

AGES
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
BACHARELADO EM DIREITO

ANA CLÁUDIA SANTANA DÓREA SILVEIRA

AUSÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMPO
DA PRISÃO PREVENTIVA COM RELEVANTES
CONSIDERAÇÕES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011

Paripiranga
2013

ANA CLÁUDIA SANTANA DÓREA SILVEIRA

**AUSÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMPO
DA PRISÃO PREVENTIVA COM RELEVANTES
CONSIDERAÇÕES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011**

Monografia apresentada no curso de graduação da Faculdade AGES como um dos pré-requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. M.Sc. Bernardo Cecílio da Fonseca

ANA CLÁUDIA SANTANA DÓREA SILVEIRA

**AUSÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMPO
DA PRISÃO PREVENTIVA COM RELEVANTES
CONSIDERAÇÕES À LUZ DA LEI Nº 12.403/2011**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito à comissão Julgadora designada pelo colegiado do curso de graduação da AGES – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Paripiranga, 9 de agosto 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Bernardo Cecílio da Fonseca
Faculdade AGES

Prof. Rusel Marcos Batista Barroso
Faculdade AGES

Prof.^a Tanise Zago Thomasi
Faculdade AGES

Pai, agradeço a você por tudo que hoje sou. Se sei o que é ser uma mulher independente, de caráter e personalidade é porque me fez assim. Só eu sei o quanto está sendo difícil essa vida sem você. Mas, o que fazer, se essa tristeza toda é de saudade de você? Não culpo Deus por tê-lo levado, se isso aconteceu foi porque estava merecendo o seu descanso e a paz. Descanso de uma vida cheia de preocupações e muito trabalho. Sim, porque foi isso que vi a vida inteira. Você trabalhando ao lado de minha mãe, os dois juntos, um casal perfeito para me dar tudo de melhor. Você foi e sempre será o melhor pai do mundo. Sei que deve estar me vendo digitar esse texto, por isso, digo: Eu te amo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, agradeço ao meu grande Jesus Cristo, pela conquista deste sonho, por ter me ajudado a vencer todas as adversidades que a vida nos traz e por me mostrar que o impossível não existe.

Aos meus pais, José Dórea (*in memoriam*) e Maria do Carmo, por sempre terem acreditado na minha capacidade e por todo amor e dedicação que sempre tiveram comigo. Essa é a minha segunda graduação e só foi possível cursá-la com o apoio de vocês. Pois, vocês ajudaram a construir em mim o que nenhuma faculdade é capaz de construir, o caráter. À *mainha*, todo o meu reconhecimento por criar minhas filhas desde seu nascimento como suas filhas, para que eu pudesse seguir minha caminhada, tentando compreender tudo que a vida se encarregou de fazer. Ao meu *painho*, a sua ausência é minha maior dor, infelizmente, o senhor não mais está aqui, mas sinto sempre que o senhor está por perto me guiando. Dedico todo o meu resultado conquistado aos meus pais. Amo vocês.

Às minhas filhas, Thayná Brunelly e Brunna Mikaelly, a quem eu devo todo amor e toda a gratidão, pois sempre compreenderam a minha ausência, correria e o meu estresse. É por vocês que busco resultados positivos. Vocês são a razão da minha existência.

À minha irmã, Cristiana, por todo carinho, toda dedicação de um ser humano único, que sempre está disposta a me ajudar que sempre pude contar incondicionalmente, nos momentos mais difíceis. Aos meus sobrinhos, Dórea Neto e, o meu mais novo amor, Maria Cecília, que, mesmo sendo pequenos, estão presentes em minha vida.

Ao meu esposo, Sandro, agradeço muito por ter você ao meu lado, pessoa que acredita, torce pelo meu sucesso, me incentivando e fazendo eu enxergar que nada é impossível. Amo-te.

À minha sogra, Sra. Alice, pelo respeito e pela atenção, e ao meu sogro Sr Claudio (*in memoriam*) que, apesar das suas limitações pelo seu estado de saúde, sem ter como acompanhar a minha trajetória, sempre demonstrou por mim muito respeito e carinho, deixando lembranças e lições de vida.

Às minhas cunhadas, Cláudia, Sônia, Sandra, Meire, e aos meus cunhados, Sergio, Jadson, pela amizade, lealdade com quem sempre pude contar, incondicionalmente. Abro em destaque a cunhada "Claudia" para agradecer o companheirismo na época da faculdade.

A todos os familiares que torceram e torcem pelo meu sucesso: avós, tios, tias, sobrinhos, primos, primas. Em especial, à família de tia Ana, Beto e primos que sempre mim ajudou nos momentos mais difíceis.

A Jô, pelo carinho durante todos esses anos, principalmente, com minhas filhas.

Ao Prof. José Wilson dos Santos (diretor geral) e ao Prof. Rusel Marcos Barroso (diretor adjunto), pessoas ilustríssimas, por sua colaboração e atenção prestadas em todos os momentos na instituição.

Ao meu orientador, Prof. Bernardo, por todo o seu direcionamento na construção deste trabalho. Se hoje logro êxito em ver essa obra pronta, foi graças às valorosas contribuições, amizade e sua paciência. O meu muito obrigada!

À coordenadora do curso, Prof.^a Tanise Zago Thomasi, sempre disposta a nos orientar, por quem guardo vasta admiração.

Aos professores, peças fundamentais para meu aprendizado, destaco meus agradecimentos especiais aos professores amigos: Augusto, Dircilene, Erlon, Luciano, Magna, Nelson, Portela, Sergio, Tanise, Thelmer.

Aos colegas da prática de estágio IV: Cicleide, Cleanes, Regina, Valdirene, Wanderley, Braz Nery, Eronaldo, Everaldo, José Júnior, pela partilha do convívio nessa jornada. Obrigada!

Aos funcionários da Faculdade AGES, sempre solícitos e generosos no desempenho de suas respectivas funções. Agradeço, em particular, a Andresa, Evandro, Márcia, Michel, Washington.

A Adonias, pela sua paciência com nossas aflições no fim de uma trajetória. Obrigada por poder contar com seu brilhantismo profissional.

Ao Dr. Antônio Marcos Menezes Prado, pela amizade, confiança e pelo profissionalismo, a mim depositados em seu escritório.

Ao Ilmo. Sr. Marival, Prefeito Municipal de Simão Dias, a quem sou grata pela oportunidade de trabalho para que eu pudesse dar continuidade aos meus estudos. Em especial, à Secretária de Administração, Ângela, pela confiança em mim depositada. Obrigada por tudo!

A todos os colegas de trabalho da Prefeitura de Simão Dias, na pessoa do Diretor do setor de Recursos Humanos, Isaias Júnior, e aos demais colegas de mesmo setor: Laiane, D. Valdete, Karina e Neto, profissionais admiráveis.

Aos colegas das Escolas Municipais e Estaduais no qual ministrei aula.

Por fim, aos meus amigos que torceram pela minha conquista.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

RESUMO

A presente monografia refere-se à limitação de um direito indisponível do indivíduo – a liberdade. Sendo de interesse de todos as inovações legislativas que afetam a esfera das liberdades, o enfoque do presente trabalho é a aplicabilidade da prisão preventiva. Deve-se fazer um estudo a respeito do garantismo no processo penal frente às injustiças geradas pela decretação da prisão preventiva, quando se mantém o acusado preso por tempo incerto, indeterminado mesmo considerando que, ao final do processo, exista a possibilidade de ser-lhe aplicada uma pena menor àquela que sofreu enquanto aguardava a decisão final, não se olvidando, ainda, da conjectura do sentenciado ser absorvido da imputação que lhe foi imposta quando demonstrada a insuficiência de provas a subsidiar o decreto condenatório, dentre outras causas. A Constituição Federal assegura o princípio da inocência, garantindo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, valor absoluto, quando se trata do Estado Democrático de Direito. A Lei 12.403/201 implantou reformas de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mas necessária, devidamente regradada e, substancialmente, motivada.

PALAVRAS-CHAVE: princípios; prisão preventiva, prisão cautelar.

ABSTRACT

This monograph refers to the limitation of an individual's inalienable right - freedom. Being of interest to all the legislative innovations that affect the sphere of freedoms, the focus of this work is the applicability of probation. One should do a study about guarantees in criminal proceedings in the face of injustice generated by decree of detention when the accused remains imprisoned for long uncertain, indeterminate even considering that, at the end of the process, there is the possibility of him applied to that suffered minor penalty pending a final decision, not forgetting also the conjecture sentenced to be absorbed from the imputation that was imposed when demonstrated insufficient evidence to support the decree condemning, among other causes. The Constitution guarantees the principle of innocence, ensuring that no one shall be considered guilty until a final and unappeasable penal sentence, absolute value, when it comes to the democratic rule of law. Law 12.403/201 implemented reforms that the arrest of the accused is a contingency exceptional but necessary, properly ruled and substantially motivated.

