

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
WAGNER HEVERTON GOMES PAULA

**MEDIDAS ALTERNATIVAS À SEGREGAÇÃO CAUTELAR NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

NATAL/RN
2012

WAGNER HEVERTON GOMES PAULA

**MEDIDAS ALTERNATIVAS À SEGREGAÇÃO CAUTELAR NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob orientação do Prof. Esp. Eduardo Cunha Alves de Sena.

NATAL/RN
2012

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Paula, Wagner Heverton Gomes de
Medidas alternativas à segregação cautelar no processo penal brasileiro
/ Wagner Heverton Gomes de Paula– Natal, RN, 2012.

74 f.

Orientador(a): Prof. Esp. Eduardo Cunha Alves de Sena.
Monografia (bacharel). Universidade do Estado do Rio Grande do
Norte. Faculdade de Direito

1. Processo Penal – Monografia. 2. Estado Democrático de Direito. 3.
Segregação Cautelar. I. Sena, Eduardo Cunha Alves de. II. Universidade
do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/BC

CDD 345.05

WAGNER HEVERTON GOMES PAULA

**MEDIDAS ALTERNATIVAS À SEGREGAÇÃO CAUTELAR NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Esp. Eduardo Cunha Alves de Sena
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
(ORIENTADOR)

Prof.º Msc. José Armando Ponte Dias Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof.º Esp. André Luiz Barros de Lira
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: 01/10/2012

Dedico este trabalho aos meus pais, a minha esposa Sandra Mara e à filha Yasminy. À amiga Larissa, e aos colegas que compartilharam dessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar, ao Deus Poderoso e Fiel, pela misericórdia para com minha vida e por me ajudar nos momentos sem solução. A Ele toda honra, glória e majestade.

Aos meus pais, que me incentivaram a subir mais um degrau em minha formação profissional.

Às minhas queridas e estimadas esposa e filha, pela compreensão nos momentos difíceis que passamos e pela superação das dificuldades com a ajuda do nosso Deus.

Ao Professor Especialista Eduardo Cunha Alves de Sena, por compartilhar comigo este momento de estudos e pesquisas e, principalmente, por respeitar meus limites e produções, orientando com sabedoria singular esta produção.

“A prisão anterior à condenação definitiva constitui maior contradição do processo penal, pois se este existe justamente para apurar a culpabilidade do acusado e impor a sanção punitiva correspondente ao crime praticado, não se pode explicar, com argumentos racionais, a sobrevivência de qualquer forma de restrição de um bem fundamental – como é a liberdade –, antes de estar judicialmente reconhecido o direito de punir do Estado.”

(Delmanto, 2008)

RESUMO

A realização deste trabalho apresenta as medidas alternativas à segregação cautelar sob a ótica do Estado Democrático de Direito, informando as principais inovações a prisão processual, bem como os pressupostos indispensáveis para a aplicação dessa medida extrema nos casos que assim o exigirem. Partiu-se de uma reflexão da aplicabilidade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Lei Federal nº. 12.403 em 4 de maio de 2011, onde a prisão provisória passou a ser a última e derradeira medida a ser tomada, quando todas as demais não foram suficientes. Isso significa que finalmente o ordenamento infraconstitucional está se curvando ao princípio constitucional do estado de inocência e *status libertatis*, impondo limitações ao poder do Estado. Espera-se com este trabalho também perquirir sobre a finalidade da prisão antes da condenação, levando em consideração que no Estado Democrático de Direito a aplicação do *jus puniendi* não deve ser exercido de forma indiscriminada, mas sim, obedecendo a uma série de limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Segregação Cautelar, Medidas Alternativas.

ABSTRACT

This work presents the alternatives to segregation precautionary from the perspective of the Democratic State of Law, informing the main innovations the prison procedural, as well as the assumptions necessary for the implementation of this measure in extreme cases that require it. Starting from a discussion of the applicability of the criminal proceedings in the Brazilian law system, with the enactment of the Federal Law. 12,403 on May 4, 2011, where the provisional arrest became the last action applied when all other were not enough. This means that spatial *infra* is finally bowing to the constitutional principle of state of innocence and *libertatis status*, imposing limitations on State power. It is hoped that this work also inquire about the purpose of prison before the final arrest, taking into account that in a Democratic State of Law the application of *jus puniendi* should not be exercised indiscriminately, but, following a series of limitations imposed by own law system.

Keywords: Democratic State of Law, Segregation Precautionary, Alternative Measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 Evolução histórica da aplicação da pena e do processo penal	12
1.2 O surgimento do processo penal no Brasil	17
1.3 A Constituição de 1988 e os seus reflexos no processo penal	18
1.4 O Princípio da Dignidade Humana e sua aplicabilidade na Tutela Jurisdicional Estatal	20
1.5 A garantia da presunção da inocência e seus reflexos na prisão processual	23
1.6 Instrumentalidade Constitucional do processo penal	28
2 PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NO PROCESSO	32
2.1 A cautelaridade no processo penal	32
2.1.1 Requisitos essenciais para a propositura das medidas cautelares.....	34
2.1.2 Características das medidas cautelares	35
2.2 A prisão e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro	36
2.2.1 Da prisão em flagrante.....	37
2.2.2 Da prisão temporária	42
2.2.3 A prisão preventiva como mecanismo de segregação do acusado	44
3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À SEGREGAÇÃO CAUTELAR	52
3.1 Aspectos gerais da Lei nº. 12.403/2011	52
3.2 Medidas cautelares processuais penais substitutivas diversas da prisão.....	55
3.3 Medidas alternativas à prisão cautelar.....	58
3.3.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.....	58
3.3.2 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.....	59
3.3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.....	59
3.3.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.....	60
3.3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos	61
3.3.6 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.....	61

3.3.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.....	62
3.3.8 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	63
3.3.9 Monitoração eletrônica.....	63
3.3.10 Proibição de ausentar-se do país.....	64
3.4 Da liberdade provisória.....	65
3.4. 1 Liberdade provisória com fiança.....	66
3.4.2 Liberdade provisória sem fiança.....	67
3.5 Discussões a respeito dos pontos positivos e negativos das medidas cautelares no processo penal.....	68
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro apresenta-se como uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, estabelecendo entre as partes e o juiz uma reciprocidade de direitos e obrigações. Como instrumento hábil para a aplicação das normas materiais, fornece o caminho necessário para o Estado-Juiz alcançar a pena, pois o crime não pode ser punido sem a intervenção da norma de processo.

O presente estudo propõe uma reflexão acerca das principais alterações realizadas no Código de Processo Penal brasileiro, especificamente no que atine ao regime constitucional da liberdade e da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, promovidas pela Lei Federal nº 12.403/2011, que possibilitou a adequação deste diploma aos valores constitucionais do processo penal no Estado Democrático de Direito.

Para tal, iremos abordar as medidas alternativas à segregação cautelar no processo penal Brasileiro sob a perspectiva da Lei Federal nº 12.403/2011, sendo tema pertinente aos dias atuais, tendo em vista as alterações promovidas por esta lei no âmbito do Código de Processo Penal, sintonizando o instituto da liberdade provisória aos ditames constitucionais da presunção da inocência e outras garantias inerentes a um processo justo.

Buscar-se-á compreender de que modo a nova lei ajustará o procedimento previsto no processo penal pátrio de forma a compatibilizá-lo com o princípio da presunção da inocência, amoldando o vetusto Código de Processo Penal à realidade do Estado Democrático de Direito. Para tanto, investigar-se-á as mutações observadas no processo penal pátrio, relatando sua atuação como tutela jurisdicional estatal nas diversas Constituições vivenciadas no Brasil até os dias atuais.

Ademais, a prisão antes da condenação, sob uma perspectiva histórica, sofre variação no tempo e no espaço conforme momentos históricos e matizes filosóficas/teóricas, influenciadoras do ordenamento penal até chegar ao Estado Democrático de Direito, onde a aplicação do *jus puniendi* não deve ser exercido de forma indiscriminada, visto que é pautada em uma série de limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, no primeiro capítulo será desenvolvida a temática do processo penal no Estado Democrático de Direito, enfocando o surgimento do Devido Processo Legal como marco garantidor de direito ao processo penal justo.

Ainda nesse capítulo, a dignidade humana será abordada enfatizando seu conceito e sua inserção dentro da Carta Constitucional, bem como sua efetividade dentro do processo penal, além do enfoque a outros princípios norteadores desse mesmo processo, como o princípio da presunção da inocência, tendo como reflexo a proibição de se aplicar qualquer medida restritiva de liberdade antes do reconhecimento definitivo da culpabilidade do acusado, salvo se houver fundamento para prisão cautelar processual.

No segundo capítulo, serão analisadas as providências cautelares no processo penal pátrio, buscando-se destacar o tema com as devidas observações para o instituto da prisão provisória e preventiva sob o enfoque da Lei nº. 12.403/2011, observando as críticas e as peculiaridades de cada um, bem como os novos regramentos direcionados ao magistrado para evitar decisões descompassantes ao princípio da presunção da inocência.

No terceiro capítulo, a abordagem principal será a discussão aprofundada das principais inovações introduzidas pela Lei nº. 12.403/2011, enfatizando a reformulação do artigo 319 e o seu rol extenso de medidas cautelares diversas da prisão, que deverão ser obrigatoriamente consideradas antes de o juiz decretar a prisão preventiva do acusado, prevalecendo o princípio da excepcionalidade ou mesmo subsidiariedade da prisão provisória, a permitir a restrição da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, somente como medida extrema, e desde que não seja suficiente a medida cautelar menos severa.

O encerramento desse trabalho, terá uma conclusão do ponto de vista crítico e científico sobre a segregação cautelar, informando os pontos benéficos e os pontos que ainda merecem um estudo mais elaborado sobre a redução de injustiças referentes a prisão processual.

Dessa forma, espera-se que esse estudo possibilite uma reflexão referente às reais intenções das adequações ocorridas na seara processual penal, favorecendo uma visão mais humanizada com a inserção de medidas alternativas a prisão cautelar.

1 PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O processo penal brasileiro, em obediência aos princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, amolda-se a uma nova realidade jurídico-normativa a partir da promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988. Nesse sentido, antes de quaisquer considerações, cabe ressaltar o que vem a ser o Estado Democrático de Direito e sua relação com a tutela jurisdicional estatal.

1.1 Evolução histórica da aplicação da pena e do processo penal

Na idade média, segundo Delmanto¹, prevalecia o regime paternalista denominado também como Estado policial ou Estado providência sobre o indivíduo, não havendo espaço para as liberdades individuais. Esse período foi marcado pelo sistema inquisitivo, onde os acusados eram submetidos a processo extremamente injusto, tendo em vista que as funções de acusar e de julgar eram exercidas por uma só pessoa, não existindo garantias de defesa que lhe possibilitasse atenuar a pena, ou até mesmo isentá-lo de qualquer responsabilidade do ilícito imputado. Além disto, processo e aplicações da pena se confundiam.

Foucault² descreveu com detalhes o cenário de uma época em que as punições aos infratores eram bastante severas, inexistindo prisões, mas sim verdadeiros espetáculos cruéis na execução da punição do Estado, conforme relata um trecho de sua obra abaixo mencionado:

[Damiens fora condenados, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [onde devia ser] levados e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

¹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.12.

² FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p.7.

Em sua análise, esse mesmo autor observou que, com o passar do tempo, o estilo de punir através do suplício cedeu espaço para novas teorias da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. O primeiro processo de transformação resultou na supressão do espetáculo punitivo, possibilitando ao suplicado não mais ser visto como objeto de piedade e admiração.

O segundo processo de transformação, tem relação com a extinção da ação física sobre o corpo humano, perante a visualização do público, o que representava para o Estado uma forma de demonstração de poder. No entanto, devido essas transformações, houve um significativo avanço na aplicação da sanção punitiva, extinguindo-se a confissão pública e a anulação da dor, substituídas por uma nova modalidade de pena, ou seja, a privação da liberdade, ainda aplicada de forma precária por não respeitar a dignidade humana do preso.

Essa realidade começou a ser modificada com o advento do renascimento cultural e com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, verificando um retorno da consciência individual e uma afirmação da liberdade, com a declaração expressa dos direitos e garantias do cidadão perante o Estado.

Em 1789, veio a lume na França a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, considerado um marco no reconhecimento de direitos inatos à condição humana – daí porque batizados de direitos humanos fundamentais.

Essas ideias básicas tiveram a influência do liberalismo, que relegava ao Estado a função de mero mantenedor do *status quo* daquela sociedade, pois se tais direitos eram anteriores e superiores ao próprio Estado, não haveria como o Estado limitá-los. E assim surgiram os denominados direitos fundamentais de primeira geração³.

O grande destaque para as revoluções em comento, nas lições de Nucci⁴, é a importância da Magna Carta Inglesa para as futuras Constituições, tendo em vista que disciplinava princípios limitadores do poder soberano, assegurando que o Estado deve ter um governo de leis e não de homens, e também por já fazer menção daquilo que seria

³ Nas lições de Bonavides, os direitos fundamentais de primeira geração são direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, a fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.563.)

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 53-60.

fundamental para a instrumentalidade do processo, o *due process of law*⁵, ou seja, o devido processo legal.

O citado princípio tornou-se a base fundamental para a primeira e a mais antiga Constituição escrita em vigor no mundo, a Constituição Federal dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787, que entrou em vigor em 1790, com sete artigos.

A Constituição escrita dos Estados Unidos, segundo Carvalho⁶, introduziu os primeiros passos para um processo justo e democrático baseados no devido processo legal. Assim, segundo as explicações desse mesmo autor, o seu significado foi além de uma expressão estritamente legal em que se dão as partes oportunidade ampla de alegar e de provar fatos que lhes auxiliaram em suas defesas, desenvolvendo, a jurisprudência americana, uma teorização a respeito de um sentido substantivo do citado princípio, através da razoabilidade e racionalidade nas decisões proferidas⁷, evitando assim, supostas arbitrariedades oriundas do poder estatal. Nas palavras de Carvalho⁸:

Nesse sentido, os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e a racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência se evidenciada qualquer arbitrariedade, ou seja, quando não forem consentâneos com a *law of the land* ou com o *substantive due process*. Isso quer dizer que o Judiciário pode fulminar leis e atos administrativos que carecerem de uma justificação racional e que não estejam devidamente fundamentados em uma real necessidade. Assume, assim, o Judiciário americano, grande relevância no controle de atos do Executivo e do Legislativo, cabendo-lhe o poder de dizer *what the law is* e rejeitar leis e atos contrários a *law of the land*, ou sejam, que não preencherem os requisitos da razoabilidade.

Através dos ideais dos Estados liberais de Direito, como leciona Silva⁹, surgiram as primeiras conquistas para as civilizações liberais, sendo esse período caracterizado pela submissão de todos ao império das leis; divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e

⁵ Na realidade, a Carta de João Sem Terra trazia a previsão do julgamento segundo a Lei da Terra (*Law of the Land*). Este conceito foi incorporado aos diplomas legislativos ocidentais para traduzir o que hoje se conhece por devido processo legal.

⁶ CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios Constitucionais do Processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

⁷ A racionalidade, na visão de Moraes, levou à valorização do indivíduo diante do Estado, e este passou a ser justificado de forma legítima apenas pelo contratualismo, só se legitimando enquanto for comunhão das vontades individuais. O indivíduo, torna-se o centro da importância do Estado Iluminista e para quem estava voltado todo o atuar público (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74).

⁸ CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios Constitucionais do Processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-113.

Judiciário; enunciado e rol de garantias dos direitos individuais e sujeição do Estado aos rigores normativo Maior, aumentando as garantias fundamentais da população.

