

CURSO DE DIREITO

Caroline da Fontoura Mahfus

A PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA

Santa Cruz do Sul
2017

Caroline da Fontoura Mahfus

A PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud
Orientador

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do/a acadêmico/a Caroline da Fontoura Mahfus adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 22 de junho de 2017.

Prof. Ms. Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud
Orientador

À Adriane, a quem dedico esta e todas as minhas demais conquistas.

O homem é livre; mas ele encontra a lei na sua própria liberdade

Simone de Beauvoir

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família que não mediu esforços para que eu atingisse os meus sonhos, objetivos e chegasse até aqui. À minha mãe, Adriane, pelo seu amor incondicional, seu apoio, seu incentivo nas horas difíceis e por toda a sua paciência no decorrer da minha trajetória que, por muitas vezes, me deu forças para seguir em frente. Ao meu pai, Carlos, por todo o apoio, amor e pela capacidade de sempre acreditar em mim. E ao meu irmão, Leonardo, que dedicou todo o seu carinho e apoio durante essa etapa da minha vida.

Ao Ricardo, a quem devo imensa gratidão pelo carinho, apoio, paciência e compreensão ao longo desse semestre e, principalmente, ao longo da elaboração desse trabalho.

Ao meu orientador, Nidal Khalil Ahmad Mohamad Mahmud, por aceitar o desafio de orientar essa monografia e possibilitar a realização deste trabalho.

Aos professores do Curso de Direito UNISC, por me proporcionarem todo o conhecimento que adquiri ao longo dessa trajetória. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores excepcionais aos quais, sem nominar, terão os meus eternos agradecimentos.

Aos colegas e amigos que acompanharam essa trajetória, meus sinceros agradecimentos.

À todos que de alguma forma fizeram parte da minha formação e da elaboração desse trabalho, muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “a prisão preventiva como antecipação da pena”. Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Tem por finalidade analisar a aplicação da prisão preventiva no processo penal brasileiro e a violação dos princípios constitucionais quando decretada com fundamento na garantia da ordem pública a partir do argumento da gravidade em abstrato do delito e risco de reiteração delitiva. Portanto, o presente estudo tem por objeto abordar a legislação inerente à prisão preventiva e sua aplicação nos dias atuais, apontando a aplicabilidade da garantia da ordem pública e sua (in)constitucionalidade por afronta aos princípios constitucionais, de modo a nos questionarmos: a partir de que ponto a prisão preventiva abandona seu caráter cautelar e passa a se tornar uma verdadeira pena antecipada? Assim, partindo-se do pressuposto de uma possível antecipação da pena antes da sentença condenatória no processo penal brasileiro, bem como considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, “a prisão preventiva como antecipação da pena” é um tema que se apresenta como fundamental para o sistema judiciário da modernidade, até porque, apresenta uma clara violação à constituição federal e aos princípios constitucionais do Processo Penal.

Palavras-chave: prisão; preventiva; pena; antecipação; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present monographic work deals with the theme "preventive detention as anticipation of the penalty". It is intended, in the light of the recent and relevant literature on the situation on the screen, to analyze, discuss and present the main theoretical aspects that involve this problem. For this, the methodology of bibliographical research is used, basically consisting in the reading, writing and comparison of the theories of the main authors of the Law that deal with this problem. Its purpose is to analyze the application of pretrial detention in Brazilian criminal proceedings and the violation of constitutional principles when decreed based on the guarantee of public order based on the argument of the abstract gravity of the crime and risk of delusional reiteration. Therefore, the present study aims to address the legislation inherent to pre-trial detention and its application in the present day, pointing to the applicability of the public order guarantee and its (in) constitutionality by affront to constitutional principles, in order to question ourselves: To what extent does pretrial detention leave its precautionary character and become a real penalty in advance? Thus, starting from the assumption of a possible anticipation of the sentence before the conviction in Brazilian criminal proceedings, as well as considering the main aspects related to the literature in focus, "pretrial detention as an anticipation of the penalty" is a theme that presents itself as Fundamental to the judicial system of modernity, even because it presents a clear violation of the federal constitution and constitutional principles of the Criminal Procedure.

Keywords: prison; Preventive; feather; anticipation; Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A PRISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	14
2.1	A evolução histórica da prisão.....	14
2.2	A finalidade das prisões no Código de Processo Penal.....	15
2.3	Princípios inerentes às prisões.....	16
2.3.1	Devido processo legal.....	16
2.3.2	Presunção da inocência.....	17
2.3.2.1	A relativização da presunção da inocência pelo STF.....	19
2.3.3	Ampla defesa e Contraditório.....	21
3	ESPÉCIES DE PRISÕES.....	24
3.1	Prisão por força de sentença condenatória transitada em julgado.....	24
3.2	Prisão em flagrante.....	26
3.2.1	Conceito.....	26
3.2.2	Espécies de prisão em flagrante.....	26
3.2.2.1	Flagrante próprio.....	27
3.2.2.2	Flagrante impróprio.....	28
3.2.2.3	Flagrante presumido.....	29
3.2.3	Flagrante provocado, forjado e esperado.....	29
3.2.4	Procedimento para lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.....	30
3.2.5	Decisão judicial.....	32
3.3	Prisão temporária.....	34
3.4	Prisão preventiva.....	35
3.4.1	Conceito.....	35
3.4.2	Requisitos para o decreto da prisão preventiva.....	36
3.4.3	Momento de decretação.....	37
3.4.4	Duração da prisão preventiva.....	38
3.4.5	A revogação da prisão preventiva.....	40
3.5	Medidas cautelares diversas da prisão.....	41
3.5.1	Prisão domiciliar.....	44
3.5.2	Liberdade provisória.....	46
3.5.2.1	Liberdade provisória vinculada sem medida cautelar diversa.....	47
3.5.2.2	Liberdade provisória sem fiança, vinculada e com possibilidade de	

aplicação de medida cautelar diversa.....	47
3.5.2.3 Liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa.....	48
4 A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	50
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXO A – Cópia do Processo 2014.02.00.000639-2 do Conselho Nacional de Justiça.....	62

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro passa por um momento que merece enfoque, uma vez que os índices de população carcerária aumentam gradativamente a cada dia.

Conforme apontam dados do processo de nº 2014.02.00.000639-2 do Conselho Nacional de Justiça, grande parte da população carcerária atualmente é formada por provisórios, ou seja, indivíduos que se encontram segregados antes mesmo da sentença condenatória transitada em julgado.

Contudo, o grande aumento populacional no sistema carcerário brasileiro nos força a questionar onde estão os princípios constitucionais que envolvem as prisões cautelares? Qual a fundamentação para o decreto excessivo de prisões preventivas? O direito de ir e vir dos indivíduos está sendo garantido como regra ou como exceção?

O processo penal é regido por normas e princípios que devem ser observados e respeitados ao longo da instrução criminal e, principalmente, nos decretos de prisões cautelares, uma vez que restringe o indivíduo de sua liberdade.

Assim, o presente trabalho monográfico irá abordar e tratar acerca do instituto da prisão preventiva, seus requisitos, fundamentos, garantias constitucionais e medidas alternativas, que devem ser observados com a devida cautela pelo magistrado no momento de sua aplicação.

A prisão preventiva trata-se de medida cautelar de restrição de liberdade prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, podendo 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.

Por tratar-se de medida exclusivamente cautelar, sua finalidade é resguardar o bom andamento do processo, devendo ser mantida apenas enquanto perdurarem os motivos que ensejaram o seu decreto.

Para a realização do presente estudo, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico e jurisprudencial, que inclui livros de renomados doutrinadores do Direito Penal e Processual Penal, apontando suas opiniões e divergências a respeito do assunto, bem como apresentado o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em análise.

Diante da ampla pesquisa realizada, abordaremos a violação aos princípios constitucionais inerentes à prisão preventiva em seu decreto, bem como a impossibilidade de aplicação do fundamento da garantia da ordem pública, estabelecido pelo artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, quando essa for fundamentada na gravidade em abstrato do delito e no risco de reiteração delitiva pelo agente.

Para melhor compreensão e elaboração, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, tendo início com o desenvolvimento histórico das prisões apresentado pela doutrina.

Assim, no primeiro capítulo da monografia, foi abordada a evolução histórica da prisão, a qual surgiu como pena principal apenas em meados do século XIX após a implantação da privação de liberdade como pena no século XVIII. Até então a privação de liberdade era utilizado apenas como uma medida cautelar, sendo necessária a modificação, tendo que a pena de morte, modelo utilizado no período, passou a ser questionado diante da criminalidade que seguia aumentando.

Ainda, foi apontado no capítulo a finalidade da prisão, bem como os princípios constitucionais que a norteiam, sendo esses o devido processo legal, a presunção da inocência, a ampla defesa e o contraditório.

Para o segundo capítulo, é realizado um estudo sobre as espécies de prisões existentes no Processo Penal brasileiro e as medidas alternativas à elas, abordando de forma individualizada a prisão por força de sentença condenatória transitada em julgado; a prisão em flagrante; a prisão temporária; a prisão preventiva; e, a prisão (cautelar) domiciliar.

Para finalizar o capítulo, é realizado um estudo acerca das medidas cautelares diversas da prisão, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal, bem como da liberdade provisória com todos os seus institutos.

O terceiro e último capítulo tem por matéria a discussão acerca da (in)constitucionalidade da prisão preventiva quando decretada com base na garantia da ordem pública. E aqui não se discute a constitucionalidade do instituto da prisão preventiva, mas sim da prisão cautelar quando decretada com base na garantia da ordem pública baseada na gravidade em abstrato do delito e do risco de reiteração delitiva, posto que tais fundamentos afastam a prisão de seu caráter cautelar passando a se tornar uma verdadeira pena antecipada.

Abordaremos nesse tópico até onde o princípio constitucional da presunção da inocência é respeitado no momento do decreto da prisão preventiva e,

principalmente, o quanto a garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, pode ser considerada constitucional.

Desse modo, analisar-se-á os tópicos acima expostos buscando elucidar a (in)constitucionalidade da prisão preventiva decretada no amparo da garantia da ordem pública.

2 A PRISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 A evolução histórica da prisão

A privação de liberdade para fins cautelares, durante o processo, bem como punitivos após a sentença condenatória nem sempre foi assim. Por muito tempo, a privação de liberdade era utilizada apenas para fins cautelares.

Até o fim do século XVIII a privação de liberdade possuía apenas o caráter de custódia, não servindo para fins punitivos, ou seja, era utilizada apenas para manter o indivíduo encarcerado até a sentença condenatória (LOPES Jr., 2011).