KEYWORDS: principles, probation, prison injunction.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PANORAMA HISTÓRICO	15
2.1 Conceito	15
2.2 História da Prisão	15
2.3 Na Antiguidade	16
2.4 Idade Média	16
2.5 Idade Moderna	17
2.6 Da Evolução das Penas de Prisão	18
2.7 Espécie de Penas	20
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA	22
3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	24
3.2 Princípio do Devido Processo Legal	26
3.3 Princípio da Presunção da Inocência	27
3.4 Princípio da Excepcionalidade	28
3.5 Princípio da Provisionalidade ou Precariedade	29
3.6 Prisão	30
3.6.1 Conceito	30
3.6.2 Fundamentos constitucionais da prisão	31
3.6.3 Espécie de Prisões	32
3.6.4 Prisões Extrapenais	32
3.6.4.1 Prisão Civil	32
3.6.4.2 Prisão Administrativa	33
3.6.4.3 Prisão Disciplinar	35
3.6.5 Prisão Penal e Prisão Processual	35
3.6.5.1 Prisão em Flagrante	35
3.6.5.2 Prisão Temporária	36
3.6.5.3 Prisão Preventiva	37

3.6.5.3.1 A prisão preventiva na CF e no Código Processual Penal.....	37
3.6.5.3.2 Inovações Acerca da Prisão Preventiva no Projeto da Lei 156/2009.....	38
4 A PRISÃO PREVENTIVA ALTERADA PELA LEI 12.403/2011.....	41
4.1 Pressupostos e Requisitos de Aplicabilidade.....	44
4.2 <i>Fumus boni iuris ou Fumus Commissi Delict</i>	45
4.3 <i>Periculum in mora ou Periculum Libertatis</i>	45
4.4 Duração da Prisão Preventiva.....	46
4.5 Classificações das Prisões Cautelares.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem vive em sociedade e, para garantir a convivência entre os indivíduos que a compõe, fez-se necessário o estabelecimento de normas reguladoras das relações sociais. As primeiras leis penais na Idade Média, entre os séculos X e XV basearam-se na tortura, adotando punição ilimitada e desregrada. Ao longo dos anos, com a afirmação dos direitos humanos, o homem não mais sofreu penalidade desumana, passando a receber castigos que visam sua reeducação. No Brasil, existe enorme discussão acerca do instituto da prisão preventiva. Alguns doutrinadores acreditam que essa modalidade de prisão, por si só, fere os princípios constitucionais aplicados ao processo penal, a exemplo do princípio da presunção de inocência.

Um dos percalços que mais preocupa a sociedade brasileira na atualidade é a falta de conhecimento das pessoas em relação aos seus direitos. A maior parte da população do país é considerada carente, dessa forma, não possui condições de arcar com as custas dos honorários advocatícios e despesas de um processo, sem que isso implique no seu próprio sustento e de sua família

Nota-se que na práxis dos tribunais brasileiros os pobres têm acesso muito precário à justiça. Esses carecem de recursos para contratar bons advogados e o patrocínio gratuito se revelou altamente ineficiente. Constata-se, desta forma, que diante da precariedade muitos passam maior parte de suas vidas aguardando um julgamento encarcerado, ferindo os princípios constitucionais, restringidos do direito de ir e vir.

Muitos desconhecem os seus direitos e, assim, ocorre situações degradantes ao ser humano, como situações em que pessoas são presas ilegalmente, outras têm o seu excesso de prazo, ou ainda, sendo privada do direito de ir e vir como a única solução para o caso.

Os indivíduos possuem direito à liberdade, fundamentado, sobretudo, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme prevê a Constituição Federal. Com base nesse direito, a Lei nº 12.403/11 vem determinar a prisão como medida excepcional, funcionando em *ultima ratio*. Ademais, com a criação de institutos inéditos no sistema cautelar penal, o judiciário deverá incluir os presos provisórios que estão excluídos dos benefícios trazidos pelo novo dispositivo legal.

A prisão preventiva, de fato, restringe a liberdade do indivíduo antes de ser considerado culpado por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado, como exige o princípio da presunção de inocência; tal decretação deve-se dá em casos de extrema e comprovada necessidade, tanto que o legislador impôs taxativamente os requisitos e pressupostos de admissibilidade da referida medida, que é, por muitas vezes, indispensável ao processo; o que é a aplicação da lei penal e o que de fato viola os princípios constitucionais.

O objetivo geral desse trabalho é demonstra a aplicabilidade efetiva da prisão preventiva. O judiciário brasileiro, de modo geral, tem a prisão como regra e liberdade como exceção. Com a criação da Lei nº 12.403/11, o legislador dotou o Estado de diversas cautelares com o propósito de evitar que o Brasil continuasse com índice tão alarmante de presos provisórios. Deste modo, as preventivas decretadas em crime que, hoje, não é mais possível, deveriam ser convertidas em cautelares mais brandas, garantindo o direito à liberdade e, antes da decretação de prisões preventivas, a depender do crime, tenham estabelecidas cautelares menos gravosas.

Tendo como objetivo específico, analisar se prisão preventiva fere o princípio constitucional da inocência presumida, bem como verificar se as decisões jurisprudências vêm sendo efetivadas no que concerne o prazo da prisão preventiva.

No âmbito acadêmico é relevante, pois através das pesquisas e estudos doutrinários passo a ter conhecimento pessoal da aplicabilidade da prisão preventiva.

No aspecto acadêmico a presente pesquisa é importante por abordar recente alteração ocorrida no Código de Processo Penal. Assim, todos que fazem parte da área jurídica devem se atualizar.

No campo social, a pesquisa doutrinária é proeminente, pois este estudo deixa claro que a maioria dos detentos provisórios poderá ter a prisão preventiva substituída por outras medidas cautelares menos gravosas.

No aspecto científico, este trabalho tem sua relevância para os juristas e também para os interessados em compreender a nova realidade proposta pela Constituição Federal, a qual traz consigo inovações para deprimir o caos carcerário e, assim, tornar-se instrumento para a melhoria da calamidade prisional.

Visa contribuir com as famílias, a justiça e a sociedade, para que tenham como um fenômeno negativo que deve ser superado e discutido por razão de sua relevância na justiça social, resultando em perceber o processo de crescimento e desenvolvimento do ser humano como aspecto essencial para um sistema prisional que chegue próximo da dignidade da Pessoa Humana, somente assim poderia desenvolver uma sociedade mais fraterna e mais justa.

Para realização deste trabalho, foi feita uma pesquisa baseada no método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais sobre a matéria, para, posteriormente, concluir-se sobre a problemática do objeto de análise do estudo.

A metodologia utilizada foi através dos estudos qualitativos, por não se basear em um critério numérico. As fontes utilizadas foram as primárias, representada pela pesquisa bibliográfica, possuindo como principais fontes os livros, publicações, sites da internet, que tem como objetivo enriquecer o referencial teórico da pesquisa, tonando-a mais consistente.

A presente pesquisa está estruturada em cinco capítulos. O primeiro é a introdução, trazendo o objetivo geral, os objetivos específicos e a metodologia utilizada.

Por conseguinte, o segundo capítulo aproxima-se com mais constância do tema proposto, na medida em que se desenvolve através de um panorama histórico da prisão na antiguidade, idade média, idade moderna e espécies de penas.

Diante destas considerações, o terceiro capítulo traz os princípios constitucionais relacionados à prisão preventiva, iniciando com o princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-o como o princípio norteador de todo processo penal, de onde advêm os demais e os tipos de prisões; e, ainda, as alterações previstas no anteprojeto de reforma do Código Processual Penal - Projeto de Lei nº 156/2009.

O quarto capítulo trata da nova alteração da Lei 12.403/2011, da prisão preventiva, sua duração e inovações do direito processual penal, discorrendo sobre seus pressupostos e requisitos de aplicabilidade e, ao final, apresenta os prazos desejáveis de duração da prisão preventiva.

Já o quinto, conclui o estudo com base nas leituras doutrinárias, onde ficam demonstradas as evoluções das prisões e os princípios constitucionais garantidos ao acusado, a aplicabilidade da prisão preventiva e a aplicação das alterações trazidas pela lei 12.403/2011.

2 PANORAMA HISTÓRICO

2.1 Conceito

Assevera Nestor Tavora (2009, p.327), que:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir da decisão condenatória transitada e julgada, que é chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com respectivo sistema de cumprimento que é verdadeira prisão satisfatória, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Nos primeiros dias da história secular, a ideia de privação da liberdade através do sistema de prisões não trazia a mesma conotação finalizadora dos dias atuais, visto que, àquela época, a prisão era mera forma de concentração do indivíduo e tinha o intuito de preservá-lo fisicamente até o momento do julgamento e execução das verdadeiras penas existentes, dentre elas, as de mutilações, penas infamantes e a pena de morte.

Para Fernando Capez (2008, p.246), a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

2.2 História da Prisão

Diante do exposto, cabe versar a respeito da história da prisão, traçando as mudanças ocorridas, tomando-se conhecimento do percurso que percorreu até a chegada ao conceito de cada prisão existente atualmente no Código de Processo Penal.

2.3 Na Antiguidade

Os cativeiros existiram desde 1700 a.C – 1.280 a.C, para que os egípcios, pudessem manter sob custódia seus escravos, desconhecia-se a pena privativa de liberdade dos tempos atuais. O aprisionamento carregava uma ideia de punição e noção de pena propriamente dita, mesmo porque as normas eram ditadas pela própria sociedade, não sendo reunidas em qualquer regulamento.

Até o final do século XVIII, a prisão servia para conter os réus até o momento de serem julgados ou executados, sendo que era aplicada a pena de morte.

Cezar Roberto Bitencourt (2001, p.4) asseverou que os vestígios que nos chegam dos povos e civilizações mais antigas (Egito, Pérsia, Grécia) coincidem com a finalidade que atribuíam primitivamente à prisão: lugar de custódia e de tortura.

Assim como no Egito, na Grécia, na Pérsia e na Babilônia, o ato de encarcerar tinha como finalidade conter, manter sob custódia e tortura os que cometiam faltas, ou praticavam o que para a antiga civilização era considerado delito ou crime. A prisão era vista como lugar de tortura. Dessa forma, é possível perceber que na Idade Antiga o encarceramento era tido como um lugar de tortura, carregando uma ideia de punição e não de pena propriamente dita.

2.4 Idade Média

Na Idade Média, que é compreendida entre os séculos X e XV, não se conhecia a pena com privação de liberdade, o objetivo da lei penal estabeleceu exclusivamente em alastrar o terror coletivo. Os indivíduos eram submetidos ao arbítrio dos governantes que impunham as penalidades de acordo com a sorte e o status social a que pertencia o acusado. Nesse período da idade média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece, como se percebe, já que a privação de liberdade tem a finalidade custodial, aplicada aos que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas.

Para aprisionar, não havia necessidade da existência de um local específico. Assim sendo, ainda não se pleiteava uma arquitetura penitenciária própria, pois o cárcere era

visto também como local de custódia e pena de morte, garantindo, dessa forma, o cumprimento das punições.

