA PRISÃO	13
2.1	ORIGEM DA PRISÃO.....	13
2.2	CONCEITO	16
2.2.1	Prisão penal.....	17
2.2.1.1	Prisão pena.....	17
2.2.1.2	Prisão sem pena	18
2.2.2	Prisão extrapenal.....	18
2.3	PRISÕES CAUTELARES EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	19
2.3.1	Prisão em flagrante	20
2.3.1.1	Procedimento e natureza jurídica	21
2.3.1.2	Sujeito ativo da prisão em flagrante	22
2.3.1.3	Espécies de flagrante	22
2.3.1.3.1	<i>Flagrante próprio/real.....</i>	22
2.3.1.3.2	<i>Flagrante impróprio/quase flagrante</i>	23
2.3.1.3.3	<i>Flagrante presumido/ficto</i>	23
2.3.1.3.4	<i>Flagrante esperado.....</i>	24
2.3.1.3.5	<i>Flagrante preparado/provocado</i>	24
2.3.1.3.6	<i>Flagrante protelado/retardado.....</i>	25
2.3.1.3.7	<i>Flagrante forjado.....</i>	25
2.3.2	Prisão temporária.....	26
2.3.2.1	Quem pode decretar e prazos	26
2.3.2.2	Hipóteses de admissão da prisão temporária.....	27
2.3.3	Prisão preventiva.....	28
3	DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS / MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO INSTITUÍDAS PELA LEI 12.403/11	29
3.1	COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES;.....	31

3.2	PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO PERMANECER DISTANTE DESSES LOCAIS PARA EVITAR O RISCO DE NOVAS INFRAÇÕES;	32
3.3	PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS COM O FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DESTANTE;	34
3.4	PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO;	34
3.5	RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS; (À SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM OS ALBERGADOS);	35
3.6	SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA, QUANDO HOUVER JUSTO RECEIO DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS;.....	36
3.7	INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL (ART. 26 DO CÓDIGO PENAL) E HOUVER RISCO DE REITERAÇÃO;	37
3.8	FIANÇA, NAS INFRAÇÕES QUE ADMITEM, PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO A ATOS DO PROCESSO, EVITAR A OBSTRUÇÃO DO SEU ANDAMENTO OU EM CASO DE RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA À ORDEM JUDICIAL;	37
3.9	MONITORAÇÃO ELETRÔNICA;	39
3.10	PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS (ART. 320)	40
4	PRISÃO PREVENTIVA – ANÁLISE ANTERIOR E POSTERIOR À LEI 12.403/11	
	41	
4.1	CONCEITUAÇÃO E NOÇÕES.....	41
4.2	PRESSUPOSTOS	42
4.2.1	A prova da existência do crime	43

4.2.2	Indícios suficientes da autoria.....	44
4.3	HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO	44
4.3.1	Garantia da ordem pública	45
4.3.2	Conveniência de instrução criminal	46
4.3.3	Assegurar a aplicação da lei penal.....	46
4.3.4	Garantia da ordem econômica	47
4.3.5	Em caso de descumprimento de medidas cautelares	48
4.4	REQUERIMENTO E DECRETAÇÃO.....	48
4.5	CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE / HIPÓTESES LEGAIS.....	51
4.5.1	Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos;.....	52
4.5.2	Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 do CP;	52
4.5.3	Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;.....	53
4.5.4	Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa;	54
4.6	MODALIDADES DE PRISÃO PREVENTIVA.....	54
4.6.1	Autônoma.....	54
4.6.2	Decorrente da conversão do flagrante.....	54
4.6.3	Substituindo medida cautelar	55
4.7	APLICABILIDADE NAS CONTRAVENÇÕES	55
5	SENTIMENTO DE IMPUNIDADE X PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	56
5.1	SENTIMENTO DE IMPUNIDADE	56
5.2	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	59
5.3	CONFRONTAÇÃO.....	61
6	CONCLUSÃO.....	64
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste trabalho de conclusão de curso, será uma análise do ordenamento jurídico brasileiro após a entrada em vigor da Lei 12.403/11, com ênfase na prisão preventiva, que foi alvo de maiores alterações, merecendo, portanto, atenção maior.

Depois de alicerçadas as noções propostas pela Lei em questão, confrontar-se-á o sentimento de impunidade que esta Lei pode gerar, com a efetiva aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Portanto, o objetivo deste trabalho, é analisar a Lei e as suas consequências no cotidiano. E a partir deste momento, buscar saber se o princípio da presunção de inocência está sendo verdadeiramente aplicado no dia-a-dia jurídico, ou se o sentimento de impunidade da população faz com que a justiça entre em descrédito.

É de fundamental importância citar alguns incisos de nossa Carta Magna, que tem relação direta com o presente trabalho. Pois, segundo o inciso LIV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, CRFB, 2012).

Continuando, citamos o inciso LVII, do mesmo dispositivo: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, CRFB, 2012).

E para finalizar, inciso LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” (BRASIL, CRFB, 2012).

Sendo assim, o alvo desta pesquisa é comparar as prisões anteriormente e posteriormente à entrada em vigor da Lei 12.403/11.

Desta forma, para a plena realização deste, será utilizada a pesquisa documental indireta, e bibliográfica, utilizando o método exploratório e indutivo.

O presente trabalho será iniciado, tratando da prisão. Desde os primórdios da vida em sociedade, período no qual foram estabelecidas as primeiras regras para a manutenção da vida em sociedade, e conseqüentemente, as punições para quem descumprisse estas regras. Surgindo então as primeiras punições, e até chegar ao atual modo de penas privativas de liberdade (que serão as mais estudadas neste trabalho). Após, será feita a devida conceituação

da prisão, e os tipos de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, e com breve citação das prisões provenientes da esfera cível. No terceiro capítulo, a prisão preventiva, que foi a mais alterada pela Lei 12.403/11, será esmiuçada e pormenorizada. Logo após, serão citadas as medidas cautelares adotadas nesta mesma Lei. E para finalizar, haverá o confronto do sentimento de impunidade e a efetividade da presunção de inocência.

2 DA PRISÃO

A edição deste capítulo é de fundamental importância para apresentação dos tipos de prisão, tanto prisões decorrentes de sentenças condenatórias transitadas em julgado, como as cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Diante das inovações propostas pela Lei 12.403/11, torna-se necessário frisar as prisões que foram mantidas e as que excluídas do nosso ordenamento jurídico. De forma sintética, elas serão analisadas, desde as suas origens, conceituação, e especificidades.

As prisões são divididas em espécies: Prisão-pena e prisão sem pena. Mais a frente, a conceituação será bem explicitada, porém, de forma sintética e necessária para o decorrer até o citado momento, esclarecemos que prisão pena é a decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado; já a prisão sem pena – que será esmiuçada neste trabalho – é a prisão de natureza processual, ou também denominada de prisão cautelar.

2.1 ORIGEM DA PRISÃO

A origem da prisão remonta os mais remotos tempos. Antes de chegarmos ao instituto da prisão, atemo-nos em tempos tão longínquos quanto.

Em uma explicação superficial, o Estado, em si, nasceu dos antigos clãs, ou tribos; logo após as evoluções das famílias. Chegando até as civilizações romanas e as civilizações gregas, também conhecidas como *polis*. Passando, inclusive, pelas épocas feudais, nas quais o feudo era uma espécie de Estado, e o senhor feudal era uma espécie de Rei, de Imperador.

Ratificando o escrito acima, Rousseau escreve sobre as primeiras formas de sociedade:

É a família, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas, o chefe é a imagem do pai, o povo a dos filhos, e todos, tendo nascidos iguais e livres, só alienam sua liberdade em proveito próprio. A diferença toda está em que, na família, o amor do pai pelos filhos compensa dos cuidados que lhes dedica, enquanto no Estado o prazer de comandar supre esse amor que o chefe não tem por seus povos. (1996, p. 10).

Ao longo da evolução histórica, o ser humano notou que, para garantir a sua sobrevivência e a de seus semelhantes, a melhor opção seria unir as forças em uma forma de cooperação, com a devida separação de responsabilidades em uma mesma tribo. De bom tom citar explicação de Gomes:

O homem, ao longo de sua evolução, descobriu que tinha uma melhor garantia da sobrevivência quando estabelecia formas de cooperação e divisão de tarefas entre os membros do grupo. Quando trabalhavam juntos, conseguiam, por exemplo, caçar animais de grande porte ou construir abrigos em menor tempo. Segundo alguns historiadores, nestas sociedades, onde o trabalho em grupo foi desenvolvido; existia uma divisão do trabalho de acordo com o sexo e idade. Os homens jovens caçavam; as mulheres e idosos faziam a maior parte das coletas e cuidavam das crianças. (2009).

Prosseguindo com a breve explicação sobre os primórdios da vida em sociedade, Locke ensina em uma de suas obras, que o povo renuncia a uma parcela de sua liberdade em favor do Estado para poder viver com alguns privilégios, destacamos:

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade. (1994, p. 157).

Neste mesmo sentido, Beccaria (2001) afirma que, o cansaço de viver com medo de encontrar inimigos por toda parte, tornava a liberdade sem sentido, pois nada podia fazer sem temores. Então resolveu sacrificar parcela de liberdade, em nome da formação de uma sociedade com um eleito como soberano para administrar a parcela que cada um cedeu em nome deste Estado.

O sacrifício do ser humano em sua liberdade para poder viver sob a tutela e resguardo de um Estado, foi evidenciado de várias formas.

Uma das formas que destacamos, é a de viver sob uma série de regras que definem e mantêm o bom convívio entre todos. Para se viver em sociedade, hão de ser respeitados valores em comum a todos os participantes desta comunidade. Em cada sociedade são estabelecidas normas morais, que são constituídas pelo senso comum do *homo medio*.

É impossível a vida em sociedade com individualismo, são ideias antagônicas, pois o conceito de sociedade é diametralmente oposto a isso. Viver em sociedade é viver coletivamente, sabendo respeitar os limites da liberdade de terceiros. Quando não há respeito a essa liberdade, ou o integrante da sociedade age disforme à coletividade, sanções hão de ser

aplicadas como forma de reeducação e punição, servindo de exemplo para que ninguém mais o faça.

Neste sentido, Locke destaca:

Para que se possa impedir todos os homens de violar os direitos do outro e de se prejudicar entre si, e para fazer respeitar o direito natural que ordena a paz e a “conservação da humanidade”, cabe a cada um, neste estado, assegurar a “execução” da lei da natureza, o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações. Pois de nada valeria a lei da natureza, assim como todas as outras leis que dizem respeito aos homens neste mundo, se não houvesse ninguém que, no estado de natureza, tivesse poder para executar essa lei e assim preservar o inocente e refrear os transgressores. E se qualquer um no estado de natureza pode punir o outro por qualquer mal que ele tenha cometido, todos podem fazer o mesmo. Pois nesse estado de perfeita igualdade, onde naturalmente não há superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, o que um pode fazer para garantir essa lei, todos devem ter o direito de fazê-lo. (1994, p. 85).

Ou seja, nestas linhas percebemos que, caso exista descumprimento da norma da sociedade, há necessidade de o Estado punir, tendo como objetivo impedir que os homens violem os direitos de terceiros novamente. É neste momento que começamos a perceber as penas em nossa sociedade, que nada mais são, que formas de punir e servir de exemplo para todos, mostrando que, se o ato for repetido, a mesma sanção será aplicada ao infrator.

Antes de chegar até a pena de prisão (privativa de liberdade), punindo o infrator com reclusão, é importante mencionar o monarca Hamurabi, que comandou a Mesopotâmia entre os séculos XVIII e XVII a.C.. Para manter o poder em seu território, utilizou-se da mesma essência da Lei de Talião, que pregava o “olho por olho; dente por dente”, limitando a pena do infrator ao mal causado pelo mesmo.

Destacamos trechos do Código de Hamurabi:

X - MATRIMÔNIO E FAMÍLIA, DELITOS CONTRA A ORDEM DA FAMÍLIA.
CONTRIBUIÇÕES E DOAÇÕES NUPCIAIS

SUCESSÃO

128º - Se alguém toma uma mulher, mas não conclui um contrato com ela, esta mulher não é esposa.