Como explica Lopes Jr. (2011, p. 3),

a principal causa da transformação da prisão-custódia em prisão-pena foi a necessidade de que não se desperdiçaria “mão de obra”, e também para controlar sua utilização conforme as necessidades de valorização do capital. Existe uma forte influência do modelo capitalista implantado nesse época. É o controle da força de trabalho, da educação e da “domesticação” do trabalhador. Essa era a síntese dos princípios de orientavam as *workhouses* inglesas, e também as *rasphuis* para os homens e as *spinhis* para as mulheres em Amsterdã. (Grifos originais)

No período da idade média, as penas se davam através de mutilação e amputação de membros. A pena de prisão surge como pena principal apenas em meados do século XIX após a implantação da privação de liberdade como pena no século XVIII, modificação que se fez necessária quando o modelo de pena utilizado passou a ser questionado, uma vez que o método mais comum era a pena de morte e a criminalidade seguia aumentando.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2009), a prisão canônica trouxe à pena de privação de liberdade o caráter de recuperação, apresentando como objetivo da pena o arrependimento e o melhoramento da pessoa que cometeu o crime.

Conforme Foucault (2004, p. 195),

na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares [...]. (Grifos originais)

Desse modo, em meados do século XVII na Europa, iniciou-se o

desenvolvimento da pena privativa de liberdade através de prisões organizadas que visavam a reintegração do apenado através do trabalho e da imposição de disciplina (LOPES Jr., 2009).

Assim, a prisão como instituição surgiu em um modelo de detenção penal antes que a própria lei a definisse como pena, introduzindo processos de dominação e assumindo sua forma de prisão-castigo (FOUCAULT, 2004).

Ainda, Foucault (2004, p. 196) apresenta a pena de prisão como forma de aplicação de um castigo igualitário, privando os indivíduos de sua liberdade, bem esse que pertence a todos, como forma de suplemento corretivo.

A prisão como conhecemos atualmente surge quando o Estado assume o *jus puniendi*, afastando o método de punição privada através da imposição de regras para aplicação de pena.

Como bem explica Aury Lopes Jr. (2011, p. 4),

o terceiro estágio de evolução da pena, agora como “pena pública”, vem marcado pela limitação jurídica do poder estatal, pois o delito é considerado como uma transgressão da ordem jurídica, e a pena, uma reação do Estado contra a vontade do individual oposta à sua. Aqui a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, pois o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são judicialmente limitados. (Grifos originais)

Desse modo, na evolução cronológica das penas, a pena privativa de liberdade em suas modalidades atuais (reclusão, detenção e prisão simples), substituiu a punição do corpo em seus moldes antigos, expandindo o direito penal e o rigor punitivo através da elevação quantitativa da pena e redução das possibilidades de benefícios na execução penal (BOSCHI, 2014).

Finalmente, o que se entende pelo Estado assumindo o *jus puniendi* é uma alteração na forma de aplicação da pena, a partir do momento em que essa deixa de ser uma vingança e passa a ser aplicada como medida de justiça ao autor do crime praticado, evitando, assim, a justiça com as próprias mãos.

2.2 A finalidade das prisões no Código de Processo Penal

Conforme disposto na Constituição da República, a liberdade é um dos direitos fundamentais garantidos a todo e qualquer cidadão. Assim, a restrição à liberdade somente se admite por determinação da autoridade judicial competente ou em flagrante delito, uma vez que priva o homem do seu direito de ir e vir mediante

encarceramento.

Desse modo, o Código de Processo Penal apresenta as possibilidades de restrição da liberdade no sistema processual, trazendo em seu rol a prisão como pena, a qual é decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, e a prisão cautelar, que abrange a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva.

A prisão imposta como pena possui finalidade exclusiva de repressão e reintegração ao apenado, sendo imposta apenas quando esse for reconhecidamente culpado pela prática de fato típico mediante sentença penal condenatória transitada em julgado.

Entretanto, a crítica ao sistema carcerário brasileiro em seus moldes atuais vem aumentando consideravelmente, uma vez que o indivíduo é retirado da sociedade por meio da prisão, a qual visa a ressocialização do apenado, mas que não reflete na redução dos índices de criminalidade, que, ao contrário, seguem aumentando.

Com a criminalidade em constante crescimento e a superlotação apresentada nos presídios, o Código de Processo Penal adotou as penas alternativas à privação de liberdade para crimes com menor potencial ofensivo, deixando a privação de liberdade para indivíduos considerados de alta periculosidade e delitos graves.

Por outro lado, as prisões cautelares possuem natureza meramente instrumental, uma vez que visam o bom andamento do processo, a eficácia da instrução criminal e a efetividade do poder de punir do Estado (GOMES, 2011).

Como bem explana Luiz Flávio Gomes (2011, p.33), “as medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas”. Assim, a finalidade das prisões cautelares não é punitiva, mas assecuratória, de forma a assegurar aplicação da lei penal, a eficácia processual/investigativa ou como forma de evitar a reiteração delitiva pelo agente.

2.3. Princípios inerentes às prisões

2.3.1 Devido processo legal

O princípio do devido processo legal teve sua origem a partir do *due process of law* do direito anglo-americano e está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (AVENA, 2011, p. 25), o qual dispõe que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Tal princípio garante ao indivíduo o direito de não ser privada a sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo com plenitude de defesa, sendo esse a base para as demais garantias constitucionais aplicadas ao processo e decorre do art. 11, §1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual dispõe que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Insta destacar que o princípio do Devido Processo Legal é de grande abrangência e, em decorrência desse, derivam diversas outras garantias processuais penais, tais como o direito de ser ouvido pessoalmente perante o juiz; o direito de acesso à defesa técnica; direito de conhecer os motivos que conduziram o juiz à sua decisão; o direito ao duplo grau de jurisdição; o direito à revisão criminal em relação à sentença penal condenatória; observância do rito processual estabelecido por lei, entre outros (AVENA, 2011, p. 26).

Equitativamente entende Capez (2013, p. 82) que a garantia ao devido processo legal,

no âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Assim, entende-se que o devido processo legal apresenta a dupla proteção do indivíduo, atuando tanto no direito material como na proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal ao assegurar a paridade de condições entre o Estado e a plenitude de defesa, abrangendo, portanto, os princípios da ampla defesa e contraditório (MORAES, 2012, p. 111).

2.3.2 Presunção da Inocência

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, consagra o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Lopes Jr. (2009, p.440) conceitua, em sua obra, a evolução histórica do

princípio da presunção da inocência:

a presunção da inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição na Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. [...]

(...)

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

Trata-se de garantia constitucional fundamental que visa a proteção da liberdade pessoal do indivíduo, presumido inocente, sendo dever do Estado demonstrar sua culpabilidade ao longo do processo.

De acordo com Moraes (2012, p.124), “[...] há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.

Para Souza (2011, <http://www.egov.ufsc.br/>),

a presunção de inocência é na verdade um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença.

Como bem esclarece Capez (2013), o princípio da presunção da inocência é aplicável em três momentos, sendo esses: a) na instrução processual como presunção da não-culpabilidade, cabendo a acusação a prova de sua culpabilidade; b) na avaliação da prova, quando a dúvida beneficia o réu; e, c) no curso do processo como padrão de tratamento, especialmente na análise da necessidade de prisão cautelar.

Tal princípio vem derivado da garantia constitucional ao Devido Processo Legal (AVENA, 2011).

Sendo assim, conforme o princípio constitucional da presunção da inocência, todo acusado será inocente até que provada a sua culpabilidade através de sentença condenatória transitada em julgado, destacando-se que, em caso de dúvida, deve o magistrado decidir com base no princípio do *in dubio pro reo*¹, devendo esse ter sua liberdade garantida antes da sentença condenatória

¹ Expressão do latim que significa “na dúvida, a favor do réu”.

irrecorrível, com exceção dos casos expressamente definidos em lei, em caráter excepcional e devidamente fundamentado.

2.3.2.1 A relativização da presunção da inocência pelo STF

O julgamento do Habeas Corpus 126.292, o qual se deu no dia 17 de fevereiro de 2016, entendeu que o início do cumprimento da pena após a confirmação pelo segundo grau da sentença condenatória não viola o princípio da presunção da inocência (<http://www.stf.jus.br>).

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (Grifos do original)

O Habeas Corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou a expedição de mandado de prisão após confirmação da sentença condenatória em recurso interposto ao segundo grau.

Em sua decisão, o Ministro Teori Zavascki, argumentou, em síntese, que a partir da confirmação da sentença em segundo grau já não há mais a presunção de não culpabilidade, uma vez que, se interposto recurso ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, tais recursos não podem abordar matéria de mérito (<http://www.stf.jus.br>).

Entretanto, em análise à letra fria da Constituição Federal, temos que em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe claramente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Como bem aduziu Streck (<http://www.conjur.com.br>), “[...] o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. Gostando ou não, essa é a Constituição que temos”.

E nesse sentido, já questiona Lopes Jr. (<http://www.conjur.com.br>) sobre o artigo 283, entrando no debate de “por que o STF não o enfrentou? Por que não declarou sua inconstitucionalidade?”

O artigo 283 do Código de Processo Penal estabelece que “ninguém poderá

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

No mesmo sentido, é o entendimento de Streck (<http://www.conjur.com.br>):

consequentemente, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratalização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF. Já explico isso um pouco melhor adiante.

Ou seja, diante dos dispositivos legais supramencionados, temos que somente se pode considerar o sujeito passivo do processo criminal como culpado depois de transcorrido o processo penal e houver a inalterabilidade da sentença penal condenatória.

Ainda, Lopes Jr. (<http://www.conjur.com.br>), reporta-se ao artigo 8.2 da Convenção Americana de Direito Humanos, o qual refere, no mesmo sentido da Carta Magna, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Assim, o que se percebe na decisão prolatada pelo STF em fevereiro de 2016 é uma clara violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que não afirmada a culpabilidade pelo trânsito em julgado da sentença condenatória.

E se houver tão gravosa alteração de entendimento quanto ao início da execução de pena, não seria mais correto então decretar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal?

Esclarece Streck (<http://www.conjur.com.br>) que,

[...] essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, uma vez que a matéria foi levada ao Plenário. Mas, olhando bem, nesse caso, sequer houve declaração incidental, porque foi uma interpretação da Constituição e, ao que se sabe, não há dispositivo do CPP declarado inconstitucional.

Percebe-se que o Código de Processo Penal, mais especificamente em seu título IX, apresenta o rol de prisões e medidas cautelares, as quais podem ser

aplicadas no decorrer do processo, uma vez que presentes os requisitos que as autorize. Caso em contrário, temos que a liberdade, por força do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é a regra, de modo a assegurar o direito à presunção de inocência a réu e não o contrário.