Nesta época, as prisões existentes eram distribuídas entre encarceramentos subterrâneos e calabouços em palácios e fortalezas, onde os indivíduos (mulheres, velhos e crianças) aguardavam a morte.

Beccaria (1983) destaca a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar atos arbitrários devem ser punidos, mas todo cidadão chamado ou atingido pela lei deve obedecer imediatamente, tornando-se culpado pela resistência.

Art. 8º A lei só deve estabelecer penas escrita e evidentemente necessárias. Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

A partir daí a pena de morte passou a ser abolida ou, quando não, não aplicada. As penas corporais e as infamantes aos poucos foram desaparecendo, cedendo lugar às privativas de liberdade, para o que se iniciou a construção de inúmeros presídios, todos voltados à reeducação dos criminosos.

Nesse período desconhecia-se a privação de liberdade como sanção penal, entretanto, com a forte influência da Igreja católica, que era contra as penas de morte, surge com o objetivo de regenerar os prisioneiros, fazendo com que eles se arrependessem do mal causado a sociedade.

2.5 Idade Moderna

Cabe registrar que a idade Moderna ocorreu entre os séculos XV e XVIII, assim, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, surgiram as chamadas “instituições prisões”, pois, buscava-se uma maneira de reformar o criminoso por meio do isolamento, que lhe propiciava uma maior reflexão.

Nos ensinamentos de Foucault (2007, pp. 199-200):

A solidão realiza uma espécie de auto – regulamentação da pena, e permite uma como que individualização espontânea do castigo: quanto mais o condenado é capaz de refletir, mais ele foi culpado de cometer seu crime; mas também o remorso será vivo, e a solidão dolorosa; em compensação, quando estiver profundamente arrependido, e corrigido sem a menor dissimulação, a solidão não lhe será mais pesada.

O objetivo desse isolamento era levar os agentes à reflexão das causas que os levaram a se prejudicar, no sentido de estar com a alma perturbada, bem como ao prejuízo que causou à sociedade.

Ainda Foucault (2007, p.200), conclui:

O isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total. O isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele.

A ideia de isolamento tinha como finalidade que a pessoa que praticou o delito tivesse um momento de reflexão dos seus atos. Fazendo um comparativo com os dias atuais, as pessoas que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto têm o seu isolamento para que consiga chegar, também, à reflexão pelos seus erros.

2.6 Da Evolução das Penas de Prisão

A pena tem um aspecto de redistribuição ou de castigo pelo mal praticado, “*punitur quia peccatum*”. É também um aspecto de prevenção. A prevenção geral visa o desestímulo de todos à prática de crime. A prevenção especial dirige-se à recuperação do condenado, procurando fazer com que não volte a delinquir.

Segundo Tourinho Filho (2008, p.402): “Prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. É imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado”.

Portanto, prisão – pena ou prisão penal trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade, já a prisão sem pena ou prisão processual, trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com

finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda, impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.

Segundo Ferreira (2004, p.07):

A punição era imposta exclusivamente com vingança. E não guarda qualquer medida com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. Vale a lei do mais forte, ficando sua extensão e forma de execução a cargo do ofendido. O delinquente tanto poderia ser morto, escravizado ou banido.

Diante da forma que a pena era imposta, desregrada, absurda, não poderia perdurar por muito tempo. A evolução, tratando de amenizar a voracidade dominante, cuidou de criar a Pena Talião, que foi o primeiro código social da antiguidade, baseava-se no “olho por olho, dente por dente”, tinha base religiosa e moral vingativa. A Bíblia também contém um código de Lei, o Torá, que regulamenta a família, a vida em sociedade, as riquezas e as obrigações. Existiram outros códigos da antiguidade, como a Lei de Manu, Lei das XII Tábuas e os Tribunais da Inquisição, em 1231, criado pelo Papa Gregório IX.

Os povos da Mesopotâmia foram as primeiras sociedades que adotaram um código de justiça – O código de Hamurabi.

No Brasil, com o advento do 1º Código Penal, houve individualização das penas; quando surgiu o segundo Código Penal, em 1890, aboliu-se a pena de morte e surge o regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento.

O Código de Processo Penal atual, da Legislação Brasileira, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. Trata-se de código instituído em período sob o qual prevalecia o modelo fascista italiano, tornando-se, assim, uma legislação dotada de tradição autoritária, contrariando o ideal democrático proposto na Constituição Federal de 1988. Assim, há a necessidade de que este Código seja reformado, principalmente, em razão de vários dispositivos tornarem-se incompatíveis com a lei maior. Também vale ressaltar que, no decorrer dos anos, o Brasil tornou-se signatário de várias convenções internacionais, aumentando, ainda mais, a necessidade de reformas pontuais.

2.7 Espécie de Penas

Leciona Damásio de Jesus (1999, p.519) que “pena é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, com restrição de seu ilícito, consistente a um bem jurídico cujo fim é evitar novos delitos”.

No artigo 32 do CP, as penas são: “I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; II - de multa”.

Penas privativas de liberdade (art.33 e seguintes - CP): previstas em abstrato nos respectivos tipos penais, devem ser aplicadas diretamente.

a) Reclusão: cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto;

b) Detenção: cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, exceto quando houver necessidade de transferência a regime fechado;

c) Prisão Simples: cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, apenas para os casos de contravenção penal.

Regimes: são impostos segundo as regras do art. 33, §2º, do CP, que determina o regime inicial conforme o mérito do condenado, observando-se também a quantidade de pena imposta e a reincidência.

a) Fechado (art. 33, §1º, "a" - CP): consiste no cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) Semiaberto (art. 33, §1º, "b" - CP): consiste no cumprimento da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) Aberto (art. 33, §1º, "c" - CP): consiste no cumprimento da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Regime especial (art. 37 do CP): consiste no cumprimento da pena por mulheres em estabelecimento próprio e adequado às suas necessidades, conforme distinção de estabelecimento, neste caso, quanto ao sexo, exigido na Constituição Federal em seu art. 5º, XLVIII.

Penas restritivas de direitos (art. 43 e seguintes - CP): têm caráter substitutivo, sendo aplicadas posteriormente às penas privativas de liberdade, desde que presentes os requisitos legais para tanto.

a) Prestação pecuniária (art. 45, §1º - CP): conforme sua previsão legal consiste no pagamento em dinheiro de valor fixado pelo juiz à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. O juiz também pode, mediante aceitação

do beneficiário, substituir a prestação em dinheiro por prestação de natureza diversa como, por exemplo, entrega de cestas básicas;

b) Perda de bens e valores (art. 45, §3º - CP): consiste no confisco de bens e valores (títulos, ações) pertencentes ao condenado, revertido ao Fundo Penitenciário Nacional, na quantia referente ao montante do prejuízo causado ou do provento (vantagem financeira) obtido pelo agente ou por terceiro em consequência do crime praticado, prevalecendo a de maior valor;

c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46 - CP): consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades sociais, hospitais, orfanatos, escolas e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (conforme o §2º deste artigo). Para haver a concessão da substituição da pena é necessário que o réu tenha sido condenado a cumprir pena privativa de liberdade superior a 6 meses e, ainda, que as tarefas não prejudiquem sua jornada normal de trabalho. As tarefas deverão ser estabelecidas de acordo com a aptidão do condenado e cumpridas em razão de 1 hora por dia;

d) Interdição temporária de direitos (art. 47 - CP): as penas de interdição temporária de direitos consistem em:

Pagamento da multa (art. 50 - CP): após 10 (dez) dias da sentença condenatória transitar em julgado, o réu deverá iniciar o pagamento da multa. A cobrança da multa poderá ser efetuada por meio de desconto no vencimento ou salário do condenado em três hipóteses: 1ª) quando a pena for aplicada isoladamente; 2ª) quando a pena for aplicada cumulativamente com uma pena restritiva de direitos; 3ª) quando for concedida a suspensão condicional da pena. Estas hipóteses serão possíveis, desde que o desconto não incida sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família, conforme o §2º do art. 50 do CP.

Fixação da pena de multa: para estabelecer o número de dias-multa, que será no mínimo de 10 dias e no máximo de 360 dias (art. 49, *caput*, 2ª parte - CP), o juiz deverá observar a culpabilidade do agente, conforme o critério previsto nos arts. 59, *caput* e 68, *caput*, ambos do CP. Para a fixação do valor do dia-multa o juiz deverá analisar a situação econômica do condenado (art. 60 - CP).

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À PRISÃO PREVENTIVA

Os princípios são normas jurídicas caracterizadas pela abstração, que vêm completar lacunas em branco deixadas pelo legislador e precisam de complementação, mas a quem cabe fazê-lo, não os fez, como se observa constitucionalmente em países democráticos, como também na construção e formação de novas normas, que fixam e estabelecem os valores sociais que criam uma nação.

Segundo França (1988, p.98), princípios existem desde os tempos romanos, passando pelos idos de Justiniano até os dias atuais, e mesmo onde não havia legislação, a doutrina que elaborava as normas emergentes do Direito Consuetudinário, ou seja, o direito eclodente dos costumes, tratavam de elevá-los a status de regra, principalmente às gerais de direito.

Os princípios regem a vida humana, a partir do momento que o homem, ao evoluir, elenca alguns para justificar suas condutas atuais, como elegeu este ou aquele como regra de conduta particular. Existem Estados que se colocam em situação principiológica, totalmente contra os valores basilares e culturais dos quais estas foram criadas, e os que adotam como regra, dentro dos seus sistemas, os constitucionais, que visam dar garantia de normas fundamentais, ao absorverem os direitos humanos, até os repressores, como é o caso do sistema penal.

De igual forma são as normas jurídicas, principalmente as repressoras, que surgem de acontecimentos sociais e trazem grande sentimento de subversão perante o seu Estado, o que geralmente vem ferir princípios normativos implícitos no natural desta, apresentando-se com enorme sentimento de revolta e cobrança, para que o legislador ordinário eleve estes fatos, que partindo dos princípios normativos, são considerados ofensivos à sociedade, em normas jurídicas postas.