No entanto, isso não significou o fim do Estado, apenas a inserção da concepção de igualdade, fundamento primordial do pensamento revolucionário iluminista. Sobre esse contexto, Moraes¹⁰ descreve que:

Muito ao contrário do que poderia se imaginar, o contratualismo iluminista não negou a necessidade do Estado. Apenas alterou sua fonte de legitimação, rejeitando suas bases religiosas, hereditárias e militares; busca pela racionalidade estabelecer parâmetros legais para sua atuação em prol de todos os indivíduos de forma distinta e igualitária.”

Na ótica de Grandis¹¹, esses Estados liberais foram estabelecidos com base na igualdade, na hipersuficiência do indivíduo e na harmonia natural, ou seja, na concepção de que o equilíbrio e a afetividade das relações socioeconômicas estariam assegurados por intermédio das relações interpessoais concretizados livremente na sociedade. Nessa perspectiva, o Estado passou a ser denominado de Estado de Direito desempenhando reduzidas funções, assumindo no relacionamento com os cidadãos, uma postura de caráter negativo, um não fazer, limitando suas intervenções às garantias das liberdades individuais e à preservação da harmonia natural nas relações socioeconômicas.

Por configurar Estado de Direito, a crítica que se faz em torno dessa fase, segundo Delmanto¹², é que o conceito de direito estava sendo empregado erroneamente, limitando-se a ser interpretado apenas como um mero enunciado formal da lei, desprovido de dados qualitativos e conteúdo material.

Moraes¹³ explica que o movimento revolucionário liberal motivado pelo pensamento iluminista eclodido na segunda metade do século XVIII, não se limitava a transformações filosóficas e políticas, mas também a matizes científicos e econômicos que lhes davam suporte e motivação.

¹⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 75.

¹¹ GRANDIS, Rodrigo de. Prisões Processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Orgz. Bruno Calabrich, Douglas Ficher e Eduardo Pelella. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 361 – 377.

¹² DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.14.

¹³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.107.

Nessa fase, surgia no cenário econômico a classe da burguesia, condutora de uma economia crescente. Contudo, o crescimento econômico do século XIX e início do século XX, representou também o surgimento de uma desigualdade social, pois houve a ascensão e estabilização de uma nova classe social fortalecida – burguesia, sem com isso deixar de haver um forte e crescente proletariado.

A Revolução Industrial, grande movimento econômico-burguês da época, irá agravar a situação social dos indivíduos residentes nos entornos das indústrias, formando uma grande densidade demográfica e motivando os primeiros conflitos entre a elite burguesa e o proletariado.

O sistema criminal vigente, como explica Moraes¹⁴, composto de direito penal e processual penal, era apenas acenado, mas não estruturado pelo ideário iluminista, não oferecendo a segurança necessária para fazer valer o direito ao caso concreto. Associado a esse fato, os operadores do direito também não estavam maduros para enfrentar a nova e crescente criminalidade por meio daqueles ideais. Como resultado desses acontecimentos, a base contratualista de Rousseau e John Locke, começa a ser desacreditada, e a filosofia racional do iluminismo passara a não servir à constatação prática da realidade da violência urbana.

Não suprimindo mais as necessidades existentes devido ao dinamismo social e a ruína da economia, o Estado liberal cedeu espaço para o Estado social de direito, preocupado em tutelar os direitos sociais com a promoção da justiça e uma maior efetividade no contexto político e jurídico, tendo em vista que o Estado liberal se limitava apenas a evitar as ingerências desnecessárias e abusivas do Estado sobre o indivíduo.

A tutela jurisdicional estatal, nesse período histórico, começa a buscar novos rumos, tendo como orientação, a determinação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, declaração essa, fruto da Revolução Francesa no século das luzes, de modo a não permitir mais violações às garantias Constitucionais dos indivíduos, conforme a precisão do artigo 7º do referido documento¹⁵, que descreve:

Art. 7.º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer

¹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 107.

¹⁵ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão-1789**. Disponível <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-sociedade-das-Nações-até-1919/declaração-de-direitos-do-homem-e-do-cidadão-1789.html>. Acesso em: 17/03/12.

cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Sendo assim, o devido processo legal, já identificado desde a Magna Carta de João sem Terra, no ano de 1215 e alicerces das Constituições Americana e Francesa, passa a ser aperfeiçoado no Estado Democrático de Direito¹⁶, período em que há uma busca à realização de uma organização social voltada para os ideais de justiça, liberdade e igualdade, respeitando os direitos fundamentais do povo e dando a este o poder de participar efetivamente da vida política do Estado.

Deste modo, o Estado Democrático de Direito surge reunindo os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, pois revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação.

1.2 O surgimento do processo penal no Brasil

Ao referir-se ao nascimento do processo penal no Brasil, Leite¹⁷ aponta como primeiro documento, verdadeiramente *tupiniquim*, o sistema de processo penal brasileiro criado em 1832, batizado de Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Este documento, de origem liberal, registrou um avanço quando em comparação às Ordenações do Reino por oferecer muitas garantias de defesa aos acusados. Entre as principais características, pode-se apontar a redação do art. 340¹⁸ do mencionado Código que garante ao cidadão a interposição de Habeas Corpus.

¹⁶ O Estado Democrático de Direito é uma política de governo voltada para os ideais de justiça, liberdade e igualdade, onde o povo participa efetivamente da vida política do Estado. Já o Estado de Direito tem por premissa obedecer apenas ao Direito positivamente imposto, e que cedeu espaço para o Estado Social devido as revoluções liberais destinadas a realizar uma justiça social e afastar a exploração desenfreada exercida pela classe dominante da época, a burguesia. (DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.11-15).

¹⁷ LEITE, Giseli. **Breves considerações sobre a história do Processo penal brasileiro e habeas corpus**. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560. Acesso em: 19.01.2012.

¹⁸ LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 09/08/2012.

(...)

Art. 340. Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor.

O Código de Processo Criminal foi reformado em 1841, fortalecendo o aparato repressivo do Estado, tendo no processo em comento, o aporte necessário para conter as rebeliões da época.

Assevera Nucci¹⁹, que em 20 de setembro de 1871 é editada a Lei nº 2.033, criando o inquérito policial²⁰, ferramenta imprescindível de auxílio ao processo penal, com a seguinte definição expressa no art. 42 “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido em instrumento escrito”.

A Constituição Republicana de 1891, inspirada na Constituição Norte Americana, trouxe em seu texto, o federalismo e a descentralização do poder. Neste contexto, aos Estados membros foi assegurada competência legislativa em matéria processual, surgindo a possibilidade de cada Estado ter seu próprio Código de Processo Penal.

Leciona Nucci²¹ que o Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) surgiu em plena ditadura de Vargas, no Estado Novo, daí porque seu caráter eminentemente policialesco, priorizando a atividade administrativa pré-processual, refletindo a predileção por um sistema inquisitivo, que recebe agora (após décadas de atraso, registre-se) uma releitura sob a óptica da Carta de Outubro.

1.3 A Constituição de 1988 e os seus reflexos no processo penal

Em 05 de outubro de 1988, é promulgada a Constituição cidadã, em referência ao fato de ter sido elaborada com ampla participação popular e voltada decididamente para a plena realização da cidadania. A inauguração de uma nova ordem constitucional gerou, de imediato, reflexo nas demais áreas da dogmática jurídica, com maior ou menor intensidade.

Na seara penal e processual penal, a releitura dos diplomas legislativos chegou com décadas de atraso e, em especial, pela letargia doutrinária que reinou neste campo do saber

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 143-144.

²⁰ O inquérito policial desde sua criação carrega um fardo de ineficácia perante a sociedade e ao próprio judiciário, pois alguns Juízes apontam a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pelas polícias, o que por consequência não irá servir como elemento de prova na fase processual. Já em relação aos promotores de justiça, titulares da Ação Penal Pública, a reclamação ocorre em torno da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem em juízo vai acusar. Nos casos complexos, como bem afirma Auri Lopes Junior, o inquérito demora excessivamente, às vezes não chegando a sua conclusão, necessitando de novas diligências com evidente prejuízo a celeridade e à eficácia da persecução.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p.78.

jurídico. A filtragem axiológica do processo penal, especialmente, passa a ser feita sob a perspectiva de um modelo democrático de distribuição de justiça.

Nucci²² esclarece que não se concebe um processo penal dissociado de uma visão abertamente constitucional, e não se faz correlação como se fosse uma ciência ou um corpo de normas de igual valor. Deve-se entender o processo penal, partindo de uma visão constitucional de direito e democracia²³, diferenciando direitos e garantias fundamentais. Nesse aspecto, o processo penal contemporâneo somente pode ser legitimado à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.

Lopes Junior²⁴, colaborando com o tema, afirma que:

O Processo penal não pode mais ser visto com um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel limitador do poder punitivo do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O Processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Sendo o modelo de Estado Democrático de Direito um programa político de ação adotado pela República Federativa do Brasil e tendo em vista os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, torna-se este responsável no cenário mundial pela preservação dos valores e garantias, sob pena de sanções e represálias de organismos internacionais. No princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, acrescenta Moraes²⁵, o que merece destaque é sua importância política e estrutural a determinar que o cidadão mostra-se como fonte e destino dos direitos fundamentais, e também, a definir os processos e os procedimentos para que o cidadão exerça sua representação e participação na escolha daqueles direitos.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 77.

²³ Sobre o conceito de democracia, leciona Silva: *Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.* (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125-126.).

²⁴ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. Vol.1. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.9

²⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.198.

1.4 O Princípio da Dignidade Humana e sua aplicabilidade na Tutela Jurisdicional Estatal

Atribui-se ao Cristianismo, nas lições de Carvalho²⁶, as primeiras preocupações com a dignidade humana. No entanto, foi através do Iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão mais racional.

O século XVIII marca o surgimento da Escola Clássica disciplinando o Direito Penal, cujos postulados principais eram a contestação do arbítrio, a restauração da dignidade do indivíduo e a harmonização do direito de punir. Nesse mesmo século, o sentimento de respeito à dignidade humana migrou do Direito Penal para o Direito Processual Penal, cuja autonomia científica ainda não era reconhecida, fundamentando a transmutação do sistema inquisitivo para o sistema acusatório, tendo por base a tripartição das funções de acusar, defender e julgar e a garantia do contraditório e da publicidade.

Porém, foi a partir do século XIX que definitivamente o processo penal reconheceu a relação jurídica em que o réu, tanto quanto o autor da ação, figura como sujeito de direitos, deveres, faculdades e ônus processuais. Ou seja, o réu deixou de ser objeto do processo para ser sujeito da relação processual, titular de direitos processuais e, apto a exercê-los em igualdade de condições em relação ao autor da demanda.

Segundo Baracho²⁷, a dignidade da pessoa humana como fundamento de seus direitos, consubstancia-se como valor jurídico fundamental do constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, no conjunto de ordenamento jurídico de cada Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa tem ampla consagração como categoria de núcleo axiológico constitucional.

A Constituição de 1988, assentada em um Estado Democrático de Direito, estabeleceu em seu corpo de normas, diversos princípios norteadores da relação processual penal, tendo por premissa a condição da pessoa humana a ser tutelada, condição essa, inseparável do homem, de acordo com sua natureza e seu destino.

Segundo Delmanto²⁸, foi a partir do reconhecimento da dignidade humana, como elemento ínsito ao Estado Democrático de Direito, que todas as demais garantias encontraram a sua razão de ser dentro do ordenamento jurídico, acrescentando ainda que os direitos e garantias processuais do acusado no processo penal, indubitavelmente, partiram de um

²⁶ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios Constitucionais do Processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21.

²⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.125.

²⁸ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.17.

pressuposto fundamental traduzido na dignidade da pessoa humana. Ou seja, esse princípio de base constitucional deve ser entendido com um atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável, razão pela qual passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos.

As novas alterações ocorridas no Código de Processo Penal brasileiro são direcionadas a impedir o arbítrio do Poder Estatal na aplicação do *jus puniendi*. Dessa forma, a liberdade do acusado constitui a regra, sendo sua limitação permitida apenas se absolutamente necessário, e desde que presentes os pressupostos e requisitos legais.

Abel²⁹ explica que o princípio em tela expressa um conjunto de valores civilizatórios já incorporados ao patrimônio da humanidade. Nesse contexto, como bem acrescenta Moraes³⁰, a dignidade da pessoa humana lhe dá um critério, um limite e uma finalidade, elevando o homem à posição de finalidade última e não como meio para a consecução de algo.

O legislador brasileiro vem somando esforços para compatibilizar a norma processual penal aos ditames da dignidade humana, princípio fundamental não apenas da Constituição, servindo como verdadeira ferramenta para a solução de direitos. Em decorrência desse fato, o processo penal moderno, inspirado nos valores humanos, vem potencializando a ampla defesa do imputado, reconhecendo-o como sujeito de direitos próprios de sua condição humana, tornando a perseguição estatal limitada.

A *despresionalização*³¹ surge como uma necessidade para os atuais sistemas processuais, correspondendo a materialização de uma política criminal humanizada, mudança essa já introduzida pela lei nº 12.403/2011, tendo por parâmetro as lamentáveis condições do encarceramento no Brasil e sua banalização. Dessa forma, a prisão cautelar, deve ser aplicada como último recurso pelo magistrado, a depender do caso concreto.

O Poder Judiciário ao exercer sua atividade jurisdicional deve ter por diretriz a permanente proteção dos direitos fundamentais do ser humano. Em razão desse ideal, a

²⁹ABEL, Ivan José. **Justiça social e dignidade humana**: uma reflexão sobre o poder judiciário. Bauru, SP: EDUSC, 2005. P.130-136.

³⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.201.

³¹ Termo citado na obra de Amaral e Silveira referindo-se a dispositivos penais desencarceradores como forma de implementar um política criminal radicalmente alternativa para minimizar a incidência de prisões sobre a classe social marginal.(AMARAL, Cláudio do Prado. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012.p.22.).

aplicação da lei nas decisões judiciais deve primeiramente ter em conta o ser humano e sua dignidade, tornando-se imperioso entender que a dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Em julgados recentes, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, levando em consideração a sua condição de princípio fundamental da República, com o fundamento no art. 1º, inciso III, da CF/88³².

Vê-se, assim, que em um processo penal verdadeiramente democrático, a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, com a segregação cautelar do acusado, deve ser vista como uma excepcionalidade, para que se torne compatível com o modelo Constitucional do Estado Democrático de Direito.

O Estado também é responsável pela tutela dos direitos fundamentais. Por outro lado, tem a incumbência de exercer o *jus puniendi* em um caso concreto. Compreende-se dessa análise que as normas penais e processuais penais não são feitas apenas para reduzir a esfera de liberdade do indivíduo, mas também de atuar como forma de limitar às condutas contrárias a plena fruição de alguns direitos fundamentais.

A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana não se resume apenas na observância dos direitos fundamentais, pois abrange outras situações que possam violar tal regramento. O referido princípio, que, de um lado justifica a intervenção, de outro se constitui no limite dessa mesma intervenção³³, a partir da definição dos fatos puníveis. Porém uma vez que as condutas criminosas tenham sido definidas, a persecução penal há de ser eficiente.

A duração razoável do processo está intimamente ligada ao princípio da celeridade com previsão no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição do Brasil³⁴. Sobre o assunto Carvalho³⁵

³² A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º III) significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo." (HC 85.988-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/05). No mesmo sentido: HC 85.237, DJ 29/04/05.

³³ A respeito do limite máximo de cumprimento da pena, a Lei Maior regente brasileira, considera abomináveis, as penas de caráter perpétuo por também violarem os princípios humanitários e do interesse social, ferindo a dignidade humana e sendo ineficaz para a recuperação do condenado. Sendo assim, o limite máximo de cominação é de 30 anos, em obediência ao preceito do art. 75 do Código Penal, estabelecendo que o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade é, igualmente, de 30 anos e que o condenado a várias penas, cuja soma superar aquele limite, não cumprirá senão os 30 anos, a não ser por fato posterior ao início da execução da pena (§ 1º e 2º). BRASIL. **Lei nº 7.209 - de 11 de julho de 1984 - DOU DE 13/7/84** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7209.htm>. Acesso em: 30/07/2012.