129º - Se a esposa de alguém é encontrada em contato sexual com um outro, se deverá amarrá-los e lança-los nágua, salvo se o marido perdoar à sua mulher e o rei a seu escravo.

130º - Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre.

131º - Se a mulher de um homem livre é acusada pelo próprio marido, mas não surpreendida em contato com outro, ela deverá jurar em nome de Deus e voltar à sua casa. (CÓDIGO..., 2013).

Neste diapasão, torna-se indispensável lembrar o brocardo latino: “*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*”. Ou seja, onde está o homem, há sociedade; onde está a sociedade, há o direito.

Após esta análise, chegamos às prisões mais próximas do modelo atual. No governo do antigo Egito, as penas com teor cruel eram evitadas. A prisão, até então, servia apenas como um depósito do réu, até chegar o dia do julgamento. Porém, o que marcou o início das penas privativas de liberdade, tais como temos hoje, foram os sistemas penitenciários: Pensilvânico, Auburniano e o sistema Progressivo. Sendo que o sistema Progressivo é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como conhecemos atualmente. Neste sistema, de acordo com a satisfatoriedade do comportamento do presidiário; com a gravidade do delito; e de acordo com o aproveitamento de trabalho, ganha alguns privilégios, ou até mesmo, retomar a vida em sociedade antes do final da pena estipulada pelo Magistrado.

2.2 CONCEITO

A conceituação de prisão, não trata de polêmicas ou questões incontroversas em nosso ordenamento jurídico, o que se denota nas pesquisas, é que uma conceituação apenas complementa a outra.

Para Capez (2010, p. 294) “É a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita de autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

Para complementação, importante destacar a continuidade de Tourinho Filho (2012, p. 429):

Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória.

Como não existem discussões sobre a essência da conceituação de prisão, passaremos a explanação das divisões dos tipos de prisão. Essa divisão é bem explorada por Luiz Flávio Gomes.

2.2.1 Prisão penal

A prisão penal é aquela decretada pela autoridade judiciária para fins penais, tanto na fase preliminar de investigação, quanto na fase processual. Neste tópico, adentraremos nestas duas possibilidades, que posteriormente se subdividem.

Para Luiz Flávio Gomes (2005, p. 233), “prisão penal: a prisão penal pode ser dividida em (1) prisão definitiva (que ocorre após o trânsito em julgado) e (2) prisão cautelar ou processual (que se dá antes do trânsito em julgado)”.

2.2.1.1 Prisão pena

Esta é a prisão decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. É o que afirma Capez (2010, p. 294):

Prisão-pena ou prisão penal: 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.

Além de reafirmar o transcrito acima, Tourinho Filho (2012, p. 435) ainda complementa:

Por mais que se queira negar, a pena é castigo: se o cidadão comete uma infração penal sujeita à pena privativa de liberdade, proferida sentença condenatória, uma vez transitada em julgado, deverá ele ser segregado, afastado do convívio social, como retribuição pelo mal cometido, e, ao mesmo tempo, serve de intimação a todos os possíveis e futuros infratores da lei penal.

Nesta modalidade, o caráter que lhe é investido, é meramente para punitivo, com repressão e sancionador.

Em suma, a prisão-pena derivada da prisão penal não tem nuances complexas a serem analisadas, sendo já suficientes estes esclarecimentos para a continuidade deste trabalho.

2.2.1.2 Prisão sem pena

A prisão cautelar tem, em sua essência, o seu grau de excepcionalidade, sendo uma prisão provisória. Sendo que, após a entrada em vigor da Lei 12.403/11, a excepcionalidade tratada acima se tornou ainda mais rígida, constituindo uma medida de última circunstância.

Sobre o grau da excepcionalidade, trata Lopes Júnior (1998):

Tampouco sobrevivem nessas condições a presunção de inocência e o ônus probatório da acusação. O processo penal passa a não ser mais o caminho necessário para a pena, e com isso o status de inocente pode ser perdido muito antes do juízo e da sentença e, principalmente, sem que para isso a acusação tenha que provar seu alegado.

É classificada como prisão sem pena ou prisão processual pelos doutrinadores, por este motivo, destacamos a importante lição de Capez (2010, p. 294), que leciona:

Prisão sem pena ou prisão processual: 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*. É a chamada prisão provisória [...].

Além de reiterar o escrito por Capez, Tourinho Filho (2012, p. 446) demonstra as espécies aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a prisão cautelar de natureza processual, que se apresenta sob quatro modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão domiciliar; e d) prisão temporária. Quando o Juiz decreta a prisão, na sentença condenatória ou na pronúncia, ele nada mais faz que reconhecer a necessidade de segregação, com fulcro no art. 312 do CPP: para preservar a instrução criminal e para assegurar a aplicação da pena.

Este tipo de prisão é revestida pela precariedade, pelo motivo de não ser definitiva (não é sentença condenatória com trânsito em julgado). Ela pode ser decretada ou cassada tanto na fase de inquérito, como na instrução criminal.

2.2.2 Prisão extrapenal

Esta é uma classificação muito bem explorada por Luiz Flávio Gomes. Além da prisão penal, explicada acima, há a prisão extrapenal.

A prisão extrapenal é bipartida em prisão civil e prisão administrativa.

Este tipo de prisão não deriva de um crime exposto no Código Penal, tampouco necessita obrigatoriamente de análise judicial.

A prisão civil é assim explicada por Luiz Flávio Gomes (2005, p. 232):

Prisão civil: é a prisão decretada por juiz civil para fins civis. Exemplo: prisão civil do alimentante inadimplente. Prisão do depositário infiel: é inconstitucional (de acordo com a Primeira Turma do STF – HC 83.416-SP, rel. Cezar Peluzo, 14/10/2003). A jurisprudência recente (particularmente o STJ) não tem mais admitido a prisão civil do falido.

Em uma doutrina mais atual, não há mais discussão acerca da possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Tanto que isto já é assunto consolidado e sumulado no Supremo Tribunal Federal: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (BRASIL, STF, 2009).

A outra possibilidade de prisão extrapenal, é explicada também por Luiz Flávio Gomes (2005, p. 232):

Prisão administrativa: Esta conta com quatro possibilidades: 1) decretada por juiz para fins administrativos. Ex.: prisão do estrangeiro para fim de expulsão; 2) decretada por autoridade militar em caso de infração militar ou transgressão militar; 3) decretada por autoridade administrativa durante o estado de defesa e 4) decretada por autoridade administrativa durante o estado de sítio.

Porém, com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, objeto de estudo deste trabalho, a prisão administrativa foi revogada. É o que afirma Andreato (2012): “Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, o artigo 319 do CPP foi totalmente revogado de modo a não possibilitar mais a prisão administrativa em nenhuma hipótese por ausência de previsão legislativa”.

Estas foram modalidades de classificação da prisão mais utilizadas na doutrina brasileira.

2.3 PRISÕES CAUTELARES EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste tópico, será feita uma breve explicação sobre as prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de alicerce para a prisão que terá ênfase total no corpo deste trabalho, que é a prisão preventiva.

Porém, não basta conhecer apenas a preventiva, é imprescindível ter uma noção ampla dos tipos de prisões que existem – e que também foram alvo de mudança pela Lei 12.403/11 – no ordenamento jurídico brasileiro.

Aqui, a abordagem não será limitada em apenas um tipo de prisão penal, serão estudadas as prisões cautelares no geral.

Entretanto, a abordagem não terá uma profundidade excessiva, será apenas a nível de conhecimento geral, não adentrando nas especificidades de cada prisão cautelar, apenas as informações gerais de cada uma.

2.3.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante já deve começar a ser estudada na origem etimológica da palavra, pois nela já é perceptível a essência desta prisão.

Para isso, destacamos Tornaghi: “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer”. (1990, p. 48).

Portanto, flagrante é aquilo que está a queimar, arder em chamas, como bem destaca Tourinho Filho (2012, p. 485):

Flagrante, do latim *flagrans*, *flagrantes* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo... o “delito surpreendido em plena crepitação”. (grifo do autor).

Para Mirabete (1997, p. 383): “*flagrante* é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime”. (grifo do autor).

A prisão em flagrante é medida restritiva de liberdade, possuindo natureza cautelar.

Para acontecer, independe de ordem do Magistrado. Obviamente, se é uma prisão em flagrante, no momento do ato da infração, é inimaginável ter um Magistrado no exato momento da ocorrência de todos os flagrantes que acontecem.

Para Rangel (2007, p. 585):

A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa do ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao

sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito.

A prisão em flagrante é cabível também nas contravenções, não ficando adstrita às práticas criminosas. Isto se torna claro ao analisar o disposto no inciso I do artigo 302, do Código de Processo Penal: “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal;” (BRASIL, CPP, 2013).

Como a prisão em flagrante tem caráter claramente cautelar, há necessidade de sujeitar-se aos dois pressupostos desta natureza. Tourinho Filho bem explica: “*fumus boni iuris e periculum in mora (rectius: periculum libertatis)*, isto é, a possibilidade de êxito contra o indiciado, na ação a ser instaurada, e a *necessidade*”. (2012, p. 491, grifo do autor).

2.3.1.1 Procedimento e natureza jurídica

O procedimento instaurado pela Autoridade Policial não sofreu alterações com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, porém, a modificação que merece ser destacada é após o envio da peça ao Magistrado.

Atualmente, com a Lei 12.403/11, somente a situação de flagrância do delito não autoriza a autoridade policial prender e o Magistrado manter o infrator durante todo o curso da ação processual penal. Isto ficou claro com a nova redação dos três incisos do artigo 310, do Código de Processo Penal:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, CPP, 2013).

Portanto, para manter a legalidade da prisão iniciada pela autoridade policial, o Magistrado tem as opções dispostas no corpo do artigo 310, pois, somente o argumento da flagrância para manter o infrator na prisão, é ilegal.

Quanto à natureza da prisão em flagrante, Tourinho Filho destaca:

Não obstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, *grosso modo*, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for o particular,

ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política. (grifo do autor).

Conforme Viegas (2011):

Acredita-se que a partir do advento da Lei 12.403/2011 existem quatro espécies de prisão preventiva, quais sejam: a prisão preventiva convertida, a prisão preventiva propriamente dita ou autônoma, a prisão preventiva pelo descumprimento de outra medida cautelar imposta na fase investigatória ou durante a instrução criminal e a prisão preventiva para averiguação ou pela dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

2.3.1.2 Sujeito ativo da prisão em flagrante

A figura do sujeito ativo na prisão em flagrante está disciplinada logo no primeiro artigo que se refere ao Capítulo II do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. (BRASIL, CPP, 2013).

O flagrante efetuado por “qualquer do povo” é chamado de facultativo, pois o particular não tem a obrigação de efetuar a prisão. Por este motivo, frisa-se que, na letra da lei, qualquer do povo poderá prender em flagrante delito. É neste momento que é verificado que é uma faculdade do cidadão, não sendo lhe exigido que o faça.

Por outro lado, as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Ou seja, há obrigatoriedade, pois o agente está no estrito cumprimento do dever legal. É conhecido como flagrante obrigatório ou compulsório.

2.3.1.3 Espécies de flagrante

Não existe apenas uma hipótese de flagrante. Há subdivisões quanto ao momento e a forma em que é efetuada a prisão em flagrante.

As subdivisões que serão explanadas neste trabalho serão: Próprio, impróprio, presumido, preparado, protelado e forjado.

2.3.1.3.1 *Flagrante próprio/real*

É também chamado de flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro. Este flagrante acontece quando o infrator é pego de surpresa praticando o crime ou a infração, ou quando acaba de cometê-la.

Está explícito nos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal, destacamos: “I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la”.

Importante citar o ensinamento de Tourinho Filho, que diferencia o momento da prisão:

Mas quando se pode dizer, para efeito da prisão em flagrante, que a infração *acaba de ser cometida*? Temos para nós deva haver uma quase absoluta relação de imediatidade. Aliás, não há quem discrepe desse entendimento. Note-se que a doutrina chega a equipara a situação de quem é surpreendido praticando uma infração penal à daquele que acaba de cometê-la. (2012, p. 502, grifo do autor).