Assim, o que a decisão do STF traz ao ordenamento jurídico pátrio é uma completa violação aos fundamentos constitucionais e o total oposto à presunção da inocência, presumindo-se, dessa forma, a culpabilidade do sujeito ao invés de sua não culpabilidade.

2.3.3 Ampla defesa e Contraditório

A ampla defesa é o princípio constitucional que assegura ao réu a possibilidade de trazer aos autos todos os meios necessários para alcançar a verdade ou mesmo calar-se, em consonância com o artigo 5º, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal, apresentando, respectivamente, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; e, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”

Cumprir destacar a Súmula Vinculante nº 14, ditada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008², veio como forma de dar efetividade ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o qual dispõe acerca da garantia constitucional da ampla defesa.

De acordo com Alexandre de Moraes (2012, p. 111),

por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário [...]. (Grifos originais)

Não muito distante encontra-se a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal a qual expressa que “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

O princípio da ampla defesa guarda relação direta com o princípio do

² É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

contraditório, o qual será abordado a seguir, no sentido de garantir que, antes da sentença, deve o réu ser ouvido quanto ao falo a ele imputado.

Importa ressaltar que o princípio da ampla defesa não torna o réu imune aos efeitos da revelia, de modo que, caso esse não compareça na audiência de instrução processual e essa seja encerrada, perderá o réu o momento processual para ser ouvido perante o juízo.

Superada a ampla defesa, temos o princípio do contraditório, o qual trata-se da exteriorização da ampla defesa, ou seja, o acusado terá garantido constitucionalmente o seu direito de resposta a todo e qualquer ato processual.

O contraditório, pode-se dizer, é o direito assegurado às partes de falar no processo e produzir as provas necessárias antes de ser proferida sentença pelo magistrado.

Como muito bem explica Greco Filho (2013, p. 79):

o contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado.

Percebe-se que essencial a defesa técnica para o efetivo exercício do contraditório, conforme exposto nos moldes do artigo 261 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Assim, entende-se o contraditório como o instrumento necessário para garantir a efetividade da ampla defesa no processo penal e assegurar a paridade de armas entre defesa e acusação, permitindo o equilíbrio e a igualdade processual entre as partes.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório vêm amparados, ainda, no artigo 263 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que

se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento que em todo e qualquer ato processual, o réu deverá ser acompanhado pelo seu defensor, garantia assegurada

pela Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal e Súmula Vinculante nº 14, já abordadas anteriormente.

Dessa forma, impossível não levantar o questionamento acerca do inquérito policial e os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Há uma clara incompatibilidade do inquérito e tais princípios, uma vez que esse mantém o sistema inquisitório, sobre o qual não impera os princípios da ampla constitucionais da ampla defesa e do contraditório (MENDES, 2012).

Por fim, destaca-se a alteração no artigo 400 do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 11.719/2008, a qual determinou que o interrogatório do acusado somente deverá ser feito após a produção de todas as provas realizadas na instrução, a fim de que lhe seja assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa.

3 ESPÉCIES DE PRISÕES

3.1 Prisão por força de sentença condenatória transitada em julgado

A sentença penal condenatória possui efeitos principais ou reflexos, sendo um dos efeitos principais a condenação à pena privativa de liberdade.

Logo, as penas privativas de liberdade podem ser consideradas o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo (ZAFFARONI; e, PIERANGELI, 2013).

O Código Penal brasileiro em seu artigo 32 apresenta as espécies de penas, trazendo em seu rol a pena privativa de liberdade que poderá ser aplicada aos crimes com pena de detenção ou reclusão, distinguindo, em seu artigo 33, as penas de reclusão e detenção, de modo que a primeira poderá ser cumprida em regime fechado, semiaberto e aberto, enquanto a segunda será cumprida nos regimes semiaberto e aberto.

Porém, cumpre atentar para o fato que, por mais que o Código estabeleça que a pena de detenção deva ser cumprida nos regimes semiaberto e aberto, não é vedada a transferência do apenado para um regime mais gravoso por meio da regressão de regime, permitindo, assim, que o cumprimento da pena se dê em regime fechado. Ou seja, o que o Código Penal vigente veda é que a condenação à pena de detenção determine como regime inicial para cumprimento o regime fechado, porém, não há dispositivo legal que vede a regressão de regime para o regime fechado em casos de pena de detenção.

Assim, o artigo 33, §2º, do Código Penal brasileiro, apresenta os regimes iniciais para cumprimento de pena como forma de execução progressiva mediante observação de critérios. São eles:

- a) Regime aberto: condenado não reincidente com pena igual ou inferior a quatro anos;
- b) Regime semiaberto: condenado não reincidente a pena superior a quatro anos e não excedente a oito anos;
- c) Regime fechado: condenado a pena superior a oito anos.

Percebe-se que o referido Diploma Legal fez uma ressalva ao início de cumprimento nos regimes aberto e semiaberto, posto que, para que o condenado inicie sua pena nos regimes mais brandos, é necessário que esse não seja reincidente. Uma vez que o réu seja reincidente, o regime inicial para cumprimento

de pena será no regime fechado.

Contudo, tal circunstância restou relativizada pela Súmula 269 do STJ, a qual ditou que

é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Ainda, os tribunais brasileiros não admitem que o regime inicial para cumprimento de pena seja determinado levando-se em conta a gravidade em abstrato do fato (JESUS, 2013). Nesse sentido entendeu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 440, STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718, STF

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Seguindo a pena privativa de liberdade, o Código Penal vigente apresenta uma limitação à duração da pena em seu artigo 75, o qual estipula em 30 anos o tempo máximo de duração.

Entretanto, o que ocorre se a pena for superior a 30 anos?

Conforme o parágrafo 1º do artigo 75 do Código Penal, quando a condenação à penas privativas de liberdade tenha soma superior a 30 anos, devem elas serem unificadas para atenderem ao limite máximo estipulado no *caput* do artigo.

Em caso de nova condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, conforme parágrafo 2º do artigo, deverá ser feita nova unificação, desprezando-se o tempo de pena já cumprido, afim de evitar, desse modo, o acúmulo de pena que resultasse em pena com tempo superior ao estabelecido legalmente.

3.2 Prisão em flagrante

3.2.1 Conceito

O artigo 302 do Código de Processo Penal define como flagrante delito aquele que está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

É uma modalidade de prisão provisória assegurada na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI, o qual estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Trata-se de prisão de natureza administrativa, a qual não depende de prévia ordem judicial, bastando apenas que o autor do fato esteja em meio à prática de um fato dotado de tipicidade.

Como bem explica Lopes Jr. (2013, p.51),

a prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicadas taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida precauteladora pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Assim, a prisão em flagrante não se trata de uma espécie de prisão cautelar como por muito tratada por diversos doutrinadores, mas sim uma prisão administrativa, assumindo caráter cautelar após sua conversão em outra medida de tal natureza.

3.2.2 Espécies de prisão em flagrante

A prisão em flagrante encontra-se prevista nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro.

Sendo a prisão em flagrante uma medida precauteladora de caráter pessoal que, podendo ser praticada por particulares ou pela autoridade policial, não tem o condão

de manter um indivíduo segregado, não se tratando, assim, de uma prisão cautelar como equivocadamente é tratada (LOPES Jr., 2013).

Conforme bem esclarece Lopes Jr. (2013, p.51),

a prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida precauteladora processual que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

Assim, o artigo 302 do Código de Processo Penal apresenta três espécies de prisão em flagrante, os quais serão abordados em separado para melhor compreensão.

3.2.2.1 Flagrante próprio

Os incisos I e II do artigo 302 assim dispõem:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;

Trata-se de flagrante próprio quando o agente é flagrado no momento da execução da infração penal ou quando acaba de cometê-la.

Conforme Avena (2009, p.779),

na hipótese do inciso I, havendo a interferência de terceiros no momento em que o agente está praticando o fato típico, é comum a figura da tentativa, o que não ocorre no caso do inciso II, contemplando hipótese na qual o delito já foi consumado.

No caso dos incisos I e II do artigo supramencionado, importante saber o conceito de crime consumado e tentado.

Dispõe o artigo 14 do Código Penal que:

Art. 14 - Diz-se o crime:
Crime consumado
I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
Tentativa
II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Assim, quando o indivíduo é flagrado em meio a execução da prática delituosa, estamos frente ao flagrante próprio de um crime tentado, uma vez que não houve a consumação do intento criminoso pela intervenção de terceiros.

De outra banda, na hipótese do inciso II, já se apresenta o flagrante próprio de crime consumado, tendo que o agente é flagrado logo após a consumação da prática da empreitada criminosa.

3.2.2.2 Flagrante impróprio

A modalidade do flagrante impróprio é apresentada pelo inciso III do artigo 302 do Código de Processo Penal, o qual determina estar em flagrante quem “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”.

Para que se caracterize essa modalidade de flagrante, é necessário que haja uma perseguição iniciada no momento da execução do intento criminoso ou logo após sua consumação.

Ao contrário do flagrante próprio, o qual exige que a situação de flagrância ocorra no momento da prática ou de sua consumação, o flagrante impróprio não exige que a perseguição se inicie no momento da prática criminosa, permitindo que haja um intervalo temporal entre ambos os fatos, o da prática do delito e o início da perseguição (AVENA, 2009).

Em sua obra, Avena (2009, p.779) esclarece que:

quanto à mensuração deste intervalo, entende-se deva ser o tempo suficiente para que as autoridades competentes desloquem-se até o local, realizem a colheita dos elementos necessários à identificação, ao menos física, do suspeito e possam, a partir daí, desencadear a perseguição.

Nessa modalidade, ocorre uma divergência entre as doutrinas, pois, para alguns doutrinadores, como é o caso do Avena (2009, p.779), entende-se pelo inciso III como flagrante impróprio em decorrência da possibilidade de intervalo entre o prática do fato e a situação de perseguição.

Já para Lopes Jr. (2013, p.55), o inciso III ainda considera-se como flagrante próprio pois não possui um lapso temporal significativo entre o fato e o ato da prisão em flagrante, esclarecendo, ainda, que dependendo do fato praticado, pode a vítima

ser socorrida a tempo evitando a consumação do delito, ou pode o delito já estar consumado.

Entretanto, considerando que o artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal, indica que há um intervalo de tempo, por mais mínimo que seja, entre a consumação do fato delituoso e a situação de perseguição, deve o flagrante ser considerado impróprio.

3.2.2.3 Flagrante presumido

Na hipótese do inciso IV do artigo 302, o Código de Processo Penal apresenta a modalidade de flagrante presumido.

O flagrante presumido ocorre quando o indivíduo é flagrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que se façam presumir ser ele autor do fato delituoso.