Dispõe sobre princípios constitucionais relacionados à prisão preventiva, iniciando com o Princípio da Dignidade Humana, tratando-se de princípio norteador de todo processo penal, de onde advêm os demais. Após tratar do Princípio da Reserva Legal, instrumento legalístico de controle ou limitação da atuação do Estado ao identificar conduta incriminadora, a Presunção de Inocência é o maior foco dessa discussão, envolvendo o prazo

da prisão preventiva; e, por fim, traz o Princípio do Devido Processo Legal, direito de todo ser humano.

O princípio possui vários significados, dentre os quais, descreve Guilherme de Souza Nucci (2008, p.62):

[...] o conceito de princípio jurídico indica uma ordenação que se irradia e imantam os sistemas de normas (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 85) servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Todos os seus ramos possuem princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, vale dizer, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, conforme a cultura jurídica formada pelo passar dos anos de estudo de determinada matéria.

Esses princípios são fundamentais, é através deles que o homem tem garantido o processo cautelar não lesivo. São misteres ao Estado de Direito, contemplado pela Constituição Republicana, servindo como autênticos protetores dos direitos humanos. Através deles o sistema processual não fica limitado à ordem, à técnica ou à dogmática jurídicas, indo além de seu sentido literal, sempre levando em consideração valores sociais, éticos e políticos.

Em uma das definições mais abrangentes hoje existentes, as palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Melo (1988, p.230):

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se radia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a Tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que a por nome sistema jurídico.

Na visão do citado doutrinador, princípio nada mais é que a sede de todo um sistema, e que, a partir da definição do que seria e onde se situaria este, começaria o seu surgimento sobre o sistema que irá reger, como também a função fundamental de servir de meio de compreensão de forma racional e inteligente do sistema, que deste surgiu e que traz os direcionamentos balizadores para o seu pleno funcionamento.

A concatenação dos tipos básicos serve como elemento primordial para que se possa exercer uma distinção entre as normas, que tem cunho regista, fundado em mandamentos impositivos; já os princípios, em relação a estas, situam-se no campo dos direitos fundamentais de cunho valorativo. De onde se pode concluir que os princípios, partindo de uma interpretação valorativa, não se completam com o fim de ser uma regra positivada de eficácia completa, para regerem as ações, e sim, se fazerem necessário às regras

positivadas, em algumas ocasiões, com interpretação por meio dos juízes e legisladores, para que tenha sua eficácia plena.

No entrelaçamento entre normas e princípios, deixa-se de lado uma visão de abstração de cunho único e exclusivamente valorativo, para observar os princípios, não como distintos das normas, mas como uma norma diferente, que surge de maneira diversa das regras que são positivadas, mas que tem força e caráter impositivo igual ou superior às normas impositivas.

3.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

São atributos indispensáveis à vida do ser humano, a liberdade e a dignidade. A ideia de dignidade da pessoa humana não pode afastar-se da ideia de liberdade, de que todas as pessoas são livres para tomarem as decisões que acharem pertinentes e, também, que são iguais entre si. A ideia de dignidade da pessoa humana está atrelada inteiramente à existência de direitos fundamentais e à conquista de uma série de direitos inerentes à vida humana e à personalidade, um conjunto de princípios que, na atualidade, denomina-se de Direitos Humanos.

André Nicolitt (2011, p.14) menciona que “nem mesmo o interesse comunitário justificaria tal ofensa, pois se trata de valor absoluto e insubstituível”. Este princípio é a garantia que o ser humano possui de não ser tratado como mero objeto, e sim, ser considerado sujeito de direito.

No século XVI, já se entendia a dignidade da pessoa humana como uma condição típica do ser humano e que não depende de requisitos, formalidades, religião e, nem mesmo, da lei para validar a sua existência. Contudo, não há como negar a importância da Declaração dos Direitos Humanos, como é cediço, tem valor magnífico e indiscutível, haja vista que, através dela, deu-se a materialização jurídica dos Direitos Humanos, o que se constituiu um enorme avanço para época.

Cunha Júnior (2008, p.517) traz o princípio da dignidade humana como sendo o melhor critério para se construir um conceito material de direitos fundamentais, vejamos:

Defendemos que esse critério é a dignidade da pessoa humana, na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concedidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria sem dúvida, a sua fundamentalidade material. Vale dizer, o princípio da dignidade humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau.

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, constante do ordenamento jurídico de vários países. No Brasil, é fundamento da República, previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formando pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.
III – a dignidade pessoa humana.

De fato, não é mais possível falar em Estado Democrático de Direito que não contemple ou assegure a dignidade da pessoa humana como princípio vital. Assim, não mais se acreditam em democracia, liberdades públicas e direitos humanos, sem considerar a existência e importância da dignidade da pessoa humana.

É voz corrente e dominante entre os doutrinadores que a dignidade da pessoa humana é princípio geral de direito, incondicional e inegável e que o seu cumprimento a todos os demais princípios os obrigam, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

É importante ressaltar que ao prever o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e não como direitos e garantias fundamentais, o constituinte fez uma escolha clara, a de reservar à dignidade da pessoa humana um lugar bem acima de um direito.

Ao colocar a dignidade da pessoa como princípio e fundamento da República, ela não só ganhou ar de direito essencial e maior, mas, um aspecto de dever, de obrigação, no sentido de que todos os direitos e garantias constantes na Constituição devem estar acordes com a dignidade da pessoa humana que, segundo Alexandre de Moraes, concede unidade aos direitos e garantias fundamentais.

E explica o constitucionalista Moraes (2006, p. 16):

Dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Encontra-se previsto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, quando dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Consiste em direito inerente à pessoa humana, no qual é inadmissível sua renúncia.

Este princípio é a garantia que o ser humano possui de não ser tratado como mero objeto, e, sim, ser considerado sujeito de direito.

Para melhor esclarecer o princípio da dignidade da pessoa humana, André Nicolitt *cita* Canotilho (2011, p.12), aduzindo que:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos- organizatórios.

3.2 Princípio do Devido Processo Legal

Este se encontra disposto no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna de 1988, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No que tange ao sentido, é assegurado ao réu um processo que respeite as formas legais

O devido processo legal material refere-se ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege o particular contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua qualquer direito fundamental.

Sobre o princípio da reserva de jurisdição, André Nicolitt explica que “a reserva de jurisdição importa submeter a prática de determinados atos à esfera única de decisão dos magistrados, o que exclui até mesmo aqueles órgãos que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

O autor supramencionado enfatiza o princípio da reserva de jurisdição utilizando-se do julgado do STF:

STF – MS n° 23452. O postulado da **reserva constitucional de jurisdição** importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da **reserva da jurisdição** – que incide sobre determinadas matérias, como a **busca domiciliar** (CF, art. 5º, XI) – a **interceptação telefônica** (CF, art. 5º XII) e a **decretação da prisão de qualquer pessoa**, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado (2011, p. 31).

Por sua vez, o devido processo legal formal faz referência às garantias de natureza processual, ao estipular a forma previamente estabelecida em lei de como se tramitará o processo conforme o crime a ser julgado.

3.3 Princípio da Presunção da Inocência

Em 1764, Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas* (1999, p. 69), aduz que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter cedido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

O artigo 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este princípio objetiva, principalmente, efetivar a liberdade das pessoas, apenas autorizando o aprisionamento em situações excepcionais. Também confirma que cabe à acusação o ônus probatório.

Diante disso, o acusado não poderá ser responsabilizado pela sua conduta delituosa antes de provada a culpa por meio do processo, que findará depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

Sobre o princípio da presunção da inocência, é imperioso destacar a visão de André Nicolitt, que assevera:

[...] A presunção da inocência afigura-se como regra de tratamento, de forma que embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo (2011, p.30).

Para adequar a medida cautelar ao delito cometido, vale ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade. Este princípio é dividido em três subprincípios, a saber: a) adequação - busca resguardar ao réu a medida cautelar menos gravosa, como também, a aplicação da medida correta; b) necessidade - determina que a decretação da cautelar ocorra apenas nas hipóteses que se tonarem imprescindível, ou seja, como última alternativa capaz de evitar a prática delituosa; c) proporcionalidade em sentido estrito - o juiz deverá utilizar a técnica de sopesamento ao tomar qualquer decisão.

Em relação à tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, André Nicolitt utiliza-se dos seguintes ensinamentos de Barroso:

[...] Portanto, seus requisitos seriam (a) **adequação**, isto é exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a alcançar os objetivos pretendidos; (b) **necessidade** ou **exigibilidade**, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o alcance dos fins almejados; (c) **proporcionalidade em sentido estrito**, que a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão (2011, p. 35).

3.4 Princípio da Excepcionalidade

Saliente-se, também, o princípio da excepcionalidade, disposto no art. 282, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

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

O artigo supracitado deixa claro que ao legislador prevalece o entendimento de que a prisão preventiva é cautelar e deve ser usada, apenas, em *ultima ratio*, ou seja, existindo alternativas de menor gravidade, cabível ao indiciado, não poderá o juiz estabelecer detenção cautelar.

3.5 Princípio da Provisionalidade ou Precariedade

O princípio da provisionalidade, disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal, traz a possibilidade das medidas cautelares serem substituídas ou revogadas, quando houver modificação na situação fática.

Em relação ao princípio da provisoriedade ou precariedade, Gonçalves *apud* André Nicolitt, ensina que:

[...] A doutrina portuguesa afirma que as medidas cautelares se regem pelo **princípio da precariedade**, pois sendo o arguido (indiciado ou acusado) presumidamente inocente, a pena não pode ser antecipada, e qualquer limitação à liberdade individual do indiciado ou acusado, anterior ao trânsito em julgado, deve não só ser socialmente necessária como também suportável (2011, p.38).

O princípio da provisoriedade ou precariedade define que as cautelares devem ter tempo programado para sua duração, principalmente quando a cautelar aplicada for a prisão, já que afeta o direito de liberdade do ser humano.

Dessa forma, está demonstrada a importância dos princípios para a aplicação das cautelares para a realização da justiça penal. Isto porque, as medidas cautelares visam a preservação do processo, bem como, resguardar a dignidade do indivíduo.