2.3.1.3.2 *Flagrante impróprio/quase flagrante*

É chamado de quase flagrante, ou irreal. É expresso pelo inciso III, do artigo 302 do Código de Processo Penal: “III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;” (BRASIL, CPP, 2013).

Nesta espécie surge a figura da perseguição, ou seja, quando o agente é perseguido, logo após cometer o crime ou infração.

A questão que merece maior destaque está explanada pelo doutrinador Capez (2010, p. 308):

Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular de que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso de flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta.

2.3.1.3.3 *Flagrante presumido/ficto*

O flagrante presumido é encontrado no inciso IV do artigo 302 do Código de Processo Penal: “IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”. (BRASIL, CPP, 2013).

Este flagrante também é conhecido pela doutrina brasileira, como ficto ou assimilado. E acontece quando o agente é preso, logo depois de cometer a infração. Não bastando apenas isso, tem de ter sido encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Neste caso de prisão em flagrante, não é condição *sine qua non* que o autor da infração/crime seja perseguido.

Ao contrário da expressão “logo após”, utilizada no flagrante impróprio; o flagrante presumido utiliza a expressão “logo depois”, que comporta um lapso temporal mais prorrogado que aquele.

2.3.1.3.4 *Flagrante esperado*

Neste caso não há qualquer ato de induzimento ou instigação ao cometimento do delito. A atividade do sujeito ativo da prisão em flagrante se resume a simplesmente aguardar o momento do cometimento do crime.

Com estas considerações, não há o que se falar na possibilidade de crime impossível ou fato atípico.

Para exemplificação deste tipo de flagrante, destacamos a lição de Delmanto Júnior (2001, p. 111):

Assim, no flagrante esperado é possível haver tanto a consumação do delito quanto a simples tentativa, dependendo da presteza e eficácia da atuação policial, ou seja, do sucesso de suas diligências, e do tipo de infração praticada (jamais se deixará consumir um homicídio, por exemplo; já em caso de tráfico, ao contrário, não haverá impedimento em aguardar-se a consumação).

2.3.1.3.5 *Flagrante preparado/provocado*

A conceituação do flagrante preparado é muito bem definida por Capez (2010, p. 309):

Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. Neste caso, em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível a conduta é considerada atípica.

Para pacificação de decisões, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 145: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Porém, Tourinho Filho destaca um tipo de situação em que é perfeitamente possível e legal a prisão em flagrante do tipo preparado:

É muito comum, nos delitos de concussão, o particular avisar a polícia de que o funcionário dele exigiu dinheiro e que ficou acertado que o pagamento seria realizado em tal dia, às tantas horas e em tal lugar. À hora aprazada, quando o particular está efetuando a entrega da quantia exigida indevidamente, chega a polícia. Evidente que flagrante não houve. O crime já se consumara anteriormente, com o simples pedido da importância indevida. A chegada da polícia não tornou impossível a consumação. [...] Válido será o flagrante se, entre o pedido e a efetivação do pagamento, medear pequeno espaço de tempo. (2012, p. 530).

2.3.1.3.6 *Flagrante protelado/retardado*

O flagrante protelado, ou retardado ocorre quando a polícia, mesmo tendo conhecimento do delito, espera para agir após o acontecimento e realizar a prisão em flagrante. É um flagrante válido.

Capez conceitua:

Neste caso, 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 de prova. (2010, p. 310).

O flagrante protelado é válido somente no disposto pela Lei 9.034/95, a Lei do Crime Organizado. Destacamos o inciso II do artigo 2º desta Lei:

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; (BRASIL, CPP, 2013).

2.3.1.3.7 *Flagrante forjado*

O flagrante forjado é totalmente a margem da legalidade, acontece quando provas são criadas ou instaladas com o intuito de incriminar um terceiro e prendê-lo em flagrante delito.

É também conhecido por fabricado, maquinado ou urdido.

Tourinho Filho faz importante crítica:

Infelizmente já se tornou lugar-comum o procedimento de certos policiais que colocam substância entorpecente no bolso do cidadão, ou em seu veículo, ou, no caso de busca domiciliar, para que esta não resulte infrutífera, *apreendem*, em qualquer dos cômodos, certa quantidade de maconha ou cocaína, por eles ali colocada, e dão voz de prisão ao infeliz... É o *flagrante forjado*. Daí por qu devem os policiais, nesses casos, antes da busca, seja pessoal, seja domiciliar, convidar civis para assistirem à diligência. (2012, p. 532, grifo do autor).

2.3.2 Prisão temporária

A prisão temporária é modalidade de prisão cautelar, cabível somente quando for extremamente necessária para investigação policial, e em fase de inquérito policial, após preenchidos os requisitos autorizadores.

Um detalhe a ser notado, é que a prisão temporária é decretada pelo Magistrado após representação da autoridade policial, não sendo possível a decretação de ofício pelo Magistrado.

A prisão temporária foi editada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, posteriormente substituída pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Capez (2010, p. 327) conceitua como “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

2.3.2.1 Quem pode decretar e prazos

A decretação da prisão temporária, como já explanado, é de exclusividade do Magistrado, porém isso só se dará mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público. E o seu momento, é o inquérito policial, ou seja, não pode ser decretada em sede de ação judiciária pena.

Sobre prazo, assinala Tourinho Filho (2012, p. 535):

Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e de terrorismo, o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme alteração procedida pela Lei n. 11.464/2007.

Um detalhe que merece destaque e gera polêmicas entre doutrinadores processualistas, é o disposto no artigo 3º da Lei n. 7.960/89, que sanciona: “Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos”.

Sobre esta polêmica, Tourinho Filho faz árdua crítica:

Os presos temporários, conforme o art. 3º do citado diploma, deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos (com a falta de espaço nos nossos presídios, cabe ao legislador tomar as devidas providências para deixar de ser retórico...). A mesma regra é encontrada no art. 300 do CPP. Só que, no diploma processual penal, antes da Lei n. 12403/11, o legislador foi mais sincero: *sempre que possível...* E, como todos sabemos, nunca é possível. (2012, p. 536, grifo do autor).

2.3.2.2 Hipóteses de admissão da prisão temporária

Para elucidação das hipóteses de admissão, destacamos o texto do artigo 1º da Lei n. 7.960/89:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- 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). (BRASIL, Lei n. 7.960/89, 2012).

É de fácil perceptibilidade notar que, pela redação, os incisos I e II são destinados a toda e qualquer infração, porém, o inciso III, define e relaciona quais as infrações que são suscetíveis de prisão provisória.

Na prisão temporária não é obrigatória prova da existência do crime nem indícios suficientes de autoria. Sendo suficientes, apenas, fundadas razões com base em qualquer prova, este tema é algo que fomenta ainda mais polêmicas entre doutrinadores.

2.3.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva é mais uma das espécies do gênero “prisão cautelar”. O tema principal deste trabalho de conclusão de curso são as alterações causadas neste tipo de prisão após a Lei 12.403/11, porém, somente será feito o detalhamento e comparação com o sistema anterior do vigor desta Lei no quarto capítulo. Neste, atemo-nos às noções básicas e gerais deste instituto penal.

A aplicabilidade deste tipo de prisão está expressa no artigo 302, do Código de Processo Penal:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (BRASIL, CPP, 2013).

Os pressupostos estão dispostos no artigo citado acima. Que são: a) prova da existência do crime; e b) indícios suficientes da autoria.

A autoridade competente para decretação da prisão preventiva é o Juiz, podendo até mesmo agir de ofício.

As circunstâncias que autorizam a preventiva são: a) garantia de ordem pública; b) garantia de ordem econômica; c) conveniência de instrução criminal; e d) assecuração de eventual pena a ser imposta.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS / MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO INSTITUÍDAS PELA LEI 12.403/11

Adentrando de forma mais específica nas mudanças causadas pela Lei 12.403/11, este capítulo trata de uma grande inovação apresentada: As medidas cautelares.

Como a reclusão tornou-se medida de extrema excepcionalidade, é lógico tratar este assunto com a devida ordem de aplicação das sanções estabelecidas, ou seja, a regra é aplicar as medidas cautelares, e a exceção é a reclusão por prisão preventiva. E neste trabalho, trataremos inicialmente destas medidas, pois não sendo possível a aplicação das mesmas, será recorrido à prisão preventiva.

Neste sentido, destacamos o disposto no artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal: “§ 6º: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. (BRASIL, CPP, 2013).

A prisão cautelar tornou-se a *extrema ratio da ultima ratio*.

As medidas cautelares são de natureza provisória e utilizadas em situações de emergência, elas só são aplicáveis enquanto durar este estado. Após cessar a emergência que as originou, elas também poderão ser interrompidas.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada, ou cumulativa. De acordo com o convencimento do magistrado, poderá cumular duas ou mais medidas cautelares que achar que convém.

Porém, sobre a cumulatividade das medidas cautelares, citamos Gomes:

A aplicação de uma só medida tem primazia. Para que o juiz possa impor duas ou mais medidas a um único caso deve fundamentar concretamente sua necessidade. A regra da cumulatividade, destarte, não é senão um desdobramento do subprincípio da necessidade (e da intervenção mínima) da intervenção estatal. (2011, p. 64).

Os pressupostos são os comuns em medidas cautelares: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Sobre a legitimidade para decretação da medida cautelar, é do Magistrado. Na fase investigatória não poderá o Magistrado agir de ofício. Sendo possível agir desta maneira após instaurada a fase processual.

É o que preceitua o artigo 311, do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz,

de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (BRASIL, CPP, 2013).

Quando houver descumprimento das medidas cautelares, poderá o juiz substituí-la por outra, ou aplicar mais medidas cumuladas, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

É o que dispõe o artigo 282, em seu parágrafo 4º:

“§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”. (BRASIL, CPP, 2013).

Reis faz importante anotação acerca das mudanças, distinguindo como era e como ficou após a Lei 12.403/11:

É sabido que, até o advento da Lei n. 12.403/2011, o Código previa apenas uma modalidade de medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão. Com as alterações introduzidas, descortinou -se a possibilidade de o juiz aplicar medidas de natureza diversa da prisão que, embora recaiam sobre a pessoa a quem se atribui a prática da infração, não importam em sua manutenção no cárcere. (2012, p. 397).

Como medidas cautelares diversas da prisão, são dez as previstas no Código de Processo Penal, mais precisamente nos artigos 319 e 320.

São elas: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; f) 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; g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo,

evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; i) monitoração eletrônica; e j) A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (BRASIL, CPP, 2013).

Sobre a possibilidade de detração destas medidas cautelares pessoais sobre a possível posterior penalidade penal, é preciso análise individual. As medidas que comportam cômputo para detração são: a) internação provisória; e b) recolhimento domiciliar que trata o inciso V do art. 319, do Código de Processo Penal.

Já as outras medidas cautelares pessoais, os doutrinadores não entendem que sejam passíveis de detração.

Explicaremos cada uma ao longo deste capítulo.

3.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES;

Este é a primeira medida disposta entre as cautelares pessoais, e está situada no inciso I do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Esta não é uma total novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois é já é conhecida pela sua inserção durante o cumprimento do sursis ou na hipótese de suspensão condicional do processo. Este comparecimento é uma determinação para o indiciado comparecer de forma periódica, para provar como está sua vida profissional, é o que leciona Reis:

Consiste na determinação de que o indiciado ou réu compareça à presença do magistrado em periodicidade que vier a ser definida (diariamente, semanalmente, mensalmente etc.), para demonstrar, por meio de prova idônea, as atividades que realiza, o que permitirá ao juízo exercer alguma fiscalização sobre ele. (2012, p. 397).

Ela destina-se a supervisionar o paradeiro do agente e o exercício de atividade lícita. A duração e as condições são fixadas pelo juiz.

Dada a enorme demanda de serviços que ocupam o tempo dos Magistrados, é difícil a adaptação entre as pautas de audiências para uma oitiva profunda e completa do indiciado.

Por isso, de acordo com a natureza do crime, as questões são formuladas pelo Diretor da Secretaria da Vara Criminal. Mas é importante que o magistrado empenhe-se em entrevistar diretamente o destinatário com frequência a ser estipulada, podendo ser semanal, quinzenal, mensal, ou como achar mais conveniente.