No caso do flagrante presumido, não ocorre a situação de flagrância no momento da prática delituosa, mas sim após um lapso temporal superior, não sendo necessária a perseguição como é requisito do flagrante impróprio.

De acordo com Lopes Jr. (2013, p.58),

o primeiro requisito é que o agente seja “encontrado”. Fazendo uma interpretação sistemática em relação aos incisos anteriores, pode-se afirmar que esse “encontrado” deve ser causal e não casual. É do encontrar de quem procurou, perseguiu e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente. Não se trata de um simples encontrar sem qualquer vinculação previamente estabelecida em relação do delito.

Desse modo, o flagrante presumido permite um intervalo de tempo dilatado entre o crime e a situação de flagrância.

Caso ausente as condições impostas pelo inciso IV, não poderá a prisão ser considerada em flagrante delito, devendo, assim, ser relaxada pela autoridade competente em decorrência de sua ilegalidade (LOPES JR., 2013).

3.2.3 Flagrante provocado, forjado e esperado

Existem, ainda, outras possibilidades de flagrante que não se encontram previstas no rol do artigo 302 do Código de Processo Penal, as quais são

denominadas de flagrante provocado; flagrante forjado; flagrante diferido; e, flagrante esperado.

Ocorre o **flagrante provocado** quando, mediante instigação, o agente pratica o crime, não tendo conhecimento de que estará mediante vigilância policial ou de terceiros, que aguardam o início da empreitada criminosa para efetuar a prisão em flagrante (AVENA, 2009).

A Súmula 145 do STF caracteriza o flagrante provocado como crime impossível, dispondo que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Assim, estamos diante de uma clara hipótese de crime impossível, uma vez que a preparação do flagrante pela autoridade policial impossibilitará sua consumação, não devendo ocorrer, assim, a homologação da prisão em flagrante.

Quanto ao **flagrante forjado**, conceitua Lopes Jr. (2014, p.590) que, “[...] existe quando é criada, forjada uma situação fática de flagrância delitiva para (tentar) legitimar a prisão. Cria-se uma situação de fato, que é falsa”.

Trata-se de prisão ilegal uma vez que a situação fática não apresenta qualquer crime, podendo o sujeito responsável responder penalmente pelo crime de abuso de autoridade ou denúncia caluniosa (AVENA, 2009).

Por fim, o **flagrante esperado** é aquele em que a autoridade policial, tendo conhecimento de que haverá um intento criminoso, desloca-se até o local em que ocorrerá o delito, e aguarda o início da execução ou a consumação desse para efetuar a prisão em flagrante.

O flagrante esperado pode ocorrer em situações onde a polícia se põe em campanha, logrando êxito ao flagrar o indivíduo em meio a prática criminosa.

3.2.4 Procedimento para lavratura do Auto de Prisão em Flagrante

Em regra, compete à autoridade policial do local em que foi realizado o fato flagrado a lavratura do auto de prisão em flagrante, no qual deverá constar a oitiva do condutor; oitiva de testemunhas; oitiva da vítima, se houver; interrogatório do flagrado; e, lavratura do auto de prisão em flagrante.

Após a detenção em flagrante, o flagrado deverá imediatamente ser apresentado à autoridade policial, destacando-se que, a demora injustificada por agentes do Estado poderá constituir abuso de autoridade; ou, em caso de flagrante

realizado por populares, poderá a demora enquadrar nos crimes de sequestro e cárcere privado ou delito de constrangimento ilegal (LOPES Jr., 2013).

Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Penal, efetuada a apresentação à autoridade policial, deverá proceder-se a oitiva do condutor com a colheita, desde logo, de sua assinatura entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso.

Após, deverá se proceder à oitiva das testemunhas que o acompanharem, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas (artigo 304 do CPP).

Caso não haja testemunhas do momento em que foi efetuada a prisão em flagrante, deverão assinar pelo menos duas testemunhas que estiveram presentes no momento da apresentação do flagrado à autoridade policial, em respeito ao disposto no artigo 304, §2º, do Código de Processo Penal.

Com a ausência de testemunhas se torna mais complicada a manutenção da prisão em flagrante, porém, não há impedimentos de que assim seja realizada em razão do estabelecido no parágrafo 2º do artigo 304. Entretanto, destaca-se que tais testemunhas mencionadas no referido dispositivo legal são tão somente testemunhas de apresentação, não tendo conhecimento do fato delituoso e ou do ato da prisão em flagrante (LOPES Jr., 2013).

Por conseguinte, será procedida a oitiva do flagrado, sendo imprescindível a presença de defensor no ato, devendo ser assegurado o direito a entrevista reservada para com esse, bem como informado ao preso de seu direito ao silêncio, observado o disposto no artigo 185 do Código de Processo Penal (LOPES Jr., 2011).

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Por fim, será entregue ao flagrado a nota de culpa, onde deverá constar o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas, devendo o preso assinar o respectivo recibo (LOPES Jr., 2013).

Esclarece Lopes Jr. (2013, p.69) que, diante da recusa do preso em assinar a nota de culpa ou seu depoimento, ou diante da impossibilidade de fazê-lo, deverá o delegado solicitar a assinatura de duas testemunhas presenciais dos atos.

Após finalizado o Auto de Prisão em Flagrante, esse deverá ser encaminhado imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada nos termos do artigo 306 do CPP.

Estabelece, ainda, no parágrafo 1º do artigo acima referido que, na ausência de advogado constituído pelo preso, deverá o Auto de Prisão em Flagrante ser remetido também à Defensoria Pública.

3.2.5 Decisão judicial

Lavrado o flagrante, o mesmo deverá ser encaminhado ao juiz que, ao receber o flagrante, deverá manifestar-se, fundamentadamente, acerca do auto de prisão em análise.

Diante do artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, a manifestação fundamentada do juiz vem como garantia do controle de legalidade e sobre a necessidade, se existente, da manutenção da prisão (MACIEL, 2011).

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal trata a manifestação fundamentada como imprescindível, uma vez que sua ausência resulta em relaxamento da prisão em flagrante pelo Tribunal competente.

Tal entendimento vem amparado pela jurisprudência da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE HOMOLOGADO SEM DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. O flagrante não prende por si só, para manter alguém segregado sem sentença condenatória é imprescindível decisão fundamentada que decline os pressupostos e fundamentos da medida preventiva. Caso em que prisão dos pacientes não foi relaxada, não foi convertida em preventiva, e nem lhes foi concedida liberdade, permanecendo presos sem decisão que o determinasse, acarretando inquestionável constrangimento ilegal. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME. (Habeas Corpus Nº 70073775462, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 25/05/2017) (Grifos do original)

Ainda, segue entendimento da Primeira Câmara Criminal do TJRS:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. Os pacientes foram presos em flagrante 29/03/2017. Dada vista ao Ministério Público acerca da conversão em preventiva, não houve manifestação até 06/04/2017, quando concedida liminar reconhecendo a ilegalidade da constrição da liberdade. Consoante disposição do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, o Auto de Prisão em Flagrante deve ser encaminhado em até 24 horas ao Juiz competente, que deverá analisá-lo e decidir sobre o relaxamento da prisão, sua conversão em preventiva ou a

concessão da liberdade. No caso, tendo os acusados permanecido uma semana presos sem análise dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, resta configurado o constrangimento ilegal. Extensão de efeitos aos corréus. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70073285355, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 10/05/2017) (Grifos do original)

Assim, caso o magistrado entender que não se trata de hipótese de relaxamento de prisão ou de concessão de liberdade provisória, deverá, em decisão fundamentada, converter a prisão em flagrante em preventiva ou em outra medida cautelar diversa da prisão, se presentes os requisitos que os determinam.

Destaca-se que a prisão em flagrante não se trata de medida cautelar, possuindo caráter meramente administrativo, não possuindo condão para manter a segregação, por si só, do flagrado, necessitando da conversão em prisão cautelar para manutenção da prisão.

Lopes Jr. (2013, p.53) explana que

assim, o juiz, em até 24 horas após a efetiva prisão, deverá receber o auto de prisão em flagrante e decidir entre o relaxamento; conversão (fundamentada, é óbvio) em prisão preventiva (enfrentando e motivando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*); decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva; ou concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

Não existirá mais (e juridicamente nunca existiu...) o manter alguém preso, além das 24 horas, sem uma decisão judicial fundamentada, decretando a prisão preventiva. E mais: essa prisão preventiva – a nosso juízo – somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial), pois constitucionalmente é inconcebível que o juiz o faça de ofício.

Desse modo, em não sendo o caso de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão de liberdade provisória, poderá o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Para tanto, deverá o juiz fundamentar a necessidade de aplicação de medida cautelar mais gravosa em consonância com os requisitos estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, os quais serão devidamente abordados no capítulo 3.4 do presente trabalho.

Nesse tópico, importa ressaltar que, em fevereiro de 2015, foi lançado o projeto de lei que regulamenta a audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, onde deve o preso ser apresentado ao juiz em casos e prisão em flagrante no prazo máximo de 24 horas, onde deverá ser ouvido o flagrado, o Ministério Público e a Defensoria Pública ou o advogado constituído (<http://www.cnj.jus.br>).

Ainda de acordo com informações do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br>), o objetivo da audiência é tão somente analisar os aspectos legais da prisão, bem como a necessidade ou não da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou de outras medidas, como concessão de liberdade provisória ou medida cautelar diversa da prisão. Também, poderá ser analisado pelo juiz ilegalidades no momento da prisão como tortura ou maus-tratos contra o flagrado.

3.3 Prisão temporária

Prevista na Lei nº 7.960/1989, a modalidade da prisão temporária apresenta rol taxativo das hipóteses de cabimento, o qual vem elencado no artigo 1º da referida Lei nas seguintes formas: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso; sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; atentado violento ao pudor; rapto violento; epidemia com resultado de morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; quadrilha ou bando; genocídio, em qualquer de suas formas típicas; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro; crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Seguindo o mesmo norte da prisão preventiva, a prisão temporária deve ter decreto devidamente fundamentado com análise no fato concreto e embasamento legal, não podendo ser mantida após o recebimento da denúncia, uma vez que busca a efetividade das investigações policiais.

Entretanto, ao contrário da prisão preventiva, a doutrina majoritária entende que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, devendo haver, assim, a provocação da autoridade policial ou do Órgão Ministerial (AVENA, 2009).

Após requerimento, terá o Magistrado o prazo de vinte e quatro horas para decidir quanto à prisão temporária, devendo ser colhido o parecer do Ministério Público caso o requerimento de prisão seja apresentado pela autoridade policial.