³⁴ BRASIL. **Constituição Federal**, art. 5º, inc. LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁵ CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios Constitucionais do Processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225.

afirma que a nova regra em questão é uma inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não existindo dispositivo similar no ordenamento brasileiro. Desse mandamento, o Estado passa a ter o dever de conduzir o processo em tempo razoável, sem obstáculos meramente protelatórios, numa proporção adequada à complexidade da causa.

Discorrendo sobre o assunto, Lopes Junior³⁶ esclarece que se a duração do processo superar o limite da duração razoável, o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível, convertendo-se na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.

Mendonça³⁷ acrescenta que a aplicação efetiva e célere do processo penal irá fortalecer o princípio democrático, entendido como a participação efetiva dos cidadãos nas decisões políticas fundamentais. Nesse sentido, quando o processo penal assegura uma punição efetiva em tempo razoável daquele que viola um bem jurídico importante para a sociedade, tutela-se a própria segurança da sociedade também protegida no texto constitucional.

Em suma, a dignidade da pessoa humana estabelece um norte para o processo penal, reconhecendo a liberdade individual como um atributo inerente a personalidade do cidadão, devendo essa liberdade ser objeto de tutela pelo Direito, somente podendo ser restringida nas hipóteses previstas em lei.

1.5 A garantia da presunção da inocência e seus reflexos na prisão processual

Nas lições de Carvalho³⁸, a introdução do princípio da inocência modela e limita as possibilidades de prisão processual, tornando excepcionais os motivos que a justificam. Porém, nem sempre houve o devido respeito ao princípio em tela, principalmente no Direito romano-canônico em que o processo penal era usado como instrumento para fins políticos e religiosos.

A presunção da culpa, sobre a qual se construiu o sistema inquisitivo romano-canônico, tornava difícil a absolvição do réu. Nesse aspecto, a culpa já era tratada como elemento inerente do ser humano por ser portador do pecado original, e que por consequência

³⁶ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. Vol.1. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.133.

³⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do código de Processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Orgs. CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. Salvador: Jus Podivm, 2010. p.176.

³⁸ CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios Constitucionais do Processo penal**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 157.

influenciava de tal forma a condução do procedimento investigativo, instrutório e decisório culminando com um resultado já fixado antes mesmo do processo iniciar.

A confissão nessa época era considerada a rainha das provas, tornando o acusado o maior colaborador em sua condenação. Aprofundando o tema, Moraes³⁹ descreve que a tortura foi utilizada largamente como um instrumento concebido e posto à disposição dos magistrados, detentores do poder e implementadores de desígnios políticos e religiosos para a obtenção de provas. Sobre a prática desse ato atentatório a dignidade humana, Beccaria⁴⁰ descreveu que:

A tortura é frequentemente um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte. É esse, comumente, o resultado terrível dessa barbárie que se considera capaz de produzir a verdade, desse costume próprio de canibais, e que os romanos, apesar da dureza de seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tantos elogios tem recebido.

O procedimento inquisitivo foi cedendo espaço para os anseios iluministas que não desejavam apenas a substituição do procedimento penal da Inquisição, considerado ilegítimo e injusto, mas mudanças no *status quo* político, social, econômico e jurídico. Dessa forma, os pensadores dessa nova corrente constituiu sua base ideológica na valorização do indivíduo, retirando-lhe dos ombros a pressuposição da maldade e do pecado original, justificativas para um pré-julgamento com uma possível condenação do réu.

Na declaração francesa, destinada a fixar preceitos fundamentais ao cidadão e invioláveis pelo Estado, o que antes era disciplinado como princípio da não culpabilidade passa a ser defendido como princípio da presunção da inocência, estabelecendo outro eixo para o processo penal. Ou seja, sob a ótica dessa nova realidade, para que haja legitimidade na persecução penal estatal, o imputado deve ser tratado como inocente, até que tenham provas suficientes para demonstrar sua culpa.

Assevera Moraes⁴¹ que através da inserção desse novo ideário para o sistema processual penal, determinado pelo Iluminismo, dada pela inscrição formal em dispositivo de lei de que todo homem deve ser presumidamente inocente até que sobre ele recaiam provas aptas a evidenciar de qualquer dúvida, a sua culpa, o procedimento persecutório estatal passou

³⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.25-26.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 39.

⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.78.

a ser executado, utilizando-se de métodos investigativos confiáveis, não mais se admitindo manipulação dos termos e da vontade de quem pudesse e quisesse colaborar na demonstração dos fatos ocorridos.

Moraes⁴², relatando ainda sobre esse fato histórico, descreveu que o movimento revolucionário Francês defendeu como fundamento para um novo processo penal, o conceito de estado de inocência, explicando que o ponto crucial para se determinar todo o perfil sistêmico do processo penal é saber se o cidadão, ao ingressar na persecução penal, ou seja, antes do início da investigação de seu comportamento, deve ser considerado previamente inocente ou previamente culpado, pois é o estado jurídico que o acompanhará todo o *iter* procedimental. Nesse sentido, o estado de inocência surge com a compreensão que o cidadão já nasce inocente e permanece com esse estado por toda sua vida, e mesmo que venha a sofrer a persecução estatal por algum desvio de conduta, somente poderá descaracterizar essa condição se for justificadamente condenado.

Ao ser estruturado o então Código de Processo Penal brasileiro sob o governo de Getúlio Vargas, sofreu uma profunda influência de um cenário político de inspiração fascista, refletindo na rejeição de um princípio favoravelmente humanitário. Com isso, a presunção da inocência consistia uma afronta aos interesses jurídicos e políticos da época.

O princípio da presunção da inocência somente ingressou no sistema jurídico brasileiro a partir de 1988, com a edição da atual Constituição. Com isso, a Lei Maior passou a disciplinar que ninguém pode ser considerado culpado antes da sentença final, que advirá após lhe ser garantida a ampla defesa e o contraditório, dentro do devido processo legal. Ou seja, a nossa Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), atribuindo, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo, e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Entretanto, no atual instante processual penal brasileiro, como bem esclarece Moraes⁴³, há de ressaltar que o referido código não foi estruturado, segundo os padrões ideológicos da presunção da inocência, tendo em vista que, embora ainda vigente, foi elaborado em 1940, com entrada em vigor em 1941. Isso significa que a normatização processual penal infraconstitucional ainda existente, não aceita totalmente o preceito

⁴² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.77-80.

⁴³ Ibid.,p.159.

Constitucional da presunção da inocência, fazendo com que sua aplicação ainda esteja muito aquém do devido e necessário processo legal, não conferindo a completa proteção ao acusado contra abusos eventualmente cometidos no exercício da jurisdição penal.

Por outro lado, com as novas modificações do Código de Processo Penal buscando o seu aprimoramento há uma nova realidade protetora dos valores humanos, esse paradigma vem sendo modificado, tendo por alicerce a efetivação de princípios constitucionais e a adequação do antigo sistema processual de caráter inquisitivo pela nova realidade do Estado Democrático de Direito.

Por ter o constituinte brasileiro adotado a presunção da inocência como norma fundamental na Constituição Federal de 1988, em obediência aos compromissos assumidos pelo Brasil junto à comunidade internacional, tornou-se parâmetro de orientação para todos os poderes públicos, colocando o país ao lado dos modernos sistemas persecutórios mundiais.

Dessa forma, a Constituição não garante ao cidadão o direito a presunção da inocência apenas a partir da persecução penal, mas lhe assegura um estado de inocência desde seu nascimento e até que, por decisão definitiva, venha ser reconhecida sua culpa penal.

Lecionando sobre o tema, Carvalho⁴⁴ afirma ter a Constituição proibido terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque são instrumentos indispensáveis a legítima defesa da sociedade.

A adoção do princípio da presunção da inocência, nas palavras do referido autor, torna inconstitucional qualquer presunção legal a necessidade do encarceramento antes do trânsito em julgado ou antes do momento em que o próprio princípio demarca como o fim da presunção. O princípio, assim, reforça o estatuto constitucional da liberdade, não para tornar o ordenamento incapaz de lidar com a criminalidade e de combatê-la, mas, sim, para evitar-se a prisão desnecessária e desmotivada. Assim, qualquer dispositivo de lei infraconstitucional que ordene a prisão, deve ser interpretado conforme a Constituição, ou seja, a presunção legal da necessidade de prisão deve se conformar a presunção constitucional da inocência, que somente admite as modalidades de prisão decretadas com fundamentos igualmente admitidos pela Constituição. Em outros termos, a presunção infraconstitucional da necessidade de prisão

⁴⁴ CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios Constitucionais do Processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 157.

só encontra validade, harmonizando-se com os fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva, admitida pela Constituição brasileira.

Na apuração de um ato delituoso, passada a fase preliminar de exame e demonstração de critérios que definam haver elementos objetivos e seguros de envolvimento da pessoa no crime que se apura, e que seu comportamento coloca em perigo um bem jurídico que precisa de tutela, o julgador deverá demonstrar que, em sua escolha, a medida de coação por ele aplicada é a mais proporcional e constitucionalmente justificada.

A falta de justificação constitucional para o cerceamento provisório do cidadão constitui uma violação não só ao princípio fundamental humanitário, mas também a outro princípio que sustenta todo sistema processual penal, ou seja, o devido processo legal. No entanto, ocorrendo a justificativa para essa medida gravosa, o próprio processo legitima sua aplicação, tendo em vista que não existe princípio absoluto, pois há outros bens jurídicos que merecem tutela, também de igual estatura e importância constitucional como a garantia de segurança da sociedade.

A presunção da inocência também está presente na fase de inquérito policial, garantindo ao imputado que ele não poderá ser tratado como culpado, evitando-lhe qualquer constrangimento nesse sentido. Para tal ato, nesses primeiros instantes investigativos, o cidadão deve ter ao seu favor toda proteção constitucional a fim de evitar abusos e excessos por parte da autoridade policial.

Delmanto⁴⁵ acrescenta que durante o curso do processo podem surgir exigências práticas que despersuadem ou desaconselham a permanência do *status* de liberdade do imputado, não sendo fácil a mediação entre a tutela da liberdade e tais exigências. Para a solução desse conflito prepondera o entendimento que a presunção da inocência vai além de um simples valor ideológico, constituindo um verdadeiro princípio informador de todo processo, logo, articula o princípio do *in dubio pro reo* que significa na dúvida seja favorecido o réu, funcionando como uma garantia subjetiva, impondo ao juiz, quando não tiver certeza sobre os fatos decisivos para a solução da causa, decidir sempre a favor do réu.

O *in dubio pro reo* não é um princípio diferente da presunção da inocência, mas sim, uma vertente do seu aspecto, garantindo uma maior eficácia na sua exequibilidade. A presunção da inocência, como norma de juízo, impõe que o juiz demonstre que aquele material incriminador é suficiente para lhe dar a certeza fática para decidir em desfavor do

⁴⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.23.

imputado. Nessa hipótese, o *in dubio pro reo* ingressa na presunção da inocência apenas neste último instante citado, isto é, em sua manifestação de norma de juízo, e o faz como último momento do exame judicial, qual seja, determina ao juiz, por imposição constitucional, que em caso de dúvida sempre decida da melhor maneira para o imputado.

Decorre do princípio em comento, que para haver a imputação de alguém como condenado, deve haver prova consistente da autoria e culpabilidade. Essa afirmativa implica em dizer que não é do réu o ônus de provar a sua inocência, mas do acusador que tem o dever da demonstração do fato criminoso e da responsabilidade do agente. Para a solução absolutória, no entanto, basta que o imputado lance dúvida plausível sobre o seu envolvimento no delito *in dubio pro reo*.

Dentro dessa perspectiva de averiguar a verdade de um possível fato criminoso através de colheita de provas diversas, a presunção da inocência orienta para que a autoridade policial não se limite apenas a indiciar um cidadão por uma falsa confissão, atribuindo-lhe um suposto crime com o reconhecimento dos fatos, autoria e outros aspectos relevantes para a causa penal, pois o mesmo poderá estar sob pressão moralmente irresistível ou outro tipo de pressão. Ocorrendo tal fato, a autoridade deverá certificar-se da veracidade das informações narradas, de sua espontaneidade, assegurando da certeza de que o ato foi procedido de devida orientação técnica do seu defensor.

Em decorrência do princípio do estado de inocência, conclui-se que a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva, só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo o que estabelecer a lei processual guiado por uma norma de amplitude maior (a Constituição), e que o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabendo ao acusador comprovar a sua culpa, restando para o juiz condutor do processo, condenar o acusado somente com a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa.

1.6 Instrumentalidade constitucional do processo penal

A nossa Lei Maior brasileira disciplina no seu art.5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”. É a consagração do “*due process of law*”.

Nucci⁴⁶ ao abordar o assunto, ensina que o devido processo legal deve ser focalizado sob seu aspecto duplo: material e processual. Materialmente, o princípio liga-se ao direito penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado. Já processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar ao juiz sua inocência, bem como de o órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva.

Segundo Nery Junior⁴⁷, o conceito de devido processo foi se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

O princípio do devido processo legal engloba outros princípios processuais, dentre eles os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural. Delmanto⁴⁸ esclarece que o Processo penal, guiado pelo princípio do devido processo legal, antes de ser um instrumento para a aplicação do direito penal, possui inegável caráter de garantia, surgindo acima de tudo, como meio para evitar abusos e arbitrariedade por parte de órgãos encarregados da persecução criminal.

A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado em um determinado período. O processo surge com o terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como pena estatal, que vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente pode ser imposta mediante o processo judicial e pelo Estado. Nesse aspecto, Oliveira⁴⁹ explica que as regras do direito de punir são norteadas pelo devido processo legal constitucional, que tem por escopo, realizar uma justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes.

O processo penal configura-se como um instrumento hábil para a aplicação das normas materiais, fornecendo o caminho necessário para o Estado-Juiz alcançar a pena, pois o crime não pode ser punido sem a intervenção da norma de processo. Ou seja, o direito penal

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 96.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p.26.

⁴⁸ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.22.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.8.

não pode ser aplicado sem a orientação de normas processuais, tendo em vista que a punição dos crimes é do interesse geral da coletividade.

O Estado assumiu a aplicação do Direito, privando o particular do exercício da tutela e da vingança. Desta forma, o processo penal tornou-se instrumento imprescindível à satisfação das pretensões e das resistências processuais, na pacificação jurídica e social, além dos reflexos políticos da manutenção do ordenamento jurídico. Lopes Junior⁵⁰, explicando a necessidade instrumental do processo penal, esclarece que:

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o Processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena.

A instrumentalidade do processo penal, como bem assevera o referido autor, reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo, e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena.

As medidas cautelares disciplinadas no processo penal funcionam como verdadeiros mecanismos instrumentais garantidores e limitadores do *jus puniendi estatal*. Sendo assim, a tutela antecipada e todas as espécies de tutela jurisdicional sumária, cautelares ou não, obedecem ao comando de uma política criminal conduzida por uma Constituição democrática, utilizados como instrumentos alternativos a atenuar os efeitos maléficos da demora do processo.

A necessidade da medida cautelar, segundo Amaral e Silveira⁵¹, para a aplicação da lei penal visa efetivar a norma penal substantiva, concretizando a lei penal incriminadora, evitando que o acusado, com o seu comportamento crie obstáculos ao cumprimento de atos que irão auxiliar na elucidação de um possível fato criminoso. Assim, quando decretada a

⁵⁰ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**: e sua Conformidade Constitucional. Vol.1. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.21.

⁵¹ AMARAL, Cláudio do Prado. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.37-38.

medida cautelar para a investigação ou a instrução criminal, busca-se assegurar a boa condução dos trabalhos de persecução penal, seja na fase pré-processual, seja na etapa processual.

Lopes Junior⁵² esclarece que o processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, não podendo ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo do Estado-juiz, senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido.