3.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO PERMANECER DISTANTE DESSES LOCAIS PARA EVITAR O RISCO DE NOVAS INFRAÇÕES;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nesta medida cautelar pessoal, há respeito à liberdade do indiciado/acusado, porém limita-o ao acesso de alguns locais.

Essa privação de frequência de determinados locais serve para que o indiciado/acusado evite de repetir novas infrações.

Como maior exemplo dessa limitação, e que rotineiramente está presente em noticiários, citamos as brigas em boates, e principalmente, confusões geradas por torcidas organizadas no interior de estádios de futebol, durante jogos.

Para exemplificar, citamos um exemplo que engloba esta proibição de uma forma muito completa. Foi o caso de um torcedor que teve medidas cautelares pessoais impostas, sendo proibido de frequentar estádios onde ocorram jogos de seu time, proibido também de frequentar boates, bares e casas de espetáculos, proibido de se ausentar da sua cidade sem autorização da justiça, e ainda, prestar serviços comunitários.

A notícia é de Fernandes:

O juiz Roberto Ferreira Facundo, da 3ª Vara Criminal do Fórum Clóvis Beviláqua, proibiu Carlos Henrique Oliveira do Nascimento de frequentar ou se aproximar, pelo prazo de um ano, de estádios onde ocorram jogos do Fortaleza. O torcedor foi preso em flagrante, no último domingo (16), com bomba caseira no Presidente Vargas (PV). A prisão ocorreu antes da partida entre o clube tricolor e o Paysandu (PA). O infrator não foi encaminhado ao Juizado do Torcedor porque o crime é considerado de maior potencial ofensivo. Carlos Henrique acabou conduzido ao 34º Distrito Policial e o caso remetido à 3ª Vara Criminal, que concedeu liberdade provisória em razão de ele não possuir antecedentes criminais. Ainda de acordo com a decisão, o infrator prestará serviços comunitários no Frotinha da Parangaba, durante 12 meses. Deverá chegar ao hospital com uma hora de antecedência e sair uma hora depois dos jogos do Fortaleza. O magistrado também determinou que, durante o cumprimento

das medidas, o indiciado não poderá frequentar bares e casas de espetáculos ou se ausentar da Capital por prazo superior a oito dias, sem autorização da Justiça. (2012).

A nível de exemplificação, trazemos a baila uma notícia internacional sobre um fato comparável, porém, advindo da Holanda. Este exemplo é dado para observação e comparação da rigidez da punição entre os dois países.

A Justiça holandesa não perdoou o torcedor do Ajax que invadiu o campo em duelo do time diante do AZ Alkmaar, pela Copa da Holanda, em 21 de dezembro. O rapaz de 20 anos está proibido de frequentar estádios no país pelos próximos 30 anos. O torcedor já havia levado a pior, pois foi agredido pelo goleiro do AZ, Esteban Alvarado. Os chutes desferidos pelo goleiro resultaram na expulsão do atleta em campo. Revoltado com o cartão vermelho dado ao atleta de seu time (alegando que o torcedor provocou a confusão), o técnico do AZ pediu a retirada do campo. A partida não chegou a ter seus 90 minutos completados e, sendo encerrado com vitória do Ajax por 1 a 0. (TORCEDOR..., 2011).

É compreensível a diferença de punição, tendo em vista a cultura violenta nas últimas décadas presente no futebol europeu.

Para uma adequada fiscalização, tornando respeitada e dando efetividade à medida cautelar pessoal, Reis adverte que: “[...] É recomendável que esta medida seja aplicada cumulativamente com a **monitoração** eletrônica, para que se possa **fiscalizar** se o destinatário está respeitando as restrições estabelecidas”. (2012, p. 398, grifo do autor).

Corroborando com a ideia supracitada, demonstramos que a falta de fiscalização faz com que os infratores continuem praticando novas infrações e reiterando as infrações já cometidas, inclusive, no próprio ambiente previamente proibido de frequentar. Destacamos que mesmo um grande time de futebol do Brasil possui infratores que estão proibidos de frequentar estádios, e que, por falta de monitoração, continuam comparecendo a um estádio moderníssimo e com forte esquema de segurança no Rio Grande do Sul, a Arena do Grêmio, de forma irregular. Destacamos a reportagem de Costa:

Dos 31 gremistas proibidos de frequentar estádios, 27 ignoram ordem judicial. Torcedores deveriam se apresentar à polícia no horário dos jogos, mas um deles chega a pular uma catraca para invadir a Arena. O homem que pula uma catraca da Arena na imagem acima, indiferente ao clamor dos funcionários, é Paulo Roberto Rodrigues Oliveira — um dos 31 gremistas proibidos pela Justiça de frequentar estádios. Envolvidos na pancadaria que antecedeu o jogo entre Grêmio e Canoas, em 24 de janeiro (*assista ao vídeo abaixo*), Paulo Roberto e os demais infratores deveriam se apresentar em postos policiais sempre que seu time jogasse em Porto Alegre. Mas, já na semana seguinte ao tumulto, quando o Grêmio enfrentaria a LDU na primeira partida com entrada proibida para os brigões, Paulo Roberto foi à Arena. Como se não bastasse, invadiu o estádio sem pagar ingresso. E foi flagrado pelas câmeras de vigilância. (2013, grifo do autor).

3.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA QUANDO, POR CORCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS COM O FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DESTANTE;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso III do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Esta proibição é semelhante à proibição disposta no inciso anterior, porém, ao invés da proibição ser de frequentar ou se aproximar de determinado local, é a proibição de se aproximar de determinada pessoa.

Não é raro escutarmos casos de agressões contra companheiras, e o criminoso ser proibido de ter aproximação da mesma. Vale destacar que a proibição de aproximação não se restringe à vítima. As pessoas determinadas podem ser a vítima, a testemunha, o coautor, entre outros.

O Magistrado não pode estender a proibição de o acusado manter contato com seu advogado.

Reis destaca:

Se as circunstâncias do fato indicarem a necessidade, o juiz poderá proibir que o indiciado ou acusado mantenha contato com certas pessoas, como a vítima, testemunha, coautor, etc. A finalidade do dispositivo pode ser, por exemplo, evitar que a aproximação do réu possa causar algum tipo de temor à vítima ou testemunhas, bem como evitar que a proximidade possa gerar novas desavenças entre elas. (2012, p. 398).

3.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso IV do artigo 319 do Código de Processo Penal.

É uma medida autoexplicativa, ou seja, de acordo com a discricionariedade (conveniente) ou necessidade para a investigação criminal, o Magistrado pode proibir o acusado/indiciado de ausentar-se da comarca.

Muitas vezes, o próprio Magistrado, ou a autoridade policial, necessitam colher maiores informações ou realizar diligências em que é indispensável ou conveniente a presença

do indiciado ou réu. Como exemplo comum, deparamo-nos com o caso do reconhecimento do indiciado por vítimas que apareceram posteriormente.

Com a presença do indiciado na Comarca, torna-se fácil e célere. Tourinho Filho complementa:

O juiz pode, inclusive, tal como previsto no art. 320, proibir que o investigado ou réu se ausente do País, tomando a cautela de comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 horas. Disposição semelhante encontra-se no art. 281 do CPP italiano ao cuidar do *divieto de espatrio*. (2012, p. 579, grifo do autor).

Esta proibição pode ser classificada de duas maneiras distintas, podendo ser relativa ou absoluta. A proibição absoluta é quando o magistrado entende que seja necessária uma restrição total acerca da possibilidade da saída da comarca. Já a proibição relativa é quando o indiciado/acusado, a sair da comarca para trabalhar. Também é o caso do indiciado/acusado que mora em outra cidade.

3.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS; (À SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM OS ALBERGADOS);

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso V do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Para esta medida ser devidamente aplicada, há necessidade clara de existir prova inequívoca acerca da residência e trabalho fixo do indiciado/acusado.

Durante a execução desta medida, o indiciado/acusado deverá permanecer nas dependências da sua residência no período noturno e nos dias de folga, ou seja, dias em que não estiver em dedicação ao trabalho ou estudo em estabelecimento de estudo.

A mesma recomendação dada no item 3.2 deste trabalho é repetida neste item. É indicada a monitoração eletrônica.

A aplicação da medida sem a devida fiscalização torna-se fácil de não ser respeitada. É inimaginável acreditar a polícia tem poder de fiscalização e efetivo pessoal para cuidar de todos que estão sob a orientação desta medida em suas residências. Para isso, a monitoração eletrônica é medida segura para esta fiscalização.

Explanando sobre este assunto, Tourinho Filho (2012) afirma que se não for utilizada a fiscalização por monitoração eletrônica, o magistrado pode delegar a fiscalização à Polícia Judiciária, em que será exigido relatório das diligências periódicas realizadas na residência do acusado/indiciado.

O período noturno que a Lei se refere é aquele compreendido entre as 18 e as 6 horas. Sendo que esse período poderá ser flexibilizado em face da jornada de trabalho do agente.

3.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA, QUANDO HOUVER JUSTO RECEIO DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIIS;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Esta medida é utilizada quando a permanência no exercício de função pública facilite ou favoreça a prática de uma nova infração penal.

Logo, percebe-se que esta medida cautelar pessoal pode ser usada nos crimes contra a Administração Pública, ou em caso de crimes de natureza econômica ou financeira (caso de bancário). Claro, se o crime tiver sido praticado no exercício destas atividades, ou por ocasião delas.

Nesta medida o Juiz tem a faculdade de interditar de forma temporária esta função, sendo necessária a comunicação, de acordo com o caso, ao respectivo órgão público ou entidade de classe.

Uma questão foi levantada após o surgimento desta medida cautelar pessoal, que questionou sobre a possibilidade de aplicação desta sobre os agentes políticos com mandato eletivo. Tourinho Filho esclarece:

Assim, quando o inciso VI do art. 319, COO dala em função pública, por óbvio fico excluída a função pública eletiva. Observe-se que o Código Penal, no art. 47, I, fala em “proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo”. Argumento a mais a reforçar o nosso entendimento. (2012, p. 580).

3.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL (ART. 26 DO CÓDIGO PENAL) E HOVER RISCO DE REITERAÇÃO;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Esta medida trás a possibilidade de internação provisória em casos de crimes praticados com violência ou de grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.

Como esta medida, requer-se a realização de perícia, então, o magistrado deve determinar a instauração de incidente de insanidade mental, e, após a juntada do laudo elaborado pelo perito, que poder é ser ordenada a internação provisória.

Antes da juntada do laudo pericial, não caberá tal medida cautelar, porém, nada impede a decretação de prisão preventiva (desde que preenchidos os requisitos dos artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal).

E após a juntada do laudo pericial, esta prisão preventiva poderá ser convertida em internação.

Além do laudo pericial constatando a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, há que se registrar que o agente tem que apresentar considerável potencial de reincidência da infração.

Sobre a internação, Reis (2012, p. 399) observa: “A internação deve ocorrer em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado”.

3.8 FIANÇA, NAS INFRAÇÕES QUE ADMITEM, PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO A ATOS DO PROCESSO, EVITAR A OBSTRUÇÃO DO SEU ANDAMENTO OU EM CASO DE RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA À ORDEM JUDICIAL;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso VIII do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Para conceituação, citamos o ensinamento de Jesus (2012, p. 303): “Cuida-se de caução processual destinada a assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial”.

Neste caso, o nosso Código de Processo Penal não anota quando cabe fiança, e sim, quando não é cabível. Ou seja, se não houver proibição, ela será cabível.

Destacamos, para exemplificação, um crime disposto na Lei 8.072 de 1990, a Lei de Crimes Hediondos, em que é cominado um caráter inafiançável:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são **insuscetíveis** de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (BRASIL, Lei 8.072, 2013, grifo nosso).

Em caráter residual, destacamos um crime previsto no Código Penal, que é afiançável, ou seja, suscetível de fiança:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. (BRASIL, CP, 2013).

No caso acima é demonstrado o caráter residual, ou seja, a Lei determina quais são os crimes inafiançáveis, os que ela não determina são afiançáveis, como no caso supracitado.

É uma medida de contracautela, que serve para evitar que o indiciado ou acusado permaneça preso provisoriamente no caso de poder oferecer garantia ao juízo.