3.6 Prisão

3.6.1 Conceito

Nas Palavras de Lima (2011, p.57) “prisão” origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione*, que significa prender. Nossa legislação não utiliza de modo preciso o termo prisão, que é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples).

Para Fernando Capez (2008, p.246), a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

No sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado.

Segundo Pedro Henrique (2009, p.170), a prisão é uma medida de natureza pessoal consistente na limitação do direito de ir e vir do acusado, mediante clausura.

E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz do processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplica-se a sanção penal para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto.

Essa providência da privação da liberdade outrora era cautelar e somente surgiu como pena e castigo, aos sacerdotes faltosos, com o Direito Canônico, quando lhes era imposto o recolhimento às suas celas para meditação e arrependimento.

Diante do exposto, a finalidade tomava como base um castigo, sendo relevante no sentido de que era imposto para que servisse para meditar e conseguisse se arrepender. Nas palavras de Nucci (2008, p.573), é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através de recolhimento da pessoa humana ao cárcere.

Prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade do individuo em sociedade, tendo em vista que fica custodiado, muito embora que a privação de sua liberdade pode ocorrer de forma ilegal.

Mirabete (2002, p.349) aduz que a palavra prisão, no direito pátrio, tem vários significados, podendo dar lugar aos termos custódia e captura, definindo-os juridicamente

como sendo a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal

O conceito jurídico de prisão dispensa a interpretação etimológica da palavra, sendo suficiente para dar subsídios ao estudo apresentado.

Segundo Mirabete (2002, p.349), “a prisão em seu sentido jurídico é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal”. O autor ainda traz outros sinônimos para o termo prisão, quais sejam: pena privativa de liberdade, captura e custódia. Assim, é de extrema notoriedade que, apesar da diversidade de definições doutrinárias para o instituto da prisão, todos os conceitos jurídicos de prisão aqui expostos não deixam de ter em seu fundamento principal a conotação de privação da liberdade, como forma de coerção ou de procedimento acautelatório.

Dispõe Távora (2009, p.327):

O cerceamento da liberdade de locomoção, é a encarceramento, pode advir de decisão, condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena ou, ou ainda, ocorrer no curso da persecução penal, dando ensejo à prisão sem pena também conhecida como prisão cautelar provisoriamente processual.

Destacou Távora que, no transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco, demonstrando que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado.

3.6.2 Fundamentos constitucionais da prisão

Para tanto, o direito de locomoção da pessoa física é garantido na Constituição Federal, no artigo 5º XV da CF.

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:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Dessa forma, preceitua o art. 5º LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A prisão, de qualquer modo, deverá ser com base do devido processo legal, como reza o artigo 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Como se pode ver, à regra constitucional, privar uma pessoa humana de sua liberdade não pode decorrer de um ato arbitrário, suas imposições devem ser pautadas nos preceitos constitucionais respeitando as formalidades legais.

Nucci (2009, p.573) destaca que a regra para prisão no Brasil deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessitar decorrer do flagrante delito, nesse caso, cabendo a qualquer um do povo sua concretização, como descreve os incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, que regulam a maneira pela qual a prisão deve ser formalizada.

3.6.3 Espécie de Prisões

No ordenamento jurídico, há previsão de prisão, sendo relevante que se faça breves comentários acerca dos referidos tipos.

3.6.4 Prisões Extrapenais

3.6.4.1 Prisão Civil

Prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, é compelir alguém ao cumprimento de um dever civil.

De acordo com a Constituição Federal, a decretação dessa prisão civil seria possível em duas hipóteses: art. 5ª inc. LVXII, não haverá prisão civil por dívida, salvo a do

responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Discorrendo acerca dessa prisão, Marcelo Novelino afirma que o inc. LVXII, do art. 5º, é uma norma de eficácia contida, que protege direta e imediatamente a liberdade individual de locomoção contra a prisão civil por dívida, admitida restrição por lei nas duas hipóteses constitucionalmente previstas. Ainda segundo o autor, a prisão por dívida não decorre diretamente da Constituição, mas da lei. O dispositivo constitucional apenas contempla a possibilidade de previsão legal desta espécie de prisão civil nas duas hipóteses mencionadas.

Contudo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento pátrio por meio de Decreto nº 678, de 06/11/92, estabelece, em seu artigo 7º § 7º, que ninguém deve ser detido por dívida.

Diante do teor do Pacto de São José da Costa Rica, que ressalva apenas a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, passou-se a questionar a controversa prisão civil do depositário infiel, para por fim à discussão, o plenário do Superior Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão do depositário infiel, em qualquer que seja a modalidade de depósito”. No mesmo caminho, o STJ editou a Súmula nº 419, que dispõe: “descabe a prisão civil do depositário infiel”.

Adverte Nelson Nery Júnior (1999, p. 1.180):

A decretação da prisão civil do devedor de alimentos, permitida pela art. 5º da CF, inc. LXVII, é meio coercitivo de forma a obriga-lo a admitir a obrigação. Somente será legítima a decretação da prisão civil por dívidas de alimentos se o responsável inadimplir voluntária e inescusavelmente a obrigação.

Diante das controvérsias somente será legítima a decretação da prisão civil por dívida de alimentos se o responsável inadimplir voluntária e inescusavelmente a obrigação.

3.6.4.2 Prisão Administrativa

Segundo Lima (2011, p.64), a prisão administrativa pode ser conceituada como a espécie de prisão decretada por autoridade administrativa com o objetivo de compelir alguém a cumprir um dever de direito público.

Destarte, surgiu intensa controvérsia quanto à subsistência dessa espécie de prisão no ordenamento jurídico. Fazendo uma breve lembrança que, nas hipóteses de Estado de Defesa (art. 136, § 3º, CF/88) e de Estado de Sítio (art. 139, I e II, CF/88), autoridades não judiciárias poderão decretar restrições à liberdade de locomoção, independentemente de prévia autorização judicial.

A nova redação sobre a Prisão Administrativa são medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
 - II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
 - III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
 - IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
 - V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
 - VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
 - VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
 - VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
 - IX - monitoração eletrônica.
- § 1º (Revogado).
§ 2º (Revogado).
§ 3º (Revogado).
§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares (NR).

Essa prisão só será cabível se decretada por autoridade judiciária, pois segundo o entendimento do professor Távora (2009, p.316), quanto a sua legitimidade para aplicação, essa não foi recepcionada pela CF/88. A doutrina entende que a prisão administrativa, apesar de estar prevista no Código de Processo Penal, não constitui prisão processual.

3.6.4.3 Prisão Disciplinar

Temos ainda a prisão disciplinar, conferida no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, existente apenas no âmbito militar. É válido, nesse sentido trazer o entendimento de Pacelli (2000, p.328), que, atualmente, no Brasil, não há qualquer prisão administrativa, a não ser no Direito Militar.

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

LXI Ninguém será preso senão em flagrante e delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei

3.6.5 Prisão Penal e Prisão Processual

Feitos os esclarecimentos, passa-se a analisar a prisão na esfera penal, onde estão previstas as prisões penais e as prisões provisórias, processuais ou ainda cautelares.

A prisão penal se dá em decorrência da pena aplicada ao indivíduo em sentença penal condenatória transitada em julgado, após o devido processo legal. Já a prisão processual, como induz o próprio nome, dar-se-á durante a marcha processual e, como possui natureza cautelar, faz-se necessária a presença do *fumus bonis iuris e do periculum in mora*, para que sejam decretadas. São espécies de prisão processual:

3.6.5.1 Prisão em Flagrante

Trata-se prisão cautelar que restringe a liberdade de alguém, quando flagrado cometendo crime, ou logo após fazê-lo. Tem por objetivo a imediata defesa da sociedade e pode ser realizada por qualquer pessoa, independentemente de se tratar de autoridade policial ou não, considerada ainda um ato administrativo, pois independe de manifestação judiciária, encontrando-se prevista nos artigos do CPP.

Art. 301 Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Em relação às situações de cabimento da prisão em flagrante, vale frisar o disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I- está cometendo a infração penal;

II- acaba de cometê-la;

III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

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

Existem espécies de flagrantes admissíveis:

Próprio ou real, previsto no artigo 302, incisos I e II do CPP, quando a pessoa é realmente flagrada, ou seja, durante o cometimento do delito.

Impróprio, previsto no artigo 302, inciso III do CPP, quando o indivíduo é perseguido logo após o cometimento do delito.

Presumido, previsto no artigo 302, inciso IV do CPP, ocorrerá quando o indivíduo for surpreendido logo depois.

3.6.5.2 Prisão Temporária

A prisão temporária tem previsão na Lei n° 7.960/1989, seu decreto apenas será possível no prazo de cinco dias, prorrogáveis por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2°, Lei n° 7.960/1989). Nos crimes hediondos ou equiparados, o prazo será de trinta dias prorrogáveis por mais trinta dias (art. 2°, §3°, da Lei n°8.072/1990).

A prisão em flagrante pode ser perpetrada por qualquer um do povo (art. 301 do Código Processo Penal), sendo que a autoridade policial tem obrigação de formalizar este ato, comunicando imediatamente ao juiz.

A prisão temporária possui prazo determinado e somente poderá ser decretada na fase do Inquérito Policial, é vedada sua decretação de ofício, sendo permitida apenas em caso de requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial, ao fim do prazo. Em casos de comprovada necessidade, poderá haver prorrogação por igual período, em não sendo o

caso, findo o período determinado, cessará a constrição da liberdade do acusado, a não ser que sejam suficientes os indícios para que sua prisão temporária seja convertida em prisão preventiva.

3.6.5.3 Prisão Preventiva

Na concepção de Mirabete (1991, p. 343): “É uma medida cautelar, construída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses e segurança”.

A prisão preventiva é uma medida processual cautelar. Tem o escopo de prevenir a sociedade de um indivíduo perigoso, que possa vir a cometer outros crimes antes que seja aplicada a pena definitiva; ocorre, ainda, em casos em que seja necessário o cerceamento da liberdade do indivíduo para que se garanta a instrução processual ou se assegure a aplicação da lei penal.