O princípio do devido processo legal é o fundamento basilar do processo penal instrumental. Dessa forma, o devido processo impõe obediência às normas processuais de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa com todos os recursos inerentes ao contraditório às demais garantias de juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais.

Carvalho⁵³ acrescenta que a importância da aplicação prática do devido processo legal está em se discutir, à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, a conveniência das custódias corporais cautelares, como as prisões temporárias, preventivas, provisórias, decorrente de flagrante e de sentença condenatória. Logo, a manutenção dessas formas de prisão só é admitida no limite exato normatizado pelas regras processuais sob pena de se tornar inconstitucional.

Em virtude dessas considerações, conclui-se que o processo penal brasileiro deixou de ser um conjunto de princípios e regras apenas, para assumir caráter instrumental, com a preocupação voltada para os fins a serem alcançados pelo Direito Penal, pois a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total de procedimentos que conduzam a máxima eficácia das garantias constitucionais.

⁵² LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal: e sua Conformidade Constitucional**. Vol.1. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.24-27.

⁵³ CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios Constitucionais do Processo penal**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139.

2 – PROVIDÊNCIAS CAUTELARES NO PROCESSO

Devido a impossibilidade de se conceder um provimento instantâneo e definitivo para a resolução de uma lide, como bem adverte Delmanto⁵⁴, surge a necessidade de se evitar, em função do tempo inerente ao processo, que a prestação jurisdicional se torne inócua. Portanto, a solução idealizada pelo legislador brasileiro na formulação do processo penal, foi inserir medidas cautelares que sejam aptas a evitarem que, ao seu término, o processo tenha a sua eficácia prejudicada ou mesmo, nula.

2.1 A cautelaridade no processo penal

A atual Constituição brasileira sedimentou no seu artigo 5º, inciso LXVI, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Desse mandamento, surge o fundamento para as medidas cautelares, pois como leciona Manzano⁵⁵, de nada adiantaria que a Constituição Federal disponibilizasse as pessoas o direito de recorrer ao judiciário e reclamar uma tutela jurisdicional a um direito lesado ou ameaçado, se não tivesse mecanismos para impedir que a demora na entrega da prestação reclamada comprometesse de modo indelével o direito sacrificado ou vias de ser violado. Ou seja, o referido princípio constitucional revela que a garantia de acesso ao judiciário não se satisfaz, apenas, com a possibilidade de utilização do processo de conhecimento (cognição), exigindo, antes, a possibilidade de utilização de novas técnicas capazes de garantir, mesmo que provisoriamente, a satisfação do bem da vida⁵⁶.

Segundo Reis⁵⁷, a entrega da prestação jurisdicional sempre ocorre depois do transcurso de um período, mais ou menos longo, a contar do momento em que o ilícito penal foi praticado, circunstância que pode ensejar a necessidade de o juiz, no curso da investigação ou da ação, adotar medidas que garantam a utilidade do processo ou a efetividade da decisão definitiva que será proferida.

⁵⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.89.

⁵⁵ MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.12.

⁵⁶ A tutela cautelar não deve ser confundida com a tutela antecipada, tendo em vista que a tutela antecipada corresponde a antecipação da própria sentença de mérito, situação em que o juiz da causa concede de maneira provisória, a satisfação do pedido pleiteado pelo o autor da ação, no todo ou em parte. Já a tutela cautelar, permite tão somente a antecipação dos efeitos da sentença definitiva.

⁵⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011. p. 9 – 14.

Nesse aspecto, as medidas, denominadas cautelares, não constituem antecipação da pena, pois ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), daí porque sua adoção pressupõe a constatação de que há risco de dano na demora da entrega da prestação jurisdicional e de que há razoável probabilidade de ser acolhida a pretensão do autor.

Assevera Mendonça⁵⁸ que a Lei nº 12.403/11, alterou todo o capítulo que trata das medidas cautelares pessoais, tendo em vista que até o advento da referida lei, o Código previa apenas uma modalidade de medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão. A modificação do livro I do título IX do Código de Processo Penal estabeleceu dispositivos gerais aplicáveis a todas as medidas pessoais, incluindo a liberdade provisória e outras medidas alternativas à prisão.

Com essas 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. Além das medidas cautelares pessoais, reguladas no Título IX, há também as medidas cautelares reais (ou medidas assecuratórias), que recaem sobre o patrimônio do investigado ou acusado (arts. 125 a 144).

A prisão processual ainda está presente no atual processo penal como medida cautelar, mesmo diante das novas modificações, não deixando de trazer transtornos individuais e até mesmo graves se ao finalizar o processo constar pela inocência do acusado. Nesse sentido, atenuando a gravidade dessa modalidade de segregação, o atual código, passou a considerar tal possibilidade como verdadeiramente excepcional, pelo risco de privar de liberdade alguém ainda não definitivamente condenado, buscando reduzir a incidência de casos de prisão antes do trânsito em julgado.

Entre as inovações inseridas com o advento da Lei nº 12.403/11, diversas outras medidas cautelares foram criadas com o escopo de fornecer ao juiz, não apenas medidas privativas de liberdade, mas também medidas restritivas de direito. Assim, a prisão processual, na escala de gravidade, passa a ser última opção, a depender da inadequação ou ineficiência das demais medidas para tutelar os bens jurídicos do processo.

A decisão que aplica medida cautelar não está sujeita a preclusão, de modo que o juiz, de ofício ou a requerimentos das partes, poderá substituí-la, revogá-la, aplicar outra em

⁵⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.25.

cumulação e, ainda, voltar a decretá-la. No entanto, para a imposição de medidas cautelares em um caso concreto, seja ela medida privativa de liberdade ou restritiva de direito, é necessário estar presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

2.1.1 Requisitos essenciais para a propositura das medidas cautelares

Em face dos princípios e garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito, a concessão de toda e qualquer providência cautelar no processo penal brasileiro, pressupõe a presença de dois requisitos fundamentais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* para o processo penal é denominada de *fumus commissi delicti*, nomenclatura criada para identificar um maior rigor em sua aplicabilidade e diferenciá-la das medidas cautelares utilizadas no processo civil.

Dessa forma, o *fumus commissi delicti* está relacionado ao fato de se exigir prova sobre os elementos que indicam a prática de uma infração penal pelo investigado e indícios de sua culpabilidade.

Para tanto, como esclarece Mendonça⁵⁹, o juízo que se faz para verificar a incidência do crime praticado e autorizar uma medida cautelar, não é tão profundo como o de mérito, porque se ao juiz coubesse uma análise mais aprofundada em um caso concreto, implicaria em nulidade de decisão por violar princípios como o da presunção de inocência e, por consequência o devido processo legal.

O *periculum in mora* ou *periculum libertatis* é o segundo critério fundamental para a imposição de uma medida cautelar, onde o requerente deve demonstrar ser a medida pleiteada urgente e necessária para evitar um perigo a algum bem jurídico relevante para o processo penal e também para a sociedade. Sobre o tema, leciona Mendonça⁶⁰ que o *periculum libertatis* deve estar identificado em qualquer medida cautelar, seja privativa ou restritivas de direitos, sob pena de se tratar de antecipação de pena, o que tornaria a medida uma afronta ao princípio da presunção da inocência.

O artigo 282, inciso I do Código de Processo Penal, determina que o juiz deve verificar se a medida cautelar é realmente necessária para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar práticas de infrações penais. Nesse sentido, a

⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.29.

⁶⁰ Ibid., p. 31.

nova redação do referido artigo, deixa expresso que Cabe ao Juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma dessas circunstâncias.

2.1.2 Características das medidas cautelares

As medidas cautelares têm por escopo tutelar outros bens jurídicos e assegurar o cumprimento das medidas definitivas, revelando o seu caráter instrumental⁶¹. Entretanto, é deferida sempre à luz da provável hipótese de ser concedida a providência definitiva, utilizada como meio de defesa dos interesses sociais, garantindo a aplicação da lei e de uma sanção compatível com a infração penal praticada.

A instrumentalidade cautelar tem sua interpretação fundamentada na manutenção da ordem pública, sendo alicerce de decisões que resultam na segregação provisória de supostos infratores, como bem registra o julgado abaixo mencionado⁶²:

HABEAS CORPUS - FURTO - FOLHA PENAL - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - INSTRUMENTALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. 1. Paciente reincidente em crime contra o patrimônio, com quatro condenações e processos em andamento, demonstra periculosidade suficiente para ensejar a manutenção de sua prisão cautelar, sob o fundamento da garantia da ordem pública. 2. A prisão cautelar tem caráter instrumental e, como tal, pode ser mantida mesmo tratando-se de crimes cujas penas podem ser cumpridas em regime aberto ou substituídas por restritivas de direito. 3. Circunstâncias favoráveis ao paciente, como residência fixa e trabalho lícito não conferem o direito subjetivo à liberdade provisória, quando presentes algum dos requisitos da prisão cautelar (cpp 312). 4. Denegou-se a ordem.

Além do caráter instrumental, as medidas cautelares também são caracterizadas por sua acessoriedade e provisoriedade. No tocante a acessoriedade, a medida cautelar depende de um processo principal, não devendo buscar ou possuir um fim em si mesma, mas apenas voltar-se para a busca de finalidades processuais ligadas ao processo de conhecimento ou de execução, visando preservar o resultado do processo principal e evitando o risco que o ameaça.

O caráter provisório da medida se relaciona pela vigência limitada no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até o trânsito em julgado de uma sentença

⁶¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.27.

⁶² (173817420088070000 DF 0017381-74.2008.807.0000, Relator: SÉRGIO ROCHA. Data de Julgamento: 18/12/2008, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 01/04/2009, DJ-e Pág. 110).

condenatória, convertendo-se ao final em medidas definitivas, em caso de condenação, ou serão revogadas, em caso de absolvição.

2.2 A prisão e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro

A expressão prisão, como bem esclarece o ilustre doutrinador Mendonça⁶³, possui diversos sentidos, porém, todos estão relacionados com a privação da liberdade do indivíduo. Dentre as modalidades existentes de prisão no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a prisão-pena e a prisão-processual.

A prisão-pena decorre de uma condenação definitiva transitada em julgado, ocasionada por um juízo de reprovação judicial reconhecedor de que alguém praticou um injusto penal, de modo que não caiba mais discussão sobre essa prática ilícita.

A prisão processual, por sua vez, corresponde a privação da liberdade do agente, anterior ao trânsito em julgado, impedindo-o de exercer o seu direito de ir e vir, em razão de ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial ou em razão da prisão em flagrante. Ou seja, é toda e qualquer privação da liberdade, no processo penal, que não decorra de sentença condenatória transitada em julgado, sendo a expressão de um sistema constitucional que condiciona e limita as estruturas do poder consoante a medida do direito.

O artigo 283, com redação dada pela nº 12.403/2011, estabelece um comando taxativo para a imposição de uma prisão processual segregadora, disciplinando que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Ao esclarecer o tema, Nucci⁶⁴ explica que não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão para a averiguação, caracterizada como um procedimento policial que detinha determinadas pessoas na via pública, para averiguá-las, levando-as presas até o distrito policial mais próximo, verificando se estariam em listas de procurados ou outro tipo de informação que as colocassem em situações de possíveis criminosas.

Acrescenta o ilustre doutrinador que o referido procedimento policial já não fazia mais sentido desde o incremento dos direitos e garantias individuais e, sobretudo, pela

⁶³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.p.86.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 584.

Constituição Federal de 1988 que inseriu através do artigo 5.º, inciso LXI, a determinação que somente deve ocorrer a prisão em decorrência de flagrante e por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Com isso, para se decretar qualquer ato privativo de liberdade de cunho cautelar, caberá ao juiz averiguar se realmente estão presentes os critérios ensejadores de tais medidas, decidindo de forma motivada, por imperativo do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988⁶⁵, pela manutenção da restrição da liberdade, caso contrário, deverá obedecer a regra de liberdade dos indivíduos. Assim, será permitido apenas três espécies de prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio⁶⁶: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

2.2.1 Da prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar, que ocorre enquanto a infração ainda está em estado visível ou evidente. O termo flagrante, como bem assevera Mendonça⁶⁷, tem sua origem no latim da palavra *flagrare*, significando ardência, pegando fogo, mas que para o processo penal corresponde a uma espécie de prisão que não precisa de autorização judicial, escrita e fundamentada, pois tem a função de procurar evitar, quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos.

O Código de Processo Penal no seu artigo 301, caput, autoriza a qualquer do povo efetuar a prisão de um indivíduo que tenha cometido um delito e se encontre em estado de flagrância, incluindo até mesmo a violação de domicílio, sem mandado judicial, inclusive à

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18/04/2012.

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

(...)

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

⁶⁶ A redação do artigo 387 em sincronia com o artigo 283, ambas da mesma lei nº 12.403/2011, revogou expressamente duas espécies de prisões consideradas autônomas, decretadas antes de a sentença penal transitar em julgado, sendo elas a prisão decorrente de sentença condenatória e a prisão originada de decisão de pronúncia, criticadas por doutrinadores como medidas antecipatórias de condenação por terem efeitos imediatos de privação de liberdade do réu.

⁶⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.134-135.

noite (art.5º, inciso XI)⁶⁸, por se tratar justamente de ato que independe de autorização judicial, o que lhe garante ter um caráter eminentemente administrativo.

Um dos fundamentos basilares para a existência da prisão em flagrante é a proteção da ordem pública, violada por um crime, assegurando que a situação de fato não se propague no tempo causando maiores prejuízos para a sociedade. Nesse diapasão, há um interesse da coletividade para impedir que a infração penal se consuma, demonstrando que a repulsa a prática do crime não é apenas de interesse da vítima, mas sim de todo corpo social.

Outro fundamento primordial e justificador da prisão em flagrante é a sua utilidade para a colheita imediata de provas, evitando que se perca o lastro probatório importante para a incriminação do delinquente, ou que o mesmo fuja antes mesmo da apuração da autoria delitiva. Entretanto, não basta apenas o recolhimento das provas no local onde se consumou o ato criminoso, e sim, o necessário acautelamento dessas provas, evitando maiores distorções decorrentes do decurso do tempo.

A prisão em flagrante é considerada como uma medida cautelar preparatória para outra medida cautelar mais severa, ou seja, a prisão preventiva. Nessa situação, o magistrado será obrigado a analisar criteriosamente acerca da conveniência e manutenção da prisão, devendo somente ocorrer se presentes um dos fundamentos da prisão preventiva e, caso não seja necessário, o sujeito responsável pela prática criminosa deverá responder por seus atos em liberdade até que sobre ele recaia uma condenação definitiva transitada em julgado.

O artigo 302 do Código de Processo Penal, em seu caput, considera apenas quatro hipóteses de flagrante delito, quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Diante dessas circunstâncias, não é possível equiparar ou ampliá-las para outras ocorrências, pois implicaria na ilegalidade da prisão, o que teria por consequência o imediato relaxamento.

Mendonça⁶⁹ explica que os dois primeiros incisos (I, II) do artigo 302 do Código de Processo Penal, são classificados como flagrantes próprios, onde o agente é surpreendido no instante em que comete o ato ilícito ou que acaba de cometê-lo, e o inciso III como flagrante impróprio, assim descrito nos casos em que alguém é perseguido, logo após, pela autoridade,

⁶⁸ A Constituição Federal do Brasil revela em seu artigo, 5º, inciso XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Dessa diretriz surge a autorização da violação de privacidade em caso de flagrância, funcionando como verdadeiro mecanismo de defesa da sociedade.

⁶⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.146-152.

pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração. No entanto, Oliveira discorda dessa classificação afirmando que essa expressão (impróprio) é quase incompreensível, e o que define de fato a situação de flagrante é a imediatidade da perseguição, pois para o mesmo não há um critério legal objetivo para definir o termo “logo após”, mencionado no referido artigo, devendo a questão ser analisada sempre a luz de um caso concreto.