Caso o réu descumpra determinadas obrigações, pode o magistrado declarar quebrada a fiança, importando na perda da metade de seu valor, e também abre possibilidade de decretação de novas medidas cautelares pessoais ou da prisão preventiva.

Sobre a parte final deste inciso, Reis faz uma dura crítica: “Já a parte final do texto legal menciona a decretação da fiança como forma de vencer resistência injustificada do

réu a algum tipo de ordem judicial. Nesse particular, o dispositivo, sinceramente, não faz sentido”.

3.9 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA;

Esta medida cautelar pessoal está disciplinada no inciso IX do artigo 319 do Código de Processo Penal.

O instituto da monitoração eletrônica não é total novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ela já é utilizada pelo juiz das execuções penais, dos benefícios de saída temporária e prisão domiciliar. Lembrando que não se deve confundir a medida utilizada na execução penal com a medida cautelar pessoal aqui estudada.

A monitoração eletrônica tem por finalidade ter uma fiscalização sobre a localização imediata do acusado ou indiciado.

A monitoração eletrônica, que é um dispositivo tecnológico para ser utilizado junto ao corpo. Em geral, a monitoração eletrônica é feita por uma tornozeleira.

Alguns autores fizeram críticas à implementação do sistema de monitoração eletrônica, pois não ajuda em nada a ressocialização e fere os princípios da violação da intimidade, excesso de punição e violação da dignidade da pessoa humana.

Contrapondo esta visão, destacamos a oportuna observação de Tourinho Filho (2012, p. 580):

A monitoração eletrônica é uma das medidas cautelares que pode ser imposta ao indiciado ou réu. O monitoramento dos condenados que saem do presídio no dia das mães, dos pais, na Páscoa e em festas natalinas é um excelente meio de controle e certeza de que retornarão ao presídio. Há quem conteste o uso de instrumento eletrônico para controlar o ir e vir do réu, sob a alegação de ofensa à sua dignidade. Mas quem conhece os horrores do cárcere, a vida inumana dos que ali se encontram, como se fossem um monte de farrapos humanos, certamente não fará nenhuma censura ao legislador. *Meno male...* Na hipótese de ser decretada, p. ex., entre o ficar no cárcere, sem o mínimo de higiene e, às vezes, sem espaço para deitar, e submeter-se ao monitoramento eletrônico, certamente o indiciado ou réu não pensará duas vezes. (grifo do autor).

A medida tem caráter coercitivo, por isso é desnecessária a anuência do réu ou indiciado. Porém, caso haja recusa que importe em descumprimento da medida imposta, cabe a prisão preventiva. Destacamos o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal: “Parágrafo único: A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de

descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o)”. (BRASIL, CPP, 2013).

Será considerado como descumprimento da medida cautelar pessoal, se o indiciado ou réu destruir, inutilizar, danificar o aparelho ou ludibriar o sistema de vigilância. Sendo suscetível de prisão preventiva.

3.10 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS (ART. 320)

Esta medida cautelar, diferentemente das acima elencadas, está disposta no artigo 320 do Código de Processo Penal.

Esta medida consiste na proibição de o indiciado ou réu deixar o País, ou condicionar a sua saída à autorização judicial.

Ela é listada por Reis (2012, p. 400), que complementa:

As autoridades responsáveis pelos órgãos de controle marítimo, aeroportuário e de fronteiras serão comunicadas sobre a proibição, ao passo que o réu terá de depositar o passaporte em juízo em 24 horas. A recusa em entregar o documento no prazo ensejará a decretação da prisão preventiva.

4 PRISÃO PREVENTIVA – ANÁLISE ANTERIOR E POSTERIOR À LEI 12.403/11

Neste capítulo adentraremos no cerne da discussão que este trabalho tem por finalidade, ou seja, trataremos da prisão preventiva em todas as suas peculiaridades e aplicabilidades, diferentemente da forma que foi tratada no capítulo anterior, que foi apenas uma base para vislumbrar os tipos de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 12.403/11 alterou, principalmente, as normas que tangem as regras da prisão preventiva, e por isso faremos uma análise minuciosa de todo seu teor.

Ao longo deste capítulo trataremos a conceituação, os pressupostos, as hipóteses de decretação, as condições de admissibilidade, a fundamentação da prisão preventiva. No mesmo momento que explicamos cada um dos institutos constantes na prisão preventiva, faremos uma análise de como eram e como ficaram as características após a entrada em vigor da Lei 12.403/11.

4.1 CONCEITUAÇÃO E NOÇÕES

A prisão preventiva não integra o rol das prisões pena, pois, obviamente, não tem o caráter permanente, pois pode ser instaurada durante o inquérito policial ou até mesmo durante a fase processual, porém, sendo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. É dotada apenas de força cautelar, sendo então, uma prisão cautelar de natureza processual.

Sobre o momento de sua decretação, destacamos o artigo 311, que é responsável por abrir o capítulo que trata da prisão preventiva no Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, CPP, 2013).

A sua cautelaridade está evidenciada no seu grau de provisoriedade. Ela visa garantir a eficácia de um possível futuro provimento jurisdicional.

Sendo provisória a sua característica, reveste-se de excepcionalidade, só podendo ser decretada quando extremamente necessária.

Este tipo de prisão deve sempre ser uma exceção, porque é uma punição antecipada, como é demonstrado a seguir:

A prisão provisória, como cediço, na sistemática do Direito Positivo é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é sempre uma punição antecipada. (RT 531/301).

Tourinho Filho faz importante crítica à nomenclatura utilizada no ordenamento jurídico brasileiro para definir a prisão preventiva:

Em rigor, toda a prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva. Melhor seria a denominação “prisão provisória”, à semelhança do Direito francês, mesmo porque sempre se entendeu que a prisão preventiva pressupunha, como pressupõe, a presença de uma das circunstâncias referidas no art. 312, do CPP, e, desse modo, só poderá ser decretada presente uma daquelas circunstâncias que, malgrado sejam quatro, deveriam e devem ser apenas duas – preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação de lei penal. (2012, p. 541).

Para uma visualização clara e comparação imediata da situação anterior e posterior à Lei 12.403/11, expomos um quadro comparativo:

Antes da Lei 12.403/11	Depois da Lei 12.403/11
Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.	Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal , caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal , ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

4.2 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos da prisão preventiva, nada mais são que os requisitos da tutela cautelar. Havendo cautelaridade, já é sabido que sempre há de existir coexistência de dois pressupostos, quais são a prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva) e indícios suficiente de autoria. Assim, não há que se falar em decretação da prisão preventiva sem que estejam presentes estes dois requisitos de forma simultânea.

Estes pressupostos estão evidenciados no artigo 312 do Código de Processo Penal: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da

ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, **quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.** (BRASIL, CPP, 2013, grifo nosso).

Observa-se que o legislador foi muito claro ao tornar os requisitos cumulativos e não opcionais, ou seja, há necessidade clara de ter o primeiro e o segundo.

Em nível de comparação, demonstramos, lado a lado, como era e como ficou o artigo 312 do Código de Processo Penal com a Lei 12.403/11:

Antes da Lei 12.403/11	Depois da Lei 12.403/11
<p>Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.</p>	<p>Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.</p> <p>Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).</p>

4.2.1 A prova da existência do crime

Este pressuposto/requisito, nada mais é que a necessidade de que tenha a prova da existência de um fato criminoso.

A lei é límpida ao destacar que não é motivo para a prisão preventiva ser decretada apenas a mera suspeita, e sim, que haja a prova da materialidade delitiva. Que exista o crime.

4.2.2 Indícios suficientes da autoria

Neste requisito, diferentemente do anterior, não se requer a certeza sobre a autoria do fato delitivo, aqui, espera-se simplesmente que haja indícios sobre o autor. Neste caso utiliza-se o princípio voltado à segurança da sociedade, o *in dubiu pro societate*.

Aqui, não se espera ter a mesma certeza que o magistrado tem que formar para a sentença, e sim, um mero indício.

Capez destaca:

Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio *in dubiu pro societate*). (2009, p. 323, grifo do autor).

Vale lembrar que também não se trata de simples possibilidade de autoria, mas sim, de indícios com possibilidade suficiente de autoria.

4.3 HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO

Após a explicação dos pressupostos, há de ser observada uma ligação fundamental com este tópico, que facilita muito a compreensão do funcionamento da prisão preventiva.

A prisão preventiva necessita da coexistência dos dois pressupostos, porém, somente assim ela não é autorizada. Para ser decretada, tem que estar aliada a uma das hipóteses de decretação, e neste caso, elas não necessitam coexistir, ou seja, tais elementos não precisam ser cumulativos, sendo que se apenas um existir, já haverá possibilidade de decretação.

As hipóteses de decretação estão dispostas no artigo 312, do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como **garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal**, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, CPP, 2013, grifo nosso).

Passaremos a tratar de forma individual cada uma das hipóteses destacadas no artigo supracitado.

4.3.1 Garantia da ordem pública

Para bem conceituar esta hipótese de decretação, há que se recorrer ao estudo do que vem a ser a ordem pública.

A ordem pública pode ser definida, de forma sintética, como um momento de paz, um momento de equilíbrio entre os princípios jurídicos e a realidade social. É a convivência harmoniosa.

Para De Plácido e Silva, ordem pública é “Ordem Pública é a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”. (1998, p. 1101).

É na paz e ordem pública que os cidadãos encontram oportunidade para manter uma vida plena e exercendo sua profissão.

A expressão ordem pública é demasiadamente abstrata, sendo que muitas coisas podem afetá-la. Por isso o legislador colocou a sua garantia como hipótese para decretação de prisão preventiva.

Para obter a garantia de ordem pública, é decretada a prisão do agente que, caso permanecesse solto, continuaria a delinquir, ou colocaria o meio social em abalo. Garantindo então, a credibilidade da justiça em caso de forte apelo popular.

Muitas coisas podem abalar a ordem pública, e, conseqüentemente, podem ser situações que possibilitam que esta medida seja tomada. Temos, por exemplo, os casos de crimes com altíssimo grau de reprovabilidade, a alta periculosidade do autor, o forte apelo da cobertura midiática, entre outros. Todos estes são capazes de estremecer a ordem pública.

Nos casos em que a prisão preventiva é utilizada para impedir que o agente continue a delinquir, há claro perigo na demora de aguardar o julgamento em definitivo, pois o agente continuaria livre para cometer outros delitos.

Já no caso de grande clamor social, evita-se, com a prisão preventiva, a sensação de impunidade.

Porém, de bom grado citar que existem reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em não conceder a prisão preventiva nos casos de repercussão do crime ou clamor social. Portanto, neste quesito de garantia da ordem pública, a finalidade é de impedir que o agente continue a delinquir.

4.3.2 Conveniência de instrução criminal

Nesta hipótese para decretação de prisão preventiva, há primordial finalidade de evitar o *periculum in mora*. Busca-se no direito penal a verdade real, e ela só será encontrada se não houver manipulação sobre os fatos, os vestígios e testemunhas.

Esta hipótese é bem explicitada por Capez: “Visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc”. (2010, p. 324).

Como explicado, é quando o réu dificulta o bom andamento jurisdicional, citamos, como exemplo, quando o acusado faz propostas a peritos, tenta convencer o Oficial de Justiça a “não encontrar” testemunhas adversas, ameaça testemunhas, e cria obstáculos em geral.

Tourinho Filho complementa:

Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando a vítima ou a testemunha, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, ao contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. (2012, p. 556).

Vale advertir que não deve ser decretada a prisão preventiva por simples comodidade da instrução criminal, ou seja, conveniência não é sinônimo de comodidade na decretação de prisão preventiva. Há necessidade premente de evitar que o réu cause reais transtornos na instrução criminal.

4.3.3 Assegurar a aplicação da lei penal

Também é considerada fundamental a segregação de forma cautelar, para assegurar a aplicação da lei penal.

É utilizada nos casos de iminente fuga do agente, sendo que esta evasão, com toda certeza, irá dificultar ou inviabilizar uma futura possível execução da pena.

É visível que a medida é necessária, quando o agente dá claras evidências que vai evadir-se do distrito, e, de acordo com Capez: “se o acusado não tem residência fixa,

ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para eficácia de futura decisão”. (2010, p. 324).