No tocante ao prazo, poderá a prisão temporária perdurar pelo prazo de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco se necessário, devendo ser fundamentada em situação de extrema necessidade, nos termos do artigo 2º, *caput*, da Lei nº

7.960/1989, dispondo que “a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Quando tratar-se de crime previsto na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), o prazo será de trinta dias prorrogáveis por igual período, se comprovada a extrema necessidade³.

Transcorrido o prazo da prisão temporária, deverá o segregado ser posto imediatamente em liberdade, salvo se houver decretação de preventiva, nos termos do artigo 2º, §7º, da Lei 7.960/89.

3.4 Prisão preventiva

3.4.1 Conceito

A prisão preventiva é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, durante a instrução processual, possuindo caráter exclusivamente cautelar.

Tal modalidade é apresentada no Código de Processo Penal através do artigo 312, o qual dispõe que essa poderá ser decretada a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, necessitando para tanto de prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, ou, ainda, em caso de descumprimento de outra medida cautelar alternativa imposta.

Tratando-se de medida que impõe ao indivíduo a restrição de direito pessoal e liberdade de locomoção antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão preventiva possui caráter exclusivamente cautelar, devendo ser decretada apenas mediante decisão fundamentada nos termos do artigo 315 do Código de Processo Penal, com a finalidade única de garantir a eficácia do processo.

Cuida-se de medida excepcional dentro do ordenamento jurídico, devendo ser admitida somente quando identificado o *fumus boni iuris* (art. 312, segunda parte do CPP) e o *periculum in mora* (art. 312, primeira parte, do CPP), através de decisão fundamentada pelo juiz ou tribunal competente, mediante prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (art. 311, do CPP).

³ Art. 2º, §4º, da Lei 8.072/90.

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

Sua excepcionalidade vem expressa no artigo 282, §6º, do Código de Processo penal, o qual determina que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Cuida-se de modalidade de prisão cautelar aceita em qualquer momento processual, podendo essa ser decretada desde o inquérito policial até a persecução penal, entretanto, jamais desconsiderando os seus pressupostos e condições de admissibilidade (GOMES, 2011, p. 141).

3.4.2 Requisitos para o decreto da prisão preventiva

Para que haja o decreto da prisão preventiva é necessário que estejam presentes alguns requisitos que vem elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Assim, além da presença do *fumus commissi delicti*⁴ e do *periculum libertatis*⁵, deverá ser observado os critérios para admissão da prisão preventiva, os quais serão abordados a seguir.

No inciso I do artigo 313, é apresentado como critério a prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Através do inciso I, têm-se que não cabe a prisão preventiva pela prática de crime culposo pois, além da clara indicação apresentada pelo dispositivo legal, a prisão cautelar em crime doloso não guarda a adequada proporcionalidade.

Por sua vez, o inciso II do artigo 313 impõe como possibilidade à prisão preventiva se tiver o réu 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.

Desse inciso extrai-se a possibilidade de decreto da segregação cautelar mediante a reincidência.

Por fim, o artigo 313, em seu inciso III, dispõe que caberá a prisão preventiva

⁴ Termo latim que faz referência a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria.

⁵ Termo latim que significa a existência de perigo através da liberdade do sujeito.

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.

3.4.3 Momento de decretação

A prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento no curso do inquérito policial ou do processo e, até mesmo, após a sentença condenatória antes de transitada em julgado.

Poderá ocorrer o decreto da prisão preventiva mediante requerimento pela autoridade policial, se no curso da investigação; pelo Ministério Público ou querelante se no curso da instrução processual, podendo, ainda, ser decretada de ofício pelo juiz.

E aqui vale ressaltar a importância da fundamentação por parte do magistrado no momento do decreto da privação cautelar de liberdade.

Sobre o tema, manifesta-se Avena (2009, p.810),

nos termos do artigo 315 do CPP, e também por decorrência constitucional (art. 93, IX, da CF), o decreto da prisão preventiva deve ser fundamentado quanto aos pressupostos e motivos ensejadores. Isso não significa, obviamente, fundamentação extensa. Pode o juiz motivá-la objetivamente, desde que, porém, externar as razões de seu convencimento de forma a permitir que a defesa possa apresentar argumentos contrários em eventual impugnação que venha a deduzir (*habeas corpus*).

Durante o inquérito policial, pode a Autoridade Policial representar pela prisão preventiva do flagrado/investigado, devendo, para tanto, expor na representação os motivos pelos quais justifica-se o decreto da prisão cautelar do indivíduo.

Nessa fase pré-processual, importa destacar que não pode o Juiz decretar a prisão preventiva de ofício sob pena de estar se afastando da imparcialidade. Devendo, assim, que a prisão seja postulada pela Autoridade Policial para que haja o decreto pelo magistrado.

O decreto da prisão preventiva durante a instrução processual pode ocorrer por provocação do Órgão Ministerial ou do querelante, bem como de ofício pelo Juiz.

Nesse ponto, Lopes Jr. (2013, p.86) censura a legislação processual penal no que se refere a possibilidade de decreto da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, apresentando que

infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e da própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representa um avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal”.

(...)

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva.

Assim, quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, tem-se uma clara afronta ao sistema acusatório adotado pelo Código de Processo Penal.

A imparcialidade, garantia assumida pelo juiz, corresponde a uma posição assumida pelo Estado no processo penal, o qual é representado pelo magistrado, atuando como órgão superior às partes do processo (LOPES Jr., 2013, p.86).

E aqui há uma grande crítica ao sistema acusatório adotado pelo Processo Penal brasileiro, pois, uma vez que ao utilizar do decreto de ofício, o magistrado afasta-se de sua imparcialidade, violando o sistema acusatório assumindo uma clara postura inquisitória.

3.4.4 Duração da prisão preventiva

O Capítulo III do Código de Processo Penal, dentro os seus artigos 311 e 316, não estabelece um tempo máximo para cumprimento da prisão preventiva, sendo o entendimento majoritário de que esse deverá se prolongar enquanto perdurar o motivo que ensejou o seu decreto.

Entretanto, estabelece o artigo 316 do Código de Processo Penal as hipóteses de revogação de novo decreto pelo magistrado.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim esclarece AVENA (2009, p.811) que

dispõe o precitado dispositivo legal que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivos para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Hipótese comum de revogação dá-se quando se fundamenta o decreto tão-só na conveniência da instrução criminal. Vencida essa etapa

do processo, deve a prisão, obviamente, ser revogada, nada impedindo seja decretada posteriormente no caso de outras razões autorizarem-na.

Diante da inexistência de previsão legal quanto o tempo de duração da prisão preventiva, entendem os tribunais que deve ser utilizado o Princípio da Razoabilidade como fator determinante para a durabilidade da prisão.

Nesse sentido, estabelece o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da Federal que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em sua obra, Lopes Jr. (2009, p.159) apresenta seu entendimento com relação ao princípio da duração razoável do processo:

mas uma advertência deve ser feita nesse momento. O **princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade**, aqui não estamos adotando a distinção feita por parte da doutrina) por sua abertura conceitual deve, no processo penal, **estar necessariamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana**, como bem adverte SARLET. (Grifos do original)

Explica Moraes (2012, p.112) que

a EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, pois, “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘*due process of law*’”. (Grifos do original)

Importante destacar que a prisão preventiva é modalidade de privação da liberdade individual de locomoção, mediante clausura, restringindo o direito de ir e vir do indivíduo, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal, o qual determina que “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”.

Conforme o Des. Luiz Mello Guimarães, no julgamento do Habeas Corpus nº 70072152655,

tenho dito que, quando constatado o excesso de prazo para a conclusão do processo ou de ato processual, impõe-se a soltura independentemente do que tenha dado causa à segregação. Ou, em outras palavras, por mais perigoso que seja o réu, por mais grave que seja o crime imputado, por

maior que seja a reiteração criminosa, se constatado que está preso por período excessivo sem uma definição jurídica, a soltura é imperativa.

Isso porque o Estado tem o dever de prestar jurisdição em prazo razoável, como expressamente garantido na CF/88; portanto, se tal função não cumpre, não pode prolongar a prisão processual – exceção à regra justamente porque mitiga outras garantias fundamentais, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Tenho dito, outrossim, que o princípio da razoável duração do processo não impõe tempo exato para a conclusão de determinado feito ou ato processual; imprescindível é verificar, em cada caso concreto, a razoabilidade do tempo decorrido, consideradas suas peculiaridades.

Assim, entende-se que o período de duração da prisão preventiva, apesar de não regulamentado em Lei, deve respeitar o Princípio da Razoabilidade estabelecido na Constituição Federal.

3.4.5 A revogação da prisão preventiva

Estabelece o artigo 316 do Código de Processo Penal que poderá o juiz revogar a prisão preventiva no decorrer do processo se não subsistirem os motivos que a ensejaram.

A prisão preventiva é medida excepcional no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não verificada a necessidade da prisão, ou a subsistência dos motivos que ensejaram seu decreto, deve a prisão preventiva ser revogada pelo magistrado.

Isso porque, conforme regulamentado no artigo 312 do Código de Processo Penal, a segregação cautelar somente se justifica diante da existência de fatos concretos que autorizem sua manutenção, devendo sempre ser utilizada como *ultima ratio*⁶ por ser medida excepcional.

Da mesma forma, cumpre mencionar o disposto no artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição da República, o qual dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Nesse sentido, esclarece Greco Filho (2013, p.313) que

a prisão preventiva poderá ser *revogada* a qualquer tempo, se cessarem os motivos de sua decretação ou de esses motivos forem reexaminados, independentemente de fato novo. Haverá *cassação* da preventiva, pelo tribunal, se foi decretada ilegalmente, incluindo-se, no caso, a ilegalidade por vício formal ou porque não presentes as hipóteses do Código. Haverá ilegalidade, também, se desaparecerem os motivos e o juiz não a revogou.

⁶ Expressão latina que significa “última razão” ou “último recurso”.

Sendo assim, uma vez que não justificada a segregação cautelar, deverá ela ser revogada ou, se for o caso, aplicadas as medidas alternativas previstas na legislação processual, uma vez que essa afirma que a liberdade é a regra e a prisão é exceção.

D esse modo, caso o juiz não entenda pela revogação da prisão preventiva, deverá esse analisar a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao indivíduo e, em não sendo o caso, o cabimento das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

3.5 Medidas cautelares diversas da prisão

O artigo 319 do Código de Processo Penal apresenta o rol de medidas cautelares diversas da prisão, as quais foram inseridas no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 13.403/2011.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias 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.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Como bem esclarece Lopes Jr. (2013, p.145),

a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.

Mas também terão cabimento nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos (situações em que o art. 313, I, veda a prisão preventiva), desde que existam *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Assim, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas como medidas substitutivas à segregação cautelar, ou, de forma autônoma, em crimes que não haja previsão legal para o decreto de prisão preventiva e/ou temporária (MACIEL, 2011).