O inciso IV menciona a hipótese de flagrante classificado pela doutrina como presumido, onde o delinquente é encontrado, logo depois do fato ocorrido, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. A ideia central desse artigo, como bem leciona Mendonça⁷⁰, é o encontro do agente presumidamente infrator com os instrumentos ou elementos da infração, logo depois da prática delitiva, sendo que esse tipo de flagrante tem margem de tempo cronológico mais amplo que a do flagrante impróprio, não significando uma perseguição imediata por parte da autoridade policial para capturá-lo, podendo ocorrer esse encontro por obra do acaso, ocasião em que caberá ao magistrado apurar essa hipótese, guiado pelo princípio da razoabilidade⁷¹.

O prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante é de 24 horas a contar da efetivação da prisão. Findo o interrogatório do preso, e colhida a sua assinatura, a autoridade responsável pela elaboração do auto de prisão em flagrante deverá analisar se realmente é o caso de confirmar o flagrante, ou ao contrário, se é hipótese de relaxamento de prisão.

O artigo 306, alterado pela lei 12.403/2011, deixa claro a exigência da comunicação da prisão para diversas autoridades, em especial ao juiz competente, dentro de 24 horas. A nova redação do referido artigo, generalizou também a necessidade de comunicação ao Ministério Público sobre a prisão em flagrante de qualquer pessoa, com o escopo de verificar a legalidade do ato, tendo o parquet poder de impetrar *habeas corpus* em favor do réu se verificar a ilegalidade da prisão.

A comunicação também será estendida à Defensoria Pública, no prazo de 24 horas, caso o autuado não informe o nome do seu advogado. Outra medida fundamental para tornar o ato de encarceramento em conformidade com as garantias constitucionais, dentro do mesmo

⁷⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 152.

⁷¹ Pode existir prisão em flagrante no caso de crimes e contravenções. Contudo, há exceções disciplinadas pelo artigo 283, § 1º, não se aplicando a infrações que não forem isoladas, cumuladas ou alternativamente cominadas com a pena privativa de liberdade. Cabe ressaltar também que as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse dois anos são considerados de menor potencial ofensivo, circunstância em que só é permitido o flagrante caso o agente não assine o termo de compromisso de comparecer à audiência preliminar nos Juizados Especiais Criminais.

lapso temporal, caso o detido ainda seja mantido preso, é a entrega da nota de culpa mediante recibo, com o nome do condutor e das testemunhas, bem como o motivo de sua prisão.

A nota de culpa é um documento pelo qual a autoridade notifica ao preso dos motivos que ensejou sua privação de liberdade, para que o mesmo exerça o seu direito de defesa por ser informado do motivo que lhe ocasionou a prisão, o nome de quem o deteve e parte das provas indicadoras de sua autoria no delito, e que se não for entregue ao mesmo, no prazo também de 24 horas depois da prisão, ocasionará uma nulidade insanável, devendo o juiz relaxar a prisão.

Ainda sobre a comunicação do preso, o caput do artigo 306 do Código de Processo Penal, também expressa a exigência de comunicar a prisão de qualquer pessoa a sua família ou a quem o mesmo indicar, reproduzindo de forma literal o comando constitucional descrito no art. 5.º, inciso LXII, o qual contém duas garantias individuais: a) a comunicação imediata ao juiz da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre, e ; (b) a comunicação da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre imediatamente à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Amaral e Silveira⁷² explicam, que ao repetir a regra constitucional de comunicação a família ou à pessoa por ele indicada, o legislador reforçou o espírito humanitário da sociedade conhecedora da precária realidade penitenciária, pois serão essas pessoas de sua intimidade que lhe darão o conforto moral e material para enfrentar os percalços de uma prisão.

Ao discorrer sobre a nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal, inserido através da lei n º 12.403/2011, Amaral e Silveira⁷³, esclarece que houve uma substancial modificação no seu texto, por tratar a prisão em flagrante como uma medida pré-cautelares de duração curta e com a obrigatoriedade de ser analisada pelo juiz sobre sua manutenção ou anulação, o que deverá fazer sempre de modo fundamentado.

O magistrado ao examinar a regularidade formal da prisão em flagrante, deverá se posicionar fundamentalmente sobre a possibilidade de substituição da prisão em flagrante por uma ou duas das novas medidas cautelares diversas da prisão, precisamente aplicando os artigos 319 e 321, que serão melhores explicadas em capítulo futuro.

A redação escrita no parágrafo único do artigo 310 traz a seguinte determinação “se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato acobertado por qualquer das causas de exclusão de ilicitude previstas no Código Penal, poderá conceder ao

⁷² AMARAL, Cláudio do Prado. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.82.

⁷³ Ibid., p84.

acusado, fundamentando sua decisão, a concessão da liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”. A inovação da atual redação reside na ausência de necessidade de ouvir o Ministério Público para concessão de liberdade provisória por parte da autoridade judiciária, demonstrando a mencionada alteração, como bem fundamenta Garcia⁷⁴, que o interesse estatal é encarcerar apenas os indivíduos que realmente reclamam tal tratamento, observando-se, assim, o princípio da presunção da inocência previsto na Constituição Federal.

Sobre o tema, Mendonça⁷⁵ acrescenta que, como o lapso temporal para o magistrado decidir é muito curto, não há previsão de oitiva prévia da defesa ao se aplicar o art. 310, até mesmo para não atrasar a concessão de eventual liberdade. Porém, em determinadas situações, será imprescindível ouvir a defesa, até mesmo para que comprove as circunstâncias subjetivas necessárias para a concessão da liberdade provisória.

Já em relação a não previsão de oitiva do Ministério Público para a imposição do artigo 310 pelo o juiz, Mendonça afirma que é imprescindível sua oitiva embora tenha que havido omissão do texto. O fundamento que o ilustre autor sustenta é que seria incoerente que o ordenamento estipulasse a necessidade de comunicação da prisão ao Ministério Público, e que essa mesma instituição estivesse ausente no momento de verificar a medida aplicável após a prisão em flagrante.

O grande problema do artigo 310, caput, segundo Manzano⁷⁶, com a redação que lhe foi dada pela nova lei, reside justamente na falta de previsão de oportunidade para a manifestação prévia do Ministério Público. Nessa ótica, o doutrinador expõe que se o julgador julgasse dispensável a participação do Ministério Público em suas decisões, o artigo 306 do mesmo Código de Processo Penal, não teria ordenado a imediata comunicação da prisão ao parquet.

Assim, há uma grande crítica a nova redação do artigo 310, pelo fato de ao juiz ser dado o poder de decretação de medida cautelar de ofício em fase investigativa, inquisitiva, sem requerimento, ou ao menos manifestação prévia da *opinio delicti*.

O juiz que determina de ofício, medida cautelar, durante a investigação sem prévia oitiva do titular da ação penal, exerce poder inquisitivo, o que lhe é vedado. Manzano⁷⁷ afirma que o referido artigo é inconstitucional, porque afronta o sistema acusatório e o princípio

⁷⁴ GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p.42.

⁷⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.219.

⁷⁶ MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.28.

⁷⁷ MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.28.

dispositivo, e que para salvá-lo é recomendado que seja interpretado conforme a Constituição e em conjugação com o artigo 306, caput e o artigo 311 do mesmo Código de Processo Penal, para extrair que, ao receber a comunicação do flagrante, o juiz deve propiciar prévia vista ao Ministério Público.

Na sistemática introduzida pela nova lei, cumpre ao juiz, quando presentes os requisitos do artigo 312, *caput*, converter a prisão em flagrante em preventiva se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Poderá também o juiz conceder liberdade provisória de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou do interessado.

A conversão para a prisão preventiva se dará como *última ratio*, em caso de absoluta impropriedade das demais medidas cautelares previstas no rol de mudanças inseridas com a lei 12.403/2011. Esse mandamento está descrito no § 1º do artigo 306, o qual menciona a seguinte orientação para o magistrado, uma vez que recebido o auto de prisão pelo Juiz, este deverá relaxá-la, se ilegal, convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312, ou então, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. Cabe ressaltar que, em caso da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, os requisitos a serem observados são os descritos no artigo 312 tão somente.

Não estando presente os requisitos que autorizam a manutenção do detido no cárcere, tem o mesmo o direito subjetivo de livrar-se solto através do pagamento de fiança disciplinado pela lei nº 12.403/2011. Essa nova realidade surge com a alteração inserida pela referida lei através do art. 322 do Código de Processo Penal, o qual passa a autorizar a autoridade policial a conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, sendo que nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Diferentemente da autoridade policial que terá apenas duas alternativas para aplicar a um agente infrator, que é mantê-lo preso ou conceder sua soltura através de fiança, o juiz terá um amplo leque de opções, guiado pelo princípio da adequação e necessidade, concedendo liberdade provisória mediante a fixação das mais variadas medidas diversas da prisão. No entanto, aumentou-se o rol das infrações penais passíveis de concessão da liberdade provisória mediante fiança, arbitrada pelo Delegado de Polícia em casos de prisões em flagrante ratificadas.

2.2.2 Da prisão temporária

A prisão temporária, como assevera Mendonça⁷⁸, é uma prisão cautelar que tem como finalidade nuclear e primordial auxiliar a investigação de infrações penais graves, instituída no Brasil pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Delmanto⁷⁹, contribuindo com o tema, afirma que essa modalidade de prisão cautelar somente pode ser decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, tendo inicialmente, o prazo máximo de cinco dias, prorrogáveis pelo mesmo período em caso de extrema e comprovada necessidade.

É uma medida de exceção que, segundo Manzano⁸⁰, deve ser interpretada restritivamente, sendo somente cabível nos crimes indicados no artigo 1º, inc. III da Lei nº 7.960/1989, e ainda nos crimes hediondos e equiparados, conforme a disposição da Lei nº 8.072/1990.

No tocante ao seu cabimento, a prisão temporária pode ser decretada pelo juiz durante o inquérito policial, a requerimento da autoridade policial e também do próprio Ministério Público constituindo em uma prisão vocacionada para as investigações, não se admitindo essa modalidade cautelar na fase da persecução penal judicial, ou seja, durante o processo. Ainda determina a referida lei que, somente o magistrado pode decretar a prisão temporária, consistindo em abuso de autoridade a decisão da autoridade policial que prende o sujeito antes da expedição do mandado de prisão temporária para, depois, pedi-lo ao magistrado.

Para que haja a decretação da prisão temporária, como bem esclarece Mendonça⁸¹, é necessário que ocorra a conjugação dos incisos I e III ou II e III do artigo 1º da Lei nº 7.960/1989. Isso porque a doutrina e a jurisprudência se pacificaram no sentido de que para a decretação da prisão temporária ocorrer não basta apenas a presença de um dos incisos e nem necessária a de todos ao mesmo tempo, devendo sempre existir a conjugação do inciso III que representa o fundamento do *fumus commissi delicti*, ou seja, a configuração de indício suficiente de autoria, juntamente com a conjugação o inciso I ou ainda o inciso II que fundamentam o *periculum libertatis*, caracterizado o inciso I quando for imprescindível para as investigações criminais, e o inciso II quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

⁷⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.311-312.

⁷⁹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.144.

⁸⁰ MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p 26.

⁸¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.322.

A prisão cautelar temporária, mesmo tendo sua previsão determinada por lei, configura ainda uma medida segregadora capaz de deixar consequências para quem sofre esse tipo de ato. Sendo assim, existem outras medidas alternativas que podem suprir a mesma eficácia da prisão temporária.

Delmanto⁸² explica que a condução coercitiva já prevista no nosso ordenamento jurídico pátrio, constitui medida que pode evitar a decretação da prisão temporária para fins de interrogatório, o que diminuiria de forma considerável a aplicação de uma medida tão severa para um Estado Democrático de Direito.

Outra medida alternativa a prisão temporária fundada no perigo de fuga do indiciado, é a retenção de documento do mesmo impossibilitando de exercer alguns atos que lhe permitiria se ausentar da localidade que irá responder o suposto delito.

Portanto, ao analisar tal instituto, conclui-se que a sua existência para o exercício da função policial é imprescindível, pois lhe garante elucidar determinados delitos em razoável lapso temporal, mas que de certa forma também representa um ato severo para quem está na condição de indiciado, o que nos leva a crer que é necessário explorar mais mecanismos capazes de reduzir a segregação cautelar, utilizando de ferramentas alternativas que possuem o condão de fornecer o mesmo resultado pretendido sem diminuir sua eficácia.

2.2.3 A prisão preventiva como mecanismo de segregação do acusado

A prisão preventiva, dentre as prisões cautelares, como adverte Amaral e Silveira⁸³, corresponde a forma mais atual de intromissão que o poder estatal pode realizar sobre a esfera de liberdade do indivíduo antes de uma sentença penal condenatória definitiva. No entanto, para os detentores da persecução penal é um mecanismo necessário para evitar possíveis prejuízos para a elucidação de um caso concreto, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, até o trânsito em julgado.

Disciplinada no artigo 312 do Código de Processo Penal, 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

⁸² DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.150-151.

⁸³ AMARAL, Cláudio do Prado. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.49.

existência do crime e indício suficiente de autoria. Para tanto, tal medida cautelar somente pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Para que haja a decretação da prisão preventiva é necessário estar também presentes a demonstração da prova de existência do crime que comprovará a materialidade do delito, bem como indícios suficientes de autoria ou de participação na infração. Assim, a comprovação do fato deve ser inconteste, não podendo haver um mínimo de dúvida por parte do magistrado na determinação da prisão preventiva, por se tratar de uma medida notadamente agressiva na vida de um suposto infrator.

As condições de admissibilidade da medida cautelar em comento, sofreu algumas alterações, implementadas através da nova sistemática da Lei nº 12.403/2011, ajustando a efetividade da medida de acordo com a proporcionalidade do delito, para que sua aplicação não seja mais gravosa que a pena a ser cumprida ao final do processo. Nesse sentido, Delmanto⁸⁴ esclarece que a prisão preventiva é medida extrema, aplicável apenas quando absolutamente necessária às finalidades cautelares previstas em lei.

A nova redação do artigo 311 da referida lei, disciplina que 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. Sendo assim, em qualquer momento anterior ao trânsito em julgado é possível a prisão preventiva, porém, o mesmo artigo veda a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase investigativa, sendo somente possível a decretação de ofício na fase processual em situações excepcionais e subsidiárias.

Sobre o tema, Mendonça⁸⁵ explicando melhor a redação do artigo referido, esclarece que a determinação da prisão de ofício durante o processo é completamente viável, tendo em vista que nessa ocasião, o magistrado atua com o dever de zelar pela preservação dos valores referentes à persecução penal, servindo-se do processo como instrumento para efetivar a tutela jurisdicional. Diferentemente da fase investigativa, que ainda não se sabe ao certo sequer, se o titular da ação penal ofertará ou não a denúncia ou queixa.

O ilustre autor ainda complementa que a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva prevista no artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, durante o inquérito policial, não é um ato permissivo para a atuação de ofício pelo magistrado, até porque o mesmo não está tomando nenhuma iniciativa, pois já houve uma prisão anterior

⁸⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.156.

⁸⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.327.

realizada por qualquer do povo ou por uma autoridade policial, restando ao magistrado verificar se é o caso de manter a prisão ou conceder a liberdade, zelando para que a prisão somente seja mantida se realmente houver sua necessidade.

O artigo em comento traz um mecanismo de combate há atuações arbitrárias do Estado-juiz, antes de iniciar um processo penal que promova o contraditório e uma ampla defesa. No entanto, a prática revela que a prisão preventiva é um instituto banalizado, pois nos casos de flagrante delito, muitas pessoas são mantidas indevidamente presas, em descompasso com as regras processuais, segundo a qual a liberdade provisória se impõe, quando não estiverem presentes os requisitos da preventiva, violando de fato um princípio de grande valor constitucional, o princípio da dignidade humana.

O artigo 312 do Código de Processo Penal, já devidamente alterado, descreve em sua redação, os critérios autorizadores da decretação da prisão cautelar. Entre os critérios autorizadores dessa modalidade de prisão cautelar, há dois que estão em desacordo com a finalidade constitucional de valorização da dignidade humana, são eles: os critérios da ordem pública e da garantia econômica.