Também é indício evidente de que o acusado pode evadir-se, vindo a causar a inaplicabilidade da lei penal, quando o mesmo vem se desfazendo dos seus bens raízes de forma injustificada.

Porém, é imperioso salientar que, para esta medida ser utilizada, é necessário um nível satisfatório de certeza acerca da iminente fuga do acusado. Tourinho Filho faz esta recomendação:

Nesse caso, impende haja prova mais ou menos sensata no sentido de que o réu está prejudicando a instrução ou querendo, na expectativa de uma condenação, dela safar-se. **Mera suspeita, não. Presunção também não.** É preciso **um mínimo de prova sensata** no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens, de que deu demonstração de que vai mudar-se para lugar ignorado, de que está prejudicando a instrução etc. (2012, p. 557, grifo nosso).

4.3.4 Garantia da ordem econômica

Esta hipótese é duramente criticada pelos doutrinadores, sofrendo fortes ataques contra a sua aplicabilidade real.

Esta proposição foi incluída pela Lei Antitruste (8.884/94), alterando o artigo 312 do Código de Processo Penal, lei que trata de crimes contra a ordem econômica nacional. Nesta hipótese, a prisão preventiva tem por objetivo evitar a continuidade da prática de crimes visando à normalização da economia.

Para Capez: “Trata-se de uma repetição do requisito garantia da ordem pública”. (2010, p. 324).

A principal crítica está no que tange a absoluta falta de cautelaridade desta medida. Como Tourinho Filho observa e faz duras críticas:

Em rigor, toda prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar a aplicação da lei penal). Como a prisão decretada como garantia da ordem econômica não apresenta caráter cautelar, **é medida esdrúxula, estúpida, grosseira.** Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. (2012, p. 558, grifo nosso).

O doutrinador Nucci observa quais casos criminosos seriam passíveis de serem incluídos e taxados contra a ordem econômica: “Noutros termos, a ordem econômica, quando

abalada, tende a acarretar gravame à ordem pública. Reserva-se tal prisma à delinquência de colarinho branco, autora de crimes econômicos, financeiros e tributários”. (2011, p. 64).

4.3.5 Em caso de descumprimento de medidas cautelares

Uma nova opção introduzida pela Lei nº 12.403/11, é a possibilidade de prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares apresentadas no capítulo anterior.

Lembrando que as medidas podem ser aplicadas cumulativamente, então, no descumprimento destas medidas, surge o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o)”. (BRASIL, CPP, 2013).

Este recurso é utilizado nos casos em que não é autorizada a prisão preventiva em um momento inicial, mas, com o descumprimento do acusado, ela poderá ser utilizada.

Exemplificando, Nucci demonstra: “Portanto, num primeiro momento, para o acusado de furto simples, não cabe a preventiva, desde que ele não descumpra obrigações advindas de medidas cautelares alternativas”. (2011, p. 69).

É o caso do infrator que está proibido de frequentar determinado local (sendo esta uma medida cautelar anteriormente decretada), mas é abordado pela polícia no local e horário inapropriado, então, com este descumprimento, o acusado se encaixa no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, e poderá ter a sua prisão preventiva decretada.

4.4 REQUERIMENTO E DECRETAÇÃO

O requerimento da medida cautelar da prisão preventiva pode ser feito pelo Órgão do Ministério Público, pelo querelante, pela autoridade policial, ou pelo assistente da acusação. Este rol está bem definido no artigo 311, do Código de Processo Penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada **pelo juiz, de ofício**, se no curso da ação penal, ou a **requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial**. (BRASIL, CPP, 2013, grifo nosso).

O órgão do Ministério Público e o querelante farão o requerimento sob a forma de representação, pois requerimento é um pedido, uma solicitação. No caso da autoridade policial, faz uma exposição dos fatos para o Magistrado.

Cabe tanto em ação penal pública, como em ação privada.

O momento da decretação será desde o momento da fase de investigação policial ou do processo penal. Só pode ser decretada se houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Vale citar que há possibilidade de ser decretada a prisão preventiva sem que haja inquérito policial. É o caso de quando o Ministério Público tem informações suficientes para ingressar em juízo sem que exista o inquérito policial (visto que o inquérito não é indispensável). Nesta situação, as provas coletadas pelo órgão ministerial podem ser suficientes para compor a prova do fato e o indício de autoria.

O momento final em que pode ser decretada a prisão preventiva é com o fim do processo penal, ou seja, da apresentação de alegações finais, pois ali se encerra a fase instrutória.

Algo que, na prática, obteve pouca mudança, é a não decretação de prisão preventiva quando o Magistrado verificar, de acordo com as provas colhidas, que o autor está resguardado pelas excludentes de ilicitude.

Para exemplificação, destacamos o artigo 314, do Código de Processo Penal:

Antes da Lei 12.403/11	Depois da Lei 12.403/11
Art. 314 - A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições dos arts. 23, 24 e 25 do Código Penal - reforma penal 1984.	Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Aqui, quando o agente estiver abrigado pela legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, não há no que se falar em decretação de prisão preventiva.

Outra modificação que não trouxe grande inovação ao ordenamento jurídico foi no que tange ao tipo de decisão que decreta ou denega prisão preventiva. Porém, esta mudança serviu para dar mais peso à necessidade de fundamentação das decisões do juiz. Evitando assim, que se banalize a preventiva.

Para notar a diferença trazida pela Lei 12.403/11, destacamos o artigo 315 do Código de Processo Penal:

Antes da Lei 12.403/11	Depois da Lei 12.403/11
Art. 315 - O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.	Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Nucci anota crucial crítica à falta de fundamentação nas decisões de alguns magistrados:

Não são poucos os casos em que os magistrados decretam a prisão preventiva, sem o menor apego à fundamentação. Aliás, quando o fazem, em puro arremedo de motivação, elencam os requisitos do artigo 312 do CPP, em tese, sem apontar qualquer prova dos autos a lhes conceder supedâneo fático. Ilustrando: decreto a prisão preventiva de Fulano, para assegurar a ordem pública. Ora, isso não é motivação válida, pois não se sabe sobre qual pressuposto fático baseou-se o magistrado para considerar prejudicada, de algum modo, a ordem pública. (2011, p. 71).

Para finalizar este item, trataremos da revogação da decretação de prisão preventiva.

O artigo responsável por tipificar esta questão foi inalterado pela Lei 12.403/11, por isso transcrevo o artigo 316 do CPP: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. (BRASIL, CPP, 2013).

É um artigo autoexplicativo, não existindo maiores minúcias para tratar.

O magistrado pode revogar a prisão preventiva caso verifique, no decorrer do processo, que o motivo já não existe mais. Sobre a decisão que revogar ou indeferir a preventiva, cabe recurso em sentido estrito.

4.5 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE / HIPÓTESES LEGAIS

Além dos requisitos já explicados neste trabalho, também existem os requisitos legais.

Nestes requisitos encontramos as hipóteses relacionadas ao tipo de crime cometido, e se ele é compatível com a aplicação de prisão preventiva.

Na tabela abaixo, expomos de forma que tenha fácil visualização entre o que era e como ficou o artigo 313, do Código de Processo Penal:

Antes da Lei 12.403/11	Depois da Lei 12.403/11
<p>Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:</p> <p>I - punidos com reclusão;</p> <p>II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;</p> <p>III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no Art. 64, I do Código Penal - reforma penal 1984.</p> <p>IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.</p>	<p>Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:</p> <p>I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;</p> <p>II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;</p> <p>III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;</p> <p>Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a</p>

identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Estes são os casos em que a lei permite que seja decretada a prisão preventiva, é claro, que desde que preenchidos os requisitos já citados.

Para melhor entendimento, passo a expor de forma detalhada cada uma das hipóteses legais.

4.5.1 Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos;

Em primeiro lugar é bom notar a diferença entre antes e depois da Lei 12.403/11, pois a mudança trouxe uma grande diferença.

Logo notamos que antes, para ser decretada, era necessário que o crime fosse punido com reclusão, que é um tipo de pena privativa de liberdade. Agora, com a lei supracitada, houve exclusão desta distinção. Atualmente é necessário apenas que o crime seja punido com pena privativa de liberdade, não importando se é reclusão ou detenção.

Porém, não é qualquer tipo de crime, apenas os crimes dolosos, e que a pena privativa de liberdade seja superior a 04 (quatro) anos.

Sobre este inciso, Demercian e Maluly anotam pontos das principais críticas feitas por esta limitação da nova lei:

Muitas críticas são feitas ao inciso I do artigo 313 do CPP. A atual redação exclui infrações penais relevantes, como o furto (art. 155, caput, do CP), a receptação (art. 180, caput, do CP), a quadrilha ou bando (art. 288, CP), a coação no curso do processo (art. 344 do CP) e diversos crimes da Lei nº 7.716/89, que reprime os preconceitos de raça ou de cor. (2011).

Já a posição do autor Nucci é contrária à acima exposta: “A restrição é correta, uma vez que surgem várias outras medidas cautelares alternativas (art. 319, CPP), destinadas, justamente, a atender o universo das infrações penais de menor relevo”. (2011, p. 67).

4.5.2 Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do art. 64 do CP;

Neste dispositivo é irrelevante que a pena seja superior a 04 anos.

A ressalva que se faz neste inciso, é referente a anterior condenação, que ela não tenha tido completado o período de caducidade de 05 (cinco) anos.

Para um adequado entendimento, destacamos o artigo 64 do Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL, CPP. 2013, grifo nosso).

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

Neste inciso, assim como o anterior, é prescindível de que haja cominação legal superior a 04 (quatro) anos, ou seja, não necessita que o crime seja punido com pena superior aos 04 (quatro) anos, como é no inciso I.

Esta é uma medida voltada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Tourinho Filho faz dura crítica a esta possibilidade de prisão preventiva: “Bastaria ao legislador autorizar o Juiz a decretar a detenção do responsável pela violência doméstica pelo tempo necessário à execução da medida protetiva, podendo durar 1, 2, ou mais dias. Preventiva, não, ante a ausência daquelas circunstâncias que a autoriza”. (2011, p. 567).

Na mesma esteira, porém sem criticar de forma mais intensa, Nucci explica sobre o tempo de duração da prisão preventiva:

Lembremos que a preventiva decretada para o contexto da violência doméstica e familiar não tem duração indefinida, nem precisa acompanhar todo o desenrolar da instrução. É medida cautelar voltada a assegurar a *execução das medidas protetivas de urgência*. Exemplificando, a prisão preventiva, uma vez decretada, terá o tempo suficiente para garantir a separação de corpos do casal, permitindo a alteração do endereço da mulher, sem a interferência do marido-agressor. (2011, p. 69, grifo do autor).

4.5.4 Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa;

Esta hipótese de decretação também não leva em consideração qual a pena cominada para o crime em questão, ou seja, não há necessidade de ser para crimes com a pena máxima superior a 04 (quatro) anos de prisão.

A decretação existe quando há dúvida sobre a identidade civil da pessoa; ou quando esta não fornecer elementos suficiente para esclarecê-lo.

Depois de feita a identificação, o sujeito deverá ser colocado em liberdade.

Vale observar que o parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, devidamente modificado pela lei 12.403/11, ao contrário dos demais incisos constantes no mesmo artigo, não faz referência exclusiva aos crimes cometidos de forma dolosa, assim sendo, até em crimes culposos a prisão preventiva pode ser decretada caso haja esta dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou quando ela não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

4.6 MODALIDADES DE PRISÃO PREVENTIVA

Fundamental a importância de explicar as modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro após as alterações da lei 12.403/11. São elas: Autônoma, transformada/convertida, e substitutiva/subsidiária.

4.6.1 Autônoma

É a prisão preventiva em sua essência, alguns autores denominam de prisão preventiva genuína.

Ela requer um dos requisitos da tutela de urgência (art. 312, CPP) e a presença de uma das hipóteses legais dispostas no artigo 313 do Código de Processo Penal.

4.6.2 Decorrente da conversão do flagrante

Existindo a legalidade da prisão em flagrante, o Magistrado concederá a liberdade provisória ou a conversão em prisão preventiva, sendo que a prisão preventiva mantém o seu caráter de excepcionalidade.