Destaca Capez (2012, p. 328): “Prisão processual de natureza processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”.

3.6.5.3.1 A prisão preventiva na CF e no Código Processual Penal

A Constituição admite a prisão processual nos casos de flagrante (art. 5^a LXI) e crimes inafiançáveis (art. 5^o XLIII), ainda autoriza a legislação processual (art. LXVI).

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

LXI Ninguém será preso senão em flagrante e delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei.

LXVI Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança

LXVIII Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

A prisão preventiva requer a observância de requisitos indispensáveis à sua aplicação, não podendo ser aplicada de forma indiscriminada ou desnecessária, sob pena de ofender princípios garantidos constitucionalmente ao indivíduo; a admissibilidade, bem como a inadmissibilidade da prisão preventiva está prevista nos artigos do CPP.

Art. 310- Quando o juiz verificar pelo auto prisão preventiva em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Art. 311 Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação.

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

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

I - punidos com reclusão;

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

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

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

Vê-se, desse modo, que a medida cautelar, no sentido de ser uma prisão antecipada ou anterior a uma sentença condenatória, como o escopo de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional. No entanto, sobrevindo à sentença condenatória a prisão cautelar passará a ser prisão definitiva.

Rocha (1999, p.452) acrescenta:

Prisão Preventiva é providenciada que tolhe a liberdade individual imposta pelo Juiz, de ofício a requerimento do Ministério ou mediante representação da autoridade representativa da autoridade policial, na fase. Primeira persecução criminal ou durante à instrução criminal processual, desde que necessário a proteção dos direitos declarados na lei presente a prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria constituídos esses últimos os pressupostos da prisão preventiva.

A prisão é, desse modo, uma prisão processual, assim como a prisão em flagrante delito, a prisão temporária, a prisão resultante da pronúncia e a prisão resultante da sentença penal condenatória recorrível.

Esse sentido estrito, a prisão preventiva é uma medida processual de natureza cautelar que consiste em prisão a liberdade do indivíduo antes de trânsito em julgado de sentença penal condenatória; é também medida de caráter excepcional e sua aplicação somente justifica-se em caso de extrema e comprovada necessidade.

A preventiva por ocasião de pronúncia e a decorrente da sentença condenatória recorrível, que são tidas como prisões preventivas por acautelarem o processo, sendo decretadas antes de seu término, ou seja, sem as provas que confirmam a ocorrência do crime.

Conforme se observou, o legislador limitou-se à prisão preventiva e algumas infrações penais, a saber, aquelas taxadas no artigo 313 do CPP, que, sendo observada sua gravidade, associada à determinada circunstância, foi imprescindível uma efetiva reação do Direito Penal. Assim sendo, a prisão preventiva é cabível somente nas aludidas hipóteses legais.

3.6.5.3.2 Inovações Acerca da Prisão Preventiva no Projeto da Lei 156/2009

O projeto de Lei nº 156/2009 que tramita no Senado Federal, traz, inquestionavelmente, muitas mudanças de extrema relevância. Tome-se como exemplo a estipulação de prazo máximo de duração e reexame obrigatório da prisão preventiva, que impede que o acusado fique preso durante todo o curso do processo, como ocorre em alguns casos. A reforma garantiria, ainda, uma maior efetividade ao direito de liberdade previsto pela Carta Magna.

A Prisão Preventiva não deve ser regra, mas sim exceção, devendo ser aplicada somente quando for possível a aplicação de outras medidas menos drásticas, há nove medidas possíveis de serem adotadas antes da prisão preventiva.

4 A PRISÃO PREVENTIVA ALTERADA PELA LEI 12.403/2011

Sendo o Código de Processo Penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro bastante antigo, existe a necessidade da implantação de uma nova lei, no entanto, enquanto ainda tramita o Projeto de Lei nº 156/2009, que prevê esta modificação, surgiram reformas pontuais para acompanhar as evoluções sociais que passaram a existir durante o período de sua instituição (década de 40) até os dias atuais. As reformas começaram a ocorrer em 2001, abordadas por uma comissão formada de diversos juristas que apresentaram, até o momento atual, 8 projetos, dentre eles o PL nº 4.208/01, aprovado em 07 de abril de 2011, convertendo-se na Lei nº 12.403/11. Esta nova lei que altera a prisão cautelar, traz medidas cautelares diversas da prisão, que passaram a complementar o Código de Processo Penal, como também dispõe acerca do instituto da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em três de julho do ano de 2007, o Grupo de Trabalho do Direito Penal e Processual Penal, coordenado pelo Deputado João Campos, propôs Emenda Substitutiva Global ao projeto de Lei nº 4.208/01, após as modificações, a Câmara dos Deputados aprovou e enviou para o Senado Federal. Este, ao receber o projeto de lei também propôs algumas emendas, contudo, todas foram rejeitadas exceto duas, de um total de doze.

Sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 111/2008, original PL nº 4.208/11, Thiago Bottino elaborou parecer destacando os avanços trazidos por este projeto. Sessenta dias após a publicação da referida Lei, os artigos que tratam da prisão preventiva passaram a vigorar com a seguinte redação:

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

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

Portanto, havendo o magistrado decretado medida cautelar de menor gravidade ao acusado, tendo este descumprido, será necessária a conversão para medida restritiva de liberdade (mais gravosa).

Em relação às grandes modificações trazidas pela novata legislação sobre as hipóteses de cabimento da decretação da prisão preventiva, para melhor esclarecer, faz-se necessário estabelecer comparações entre o antigo regramento e a redação dada, pela Lei nº 12.403/11, ao artigo 313.

O antigo regramento do artigo 313 do Código de Processo Penal continha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
I - punidos com reclusão;
II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 64 do Código Penal.
IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Agora, em decorrência da reforma pontual, o artigo supramencionado passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
IV - Revogado. Lei nº 12.403/11, de 4-5-2011.
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.

Confrontando os dispositivos citados, percebe-se que a Lei nº 12.403/11, mais precisamente no seu inciso I, trouxe dispositivo que restringe a aplicabilidade de punições cerceadoras da liberdade. Esta Lei inadmitiu a decretação de preventivas aos acusados pela prática de delitos que tenham pena máxima, privativa de liberdade, igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Antagônica era a disposição da antiga redação, visto que autorizava a preventiva aos crimes dolosos punido com reclusão, independentemente da pena cominada ao delito.

Visto que a Lei nº 12.403/11, artigo 313, incisos I, trouxe dispositivo favorável ao acusado e, em sendo as legislações que tratam da liberdade do indivíduo, normas penais. Assim, é direito do réu que teve decretada preventiva durante a vigência da antiga redação, a conversão da medida por outra menos gravosa.

Registre-se que com a promulgação da Lei nº 12.403/11, o rol dos fundamentos para decretação da prisão preventiva foram ampliados, acrescentando, no parágrafo único do artigo 312, do Código de Processo Penal, o descumprimento das medidas cautelares. A redação atual é a seguinte: “Art.312 [...], Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282,§4)”. Assim, se for imputado ao indiciado uma medida cautelar mais branda e este não a cumprir, deverá ser aplicada medida de segregação da liberdade.

Destarte, admitir a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica como fundamentos para decretação da preventiva significa atribuir ao judiciário alta discricionariedade, pois este poderia invocar várias justificativas como geradores da desordem pública. Portanto, apenas devem ser considerados como fundamentos das cautelares, constitucionalmente apropriados, o risco a instrução criminal e o risco a aplicação da lei penal, desconsiderando, deste modo, a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica.

O novo diploma legal revogou artigos do Código de Processo Penal que acolhiam a prisão administrativa, a prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatório recorrível e a exigência de recolhimento à prisão para o conhecimento da apelação, excepcionando tão somente nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Na percepção de Mirabete (1991, p.343): “E uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autos do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais para resguardar os interesses sociais e segurança”.

O instituto da prisão preventiva encontra-se previsto nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo penal.

O art. 311 do Código de Processo penal descreve, a respeito da prisão preventiva: “Em qualquer fase de investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Apesar do artigo acima trazer a ideia de que a prisão pode ser decretada em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, é possível compreender que, levando em consideração o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva não pode ser aplicada na fase da investigação, pois é requisito do decreto preventivo a existência de indícios de autoria e prova de materialidade e, estando presentes estas condições, deverá o Ministério Público, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

Com esta lei ficou estabelecido que somente coubesse prisão preventiva nos crimes considerados de maior potencial ofensivo, ou seja, nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, nos casos de reincidência, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência e quando houver dúvida sobre a identidade civil do acusado ou quando este não tenha elementos suficientes para esclarecê-la (artigo 313), diferentemente do que dispunha o antigo Código de Processo Penal.

4.1 Pressupostos e Requisitos de Aplicabilidade

O rol das condições de admissibilidade da prisão preventiva está evidenciado no art. 313, incisos I a III e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Porém, é possível a decretação da cautelar preventiva quando o réu for condenado por outro crime doloso, em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando houver dúvida sobre a identidade civil ou quando esta não fornecer elementos suficientes, e nos casos de crime doloso com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Também será cabível prisão preventiva nas situações em que o réu descumpra as obrigações de medidas cautelares diversas (art. 312, do Código Processo Penal).

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são:

necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP.

4.2 Fumus boni iuris ou Fumus Commissi Delict

Expressão latina, traduzida por “fumaça do bom direito”. A probabilidade de uma sentença favorável, no processo principal, ao requerente da média. É a luz no fundo do túnel, demonstrando uma possível saída. *O fumus* traduz-se no binômio prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do investigado ou acusado, haja vista que poderá recorrer, respectivamente, na fase investigatória ou na fase judicial, entretanto, a decisão deverá esta sempre fundamentada pela garantia da ordem pública ou econômica, pela convivência da instrução criminal ou para assegurar a lei penal.