No que tange a aplicação da prisão preventiva para garantir a ordem pública e a ordem econômica, Moraes⁸⁶ leciona que:

Em nossa legislação processual penal infraconstitucional ambas expressões indicadas são carentes tanto de legalidade estrita quanto de proporcionalidade. Falta-lhes legalidade “estrita” porquanto são conceitos abertos e não estão acompanhados de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-los a partir do caso concreto. E, ainda, não há limite, por exemplo, para inferências subjetivas e advindas de razões midiáticas, pseudo-eficientistas ou, ainda, de escolhas íntimas do julgador.

Corroborando com Moraes, Oliveira⁸⁷ critica as duas espécies de prisão preventiva fundamentando que a expressão garantia da ordem pública, é de difícil definição, podendo prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, tendo em vista que ordem pública é um termo aberto, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem. Em relação a referência expressa à garantia da ordem econômica, o mesmo autor afirma que é

⁸⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.397.

⁸⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.8. p.548-549.

absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela.

Ao contrário do que afirma Moraes e Oliveira, Mendonça⁸⁸ defende a constitucionalidade de tais institutos afirmando que a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes. Já em relação a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, o Ilustre doutrinador acrescenta que essa espécie de prisão foi incluída pela Lei nº 8.884/1994, e mantida pela Lei nº 12.403/2011 com o intuito de indicar ao intérprete e ao magistrado que se deve ser mais severo com os delitos contra a ordem econômica, principalmente pela existência de grupos criminosos que querem obter lucros a qualquer custo com condutas lesivas, incluindo mortes e outros tipos de danos sociais.

Dentre as principais alterações introduzidas no instituto da prisão preventiva, o destaque é para o artigo 313, inciso I do Código de Processo Penal, que somente autoriza o decreto de prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa máxima superior a quatro anos. Isso significa, segundo explica Amaral e Silveira⁸⁹, que independentemente da espécie de pena (reclusiva ou detentiva) é possível a restrição da liberdade, desde que o delito seja doloso e punido com uma sanção superior a quatro anos.

Mendonça⁹⁰ critica a nova normatização do art. 313, inciso I do Código de Processo penal, informando que o magistrado poderá se encontrar diante de situações em que se mostre necessária a prisão preventiva, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses do artigo 313, esclarecendo que o referido artigo deve ser relativizado em situações concretas e muito excepcionais, em que se demonstre a efetiva necessidade e a adequação da prisão preventiva para o caso concreto.

A redação do artigo 313, inciso II do mesmo Código, menciona a hipótese de admissão da prisão preventiva no caso do agente já ter sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no artigo 64, inciso I do

⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.p.267-273.

⁸⁹ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.98.

⁹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.255.

Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, alterado pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984 - Código Penal⁹¹.

Sobre esse artigo, conforme analisa Amaral e Silveira⁹², só será possível o decreto de prisão preventiva se o agente já tiver sofrido uma condenação transitada em julgado e cometa um novo crime doloso em um lapso de tempo de até cinco anos.

Em relação ao art. 313, inciso III do Código em estudo, é autorizada a prisão preventiva nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. A finalidade deste dispositivo, segundo afirma Mendonça⁹³, é proteger determinadas pessoas que se encontram em situação de hipossuficiência, especialmente quando o delito é praticado no âmbito familiar ou doméstico, e se esta for imprescindível para a realização de uma medida protetiva de urgência.

O termo violência doméstica é tratada de forma mais aprofundada pela Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A referida normatização conceitua com precisão o que venha a ser violência doméstica propriamente dita⁹⁴, nos termos do artigo 5º, cuja redação diz:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou

⁹¹ BRASIL. **Lei n.º 7.209 - de 11 de julho de 1984 - DOU DE 13/7/84** Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7209.htm>. Acesso em: 14/08/2012.

(...)

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;

⁹² AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.101.

⁹³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.248.

⁹⁴ BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 14/08/2012.

por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Segundo Delmanto⁹⁵, essa referida Lei criou mecanismos para coibir e prevenir à violência doméstica e familiar contra a mulher, através de medidas protetivas de urgência, buscando protegê-la com medidas de assistência e atendimento priorizado, fornecendo o suporte necessário para impedir maiores consequências à vítima, bem como conferir um tratamento penal diferenciado e mais gravoso para o acusado ou condenado.

Entre as inovações protetivas criadas a partir da Lei n.º 11.340/2006, o destaque é para a criação do inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal, permitindo ao juiz decretar de ofício ou mediante provocação, a prisão preventiva do agressor, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

No entanto, esclarece Delmanto⁹⁶, que a prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, será necessariamente subsidiária, de forma que o encarceramento provisório somente poderá ser decretado se as referidas medidas protetivas não forem suficientes para afastar o perigo que ameaça as vítimas de tais atos.

No que atine a decretação da prisão preventiva para fim de identificação civil de um possível infrator, o parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal autoriza essa possibilidade quando houver dúvida sobre a identidade ou quando não forem fornecidos elementos suficientes para esclarecê-la. Essa previsão legal, segundo Maluly e Demercian⁹⁷, é desnecessária, pois o fundamento autorizador dessa espécie de prisão, já sustenta uma hipótese da prisão temporária, descrita no art. 1º, inciso II, da Lei n.º 7.960/89⁹⁸, sendo somente pertinente sua decretação se conjugada com as demais hipóteses previstas no art. 313 do Código de Processo Penal.

⁹⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.164-170.

⁹⁶ Ibid., p. 169.

⁹⁷ MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei n.º 12.403, de 2011. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei n.º 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011. p. 47.

⁹⁸ BRASIL. **Lei n.º 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-lei/del.htm. Acesso em: 14/08/2012.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

(...)

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

Dentre as possibilidades existentes para a decretação de uma prisão preventiva, é relevante ressaltar a prisão para extradição que, segundo Mendonça⁹⁹, o Supremo Tribunal Federal passou a equipará-la a prisão preventiva com os mesmos fundamentos autorizadores para sua aplicação. Dessa forma, somente será possível a aludida modalidade de prisão quando as circunstâncias do crime e dos fatos se enquadrarem nas hipóteses do art. 312 e art. 313, ambos do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a Suprema Corte brasileira¹⁰⁰ decidiu pela desnecessidade da prisão preventiva, sob o fundamento de que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal, como menciona o texto abaixo:

O Tribunal, por maioria, deferiu habeas corpus impetrado em favor de nacional colombiano, acusado da suposta prática dos crimes de lavagem de dinheiro e associação para o tráfico internacional de entorpecentes, a fim de que aguarde solto o julgamento da extradição contra ele formulada pelo Governo do Panamá, determinando a expedição de alvará de soltura, que deverá conter as seguintes cautelas: a) o depósito do passaporte do extraditando no STF; b) a advertência ao extraditando sobre a impossibilidade de, sem autorização do relator da Extradição no STF, deixar a cidade de seu domicílio no Estado de São Paulo; e c) a obrigação de atender a todos os chamados judiciais. Inicialmente, salientou-se a necessidade de ser revisitado o tema da prisão preventiva para fins de extradição, em face do significado ímpar atribuído pela CF/88 aos direitos individuais. Destacou-se que, em nosso Estado de Direito, a prisão seria uma medida excepcional e, por isso, não poderia ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos, não havendo razão, tanto com base na CF quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não fosse aplicado no que tange às prisões preventivas para fins de extradição. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradição nº 1091/Panamá.

O artigo 314 do Código de Processo Penal não sofreu inovações no que se refere a sua essência, pois segundo Garcia¹⁰¹ a sua redação permaneceu vedando expressamente a decretação da prisão preventiva se constatado pelas provas constantes dos autos ter o agente

⁹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.95-96.

¹⁰⁰ Supremo Tribunal Federal, HC 91657/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13.9.2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-02 PP-00293) Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756068/habeas-corpus-hc-91657-sp-stf>. Acesso em: 14/08/2012.

¹⁰¹ GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p.42.

praticado o fato acobertado por uma excludente de ilicitude disciplinado no artigo 23, incisos I a III do Código Penal Brasileiro¹⁰².

Do exposto, no tocante ao conteúdo já explanado para a autorização da prisão preventiva no sistema processual brasileiro, fica evidenciado que a Lei nº 12.403/2011 implementou a regra da excepcionalidade para essa medida cautelar, prevalecendo sempre a liberdade do acusado, sendo permitido somente sua aplicabilidade em situações em que não for cabível qualquer das outras medidas cautelares introduzidas por essa nova lei, ou no caso de descumprimento injustificado destas.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 7.209 - de 11 de julho de 1984 - DOU DE 13/7/84 Altera dispositivos do** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7209.htm>. Acesso em 18/08/2012.

(...)

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

3 – MEDIDAS ALTERNATIVAS À SEGREGAÇÃO CAUTELAR

A Lei nº 12.403/2011 foi publicada no Diário Oficial do dia 05 de maio de 2011 e entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, resultado do Projeto de Lei n.º 4.208/2001. O escopo do referido projeto, como adverte Amaral e Silveira¹⁰³, foi aprimorar o processo penal sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional mais democrática, humana, racional e ao mesmo tempo menos seletiva e inquisitiva.

Nesse sentido, acrescenta Oliveira¹⁰⁴ que a nova legislação processual penal trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, atribuindo natureza cautelar a toda prisão antes do trânsito em julgado, ampliando, dessa forma, a proteção da regular tramitação do processo penal, inserindo diversas medidas cautelares. Com isso, para entendermos melhor sua estrutura na seara processual penal é preciso abordarmos os seus aspectos gerais.

3.1 Aspectos gerais da Lei nº. 12.403/2011

A Lei nº. 12.403, de 04 de Maio de 2011, tem por finalidade precípua, segundo leciona Mendonça¹⁰⁵, transformar a prisão cautelar em medida ainda mais excepcional, devendo ser reservada para situações em que as medidas alternativas à prisão sejam insuficientes. Com isso, a lei em comento traz como princípio basilar para todo o novo sistema de medidas cautelares pessoais, a subsidiaridade de sua aplicação.

Outro aspecto fundamental responsável por propor uma nova reestruturação ao sistema processual penal está relacionado a sua adequação ao princípio da proporcionalidade, implicitamente presente na Constituição Federal de 1988. Sobre o assunto, esclarece Delmanto¹⁰⁶ que o princípio da proporcionalidade aplicado ao processo penal o auxilia a perquirir sobre os motivos e razões do emprego das medidas cautelares, explorando a

¹⁰³ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.17.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.493-494.

¹⁰⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.45.

¹⁰⁶ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.62.

proporcionalidade em seu caráter material¹⁰⁷, buscando legitimar o uso de uma medida cautelar, mediante a demonstração das razões pelas quais a aplicação da medida tornou-se necessária em relação ao fim que se buscou alcançar.

Lecionando sobre o tema, Bonavides¹⁰⁸ explica que o princípio da proporcionalidade protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Ainda assevera o ilustre autor, conceituando o mencionado princípio, que:

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

O princípio da proporcionalidade, sendo norma orientadora da aplicação das medidas cautelares, presta-se a impedir o seu excesso diante de um caso concreto. Nesse diapasão, Delmanto¹⁰⁹ afirma que a fundamentação da decisão judicial que faz o uso do princípio da proporcionalidade é de extrema importância, sobretudo, em decisões que de alguma forma importem na restrição da liberdade do acusado, pois é por meio desse princípio que o acusado poderá contestar o eventual mau emprego da proporcionalidade por parte do juiz, tendo em vista que o escopo maior do princípio da proporcionalidade é limitar os eventuais excessos a restrição a liberdade.

O artigo 282, incisos I e II do Código de Processo Penal, já devidamente abordados no segundo capítulo desse trabalho monográfico, reforça a ideia da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares, enfatizando o binômio necessidade e adequação como requisitos primordiais para a sua utilização prática, critérios sem os quais nenhuma medida cautelar, incluindo a prisão, podem ser decretadas pelo magistrado.

¹⁰⁷ O termo proporcionalidade material corresponde a justificação teleológica do citado princípio, levando em consideração a análise entre o meio escolhido para a aplicação de uma medida cautelar e a consequente finalidade visada. DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.62.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.434.

¹⁰⁹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.64.

Leciona Oliveira¹¹⁰ que a Lei n.º 12.403/2011, sob o fundamento do juízo de proporcionalidade, vedou a imposição de cautelar para crimes aos quais não sejam previstos pena privativa de liberdade, evitando-se a sua imposição em processos em que não se chegará a resultados mais gravosos.

No que tange ao critério da necessidade para a aplicabilidade da medida cautelar, conforme a precisão do inciso I do artigo 282 do Código de Processo Penal, segunda explica Mendonça¹¹¹, deve-se comparar as medidas igualmente adequadas para atingir o fim visado, verificando àquela que restringirá menos direitos fundamentais do réu, estabelecendo que somente será cabível a medida cautelar mais grave, ou seja, a prisão preventiva, como última hipótese de privação provisória da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O princípio da adequação, segundo Delmanto¹¹², também é vertente do princípio da proporcionalidade e tem por finalidade condicionar o magistrado a analisar se existe uma relação de meio e fim para aplicabilidade dessa medida diante de um caso concreto, constituindo importante garantia de liberdade para o acusado.

O citado princípio, segundo esse mesmo autor, impede que a aplicação, pelo juiz, de uma medida cautelar fuja às necessidades previstas para um caso real, exigindo que a medida a ser adotada tenha idoneidade e aptidão para alcançar o fim desejado.

Acrescenta Moraes¹¹³ que o exame da adequação deve ser feito de modo individualizado a cada cidadão titular do direito a ser restringido, pois a não individualização geraria uma maior dificuldade no instante de se avaliar a idoneidade de uma medida requerida.

Discorrendo ainda sobre o tema, Moraes¹¹⁴ revela que a ideia de proporcionalidade nasce para estabelecer um limite às restrições de direitos fundamentais, que nem sempre terá como variável predominante a de menor restrição prevista por norma processual penal. Dessa forma, poderão ocorrer situações em que a resposta não será a de menor restrição ao direito fundamental que se quer proteger, sendo necessário nesses casos, utilizar a terceira fase do

¹¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.578.

¹¹¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.45.

¹¹² DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.66-67.

¹¹³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.324-328.

¹¹⁴ Ibid., p. 325.

princípio da proporcionalidade, que é a análise da proporcionalidade em sentido estrito que nos ensinamentos de Canotilho e Moreira apud Delmanto¹¹⁵, significa exigir que os meios legais restritivos e os fins obtidos situem-se em uma justa medida, buscando evitar que a medida seja mais severa do que o fim visado ou da pena que porventura será aplicada em caso de condenação.

Assim, Moraes¹¹⁶ esclarece que é insuficiente fazer uma relação entre o meio e fim específicos para solucionar se aplica ou não a medida cautelar viável a uma situação de conflito, pois correria o risco de deixar à margem de qualquer proteção outros direitos fundamentais tão relevantes quanto aquele direito que se pretende garantir da restrição a ser implantada, apontando a necessidade de se valer sempre que possível do exame da proporcionalidade *strictu sensu* para evitar exageros.

3.2 Medidas cautelares processuais penais substitutivas diversas da prisão

Com a inserção de novos mecanismos alternativos e menos agressivo a liberdade do acusado, a Lei nº 12.403/2011 propôs um grande avanço ao sistema processual penal, resultando na ampliação de um leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando ao magistrado a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, a providência mais ajustada ao caso concreto.

A nova Lei não só disciplinou medidas alternativas a prisão cautelar, como também alterou alguns artigos antes existentes no Código de Processo Penal, é o caso do artigo 317 do referido Código que autorizava o cabimento da prisão preventiva mesmo diante de uma apresentação espontânea do acusado à autoridade competente, passando a vigor atualmente esse artigo com uma nova medida substitutiva a prisão preventiva, quer seja, a prisão domiciliar. Assim, o novo dispositivo do artigo traz a seguinte redação: “a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

Sobre o assunto discorre Mendonça¹¹⁷ que a prisão domiciliar é uma substituição da prisão cautelar aplicável há ocasiões excepcionais e extremas, substituindo a prisão

¹¹⁵ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.69.