O Juiz só decretará a preventiva se presentes os requisitos dispostos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Com a nova redação do artigo 310 do CPP, exige-se que, para ser aplicada a prisão preventiva, o Juiz entenda que não é suficiente ou adequada a aplicação de outra medida cautelar diferente do cárcere.

4.6.3 Substituindo medida cautelar

Está prevista no artigo 282, §4º do CPP, e trata-se da prisão substitutiva ou subsidiária. E é de fácil entendimento, pois, caso haja descumprimento das medidas cautelares impostas, há possibilidade de decretação de prisão preventiva. Acontece quando a medida menos gravosa tenha sido eficazes.

4.7 APLICABILIDADE NAS CONTRAVENÇÕES

Este item busca explicar sobre a possibilidade ou não da aplicação da prisão preventiva nas contravenções penais.

A doutrina majoritária mostra que não é possível a prisão preventiva em qualquer tipo de contravenção penal.

Como exemplo, citamos Tourinho Filho: “Não é possível, por mais grave que seja a contravenção, decretar a preventiva. Esta será sempre excluída, quando a infração for contravencional. Pouco importa seja a contravenção inafiançável ou não”. (2011, p. 572).

A justificativa principal é de que a excepcionalidade da prisão preventiva é totalmente incompatível com as contravenções.

E além das explicações doutrinárias, o Código de Processo Penal, de forma implícita, exclui em todo o capítulo referente à prisão preventiva, a possibilidade de contravenções, pois sempre se refere a crimes, não dando margem à prisão preventiva.

5 SENTIMENTO DE IMPUNIDADE X PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Após devidamente explicitados os elementos formadores deste trabalho, adentraremos na real questão que o presente estudo propõe.

Para chegar até aqui, foi fundamental explicar, de forma analítica, desde o surgimento das penas até o atual modo de punição/reeducação do apenado, e também foi estudado como era e como ficou o ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11. Pois, com ela houve uma redução da possibilidade do infrator receber ordem de prisão cautelar (principalmente a prisão preventiva), sendo que, essa redução de chance pode ser interpretada de dois modos.

O primeiro modo, que é o visado pelos legisladores (incluindo os juristas que participaram do projeto de lei), é o da efetividade da presunção de inocência, ou seja, prender preventivamente apenas como *extrema ratio da ultima ratio*, sendo medida de total excepcionalidade.

Isto favorece a manutenção do sistema presidiário brasileiro, que há muito tempo sofre de excesso de lotação, e um mau aproveitamento da real finalidade do encarceramento, que é a recuperação e reinserção do infrator à sociedade.

O segundo modo de interpretação desta redução da amplitude de o infrator receber uma prisão cautelar, é que, ao menos inicialmente, haverá uma impunidade, pois o infrator continuará circulando como se nada tivesse acontecido.

Este pensamento é, com certeza, o que circula no leigo. Pois, aparentemente, não houve punição nenhuma ao infrator que, muitas vezes, até zomba da atividade policial.

Portanto, este capítulo é crucial para o encerramento deste trabalho, pois mostra o que é e como funciona o sentimento de impunidade e o que é e como funciona o princípio constitucional da presunção de inocência. E se, esta lei veio a contribuir ou prejudicar o direito penal brasileiro.

5.1 SENTIMENTO DE IMPUNIDADE

O sentimento de impunidade tem origem de várias formas e está presente no cotidiano do brasileiro.

Este sentimento nasce da descrença da população após ter reiteradas decepções com a justiça brasileira. Muitas vezes, a população espera penas mais rígidas, outras vezes, reclamam da morosidade do sistema jurídico brasileira, outras ainda, reclamam da maioria penal, ou também, do rápido regime de progressão. Quer seja por um motivo ou outro, quem fica com descrédito perante a população, é a justiça.

Não raras vezes escutamos que “a justiça não funciona”, ou, o que é comum em uma roda de conversas, que “a polícia prende e a justiça solta”. Estas frases que estão impregnadas no subconsciente do cidadão, nada mais são que sintomas de repetidas decepções com o sistema penal e de execução penal brasileiro.

Essa incredulidade é fomentada diariamente na mídia, que, não mais que cumprindo sua obrigação ética e jornalística, mostra centenas de casos de menores cometendo crime e saindo das delegacias sem maiores punições, ou destaca o pouco tempo de cumprimento até a progressão para o regime aberto. E, para o cidadão leigo, essas notícias soam como uma total sensação de impunidade, ou, como é falado aos ventos, que o “Brasil é o País da impunidade”, ou que, “no Brasil, só é preso que é pobre”.

É de bom tom citar temas atuais que geram um amplo grau de sentimento de impunidade. Inicialmente, destacamos a Proposta de Emenda Constitucional n. 33, que, sinteticamente, submete às decisões do Supremo Tribunal Federal à análise do Congresso Nacional. Neste caso, a sensação impunidade dos políticos, que já é bastante criticada nos casos de corrupção, está sendo novamente alimentada por esta PEC. Outro fator que o cidadão leigo confunde com impunidade, é a imunidade parlamentar, que, por si só, dá a entender, erroneamente, para o cidadão, que o político é inimputável.

Neste ponto, não se sabe se o que gera essa sensação de impunidade é a falta de informação ou o total desânimo com a atuação do judiciário.

Outro tema que gera muita sensação de impunidade e que é um assunto muito discutido atualmente, é a redução da maioria penal. O cidadão não aceita mais que menores de idade (18 anos), continuem a delinquir, cometendo crimes tão ou ainda mais graves que maiores, e sofrendo sanções menores.

Para ilustrar o sentimento de impunidade destacamos uma reportagem que trata de um crime cometido por um menor, e que causa uma sensação de impunidade em relação à maioria penal:

A Polícia Militar (PM) apreendeu nesta madrugada um menor de idade por suspeita de envolvimento na morte da dentista Cinthya Magali Moutinho de Souza, de 47 anos, que foi queimada viva durante um assalto ao seu consultório na tarde desta quinta-feira, no Jardim Copacabana, em São Bernardo do Campo, no ABC Paulista. Em nota, a PM chegou a informar que o adolescente, de 17 anos, teria confessado participação no crime. Em seguida, enviou outro comunicado esclarecendo que ele prestou depoimento e foi liberado porque "os indícios não eram suficientes para a imputação do delito". (MENOR..., 2013).

E este tipo de notícia circula diariamente em todo o Brasil, destacamos outra reportagem sobre a sensação de impunidade do menor infrator:

Um adolescente de 17 anos foi apreendido duas vezes no mesmo dia, em Marechal Cândido Rondon. No fim da tarde de ontem (08), ele foi encaminhado à delegacia acusado de furto. O menor havia sido reconhecido pelas vítimas, **mas logo foi liberado**. No entanto, à noite, a Polícia Militar o encontrou andando de bicicleta e com vários produtos que haviam sido furtados. (ADOLESCENTE..., 2013, grifo nosso).

Para ilustrar o sentimento de impunidade e a atividade política, destaco o texto de Sarmento, que trata da Proposta de Emenda Constitucional n. 33 e a perpetuação da impunidade:

Faz-se de contornos claros a percepção que a ação penal 470, o julgamento do mensalão, está sendo a mola propulsora deste processo de tentativa de desdemocratização. Busca-se nas mais diversas frentes aniquilar uma força de mudança que nasceu, onde as funções de poder são harmônicas e independentes, mas são também sindicáveis por suas mazelas através da política dos freios e contrapesos, onde se passou a não mais admitir-se o conluio de poder. (2013).

Com o advento da Lei 12.403/11, a prisão preventiva sofreu grandes restrições nas suas possibilidades. Para crimes com pena máxima prevista não superior a 04 (quatro) anos, não existirá, inicialmente, a prisão preventiva. Para alguns cidadãos, isso é uma clara evidência da simples impunidade. Como exemplo, analisemos o crime de furto simples: “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. (BRASIL, CPP, 2013).

Neste caso, como a pena máxima não é superior a 04 (quatro) anos, o infrator não será submetido à prisão preventiva, e sim, às medidas cautelares. Sendo que, poderá ter sua prisão preventiva decretada se vier a descumprir alguma das medidas cautelares impostas pelo Magistrado.

Atualmente, para os leigos, as medidas cautelares ainda não são vistas como penas, e sim, como modos de os infratores escaparem do cárcere e se manterem impunes.

Após essa explanação, podemos retratar como é o sentimento de impunidade que o cidadão leigo tem.

Superado este momento, partiremos para uma explicação mais jurídica, desta vez, adotaremos como ponto de vista, o princípio constitucional da presunção de inocência sobre a Lei n. 12.403/11.

5.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para uma compreensão plena do princípio constitucional da presunção de inocência, é imprescindível analisarmos os seus aspectos históricos, desde as suas origens, até sua evolução.

A origem histórica é extremamente interessante e remonta não somente às origens do ordenamento jurídico, como também da origem da sociedade tal qual como conhecemos hodiernamente.

Este princípio é inicialmente instituído pela Carta Magna de 1.215. Este texto é o primeiro estatuto inglês, e o principal fundamento da Constituição da Inglaterra.

Como o reinado de João Sem-Terra foi marcado pela tirania sobre os seus submissos, com instituição de alta carga de impostos, e até mesmo prisões ilegais/amorais, a nobreza achou necessário insurgir-se contra os desmandos reais, e, unindo-se com o clero, fez com que o Rei acolhesse a Carta Magna, consentindo as determinações da Carta Magna para não ser deposto.

Como um dos grandes problemas eram as prisões arbitrárias, foi dedicado um artigo para combater este mal, portanto, de fundamental importância destacar o item 39 da Carta Magna de 1.215 da Inglaterra, encontrado num estudo de Pereira:

39 – **Nenhum homem livre será detido ou aprisionado**, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, **a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.** (2007, grifo nosso).

No disposto neste texto da Carta Magna de 1.215, é clara a manifestação do princípio da presunção de inocência, como é conhecido atualmente.

Mais tarde, com inspiração do Iluminismo de Voltaire e Rousseau, a presunção de inocência foi colocada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na revolução

francesa, que teve imortalizado o seu lema: Liberdade, igualdade e fraternidade, em 1.789. Para tanto, destacamos o artigo 9º desta declaração, no estudo de Ramos: “Todo o acusado **se presume inocente até ser declarado culpado** e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei” (2011, grifo nosso).

Seguindo na linha histórica do princípio da presunção de inocência, destacamos o seu artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em assembleia da Organização das Nações Unidas:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser **presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada** de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (1948, grifo nosso).

Dando passos mais longos na evolução histórica, pousamos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde o princípio da presunção de inocência foi reafirmado no ordenamento jurídico pátrio.

Na doutrina, este princípio também é conhecido como o princípio da não culpabilidade ou do estado de inocência.

Este princípio está disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, por isso, destacamos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, 2013).

Para Mirabete, sobre este princípio: “O réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador provar sua culpa”. (1991, p. 43).

Dada à conceituação e a evolução história, passemos ao ponto de vista da presunção de inocência sobre as alterações trazidas pela lei 12.403/11.

Com esta nova lei, o Estado atinge o real sentido das prisões cautelares. Pois estas foram criadas para ser a última opção no decorrer na investigação ou ação penal, e isso não era o que estava ocorrendo.

A prisão cautelar é excepcionalidade, e em crimes com pena máxima não superior a 04 anos nada mais justo que apenas medidas sejam aplicadas, e é isso que a lei 12.403/11 inovou, dando real sentido ao princípio da presunção de inocência.

Porém, para adentrar na discussão acerca da lei 12.403/11 e o sentimento de impunidade e a efetividade do princípio constitucional da presunção de inocência, passemos ao tópico seguinte.

5.3 CONFRONTAÇÃO

Penetrando no cerne da questão deste trabalho, analisaremos o confronto que sofre a lei 12.403/11.

De um lado, encontramos o sentimento de impunidade, externado, na maioria das vezes, pela população.

Doutro, encontramos a efetividade do princípio constitucional da presunção de inocência, que é fruto de séculos de evolução jurídica mundial.

Num primeiro momento, é fácil identificar que a lei pareceu trazer uma impunidade aos infratores.