Destaca Delmanto Junior (1998, pp.53-60):

A verificação acerca da serenidade dos indícios de autoria não se confunde, por óbvio, com eventual prejudicamento, mesmo porque a prisão provisória não será nunca decretada com base nessa constatação, mas sim, com fundamento em sua necessidade cautelar. Além disso, a indispensabilidade desses indícios sérios de autoria para que se proceda ao encarceramento provisório afigura-se, antes de tudo, como uma verdadeira exigência do direito à presunção de inocência, uma vez que vem a limitar ao máximo, a utilização da prisão provisória que, repetimos, não será jamais decretada em função da culpabilidade do acusado.

4.3 Periculum in mora ou Periculum Libertatis

Traduz-se no fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua. O *periculum* traduz-se pelo binômio urgência e necessidade.

Os pressupostos foram analisados por Aury Lopes Jr. (2001, p.49) dessa forma:

Mister se faz que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional. Da mesma forma que a fumaça deve ser cometimento do delito e não do bom direito, pois o bom direito pode ser para condenar ou absolver o acusado, ou ainda para declarar extinta a punibilidade.

4.4 Duração da Prisão Preventiva

No que diz respeito ao tempo em que uma pessoa pode ficar presa preventivamente, a nossa legislação é lacunosa, de modo de que não estabeleceu prazos fixos e peremptórios.

A respeito do tema destaca Nucci (2005, p.489):

A lei não fixa por quanto tempo o autor do fato fica preso preventivamente. Não fixa por que as razões que a determinam se assentam em questões que não dizem respeito a tempo. Decreta-se a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por convivência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Essas circunstâncias autorizadoras não deixam de existir em prazos prefixados.

Assim, seu tempo de duração irá desaparecendo e os motivos que a determinem. Se as circunstâncias autorizadoras deixarem de existir, impõe-se, a partir desse momento, a revogação da medida extrema.

A coação do paciente é ilegal por inúmeras razões, dentre as quais se constata a desfundamentação do decreto prisional ou fundamentação inidônea (art. 93, IX, da CF/88 combinado com art. 315 do CPP); a desnecessidade da prisão cautelar ou falta de justa causa para a custódia antecipada (art. 648, I, do CPP).

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; (Alterado pela EC-000.045-2004)

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

Art. 648 **A coação considerar-se-á ilegal:**

I - quando não houver justa causa;

No entanto, para efeito de verificação de excesso de prazo na custódia cautelar, era utilizado o artigo 648, II do CPP, que reza constituir constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*, a permanência de alguém preso por mais tempo de que determina a lei.

Art. 648 A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

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

No que concerne esse tempo, formam-se duas correntes. A primeira defendia que a observância do tempo da prisão deveria ser feita isoladamente em relação ao Inquérito Policial. E, nas fases processuais, ocorreria constrangimento ilegal quando excedesse a soma de todos os prazos previstos para a realização de todos os atos processuais.

A segunda orientação prevalece nos tribunais, de modo que, em regra, fixou-se para o tempo o prazo de oitenta e um dias nos processos por crimes de reclusão. No qual o somatório dos prazos para encerramento da ação penal alcançou 81 dias, levando em consideração desde o prazo para conclusão do Inquérito até o prazo da prolação da sentença, nos termos art. 800, I, § 3º do CPP.

Art. 800 Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de 10 (dez) dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

§ 3º - Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

Contudo, com a nova lei 11.719 de 20 de junho de 2008, modificou-se os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que haverá de ser feita uma nova contagem de prazos. Entendendo que a ausência de fixação de prazo certo para duração da preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado.

Segundo Eugenio Pacelli (2009, pp. 495/496):

Seja como for, normalmente vinha sendo seguida a regra 81 dias, independentemente do rito, não faltando tribunais estaduais que inclusive ampliam o aludido prazo. A contagem do prazo teria início com a prisão do acusado, seja ele preventivamente, seja ela decorrente de flagrante delito, mantida em razão da existência de razões da preventiva. Art. 310, parágrafo único, CPP. É que, a partir da prisão, terá início a contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial dez dias na justiça estadual; 15 dias, prorrogáveis, na Justiça Federal.

Segundo o autor, a nova contagem, no rito ordinário, chegará aos 86 (oitenta e seis) dias, como regra, ressalvadas circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Com a reforma pontual, o artigo supramencionado passou a ter a seguinte redação,

in verbis:

Art. 310 do CPP. Ao receber o auto de prisão e, flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequados ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a II do caput do art. 23 de Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentalmente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais sob pena de revogação.

Entendimento já consubstanciado do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO- -CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - RÉUS QUE PERMANECERAM SOLTOS DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DOS CONDENADOS, SEM QUALQUER MOTIVAÇÃO JUSTIFICADORA DA CONCRETA NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DOS ORA PACIENTES - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL (stf. Hc 95059-RJ. Min. Celso de Melo. Julgamento: 10/02/2009).

Assim sendo, sempre que alguém está perante o cometimento de infração penal, torna-se notório o clamor da sociedade para ter o agressor aprisionado. De fato, apesar de os indivíduos viverem em nação regida por um Estado Democrático de Direito, ainda assim, acreditam que o único meio capaz de reduzir e/ou acabar com a criminalidade do país é o cárcere. Para eles, justiça é sinônimo de aprisionamento. Desse modo, o legislador, ao elaborar a Lei nº 12.403/11, procurou acabar com a cultura brasileira, em especial a judiciária, de crer que os delitos serão controlados unicamente com o isolamento do agressor.

4.5 Classificações das Prisões Cautelares

Nesse contexto surge a prisão cautelar, provisória ou processual que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido na Constituição Federal, pois ninguém será considerado culpado até trânsito e julgado.

No processo penal atual, as medidas cautelares estão divididas em três espécies, quais sejam: medidas cautelares reais (de natureza civil), medidas cautelares probatórias e medidas cautelares pessoais.

As medidas cautelares reais estão dispostas no título “medidas assecuratórias” do Código de Processo Penal, as quais estão relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação, não recaindo sobre a pessoa, por isto é denominada cautelares reais. São elas: o sequestro, o arresto e a hipoteca legal.

Sobre as medidas cautelares reais, na visão de André Nicolitt, tem-se o seguinte:

As medidas assecuratórias não passam de medidas cautelares com o objetivo de assegurar a reparação do dano ao ofendido ou mesmo o pagamento das custas e despesas processuais, através da guarda judicial das coisas. Podem advir durante o inquérito ou no curso da ação penal, desde que haja o periculum in mora, ou seja, desde que a demora no julgamento da ação penal possa comprometer a reparação do dano ao ofendido (2011, p. 103).

No dizer de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2008, p.273), as medidas assecuratórias “visam garantir o ressarcimento pecuniário da vítima em face do ilícito ocorrido, além de obstar o locupletamento ilícito do infrator. Servem também para pagamento de custas e de eventual multa. Têm caráter de instrumentalidade e se destinam a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal”.

Já as medidas cautelares probatórias visam assegurar a preservação da prova. Exemplos: a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, a infiltração de agentes, quebra de sigilo bancário, dentre outros.

As medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas adotadas contra o investigado ou acusado, durante as averiguações ou no curso do processo penal, acarretando algum grau de sacrifício de sua liberdade, podendo ocorrer em maior ou menor intensidade. Com a aprovação da Lei nº 12.403, em maio de 2011, o rol de medidas cautelares de natureza

peçoal foram ampliadas, além da prisão preventiva e da prisão temporária, antes já previstas no Código de Processo Penal, existem outras dez medidas cautelares pessoais, a saber: comparecimento no fórum para justificar suas atividades, proibição de frequentar determinados lugares, afastamento de pessoas, proibição de se ausentar da comarca onde reside, recolhimento domiciliar durante a noite, suspensão de exercício de função pública, arbitramento de fiança, internamento em clínica de tratamento, prisão domiciliar e monitoramento eletrônico.

A prisão processual, aquela que ocorre antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, que acontece no decorrer do processo ou da investigação criminal, pode ser de três espécies: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária

No que se refere à prisão processual, o art. 283 do Código de Processo Penal, faz as seguintes menções, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Das medidas cautelares previstas atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/11, a prisão cautelar é a mais grave forma de intervenção que o Estado estabeleceu. Através desta, o acusado/ indiciado ou réu terá restringida a sua liberdade, por meio de um mero juízo de probabilidade, já que as cautelares são aplicadas antes de uma condenação.

A prisão em flagrante pode ser perpetrada por qualquer um do povo (art. 301 do Código Processo penal), sendo que a autoridade policial tem obrigação de formalizar este ato, comunicando imediatamente ao juiz.

Em relação às situações de cabimento da prisão em flagrante, vale frisar o disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

O instituto da prisão preventiva encontra-se previsto nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo penal.

O art. 311 do Código de Processo penal descreve, a respeito da prisão preventiva, que: “Em qualquer fase de investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Sobre prisão temporária, o Código de Processo Penal dispôs da seguinte forma, *verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de **prisão temporária** ou prisão preventiva.

Sobre a temática, comparecimento no fórum para justificar suas atividades, previsto no art. 319, I, do Código de Processo Penal, é necessário compreender que se trata de cautelar em que o legislador autorizou os juízes a fixar prazos e condições para o indiciado apresentar-se pessoalmente em juízo com o fim de informar suas atividades.

No que tange a cautelar de proibição de frequentar determinados lugares, é possível entender que consiste em medida prevista em nosso ordenamento jurídico, com o intuito de evitar que o acusado cometa novos atos delituosos, sendo aplicável aos crimes dolosos com pena máxima superior a três anos.

No que se refere à proibição de manter contato com pessoa determinada, é assegurada a vítima ou testemunha, que o indiciado, em razão da impossibilidade de manter contato, não a ameace nem a agrida. O acusado é obrigado a ficar distante.

A proibição de se ausentar da comarca onde reside consiste em medida cautelar que proíbe ao réu sua circulação em localidades diversas de sua comarca (art. 319, IV, do Código Processual Penal).