¹¹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.328.

¹¹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p.406.

preventiva, para situações humanitárias, em que a manutenção no cárcere seria demasiadamente gravosa.

No entanto, adverte Garcia¹¹⁸ que essa nova medida substitutiva a prisão preventiva, que autoriza o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, onde ficará recluso, só podendo dela se ausentar com autorização judicial, não pode ser confundida com a possibilidade de prisão albergue domiciliar, normatizada pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - que instituiu a Execução Penal Brasileira, precisamente no seu artigo 117¹¹⁹, pois para ocorrer a hipótese de cabimento desse referido artigo é necessário que o réu já esteja condenado definitivamente e cumprindo sua pena em regime aberto, diferentemente da disposição do artigo 317 do Código de Processo Penal que apenas permite uma substituição de uma medida cautelar menos grave, ao invés, de um medida mais gravosa a liberdade do acusado.

Oliveira¹²⁰ acrescenta que a prisão domiciliar não se inclui como medida alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no artigo 319 do mesmo Código de Processo Penal, posteriormente analisadas, sendo somente aplicadas como substitutivo da prisão preventiva e, desde que estejam presentes as hipóteses autorizadoras do artigo 318 do mesmo Código.

O artigo 318 do Código de Processo Penal, implementado pela Lei n.º12.403/2012, estabelece expressamente as hipóteses em que a prisão preventiva poderá ser substituída pela prisão domiciliar, dispondo também sobre os critérios que deverá seguir o magistrado para a correta aplicação dessa medida.

O primeiro critério permissivo para uma medida substitutiva a prisão preventiva disciplinada pelo artigo, 318, inciso I do Código de Processo Penal, ocorre quando o agente for maior de 80 anos. Assim, explica Mendonça¹²¹ que esse critério deve ser atentamente observado pelo magistrado no momento da concessão de tal benefício, devendo verificar se o

¹¹⁸ GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p.53.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em : 18/08/2012.

(...)

art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
 II - condenado acometido de doença grave;
 III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
 IV - condenada gestante.

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.561.

¹²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 411.

fato do agente ter completado 80 anos demonstra a inconveniência e a desnecessidade de a prisão ser cumprida no cárcere.

Dessa forma, a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar requer uma análise mais aprofundada por parte do juiz, podendo o mesmo decretar ou não essa medida substitutiva conforme a necessidade demonstrada em um caso concreto.

Acrescenta Amaral e Silveira¹²² que a inclusão dessa nova medida substitutiva ao sistema processual penal brasileiro permite evitar que os idosos, os que já estão debilitados pelo o avanço da própria idade, sofram o encarceramento nessa fase da vida por uma responsabilidade criminal ainda não definida, principalmente levando em consideração as precárias condições existentes nos estabelecimentos prisionais do Brasil, e também por ter o legislador concluído que o idoso de uma forma geral, não representa maiores riscos para a sociedade e nem muito menos para a fluidez do processo em andamento.

O inciso II do artigo 318, do Código em estudo, traz uma modalidade de prisão domiciliar denominada pela doutrina majoritária de humanitária própria, permitindo à medida substitutiva a prisão preventiva na hipótese em que o agente estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave. Explicando esse artigo, Mendonça¹²³ leciona que não basta apenas ser portador de doença grave para fazer *jus* à medida, sendo necessário que essa doença grave cause uma debilidade extrema ao agente ao ponto de impossibilitá-lo a estar em um estabelecimento prisional, justificando a cumprir a medida cautelar em seu domicílio.

Os incisos III e IV do artigo 318, do mesmo Código, permitem a possibilidade de concessão da prisão domiciliar sempre que as medidas forem imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, e também a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo de alto risco.

No tocante a justificativa do legislador para a inserção do artigo 318, inciso III ao Código de Processo Penal, Amaral e Silveira¹²⁴ descreve que surgiu da preocupação de proteger pessoas hipossuficientes, na perspectiva de evitar que elas acabem suportando um ônus maior com o processo, que aquele imposto ao próprio acusado. Já a justificativa do inciso IV do mesmo artigo, surgiu dos cuidados que devem ter a mulher no seu período gestacional, protegendo não só a saúde da mesma, mas também a do seu próprio filho.

¹²² AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.112-113.

¹²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 412.

¹²⁴ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.117

O parágrafo único do artigo 318 em comento determina que para a substituição da prisão domiciliar a prisão preventiva, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos no citado artigo. Assim, para haver concessão da prisão domiciliar substitutiva a prisão preventiva para os agentes maiores de 80 (oitenta) anos será imprescindível sua identificação por meio de documento hábil e autêntico, como exemplo, o registro de nascimento. Já no caso da concessão da prisão domiciliar humanitária, esclarece Mendonça¹²⁵, que nada impede o juiz, quando entenda cabível, nomear um médico perito para constatar o grau de debilidade do agente e também, no caso da gestante, atestar se sua gravidez é de alto risco.

Em suma, é relevante destacar que a medida substitutiva já analisada, no tocante a sua duração, obedece aos critérios da razoabilidade, o que para Delmanto¹²⁶ constitui uma situação descompassante com o princípio constitucional da dignidade humana e o princípio processual penal do devido processo legal, por não estabelecer o Código de Processo Penal um prazo definido para a manutenção do acusado no cárcere preventivo, podendo sua prisão durar até sua absolvição, em primeira ou superior instância, ou sua condenação definitiva.

3.3 Medidas alternativas à prisão cautelar

Após discorrermos sobre as medidas substitutivas implementadas pela Lei n.º 12.403/2011, urge agora falarmos sobre as principais modificações inseridas por essa mesma normatização ao Código de Processo Penal, compatibilizando o referido instrumento com a realidade constitucional do país de Estado Democrático de Direito, acrescentando a seu conteúdo dez modalidades de medidas cautelares diversas da prisão, previstas em rol taxativo, pelos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, que são:

3.3.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

Segundo Oliveira¹²⁷, a redação do artigo 319, inciso I do Código de Processo Penal consiste em determinar que o indiciado compareça obrigatoriamente à presença do magistrado para informar e justificar atividades recebidas em seus devidos e possíveis termos, com o

¹²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 415.

¹²⁶ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.45.

¹²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.507.

objetivo de demonstrar, por meio de prova idônea, as atividades que realiza, o que permitirá ao juiz, condutor do processo penal, exercer o seu acompanhamento de fiscalização ao acusado. No entanto, o mesmo autor adverte que essa providência já é encontrada na legislação processual penal brasileira, na chamada suspensão condicional do processo, cabível para infrações penais cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, conforme disciplina o art. 89, Lei 9.099/95, para a qual, uma vez aceita pelo acusado, se imporá a obrigação de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informação e justificação de atividades.

Mendonça¹²⁸ acrescenta que a periodicidade do comparecimento do agente será determinada pelo magistrado à luz do caso concreto de acordo com a conveniência e adequação do caso, devendo esse comparecimento ser pessoal, pois a medida tem em vista a pessoa do réu.

3.3.2 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

A previsão normativa desse dispositivo se encontra no artigo 319, inciso II, cujo objetivo, segundo leciona Amaral e Silveira¹²⁹, é determinar o afastamento do agente de lugares determinados, ou estabelecimento que possam estimular a reincidência em infrações penais. Ainda, assevera esses mesmos doutrinadores que a aplicabilidade prática dessa medida já surge precária para a realidade brasileira, pois o Estado não dispõe de meios viáveis para a efetiva fiscalização da restrição, tendendo a torná-la ineficiente.

3.3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

Segundo Manzano¹³⁰, a proibição de manter contato com pessoa determinada foi extraída do rol de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor ao afastamento do

¹²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 431.

¹²⁹ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.127.

¹³⁰ MANZANO, Lufz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.16.

lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, bem como outras proibições, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; e c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. (Lei 11.340/2006, artigos II e III)¹³¹.

Para Amaral e Silveira¹³², a medida de prevenção especial citada no inciso III do artigo 319 do Código de Processo Penal, pode produzir resultados significativos em situações em que existe estado de permanente conflito entre o autor da infração penal e a pessoa determinada, bastando que o juiz fixe as condições da medida, inclusive estabelecendo limites e distâncias para a eficácia da imposição.

3.3.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

Assevera Garcia¹³³ que a justificativa para a determinação do artigo 319, inciso IV do instrumento processual penal surge de casos em que a presença do acusado mostra-se imprescindível para o desfecho justo do processo crime, como exemplo, o reconhecimento do acusado em juízo. Reis¹³⁴ complementa que a proibição em questão pode ser absoluta, quando o juiz entender que se justifica a imposição de restrição total à possibilidade de saída do território da comarca e, pode, também, ser relativa, acaso se entenda que sua finalidade será alcançada ainda que o indiciado ou réu seja autorizado, por exemplo, a sair da comarca para trabalhar.

¹³¹ BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 14/08/2012.

¹³² AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.128.

¹³³ GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p.58.

¹³⁴ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011. p. 13.

3.3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

O dispositivo em análise, nas lições de Oliveira¹³⁵, não se confunde com a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, tendo em vista que a medida em comento é menos grave que a prisão domiciliar, por restringir a liberdade do acusado apenas no período noturno e nos dias de folga do mesmo, geralmente em finais de semana e feriados. Diferentemente da prisão domiciliar substitutiva que não permite ao agente a liberdade de se ausentar de sua residência sem a devida autorização judicial, sob pena de ser revogada essa medida.

A aplicação do artigo 319, inciso V do Código de Processo Penal, segundo Reis¹³⁶ pressupõe a existência de prova inequívoca de que o indiciado ou réu tem residência e trabalho fixo. A pessoa sujeita ao recolhimento domiciliar, explica o mesmo autor, deverá permanecer nas dependências de sua residência todas as noites e nos dias em que não tiver de dedicar-se ao trabalho ou estudo em estabelecimento de ensino oficial, sendo esse tempo também computado para a detração de uma possível pena.

Reis¹³⁷ também acrescenta que para a medida em estudo poder ter eficácia deverá o juiz aplicá-la, em regra, cumulativamente com a medida de monitoração eletrônica, pois a mera obrigação de recolher-se, sem a correspondente fiscalização, desnatura a medida, sendo também possível que a fiscalização seja cometida à Polícia Judiciária, hipótese em que o juiz deverá exigir relatório circunstanciado das diligências periodicamente realizadas.

3.3.6 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

Nas lições de Amaral e Silveira¹³⁸, a presente medida é verdadeiramente inovadora, pois não existia no ordenamento processual penal brasileiro qualquer previsão sobre o assunto. A sistemática da redação descreve que havendo fundamento para concluir que o

¹³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.510.

¹³⁶ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011. p. 13.

¹³⁷ Ibid., p. 14

¹³⁸ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.131-132.

exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira favoreça a prática de nova infração penal, o juiz poderá interditar temporariamente seu exercício, comunicando, conforme o caso, ao respectivo órgão público ou entidade de classe.

Mendonça¹³⁹ adverte que a finalidade precípua da suspensão da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira é evitar que o acusado não se utilize dessa função para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas e, até mesmo, obstruir a investigação de qualquer forma, prejudicando assim, a futura instrução processual penal. Para isso, o autor esclarece que a medida citada não pode ser aplicada automaticamente, somente devendo ser determinada pelo magistrado se houver elementos concretos de que a continuidade do exercício da função pública ou da atividade econômica ou financeira poderá colocar em risco os bens jurídicos do artigo 282, inciso I do Código de Processo Penal.

3.3.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração

Para Oliveira¹⁴⁰ a internação provisória do inimputável ou do semi-imputável dependerá, primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial, segundo o disposto no art. 149 e seguintes do Código de Processo Penal¹⁴¹.

É uma medida aplicável somente em relação a infrações praticadas com violência ou grave ameaça e que pressupõe, em decorrência da instauração de incidente de insanidade, de que o indiciado ou réu é inimputável ou semi-imputável e que apresenta considerável potencial de reincidência.

¹³⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 441.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.512-513.

¹⁴¹ BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo penal. DOU de 13/10/1941. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/18/1941/3689.htm>. Acesso em: 20/08/2012.

(...)

Art. 149 - Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º - O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º - O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

3.3.8 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

Sobre o dispositivo normativo em comento, descreve Amaral e Silveira¹⁴² que o novo instituto criou uma nova modalidade de fiança, como medida cautelar, desvinculada da prisão em flagrante, com requisitos e objetivos diversos, evitando que o indiciado ou acusado permaneça preso provisoriamente na eventualidade de poder oferecer garantia ao juízo, de modo a evitar a obstrução do processo e também a prisão, privilegiando a liberdade mediante recolhimento de valor estipulado pela autoridade policial, conforme o caso.

3.3.9 Monitoração eletrônica

Segundo esclarece Mendonça¹⁴³, a monitoração eletrônica consiste na utilização de dispositivo não ostensivo, afixado ao corpo da pessoa, que indique à distância, permanente a localização geográfica do agente, sujeitando-o a fiscalização por meio de sistemas eletrônicos, de modo a permitir sua imediata localização. A sua introdução no direito brasileiro se deu com a Lei 12.258/2010¹⁴⁴, como incidente de execução da pena, a fim de se evitar o cárcere, sob determinadas condições.

Para execução dessa medida, o indiciado ou réu deverá utilizar, junto ao corpo, dispositivo tecnológico próprio, vedada a utilização de equipamentos que exponham a

¹⁴² AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.135-137.

¹⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 458-466.

¹⁴⁴BRASIL. **Lei n.º 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm. Acesso em: 20/08/2012.

(...)

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

risco sua saúde. Adverte Reis¹⁴⁵ que a medida em questão, assim como as demais cautelares, tem caráter coercitivo, e, por isso, é desnecessária a anuência do indiciado ou acusado para sua decretação.

Oliveira¹⁴⁶ discordando da sistemática do artigo 319, inciso IX inserido pela a Lei n.º 12.403/2011, declara que se trata de medida efetivamente excepcional, cuja aplicação deveria contar com a adesão do monitorado, tal como ocorre nos países em que ele é utilizado, argumentando que aplicar o monitoramento a presos já condenados é uma coisa, tendo em vista a comprovação efetiva do caráter substitutivo da cautelar, como alternativa à prisão já imposta. Outra é valer-se da providência para fins cautelares por ir além dos limites da dignidade humana.

Mendonça¹⁴⁷ discorrendo sobre o assunto, esclarece que a medida é constitucional e relevante para o sistema processual penal, informando que a maior importância do monitoramento eletrônico para o Código de Processo Penal brasileiro é como medida auxiliar, a ser aplicada cumulativamente com outra medida cautelar, especialmente para fiscalizá-la. Assim, caso o magistrado determine que o réu permaneça em seu domicílio ou que não aproxime de determinada residência, o monitoramento poderá facilitar na coerção de qualquer desvio de conduta desse agente, permitindo uma maior fiscalização e segurança tanto para o Estado, quanto para a pessoa amparada por uma medida protetiva.

3.3.10 Proibição de ausentar-se do país

A medida cautelar normatizada pelo artigo 320 do Código de Processo Penal não foi contemplada expressamente dentre as medidas cautelares do artigo 319, o que lhe garante ser um dispositivo autônomo. Nessa circunstância pode o juiz proibir que o indiciado ou acusado deixe o país ou condicionar sua saída à prévia autorização.

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.

¹⁴⁵ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011. p. 14.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.514-516.

¹⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 460.

3.4 Da liberdade provisória

A antiga redação do artigo 321 do Código de Processo Penal previa a hipótese de o réu livrar-se solto, independente de fiança, nos seguintes casos: a) no caso de infração, a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; b) quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

As hipóteses previstas para esse artigo eram permitidas desde que ressalvado o disposto no artigo 323, desse mesmo Código, que proibia a concessão da fiança nos seguintes incisos: III) nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; IV) em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio.