Para regulamentar aplicação, o artigo 282 do Código de Processo Penal estabelece o regramento para aplicação das medidas cautelares, tanto em sua forma autônoma, quanto em sua forma substitutiva.

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

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

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

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

No que se refere à sua forma autônoma, estabelece o artigo supracitado que poderá ser imposta medida cautelar isolada ou cumulativamente quando comprovado a necessidade para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal, bem como para evitar a reiteração delitiva.

Por mais que se tratem dos mesmos requisitos necessários para o decreto da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a medida cautelar diversa não necessariamente será aplicada apenas àqueles crimes que

permitem a prisão cautelar, podendo ser aplicada à crimes com menor potencial ofensivo, a fim de resguardar o rol estabelecido no inciso I do artigo 282.

Quanto à possibilidade de aplicação da medida cautelar em sua forma autônoma, Lopes Jr. (2013, p.147) aborda sua preocupação, esclarecendo que,

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

Tal medida é cabível para qualquer tipo penal, exceto nas constravenção penais, uma vez que não são puníveis com pena privativa de liberdade, de modo a resguardar o princípio da proporcionalidade (MACIEL, 2011).

Ainda nesse sentido, Maciel (2011, p.175) elucida que

é claro que nesse caso a medida cautelar deverá guardar proporcionalidade com a pena que poderá ser aplicada ao final do processo (art.282, II), ou seja, não deverá o juiz impor uma medida cautelar que se revele mais drástica do que a própria sanção definitiva em caso de condenação (a menos que as medidas sejam descumpridas).

Portanto, ao determinar o cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, deverá o magistrado tomar o devido cuidado ao analisar para que tal decisão não viole o princípio da proporcionalidade, não devendo ser aplicada medida mais rigorosa que a própria pena prevista para aquele crime.

Já em seu formato substitutivo, deverão ser aplicadas para crimes que permitam a incidência da prisão preventiva e/ou temporária, tendo como consão o afastamento da medida mais gravosa para outra mais branda que supra as mesmas finalidades (MACIEL, 2011).

Entretanto, em ambas as situações, o artigo 282 prevê em seu parágrafo 4º que, em caso de descumprimento, é possível que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, assistente ou querelante, decrete a prisão preventiva do réu.

Vê-se que, a fim de evitar tão drástica decisão, o legislador permitiu, ainda no parágrafo 4º, que, antes da conversão da medida cautelar diversa em prisão preventiva poderá o juiz substituir a medida anteriormente imposta, a qual foi descumprida, por outra mais rigorosa, tornando o decreto da prisão cautelar como decisão subsidiária em caso de reiterado descumprimento.

Desse modo, não restará ao infrator a sensação de impunidade, uma vez que, diante do descumprimento da medida imposta, poderá o magistrado substituir a medida mais branda por medida de teor mais rígido e, subsidiariamente, caso persista o descumprimento, o decreto da prisão cautelar do agente.

Sobre a aplicação da medida cautelar diversa da prisão, refere Maciel (2011, p.177) que “a nossa legislação, ao inserir tais medidas, segue a tendência mundial de se deixar a prisão provisória como última medida cautelar”

Mesmo entendimento segue Tourinho Filho (2011) citado por Maciel (2011, p.177), o qual expõe que

inúmeras legislações, senão todas, têm procurado alternativas capazes de substituir a prisão provisória, mantendo ou procurando manter, a mesma finalidade: ficar o indiciado ou réu, embora em liberdade, à disposição das autoridades.

Por fim, importa abordar a crítica apresentada por Lopes Jr. (2013, p.148) em razão da ausência de prazo expresso para a duração das medidas cautelares diversas, do mesmo modo que a prisão preventiva, afirmando o autor que tal deficiência acaba por deixar margens para abuso.

Assim, incumbe ao juiz competente observar o caráter situacional que ocasionou o decreto da medida cautelar e, quando for constatado que não há mais necessidade de manutenção dessa, deverá substituí-la por medida menor severa ou revogá-la por completo (LOPES Jr., 2013).

3.5.1 Prisão domiciliar

A prisão domiciliar vem apresentada pelo Código de Processo Penal em seus artigos 317 e 318, os quais estabelecem que:

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;
- V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
 Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Trata-se de medida cautelar diversa da prisão preventiva, devendo, desse modo, estarem presentes os requisitos do artigo 312 para sua decretação.

Não se trata de uma nova modalidade de prisão cautelar, mas de medida substitiva da prisão preventiva, estando sujeita aos mesmos princípios inerentes as demais medidas cautelares diversas da prisão (LOPES Jr., 2013).

Sobre o tema, entende Lopes Jr. (2013, p.162) que,

foi um avanço tímido do legislador nessa matéria, pois, em que pesem a ampliação do casos em que pode ser utilizada e a recepção da morfologia cautelar, poderia e deveria o legislador ter ido além, ampliando ainda mais as situações de utilização. Destacamos, porém, o endurecimento do tratamento em relação ao projeto originário, no qual o limite de idade era de 70 anos (agora passou para 80 anos) e, no inciso III, constava *pessoa imprescindível aos cuidados especiais de menor de 7 anos de idade*, que agora passou para 6 anos.

De acordo com Lopes Jr. (2013, p.163), “essa é uma prisão domiciliar por motivos pessoais do agente, de natureza humanitária, diversa, portanto, da medida cautelar de recolhimento domiciliar prevista no art. 319, V”.

Acerca da diferenciação entre as medidas, esclarece Maciel (2011, p.165) que,

[...] na prisão domiciliar o preso deve ficar recolhido durante o dia todo em sua residência, somente podendo sair dela com autorização judicial; no recolhimento domiciliar a pessoa deve permanecer recolhida apenas no período noturno (das 18h00 às 6h00) e nos horários de folga. Como ambas são medidas cautelares, caberá ao juiz aplicar uma ou outra, de acordo com os parâmetros do art. 282, I e II, do CPP.

Percebe-se que no caso dos artigos 317 e 318 o legislador apresentou uma alternativa ao método de cumprimento da prisão preventiva para aquele que preencher os requisitos estabelecidos pelo rol taxativo do artigo 318 do Código de Processo Penal.

Porém, apesar do tratar-se de rol taxativo, poderá o magistrado aplicar a prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva àquele que não se enquadre no rol do artigo 318 se constatado não houver estabelecimento adequado para a custódia desse, permanecendo com a medida cautelar até que seja disponibilizada vaga para cumprimento em estabelecimento prisional (MACIEL, 2011).

Importa destacar a iniciativa do legislador que determinou no parágrafo único

do mesmo dispositivo legal a exigência de comprovação de que o agente realmente se encaixa nos requisitos para prisão domiciliar, podendo tal comprovação ser feita pela via documental ou por perícia médica (LOPES Jr., 2013).

Assim, para comprovação das hipóteses previstas no inciso I e III, as quais referem-se à comprovação de idade, deverá ser realizada por meio de apresentação da certidão de nascimento ou documento equivalente a esse. Já na hipótese dos incisos II e IV, que tratam das pessoas acometidas de doença grave ou em gestação de alto risco, deverá ser apresentado laudo médico ou outro meio de prova idôneo (MACIEL, 2011).

3.5.2 Liberdade provisória

Com o advento da Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal brasileiro passou a regulamentar a possibilidade de liberdade provisória como medida alternativa à segregação cautelar.

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

(...)

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 III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

De acordo com Lopes Jr. (2013, p.177)

[...] disposta como uma medida cautelar (na verdade uma contracautela), alternativa à prisão preventiva, nos termos do art. 310, III, do CPP. No sistema brasileiro, situa-se após a prisão em flagrante e antes da prisão preventiva, como medida impeditiva da prisão cautelar. Não é uma medida originária, senão substitutiva da prisão (em flagrante) já efetivada.

Logo, entende-se que provisória deve ser a prisão cautelar enquanto a liberdade, como regra, deve ser preservada, uma vez que trata-se de um direito

constitucional assegurado a todo cidadão (LOPES Jr., 2013).

Assim, a liberdade provisória, prevista na legislação processual penal brasileira, vem como uma forma que evitar que a prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva (LOPES Jr., 2013).

Tratando-se de medida substitutiva à prisão cautelar prevista no ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Penal previu três modalidades de liberdade provisória, as quais serão abordadas em separado para melhor compreensão.

3.5.2.1 Liberdade provisória vinculada sem medida cautelar diversa

A modalidade da liberdade provisória sem medida cautelar diversa da prisão, mas vinculada, encontra-se prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o qual dispõe sobre a possibilidade de aplicação da liberdade provisória sem a incidência de outra medida cautelar, quando presentes as hipóteses do artigo 23 do Código Penal, ficando o sujeito comprometido, entretanto, ao comparecimento a todos os atos do processo.

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

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

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

Assim, estando o magistrado frente a uma situação de excludente da ilicitude, deverá ser concedida a liberdade provisória ao flagrado, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais.

3.5.2.2 Liberdade provisória sem fiança, vinculada e com possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa

Em conformidade com o artigo 350 do Código de Processo Penal, poderá o juiz aplicar a modalidade da liberdade provisória sem fiança com possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa, quando o crime for afiançável, porém, o flagrado não dispõe de recursos financeiros para efetuar o pagamento da fiança (MACIEL, 2011).

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o

às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

De acordo com o artigo supramencionado, ficará o agente sujeito às condições estipuladas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, bem como a outras medidas cautelares se assim for preciso.

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Desse modo, constatada a hipossuficiência do flagrado, poderá o juiz ordenar a expedição de alvará de soltura pela liberdade provisória, mediante compromisso nos termos dos artigos supramencionados, somado a outra medida cautelar se assim entender cabível.

3.5.2.3 Liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa

Poderá o juiz aplicar a liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão quando não estiverem presentes os requisitos que ensejam o decreto da prisão preventiva, nos termos do artigo 310, inciso III, c/c artigo 321 do Código de Processo Penal (MACIEL, 2011).

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Nessa modalidade de liberdade provisória, o legislador deixou margem para o magistrado aplicar a liberdade provisória vinculada ou desvinculada (MACIEL, 2011).

Assim, o juiz, diante do auto da prisão em flagrante, analisará a presença dos requisitos que ensejam a prisão preventiva e, se ausentes, poderá decidir por aplicar a liberdade provisória sem qualquer imposição, ou cumulada com as medidas

cautelares listadas no artigo 319 do mesmo Código de Processo Penal.

4 A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme explanado no tópico 3.4, a prisão preventiva possui requisitos que devem ser observados para seu decreto. Entretanto, alguns deles são claramente inconstitucionais por afrontar os princípios da ampla defesa, contraditório e presunção da inocência, conforme será abordado a seguir.