Importante mencionar, também, a cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, que está previsto no art. 319, V, do Código de Processo Penal. Esta medida é reservada para os acusados que possuem domicílio e trabalho fixo, e, seu objetivo principal é assegurar que o indiciado unicamente sairá de sua residência para realização de atividade laboral, evitando a fuga deste, bem como, tutelando a prova.

O art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, dispõe sobre a cautelar de 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.

Este será aplicável nos casos em que o cargo exercido pelo indiciado seja vinculado ao crime, ou seja, será aplicada nas situações em que o agente público destrói documentos e/ou altera situações fáticas, aproveitando-se de sua atividade, ameaçando a instrução criminal. Vale ressaltar, que não poderá o agente ser afastado de sua função por ter cometido, por exemplo, crime de furto, já que este delito pode ser cometido independentemente do indiciado exercer ou não função pública ou atividade de natureza econômica.

Sobre o internamento provisório do acusado em clínica de tratamento, Claus Roxin *apud* André Nicolitt, assevera que: “Trata-se de dispositivo conhecido em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão, que prevê a internação provisória em sanatório psiquiátrico ou estabelecimento para desintoxicação” Esta foi aludida no art. 319, VII, do Código de Processo Penal. Para sua aplicabilidade é necessário que se preencham três condições, quais sejam: crime praticado com violência ou grave ameaça, quando os peritos constatarem que se trata de agente inimputável ou semi-imputável e quando houver risco de reiteração. A internação perdurará até que o acusado se reestabeleça, ou seja, a medida, ora em análise, possui prazo não definido.

O arbitramento de fiança encontra-se elencado no art. 319 e seguintes, do Código de Processo Penal. O autor André Nicolitt (2008, p.91) enfatiza as hipóteses de cabimento desta medida: “Conforme dispõe o texto, a fiança é cabível em três casos: (a) para assegurar o comparecimento a atos do processo; (b) evitar a obstrução do seu andamento; (c) coibir a resistência injustificada à ordem judicial”. É importante ressaltar que não é possível a concessão de fiança quando presentes os requisitos que autorizam o decreto da prisão preventiva (art. 324, IV).

Sobre o instituto do monitoramento eletrônico, é imperioso destacar a visão de André Nicolitt, a qual assevera que:

A lei nº 12.403/11, até aqui, procedeu conforme o PL nº 156/2009, apresentando o monitoramento eletrônico como medida autônoma e não como forma de fiscalizar a prisão domiciliar, não obstante o monitoramento possa ser conjugado com outras medidas.

No modelo brasileiro (tanto o projeto como a Lei nº 12.403/2011), o monitoramento não vincula o sujeito à permanência domiciliar ou a qualquer outro local, apenas prevê submissão ao monitoramento que permita sua imediata localização, sendo, aparentemente, menos limitativa ao direito de locomoção (2011, p. 96).

O monitoramento eletrônico surgiu como alternativa à prisão, assim, as pessoas que necessitam estar presas podem ficar, unicamente, com sua liberdade vigiada.

Quanto à conceituação e aplicabilidade da prisão domiciliar, os artigos 317 e 318, do Código de Processo Penal (CPP), possuem as seguintes elucidações, *in verbis*:

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

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

I- maior de 80 (oitenta) anos;

II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

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

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

Conforme reza o artigo supracitado, a prisão domiciliar é uma medida substitutiva da prisão preventiva, sendo cabível ao agente que se enquadra em uma das situações do art. 318, do Código de Processo Penal.

Por fim, a efetivação da Lei nº 12.403/11, sobretudo nas matérias referentes às prisões preventivas e cautelares diversas da prisão, é a garantia de que os seres sociais terão seus direitos respeitados. Portanto, todos os presos preventivos anteriores à vigência da nova legislação, caso a segregação cautelar tenha sido aplicada em virtude de o réu ter praticado delitos que atualmente inadmitte cautelar tão drástica, devem ter convertido o decreto em cautelares mais brandas, garantindo a estes um processo legal, justo e adequado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, o presente trabalho busca demonstrar que o Código de Processo Penal, promulgado em 1941, realmente precisa passar por reformas pontuais para, deste modo, alcançar os anseios sociais.

Contudo, as prisões cautelares encontradas no Código de Processo Penal e também nas leis esparsas, mediante os seus requisitos, autoriza a prisão antes do julgamento do acusado.

A Constituição Federal preceitua a respeito do princípio de inocência, estabelecendo no artigo 5º “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Ficou evidenciado que o Projeto de Lei nº 156/2009, traz inovações positivas quanto à prisão preventiva, dotada de constitucionalidade, que prisma pela garantia de liberdade trazida pela Constituição Federal, art. LIV. O projeto garante a inviolabilidade do princípio constitucional e impede que a referida prisão seja aplicada como antecipação da pena, e, principalmente, que o acusado permaneça preso durante todo o processo, pois esse não é objetivo da prisão preventiva.

Nesse sentido, as reformas começaram a ocorrer em 2001, abordadas por uma comissão formada de diversos juristas que apresentaram, até o momento atual, 8 projetos, dentre eles o PL nº4.208/01, aprovado em 07 de abril de 2011, convertendo-se na Lei nº 12.403/11.

A Lei nº. 12.403/11 inovou vários dispositivos do Código Processo Penal. Dentre estas modificações, estão incluídas, sobretudo, normas que tratam da prisão e liberdade. Destaca-se que, toda vez que se está diante de regras que versam sobre a liberdade do indivíduo, tem-se norma processual penal material, aplicando a mesma regra do direito penal, ou seja, restringindo a retroatividade da lei, exclusivamente, em benefício do réu. Destarte, todos os dispositivos que permitam a liberdade do acusado, no qual era inadmitido anteriormente, deverão ser retroagidos.

No decorrer desta pesquisa, notou-se que o fundamento da Lei nº. 12.403/11 foi o de trazer ao ordenamento jurídico brasileiro legislações cada vez mais humanas, condizentes com a Carta Cidadã de 1988, preservando a todo o momento o Estado Democrático de Direito. Também objetiva resolver o problema da elevada população carcerária do país.

Em suma, a Lei nº 12.403/11 foi criada para possibilitar ao juiz a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, devendo esta ser aplicada como *ultima ratio*. Para tanto, foi instituída, no artigo 319 do Código de Processo Penal, outras nove medidas cautelares. Esta preocupação surgiu em razão de o Brasil possuir alto índice de presos, ocasionando superlotação nos presídios, com detentos provisórios. Além disso, o legislador também procurou manter coerência entre a carta magna de 1988 e o Código de Processo Penal.

Neste contexto, é função dos operadores do direito buscarem no íntimo da norma além do que está positivado, mas, ao se buscar tal interpretação tem-se que analisar o fato à luz de uma norma que pode ter sido inclusa na legislação sem ter passado por ampla discussão, atendendo a clamores sociais não democráticos, o que põe em perigo a estabilidade do Estado de Direito.

Contudo, ainda se faz necessário que o Estado limite mais o poder discricionário dos magistrados no sentido de não permitir a subsistência de decretos prisionais desnecessários. A finalidade da prisão preventiva da Lei Penal, em muitos casos, serve de mecanismo processual imprescindível ao Estado na luta pela defesa das sociedades.

Os artigos 312, *caput* e parágrafo único, e 313, I a III e parágrafo único, do Código Processo Penal, preveem os fundamentos pressupostos e as circunstâncias para a decretação da cautelar preventiva, restringindo a sua aplicação e tornando medida que deve funcionar em *ultima ratio*, porém, a sociedade deve cobrar mais das autoridades competentes a sua efetivação, reivindicando o caráter excepcional da medida. Não adianta que o judiciário brasileiro tenha uma legislação que inadmita o cerceamento da liberdade do indivíduo, com o fito de preservar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, se na prática é ineficaz.

Diante das razões expostas, pode-se perceber que a prisão preventiva tem a finalidade de prevenção, e não de punir o agente que tenha praticado o ilícito, que é característica da prisão definitiva.

O simples fato de haver indícios da autoria não explica a manutenção ou decretação da prisão preventiva, já que, para tal, o réu deve ser devidamente processado, julgado e condenado. Não pode o réu ser punido antes mesmo do seu julgamento, pois, assim sendo, está-se violando os princípios constitucionais inerentes à prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesane. Marquês de. Dos Delitos e das Penas, tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo, Ed. Hemus, 1983.

_____. Dos Delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 12.403/2011, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código Processual Penal) relativos a prisão preventiva. IN Senador Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º mar. 2013.

_____. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm >. Acesso em 14 de junho de 2013.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm >. Acesso em 14 de junho de 2013.

_____. **Decreto-lei 2848/40** | Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

BITENCOURT. Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas alternativas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15 – ed. – São Paulo Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Processo Penal**. 19 – ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: jus Podvm, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Preventiva e seu Prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de processo penal**- 6º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2013

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral, 23 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. Editora Lumen Juris, 2009.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena** – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCALT, Michel, Vigiar e punir: nascimento da prisão: tradução de Raquel Ramalhete. 34 ed. Petrópolis, RJ: vozes, 2007.

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

LOPES Jr. Aury. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1988.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**, São Paulo, Atlas, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, volume I. Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.03/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código do Processo Penal comentado**. 4. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403/2011, de 4 de maio de 2011** - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Francisco de Assis de Rego Monteiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, José Wilson dos; BARROSO, Rusel Marcos B. **Manual de Monografia da AGES: graduação e pós-graduação**. Aracaju: Sercore, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

SANTOS, Marcelle Rosa. **Prisões cautelares frente ao princípio da proporcionalidade: Uma visão garantista do processo penal**.

Disponível em: www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-06_08-21-10.pdf, acesso dia 10 de junho de 2013 às 10:00hs.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Prática de Processo Penal**, São Paulo, Jalovi, 2008.

VADEM MECUM / 2013.

Sites pesquisados

<<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3022403>>. Acesso em: 23 abril 2013.

<<http://www.eunanet.net/beth/revistazap/topicos/inicioprisoes1.htm>>. Acesso em: 18 mai. 2013.

<<http://www.clubedeautores.com.br>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

<<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 10 mar. 2013