Cada vez mais, os cidadãos clamam por penas rígidas, e até mesmo de caráter perpétuo e letal. No Brasil, grande parte da população tem como lema o velho brocardo que diz que “bandido bom, é bandido morto”. Esta frase que é jogada aos ventos pelos populares é ainda mais glorificada e difundida quando acontece um crime bárbaro e com forte clamor público. Acontece que, a maioria da população não sabe que pode estar sendo instrumento do fomento de grande parte da indústria midiática. Este clamor público, não é fruto apenas da indignação, é fruto de uma imprensa que age por vendas de jornais e cliques em seus sites, desvalorizando o real objetivo da lei.

Dizendo isto, queremos mostrar que a maioria dos cidadãos brasileiros sofre de um analfabetismo funcional. Para explicar o que é o analfabetismo funcional, destacamos Vieira:

Em termos de pesquisa quantitativa, não é possível mensurar este tipo de analfabetismo. **O problema consiste que este tipo de analfabeto sabe ler e escrever, não consegue interpretar e conseqüentemente não entende o que está lendo.** O problema do Analfabeto Funcional está aumentando a cada dia e hoje é comum se encontrar até mesmo nas universidades. O que ocorre na realidade é que estão conseguindo com que as pessoas analfabetas total aprendam a ler e escrever, mas, não aprendem a interpretar uma leitura ou mesmo redigir uma simples carta (redação). (2011, grifo nosso).

Portanto, o analfabeto funcional passa a ser instrumento do que a mídia sensacionalista deseja fazer, pois passa informações mastigadas, destacando apenas os pontos convenientes.

Tendo este poder, pode direcionar o pensamento do leitor desatento para a concordância com determinada matéria ou para a total discordância, sem instigá-lo a aprender outros pontos de vistas sobre a mesma matéria.

Isto se torna demasiadamente temerário, pois o cidadão pode acreditar que determinadas situações são de total impunidade, sendo que, desconhece totalmente tudo que foi feito e o que ainda será feito com o infrator.

Muitas vezes não há o sentimento de impunidade, há uma falta de informação do cidadão que deseja apenas uma série de penas cada vez mais rígidas e sem possibilidade de recuperação do infrator.

Porém, indo de encontro com este pensamento do cidadão em geral, o legislador trás uma lei que diminui a incidência de possibilidade de prender o infrator.

Fazendo isto, o legislador se despiu dos pensamentos populares e incorporou a acepção jurídica do princípio da presunção de inocência, e, com esta lei, nada mais fez que tornar efetivo este princípio.

Nada mais justo que o infrator que cometeu delitos não tão graves, tenha medidas carcerárias somente após ele realmente ser considerado, pela justiça, como culpado.

Além do mais, com a prisão cautelar nos antigos moldes, poderia existir o absurdo de a prisão preventiva ser mais rigorosa que a pena condenatória, tendo em vista a morosidade do processo.

Importante destacar a opinião de Silva:

O que não se pode admitir é uma prisão de anos, sem decisão de mérito, de uma pessoa, sem antecedentes, que tenha furtado um vidro de ervilhas, um frasco de shampoo, uma caixa de leite, ou melancias, como já vi ocorrer pelos noticiários de jurisprudência. Isso é inadmissível. Não consigo imaginar a justificativa para prender provisoriamente pessoas primárias **que não representam perigo à sociedade**. Não podemos justificar uma atrocidade que é a prisão, desprovida de motivos legais, seja contra quem for - um pobre coitado ou um bilionário - por questões de impunidade. Esse discurso é temerário, manipulador, e gera mais violência. Lembremos: **um remédio, só o é assim, na sua dose e medida correta, se for em demasia se transformará em veneno.** (2011, grifo nosso).

Com as medidas cautelares, exclui-se a ideia de que as prisões cautelares sejam punições antecipadas. Com as medidas cautelares, o infrator apenas recebe diretrizes sobre o que pode fazer, e sobre o que não pode até que haja uma condenação definitiva.

Após este estudo, é inegável que a efetividade da presunção de inocência tem muito mais importância do que a simples sensação de impunidade que o cidadão leigo tem, pois aquela detém grande carga de estudo jurídico e séculos de evolução, enquanto esta é apenas uma forma de vingança ao infrator.

Por fim, cabe-nos lembrar que, como operadores do direito, não podemos nunca olhar para as leis sem olhar para a sociedade. Porém, o que jamais podemos deixar de lado, são os princípios tipificados e morais que regem o nosso ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, lei maior do nosso Estado, deve sempre ser um guia norteador das nossas ações jurídicas. E o princípio da presunção de inocência, como clamado nesta lei, deve sempre ser protegido e colocado em seu devido lugar: Representando e fazendo valer a Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste estudo, conclui-se que deve prevalecer a interpretação de que a efetividade do princípio constitucional da presunção de inocência é superior à interpretação pelo lado do sentimento de impunidade.

A estrutura do presente foi montada com o intuito de esclarecer todos os pontos que se envolvem na questão principal. Portanto, foi imprescindível fazer uma evolução histórica do instituto da pena e, conseqüentemente, da prisão. Após, já entrando na lei 12.403/11, falamos da regra geral, que são as medidas cautelares. Não se encaixando nas possibilidades de imposição das medidas cautelares, partir-se-á para a prisão cautelar, e destacamos o tipo de prisão cautelar que sofreu grandes modificações com esta lei, a prisão preventiva. Logo depois, explicamos o que é e como acontece a sensação de impunidade e o que é o princípio da presunção de inocência, para, só depois, chegarmos ao cerne da questão, que é aqui concluído.

No decorrer do trabalho, vimos que a grande evolução histórica da prisão foi construída por uma série de estudos, com embasamento jurídico e social. Esta lenta evolução constitucional não pode ser simplesmente desprezada, muito menos, entender que esta lei foi um retrocesso jurídico.

Por mais que o pensamento popular tenha influência sobre as decisões legislativas, não devemos colocar em primeiro lugar a prisão como modo de simples punição. O caráter do sistema prisional engloba a punição, mas, principalmente, a recuperação do detento.

É inquestionável também, que há superlotação em grande parte dos presídios brasileiros.

Como meio para exemplificação, citamos o presídio de Araranguá/SC, que também sofre da superlotação carcerária:

O princípio de rebelião deixou marcas difíceis de serem apagadas do imaginário daqueles que presenciaram a correria, aflição, os gritos e a fumaça que saía dos colchões queimados na galeria C. A gerente do presídio, Bárbara dos Santos Souza, evita alardear, mas o medo é visível, principalmente devido a superlotação que obriga a instituição penal **a acomodar cerca de 440 presos onde deveriam estar pouco mais de cem.** (PROJETO..., 2013, grifo nosso).

A lei 12.403/11 vem a colaborar com a diminuição da amplitude de prisões que poderiam ter alternativas que não a reclusão, ou seja, ajuda a diminuir a superlotação dos

presídios, evitando que infratores que se encaixem nos pressupostos das medidas cautelares sejam encarcerados.

Outra questão importante a ser destacada, é que estes infratores, ao não sofrerem reclusão, terão uma oportunidade de mostrar que o crime foi apenas um erro. Sendo que, se entrasse na privação de liberdade, teriam grande probabilidade de lidar diariamente com criminosos mais “experientes” e que tenham cometido crimes verdadeiramente graves. É muito mais fácil o infrator ser “contaminado” dentro da prisão, e esta lei, faz com que este tenha uma nova chance para com a sociedade. Sofrendo apenas as medidas que são convenientes num período processual, ou seja, sem definitividade.

Pelo exposto acima, notamos que o princípio da presunção de inocência vem sendo aplicado no cotidiano. Notamos também, que não há uma desvalorização e sequer abalo na confiança da justiça por essa lei, pois os crimes que ela abrange são crimes com penas não superiores a quatro anos, ou seja, não atingiu crimes mais polêmicos, tornando-se aceitável pela população em geral.

Por fim, comparando o panorama anterior e posterior à lei 12.403/11, notamos que a lei ficou mais flexível com alguns crimes, mas nem por isso trouxe uma aparência de impunidade ao infrator.

Restou claro que a lei efetivou o princípio da presunção de inocência, e fez com que a prisão seja utilizada somente quando inevitável. As medidas cautelares trouxeram uma nova oportunidade de o infrator se reestabelecer socialmente, e nelas encontramos somente modos de evitar que o agente volte a delinquir, e é inegável que é muito melhor evitar a prisão do agente que pode aprender em liberdade.

REFERÊNCIAS

ADOLESCENTE é apreendido duas vezes no mesmo dia. **CGN**, Marechal Cândido Rondon, 09 abr. 2011. Disponível em: <<http://cgn.uol.com.br/noticia/49276/adolescente-e-apreendido-duas-vezes-no-mesmo-dia>>. Acesso em: 06 maio 2013.

ANDREATA, Rafael Potsch. **As consequências da revogação da prisão administrativa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-17/revogacao-prisao-administrativa-consequencias-aos-estrangeiros>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em 11 mar. 2013.

BRASIL. **Súmula Vinculante nº 25**, de 16 de dezembro de 2009. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. **Súmula nº 145**, de 06 de dezembro de 1963. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0145.htm>. Acesso em 18 mar. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 maio 2013.

_____. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 04 abr. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÓDIGO de Hamurabi. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 07 maio 2013.

COSTA, José Luiz; GERMANO, Paulo. **Dos 31 gremistas proibidos de frequentar estádios, 27 ignoram ordem judicial.** Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/esportes/gremio/noticia/2013/03/dos-31-gremistas-proibidos-de-frequentar-estadios-27-ignoram-ordem-judicial-4078727.html>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 07 maio 2013.

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

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **A prisão preventiva e suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a lei nº 12.403/11, de 2011.** Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_prisao_preventiva2.pdf>. Acesso em: 24 maio 2013.

FERNANDES, Bené. **Torcedor do Fortaleza é proibido de frequentar estádios nos jogos do tricolor.** Disponível em: <<http://sobralagora.com.br/v1/2012/09/torcedor-do-fortaleza-e-proibido-de-frequentar-estadios-nos-jogos-do-tricolor/>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Erick Jonas Costa. **Da pré-história às primeiras sociedades.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/da-pre-historia-as-primeiras-sociedades/28483/#ixzz1EuDJV3Fx>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil; tradução de: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa.** Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista.** Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1060>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 1991.

MENOR presta depoimento sobre morte de dentista e é liberado. **Veja**, São Bernardo do Campo, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/apreendido-menor-que-ateou-fogo-em-dentista-em-sp>>. Acesso em: 07 maio 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processos substantivo**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16202-16203-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2013.

PROJETO troca presídio por clínica. **Correio do Sul**, Araranguá, 08 maio 2013. Disponível em: <<http://www.grupocorreiodosul.com.br/jornal/noticias/principal/projetotrocapres-dioporcl-nica/>>. Acesso em: 08 maio 2013.

RAMOS, Gisela Gondin. **O princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 07 maio 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RT, **531/301**. Revista dos Tribunais. Ano 69, v. 531

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Leonardo. **PEC 33 : Pela perpetuação da impunidade**. Disponível em <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/99910/>>. Acesso em 05 maio 2013.

SILVA, Eduardo Antônio da. **Entra em vigor a lei 12.403/11**: A falsa sensação que uma lei pode mudar os fatos sociais. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137479,81042-Entra+em+vigor+a+lei+1240311+A+falsa+sensacao+que+uma+lei+pode+mudar>>. Acesso em 07 maio 2013.

TORCEDOR invasor na Holanda é proibido de frequentar estádios pelos próximos 30 anos. **Uol Esporte**, São Paulo, 26 dez. 2011. Disponível em: <<http://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2011/12/26/torcedor-invasor-na-holanda-e-proibido-de-frequentar-estadios-pelos-proximos-30-anos.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Considerações acerca do mecanismo da prisão preventiva no Brasil a partir da Lei 12.403/11**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/22170/consideracoes-acerca-do-mecanismo-da-prisao-preventiva-no-brasil-a-partir-da-lei-no-12-403-2011/4>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

VIEIRA, Antônio Carlos. **Os tipos de analfabetismo**. Disponível em< <http://debatendo-a-educacao.blogspot.com.br/2011/04/os-tipos-de-analfabetismo.html>>. Acesso em 07 maio 2013.