Sabe-se que o *periculum libertatis* consiste no perigo decorrente do estado de liberdade do sujeito passivo, isto é, na possibilidade de que em liberdade possa se esquivar do distrito da culpa, acometer a instrução criminal ou, ainda perturbar a ordem pública ou a ordem econômica.

Assim, por muitas vezes podemos ver em decisões judiciais a prisão preventiva sendo decretada com base na garantia da ordem pública com embasamento na mera gravidade em abstrato do delito, clamor social ou no risco de reiteração delitiva, o qual acaba por torná-la verdadeiro instrumento de vingança, não sendo esses fundamentos que possibilitem a segregação cautelar.

Nesse linha, explica Lopes Jr. (2013, p. 108) que,

[...] as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.

É importante fixar esse conceito de *instrumentalidade qualificada*, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional. (Grifos originais)

A segregação cautelar somente se justifica diante de fatos concretos que recomendem a sua manutenção. Assim, cuida-se de um mal necessário que podendo deve ser evitado e, em se tratando de medida excepcional dentro do ordenamento jurídico, não pode ser baseada em meras hipóteses ou suposições.

Nesse mesmo sentido, é a preocupação de Gomes e Marques (2011, p.15):

em dezembro de 2010, o Brasil atingiu o número recorde de mais de 500 mil presos (cf. nossa pesquisa em www.ipclfg.com.br). Desse total, 44% são presos provisórios. Mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. Muitas poderiam estar em liberdade, mas continuam sob a custódia do Estado antes mesmo de encerrada a ação penal e de formado o juízo da culpa. Isso por força da atual sistemática da prisão: antiquada, que prioriza a privação da liberdade como única forma de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a lisura da instrução criminal, assim como assegurar o

cumprimento da pena eventualmente imposta.

A pergunta principal a ser feita, no campo da política criminal, é: todas essas prisões são realmente adequadas e necessárias?

A ordem pública é um dos fundamentos previstos na legislação processual penal para autorização do decreto da prisão preventiva (CUNHA, 2011).

Entretanto, percebe-se que ordem pública é uma expressão de sentido amplo, vago e subjetivo, possibilitando, assim, diversas margens para interpretação.

Nesse sentido, o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, manifestou-se quanto ao conceito de “ordem pública” no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 70006880447, afirmando que:

quanto ao mais – gravidade do delito, paz social e ordem pública – são requisitos viciados pela ideologia periculosista, genéricos, inseguros e temerários, que isolados no plano discursivo (como na espécie) jamais são suficientes a sustentar a segregação extemporânea.

Parafraseando Nucci (2014), a garantia da ordem pública abrange grande espectro subjetivo do juiz, levando-se em conta, em regra, a gravidade da infração penal, periculosidade do réu, repercussão provocada pelo crime, envolvimento com o crime organizado e execução anormal ou brutal do delito, considerando-se como ideal a presença de pelo menos dois de tais fatores para que o magistrado possa decretar a segregação cautelar.

Analisando os requisitos para o reconhecimento do risco à garantia da ordem pública apresentados por Nucci (2014) temos a gravidade da infração penal e periculosidade do réu.

Contudo, tais fundamentações violam o princípio da presunção da inocência, uma vez que o decreto sustentado na gravidade em abstrato do fato ou no risco de reiteração delitiva, a prisão preventiva abandona seu objeto e finalidade, ou seja, seu caráter cautelar, e passa a se tornar verdadeira pena antecipada, punindo o indivíduo por sua conduta antes mesmo da sentença condenatória transitada em julgado.

Conforme Tourinho Filho (2011), citado por Maciel (2011, p.176),

segundo Zavaleta, a prisão provisória é a medida cautelar que mais gravemente lesiona a liberdade individual, pelos intensos sofrimentos físicos, morais e materiais a que o sujeito preso, pela sua irreparabilidade, por sua larga duração e porque fere um homem ainda não definitivamente culpado. Por isso mesmo, desde tempos imemoriais, a prática, os costumes, as legislações, a doutrina e a jurisprudência de todos os países

civilizados da Terra vêm incessantemente repetindo sábia expressão, elevado hoje em dia à categoria de inconcusso princípio de Direito Público: não se deve utilizar prisão provisória senão nos casos de absoluta necessidade.

Sabe-se que o princípio da presunção da inocência trata de garantia constitucional fundamental que visa a proteção da liberdade pessoal do indivíduo, o qual é presumido inocente, sendo dever do Estado demonstrar sua culpabilidade ao longo do processo.

No que concerne ao princípio da presunção da inocência na prisão cautelar, entende Lopes Jr. (2013, p. 23) que

é um princípio fundamental de civilidade¹, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de alguém culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Conforme Sanguiné (2003), citado por Lopes Jr (2013), a prisão preventiva quando decretada na garantia da ordem pública assume uma dupla natureza, qual seja, pena antecipada e medida de segurança, visto que acaba por isolar da sociedade um indivíduo por sua suposta periculosidade.

Não é admissível amparar a segregação cautelar da liberdade na natureza ou gravidade em abstrato do fato em razão de sua inidoneidade, situação que já foi pacificada no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Sobre isso relata o Ministro Celso de Mello (2016, p. 8),

todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada *pela nota da excepcionalidade* (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), sendo de repelir, *por inaceitáveis*, discursos judiciais consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de *generalidade*, destituídos de *fundamentação substancial* e reveladores, muitas vezes, de *linguagem típica* dos partidários do “*direito penal simbólico*” ou, até mesmo, do “*direito penal do inimigo*”, e que, manifestados com o intuito de impor *indevidas* prisões cautelares ou de proceder a *inadequadas* exacerbações punitivas, culminam por vulnerar, *gravemente*, os grandes princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, *com esse comportamento*, uma inadmissível *visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades fundamentais* em nosso País (HC 85.531/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (Grifos originais)
É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a *privação cautelar da liberdade* no reconhecimento de

fatos que se subsumem à *própria descrição abstrata* dos elementos que compõem a *estrutura jurídica do tipo penal*: (Grifos originais)

[...]

Impende assinalar, *por isso mesmo*, que a gravidade em abstrato do crime, *qualquer que seja*, não basta para justificar, *só por si*, a privação cautelar da liberdade individual *de qualquer* paciente.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido *que a natureza da infração penal* não se revela circunstância apta, *“per se”*, a justificar a privação cautelar do *“status libertatis”* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. (Grifos originais)

Na mesma toada é a jurisprudência referente ao HC 83.943/MG do Ministro Relator Marco Aurélio (2004):

[...] PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Deve-se interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos. PRISÃO PREVENTIVA - SUPOSIÇÕES - IMPROPRIEDADE. A prisão preventiva tem de fazer-se alicerçada em dados concretos, descabendo, a partir de capacidade intuitiva, implementá-la consideradas suposições. PRISÃO PREVENTIVA - NÚCLEOS DA TIPOLOGIA - IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta. [...] PRISÃO PREVENTIVA - CLAMOR PÚBLICO. A repercussão do crime na sociedade do distrito da culpa, variável segundo a sensibilidade daqueles que a integram, não compõe a definição de ordem pública a ser preservada mediante a preventiva. A História retrata a que podem levar as paixões exacerbadas, o abandono da razão. (HC 83943, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2004, DJ 17-09-2004 PP-00078 EMENT VOL-02164-02 PP-00245 LEXSTF v. 27, n. 313, 2005, p. 443-451). (Grifos originais)

Ainda nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul do julgamento do HC 70071461644 (2016):

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. A decisão de 1º grau justifica a necessidade da prisão, na garantia da ordem pública baseada no fato de o paciente ter se envolvido no crime pelo qual foi preso, sem fundamentar, concretamente, o perigo em que se acha exposta a ordem pública. A gravidade abstrata da conduta, não constitui fundamentação idônea a justificar decreto de prisão preventiva, conforme entendimento do STF. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70071461644, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 20/10/2016) (Grifos originais)

Sob outro aspecto, ainda temos a prisão decretada na tão clamada ordem pública com fundamento no risco de reiteração delitiva, a qual é puramente inconstitucional, uma vez que fere o princípio da presunção da inocência haja vista

estar levando em consideração fatos futuros, ou seja, ainda não ocorridos.

Conforme Lopes Jr. (2013, p. 115), a prisão preventiva quando fundamentada no risco de reiteração delitiva

além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo em casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.

Vicente Greco Filho (2013, p. 311) discorre sobre a garantia da ordem pública, referindo-se a essa como “[...] a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo [...]”.

Entretanto, como pode ser uma pessoa privada de sua liberdade em razão do cometimento de crime grave se essa ainda não possui sentença penal condenatória transitada em julgado que reconheça a sua culpabilidade? Ou, ainda, seja determinada a prisão preventiva do agente considerando crimes que ainda nem sequer foram praticados?

No que se refere a presunção de periculosidade do agente pelo risco de reiteração delitiva discorre o Ministro Relator Amilton Bueno de Carvalho (2003, p. 4), no julgamento do Habeas Corpus nº 70006140693, acerca dos efeitos provenientes da “futuologia perigosista”, esclarecendo que tal ideologia causa “excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais [...]”. Assim, diante da ausência de um conceito concreto, resume-se a uma probabilidade da prática de um novo delito (CARVALHO, 2003, p. 5).

Acerca da temática discorre Cunha (2011, p.146) que,

apesar do entendimento no sentido de que maus antecedentes e reincidência, por revelarem a probabilidade de que outros crimes sejam praticados, autorizam a decretação de sua prisão preventiva (STF – HC 88.114-PB, STJ – RHC 8.383-SP), pensamos diferente. Prender alguém, provisoriamente, apenas por conta de seus antecedentes, revela um Direito Penal do autor, incompatível com um Direito Constitucional do fato. Por outro lado, a mera gravidade do fato ou o clamor público por ele causado, não são motivos que, por si só, justifiquem a medida. Necessário, portanto, que se demonstre o risco que correrá a sociedade, a intranquilidade por ela vivenciada, na manutenção em liberdade de um pretenso criminoso ante a probabilidade de voltar a delinquir.

Ainda, por tratar-se de procedimento administrativo, meramente informativo, a garantia constitucional ao contraditório não é observada no Inquérito Policial.

Entretanto, por muitas vezes, a representação pela prisão preventiva provém da autoridade policial responsável com base em elementos informativos colhidos no inquérito policial, violando, assim, os princípios da ampla defesa e contraditório.

Não se pode olvidar que o regime constitucional instaurado em 1988 prevê a liberdade como regra e a privação da liberdade como exceção, devendo essa, se for o caso, ser devidamente fundamentada em elementos concretos.