O citado artigo foi alterado pela Lei Federal nº 12.403/2011, com a seguinte redação¹⁴⁸: “Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

Para melhor esclarecimento desse artigo é necessário sabermos o que venha a ser fiança, sendo pertinentes os ensinamentos do ilustre doutrinador Mendonça¹⁴⁹, informando que significa uma garantia patrimonial concedida pelo réu ou por qualquer pessoa por ele, para evitar a prisão ou para substituí-la, vinculando-o ao processo mediante o cumprimento de deveres processuais, sob pena de retorno ao cárcere e perda de parte ou de todo o valor dado como garantia.

Oliveira¹⁵⁰ adverte que a expressão liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro, além de absolutamente desnecessária, serve apenas para causar algumas confusões acerca da estrutura do novo sistema, tendo em vista que, em princípio, a simples imposição de fiança, isolada ou cumulativamente com outra cautelar, em qualquer fase da investigação ou do processo, poderia ser entendida como uma forma de liberdade provisória com fiança. E, da

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/2011-012403/2011-012403.htm. Acesso em: 21/08/2012.

¹⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 349.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.577.

mesma maneira e pelas mesmas razões, a imposição de qualquer outra medida cautelar desacompanhada da fiança poderia se qualificar como liberdade provisória sem fiança. Dessa forma, sequer haverá a necessidade do uso dessa expressão (liberdade provisória), o que também representa uma contradição, porque provisória é a prisão, como instrumento de cautela processual.

Assim, para esse mesmo autor, a expressão liberdade provisória, deveria ser reservada para as diversas formas de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante, exatamente como era o nosso regime anterior à Lei Federal nº 12.403/11.

Atualmente, a liberdade provisória com ou sem fiança, segundo Amaral e Silveira¹⁵¹, é garantia fundamental do cidadão, na forma do princípio consagrado no inciso LXVI, do artigo 5.º da Constituição Federal do Brasil¹⁵².

Mendonça¹⁵³ explica que foi apartir do princípio constitucional em comento que a Lei Federal n.º 12.403/2011 estabeleceu dois regimes de liberdades provisórias no Código de Processo Penal, tendo como linha divisória a possibilidade de concessão ou não da fiança. Nesse aspecto, existe a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança.

3.4.1 Liberdade provisória com fiança

Assevera Mendonça¹⁵⁴ que a liberdade provisória com fiança é cabível nas infrações afiançáveis, conceito estipulado por exclusão a hipóteses de vedação a fiança em crimes de racismo, crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos e crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, hipóteses essas elencadas no artigo

¹⁵¹ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.143.

¹⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18/04/2012.

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

(...)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

¹⁵³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 342.

¹⁵⁴ Ibid., p. 342.

323 do Código de Processo Penal, bem como as hipóteses de não concessão de fiança disposto no artigo 324, do mesmo Código, que veda a fiança aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; em caso de prisão civil ou militar; quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Expõe Garcia¹⁵⁵ que a proposta da nova lei foi possibilitar a concessão da liberdade provisória mediante fiança ao acusado, cumulando com a imposição das medidas cautelares, cabendo ao juiz definir, no caso concreto, a adequação e a proporcionalidade de estabelecer somente a liberdade provisória ou se esta deve ser concedida em conjunto com as demais medidas cautelares previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, ressaltando também que, em caso de descumprimento de qualquer dos vínculos impostos na liberdade provisória, será possível a decretação da prisão preventiva.

Segunda a nova redação do artigo 322 do Código de Processo Penal, caput, a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração afiançável cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. No tocante a esse artigo, explica Amaral e Silveira¹⁵⁶ que a nova normatização compatibiliza o referido mandamento com o dispositivo do artigo 313, inciso I do Código de Processo Penal, que veda a decretação da prisão preventiva para os crimes cujas penas máximas se comportem até o mesmo limite determinado para a concessão da fiança.

Nas infrações acima de quatro anos, a concessão da fiança é de competência exclusiva do juiz, que poderá concedê-la no prazo de 48 horas. Leciona Mendonça¹⁵⁷ que na concessão da fiança pela autoridade policial não precisa da oitiva do Ministério Público, hipótese justificada pela necessidade de celeridade na concessão da liberdade. No entanto, quando se tratar de concessão de fiança pelo juiz será necessário a oitiva do Ministério Público devido a elasticidade de prazo para a decisão da medida, quer seja, 48 horas.

3.4.2 Liberdade provisória sem fiança

¹⁵⁵ GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p.62.

¹⁵⁶ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012. P.150.

¹⁵⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.p. 355.

Segundo Garcia¹⁵⁸ a nova redação do artigo 323 do Código de Processo Penal procurou dar ênfase à Constituição da República Federativa do Brasil, proibindo a fiança nos casos previstos no artigo 5.º, incisos XLII, XLIII e XLIV¹⁵⁹.

Oliveira¹⁶⁰ discorre uma crítica sobre o citado artigo, afirmando que é uma mera reprodução do texto constitucional proibindo qualquer forma de restituição da liberdade, seja com, seja sem fiança, seja, enfim, mediante qualquer alternativa à prisão, enfatizando que a inafiançabilidade expressa na nossa Carta Maior não se compactua com a própria previsão de direitos e garantias individuais, onde a tutela precípua se encontra na liberdade do cidadão.

3.5 Discussões a respeito dos pontos positivos e negativos das medidas cautelares no processo penal

Manzano¹⁶¹, ao analisar de uma forma ampla a nova normatização inserida pela Lei n.º 12.403/2011, aponta os pontos negativos da nova lei fazendo duras críticas a algumas medidas cautelares relacionadas ao seu artigo 319, afirmando serem inaplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro por absoluta impossibilidade de fiscalização do cumprimento por parte do Estado, principalmente no que tange a proibição ou frequência a determinados lugares, bem como a proibição de se ausentar da comarca e o recolhimento ao domicílio.

O referido doutrinador critica também a medida cautelar de monitoração eletrônica, argumentando que a tecnologia, atualmente disponível no mercado, é vulnerável a violação, o que de certa forma, afeta diretamente na confiabilidade do produto, não devendo, segundo o mesmo, ser empregado enquanto não houver o avanço tecnológico necessário para o citado

¹⁵⁸ GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p.65-66.

¹⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18/04/2012.

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

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.585.

¹⁶¹ MANZANO, Lufz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.17.

equipamento de monitoração que garanta a sua concreta efetividade, sob pena de ser um mecanismo em descrédito para a realidade processual penal do país.

Sobre os pontos positivos da lei em comento, Manzano¹⁶² descreve que o fato de algumas medidas já surgirem precárias e não poderem ser aplicadas isoladamente, não significa que o trabalho legiferante foi totalmente ineficaz, pois mesmo diante de toda dificuldade existente por parte do Estado para possibilitar o seu cumprimento, a referida normatização está conseguindo implementar mecanismos que valorizam a liberdade do acusado e excepcionam a prisão, constituindo um grande avanço histórico nos dias atuais.

Para Oliveira¹⁶³, a Lei n.º 12.403/11 parece ter afastado definitivamente a possibilidade de execução provisória da condenação, conforme previsão do *caput* do art. 283 do Código de Processo Penal, por exigir, ordem escrita e fundamentada para a imposição da prisão, ou sentença condenatória com trânsito em julgado. Dessa forma, Oliveira¹⁶⁴ acrescenta que o adequado e prudente manejo das medidas cautelares pode se revelar suficiente para garantir a efetividade do processo, tornando-se um ponto positivo para o sistema processual penal brasileiro.

Por outro lado, o mesmo autor aponta como destaque negativo para a nova legislação, a contradição de alguns artigos, destacando-se entre elas a redação do mesmo artigo 283, autorizando a liberdade provisória para todo e qualquer crime, quando ausentes as razões da preventiva, vedando a exigência de fiança justamente para os crimes mais graves e de maior reprovação social, permitindo a liberdade com a imposição de uma ou de várias cautelares, desde que não seja a fiança.

Arremata Oliveira¹⁶⁵ que o legislador brasileiro perdeu uma grande oportunidade para corrigir os desvios produzidos pela previsão de inafiançabilidade na Constituição Federal da República do Brasil, que embora pretenda a proibição de qualquer forma de restituição da liberdade, não se compadece com o sistema de garantias individuais estruturado nela própria Constituição.

Capez¹⁶⁶ aponta também questões polêmicas inseridas pela nova lei, destacando a possibilidade de cabimento de prisão preventiva somente para crimes punidos com pena

¹⁶² MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.17.

¹⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.592-593.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 593.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.577.

¹⁶⁶ CAPEZ, Fernando. Lei n. 12.403/2011 e prisão provisória. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei n.º 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011. p. 34.

máxima superior a quatro anos, sendo que nos demais casos, mesmo que demonstrada a necessidade e urgência, a medida não seria imposta.

No entanto, segundo as lições desse mesmo autor, a solução para a aparente polêmica, está na possibilidade de se converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, tendo em vista que o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que presente um dos motivos previstos na lei, quer seja: a) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, e; b) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo.

Assim, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva a lei não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a quatro anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do Código de Processo Penal¹⁶⁷.

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/2011-012403/2011-012403.htm. Acesso em: 21/08/2012.

(...)

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

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
- IV - (revogado).

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

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças proporcionadas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 trouxeram um grande avanço para o Código de Processo Penal brasileiro, por adequá-lo aos princípios constitucionais da dignidade humana e o princípio da presunção da inocência, reduzindo erros que iam de encontro aos preceitos de um Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de aplicação de medidas alternativas a prisão cautelar antes da condenação penal definitiva resolveu uma contradição, antes existente no sistema processual penal, pois era comum manter presos cautelarmente por tempo superior ao da condenação final, afrontando diretamente o princípio da presunção da inocência e o da dignidade humana.

A superlotação das prisões em todo o Brasil clamava por uma solução, já que, no estágio atual, o cárcere não representa um espaço para a ressocialização dos seus apenados, sem contar que tais espaços atuam como verdadeiras escolas de formação de criminosos, tornando-se insustentáveis conduzir os presos provisórios a estabelecimentos com essas características, sobretudo, levando em consideração que ao final do processo poderá ser provado a total isenção do agente na prática de uma conduta criminosa, restando para o mesmo às sequelas vivenciadas pelo tempo em que passou encarcerado inocentemente.

O texto da nova lei traz uma nova disciplina para a prisão preventiva, sendo somente admitida quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar, como comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados lugares, recolhimento domiciliar no período noturno, monitoração eletrônica dentre outras. No entanto, a prisão preventiva continua a ser uma medida cautelar prevista para os processos que envolvam crimes consideravelmente graves, praticados na sua forma dolosa e puníveis com pena superior a quatro anos de reclusão, sendo também decretada em caso de reincidência de crime doloso e descumprimento de medida cautelar aplicada.

Assim, o argumento defendido por alguns contestadores dessa nova realidade processual penal que afirmam ser a referida norma muito branda para criminosos e, incentivo a novas práticas delituosas, não se sustenta, tendo em vista que a própria norma tratou de disponibilizar mecanismos para repelir crimes que provocam a repulsa social, evitando, por outro lado, que pessoas sofram antecipadamente uma possível condenação antes de findar definitivamente o processo penal, produzindo consequências até mesmo irreparáveis pela desproporcionalidade do ato sofrido.

Em relação à prisão em flagrante, atualmente, corresponde a única hipótese de prisão processual admitida no Código de Processo Penal, aplicada sem ordem escrita e

fundamentada da autoridade judicial competente, tendo por escopo primordial cessar o crime, evitar a fuga do agente e obter provas cautelares. Entretanto, a Lei Federal n.º 12.403/2011 tratou de conferir garantias ao agente que venha sofrer esse tipo de medida cautelar, reconhecendo a prisão em flagrante como mero instrumento capaz de cessar a continuidade delitiva de um agente infrator, não servindo como instrumento de manutenção da prisão, função essa exercida por outra cautelar, a prisão preventiva, e, desde que para sua conversão estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam,: a) garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, e b) quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A possibilidade de se permitir que tanto o indiciado como o acusado cumpram a medida cautelar em seu domicílio, propôs ao sistema processual penal uma maior afinidade com o princípio da dignidade humana, tendo em vista ser uma medida substitutiva a prisão preventiva aplicável para situações excepcionais e extremas em que, por razões humanitárias, tornaria a decretação da prisão preventiva extremamente cruel e desumana.

No que tange as medidas alternativas à prisão cautelar propriamente dita, tipificadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, inseridas pela Lei n.º 12.403/2011, houve significativas mudanças positivas para o ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao que se aplicava antes de sua existência, onde o juiz somente poderia ou manter o réu preso ou conceder-lhe liberdade provisória, ampliando-se agora, o leque de possibilidades de medidas cautelares alternativas a prisão, sendo aplicadas quando forem suficientes para neutralizar o *periculum in mora*, consagrando-se a liberdade do cidadão como prioridade, reservando a hipótese de prisão processual como *ultima ratio*.

Sobre o estatuto jurídico da fiança, cabe realçar, dentre outros aspectos relevantes: a ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, proporcionando um aumento no seu poder discricionário, conferindo-lhe agilidade para a concessão da liberdade provisória nos crimes de menor potencial ofensivo, observando-se as proibições constitucionais nessa matéria, a atualização dos seus valores e a adequação da disciplina diante do seu não cumprimento.

Em suma, o Código de Processo Penal brasileiro após ter passado por importantes modificações produzidas pela Lei Federal n.º 12.403/2011, vem superando antigas distorções existentes desde sua origem, por ter surgido em um cenário autoritário de inspiração fascista,

em total desacordo com a nova Constituição Federal do Brasil de 1988, estabelecida sobre os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o mérito positivo da Lei n.º 12.403/2011 está em dar cumprimento ao previsto na Constituição Federal de 1988, alinhando-se a princípios como o da presunção de inocência, da contraditória e ampla defesa e também à previsão constitucional de recorrer em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Ivan José. **Justiça social e dignidade humana**: uma reflexão sobre o poder judiciário. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

AMARAL, Cláudio do Prado. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, Liberdade e Medidas Cautelares no Processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão-1789**. Disponível <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-sociedade-das-Nações-até-1919/declaração-de-direitos-do-homem-e-do-cidadão-1789.html>. Acesso em: 17/03/12.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo penal. DOU de 13/10/1941. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/18/1941/3689.htm>. Acesso em: 20/08/2012.

BRASIL. **Lei nº 7.209 - de 11 de julho de 1984 - DOU DE 13/7/84** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1984/7209.htm>. Acesso em: 30/07/2012.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em : 18/08/2012.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-lei/del.htm. Acesso em: 14/08/2012.

BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 14/08/2012.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/2011-012403/2011-012403.htm. Acesso em: 21/08/2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPEZ, Fernando. Lei n. 12.403/2011 e prisão provisória. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011.** Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011.

CARVALHO. L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição:** princípios Constitucionais do Processo penal. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares:** comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

GRANDIS, Rodrigo de. Prisões Processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: **Garantismo Penal Integral:** questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Orgz. Bruno Calabrich, Douglas Ficher e Eduardo Pelella. Salvador: Jus Podivm, 2010.

LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 09/08/2012.

LEITE, Giseli. **Breves considerações sobre a história do Processo penal brasileiro e habeas corpus.** Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560. Acesso em: 19.01.2012.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal:** e sua Conformidade Constitucional. Vol.1. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011.** Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011.

MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Curso de Processo penal.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do código de Processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Orgs. CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 15. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: **Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011**. Walter Foletto Santin e Wallace Paiva Martins Júnior (orgs.). São Paulo: APMP, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Supremo Tribunal Federal, HC 91657/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13.9.2007. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-02 PP-00293) Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756068/habeas-corpus-hc-91657-sp-stf>. Acesso em: 14/08/2012.