Desse modo, o que percebe-se no ordenamento jurídico foi um grande aumento na população carcerária em decorrência das prisões cautelares indevidas ou mal justificadas.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2014 (<http://www.cnj.jus.br>), em análise feita no processo de nº 2014.02.00.000639-2, 37% da população carcerária apenas do Rio Grande do Sul é referente a presos provisórios, sendo o total de 41% em todo o país.

Ressalta-se que Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, estabeleceu a prisão preventiva como *ultima ratio*⁷, trazendo para o Código de Processo Penal as medidas cautelares diversas da segregação cautelar, tornando a prisão cautelar medida extrema aplicada em última análise, tornando expresso em lei, a excepcionalidade de tal instituto, porém, não é o que vemos no dia a dia do âmbito jurídico.

Assim, claramente, a prisão preventiva quando fundamentada na garantia da ordem pública não se trata de uma prisão cautelar, uma vez que não visa o regular andamento do processo como já acima abordado, mas sim um instrumento de vingança pelo “clamor social”, facilmente manipulado pela mídia, em razão da gravidade do fato ou da suposta periculosidade do agente.

⁷ Expressão latina que significa “última razão”.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo discorrer acerca da (in)constitucionalidade da prisão preventiva quando decretada com fundamento na garantia da ordem pública e, em que momento, abandonava ser caráter cautelar para tornar-se uma pena antecipada.

Assim, inicialmente foi abordado o surgimento da privação de liberdade como sanção e, após, como medida cautelar e a evolução histórica das prisões, suas finalidades no Código de Processo Penal e os princípios constitucionais que a norteiam.

A posteriori, foram apresentadas as espécies de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as medidas alternativas à elas, tratando de forma isolada de modo a apresentar as características e peculiaridades de cada uma das modalidades.

Por fim, foi realizada uma análise minuciosa acerca da prisão preventiva e seu embasamento na garantia da ordem pública, buscando entender a sua aplicação, bem como sua (in)constitucionalidade diante das garantias fundamentais dispostas na Constituição da República.

Não é de hoje que a doutrina vem apresentando fortes críticas ao argumento da garantia da ordem pública, tendo em vista tratar-se de expressão vaga a qual permite interpretação subjetiva.

Por mais que haja entendimento de que a reincidência e os maus antecedentes caracterizam o risco de reiteração delitiva pelo agente, tais argumentos não bastam, por si só, para decretar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Se aceitos somente os argumentos acima citados para segregar um indivíduo de sua liberdade, estaremos entrando em um Direito Penal do inimigo e abandonando, assim, o Direito Penal Constitucional.

Assim, para que ocorra a privação cautelar da liberdade, em sua forma preventiva e com base na garantia da ordem pública, deve restar claramente demonstrado o risco que aquele indivíduo, em liberdade, apresenta para a sociedade. E aqui não se fala na mera gravidade do fato pois há clara jurisprudência no sentido que o clamor público, bem como o repúdio da sociedade, não são argumentos suficientes à justificar o “*periculum libertatis*”.

Não são raras as vezes que nos deparamos com decisões infundadas decretando a segregação cautelar de um indivíduo embasadas na tão genérica

garantia da ordem pública.

E quanto aos princípios constitucionais inerentes às prisões? Onde ficam os princípios do contraditório, ampla defesa e, principalmente, a presunção da inocência?

A prisão preventiva quando decretada com base na garantia da ordem pública, fundada na gravidade do fato e no risco da reiteração delitiva, nada mais é que uma antecipação da pena que ainda não existe.

Portanto, analisando o direito posto em risco, qual seja, a liberdade de ir e vir do sujeito passivo, bem como a presunção da inocência, ambos garantidos constitucionalmente pelo artigo 5º da Constituição Federal, a qualificação do indivíduo dentro dos requisitos necessários para a segregação cautelar deve estar suficientemente provada, caso em contrário, a liberdade é a regra.

Não se pode permitir que um indivíduo seja segregado cautelarmente e privado de sua liberdade por meras conjecturas.

Ora, a partir do momento em que se priva um sujeito de sua liberdade com base na possibilidade de reiteração delitiva que poderia vir a prejudicar a ordem pública, está ocorrendo, no mínimo, uma severa violação à presunção da inocência, ou, pelo menos, daquela que deveria ser presumida.

Não se pode segregar um indivíduo afirmando que esse voltará a delinquir sem que haja provas fundadas de tal alegação.

De outra banda, situação comum é a prisão preventiva pela garantia da ordem pública fundada na gravidade em abstrato do fato.

Mas não deveria a gravidade do fato ser punida através da sentença condenatória?

E esse é o claro exemplo de pena antecipada através de prisões cautelares.

A prisão cautelar deve ser tida apenas como uma maneira de assegurar o bom andamento do processo, e só. A partir do momento em que essa a passa a ser utilizada como instrumento de vingança pelo repúdio social, ou pela conduta anterior do agente, a prisão perde totalmente o seu objeto, uma vez que seu caráter não é mais cautelar, e sim de repressão como resposta ao clamor público, o que, conforme disposto na legislação, é totalmente equivocado.

A Constituição Federal, através do artigo 5º, inciso LXVI, é clara ao afirmar que a liberdade é a regra e a prisão é a exceção, devendo essa ser decretada apenas quando não couber a liberdade provisória ou, com o advento da Lei 12.403/2011, outra medida cautelar diversa da segregação que seja cabível ao caso em análise.

Desse modo, o que na verdade percebemos no judiciário brasileiro, são decretos de prisão preventiva mascarando o que nada mais é do que uma antecipação da pena, a qual pune o agente por crimes pretéritos ou pela gravidade em abstrato do fato pelo qual sequer foi condenado.

E ao que isso nos remete?

O quadro que se apresenta no país é de uma população carcerária em grande volume, conforme já demonstrado em dados do Conselho Nacional de Justiça, sendo que, em média, 41% dessa população carcerária nos índices de 2014 ainda não possuíam sentença condenatória transitada em julgado.

Concluindo o tema em estudo, entende-se que a prisão preventiva não vem sendo utilizada dentro dos moldes de seu caráter cautelar, mas sim como um instrumento de repreensão pelo Poder Judiciário em decorrência do clamor social e da conduta pretérita do agente, mascarado como garantia da ordem pública, transformando o que deveria ser um instituto para resguardo do bom andamento do processo em uma antecipação da pena antes mesmo que haja uma sentença condenatória, violando, por assim, diversas normas e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AURELIO, Marco. HC 83943. Julgado em: 27/04/2004. DJ 17/09/2004, p. 443-451. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 06 nov.2016.

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BORBA, Mauro Evely Vieira de. Habeas Corpus nº 70071461644. Julgado em 20/10/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 06 nov.2016

BOSCH, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 06 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de Habeas Corpus. HC 132615/SP. Relator. Ministro Celso de Mello. 01 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 06 nov.2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. [S.l.]: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Habeas Corpus nº 70006140693. Julgado em 23/04/2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 06 nov.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de Custódia*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 jun.2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Cabimento da prisão preventiva. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.141.

_____. Garantia da ordem pública. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.146-147.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 06 nov.2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. nascimento da prisão. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Natureza Instrumental das medidas cautelares. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.33.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. [S.l.]: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 19 jun.2017.

_____. *Prisões Cautelares*. 4. ed. [S.l.]: Saraiva, 2013.

MACIEL, Silvio. Cabimento das medidas cautelares diversas da prisão. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.174-175.

_____. Finalidades das medidas cautelares diversas da prisão. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.175-176.

_____. Liberdade provisória. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.191-194.

_____. Manifestação fundamentada do juiz quanto à prisão em flagrante. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.132-133.

_____. Medidas cautelares diversas da prisão e princípio da presunção da inocência. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.176-178.

_____. Prisão domiciliar-pena e prisão domiciliar processual: necessária distinção. In: GOMES, L.F.; MARQUES, I.L. *Prisões e Medidas Cautelares*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.163-165.

MENDES, G.; BRANCO, P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prática Forense Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUZA, Renata Silva e. *O princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal*. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 06 nov.2016.

SOUZA, Renato Perrotta. *A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada na garantia da ordem pública*. 2013. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) – Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 19 jun.2017.

ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANEXOS

ANEXO A – Cópia do Processo 2014.02.00.000639-2 do Conselho Nacional de Justiça

CNJ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Processo 2014.02.00.000639-2

UF	População Carcerária (M/F) CNIÉP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
AC	4.320	27%	2.487	1.833	198	4.518	2.031	26%
AL	2.531	55%	1.813	718	480	3.011	1.198	47%
AM	5.276	63%	3.615	1.661	441	5.717	4.056	57%
AP	2.523	30%	1.609	914	1.662	4.185	2.576	18%
BA	13.913	64%	10.712	3.201	484	14.397	3.685	62%
CE	15.447	59%	11.015	4.432	847	16.294	5.279	56%
DF	13.200	26%	6.629	6.571	6.277	19.477	12.906	17%
ES	15.548	43%	12.869	2.679	27	15.575	2.706	43%
GO	12.059	53%	8.361	3.698	1.058	13.117	4.756	49%
MA	6.315	57%	5.501	814	2.226	8.541	3.040	42%
MG	57.498	49%	36.098	21.400	10.954	68.452	32.354	41%
MS	13.513	31%	7.357	6.156	775	14.288	6.931	30%
MT	10.321	52%	6.632	3.689	1.067	11.388	4.756	48%
PA	12.172	43%	8.434	3.738	1.007	13.179	4.745	40%
PB	9.270	38%	5.892	3.378	8	9.278	3.386	38%

CNJ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Processo 2014.02.00.000639-2

UF	População Carcerária (M/F) CNIÉP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
PE	30.149	50%	8.956	21.193	175	30.324	21.368	50%
PI	3.240	68%	2.780	460	30	3.270	490	68%
PR	28.309	41%	23.680	4.627	1.347	29.656	5.974	39%
RJ	35.611	38%	29.037	6.574	1.842	37.453	8.416	37%
RN	6.842	34%	5.625	1.217	131	6.973	1.348	34%
RO	7.674	20%	4.981	2.693	2.247	9.921	4.940	16%
RR	1.676	41%	1.218	458	99	1.775	557	39%
RS	27.336	37%	21.063	6.273	3.177	30.513	9.450	33%
SC	16.366	30%	11.589	4.777	14.472	30.838	19.249	16%
SE	4.666	76%	2.841	1.825	3.646	8.312	5.471	43%
SP	204.946	35%	114.498	90.448	92.150	297.096	182.598	24%
TO	2.805	46%	1.927	878	1.110	3.915	1.988	33%
TOTAL	563.526	41%	357.219	206.307	147.937	711.463	354.244	32%