

AS PRISÕES CAUTELARES EM FACE AO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO RÉU

PRECAUTIONARY PRINCIPLES IN FACE OF THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE OF THE DEFENDANT

Ednaldo Oliveira Guimarães Júnior¹

Gabriel de Castro Borges Reis²

RESUMO

Neste artigo científico será feita a análise das prisões cautelares abordando um provável conflito em face do princípio de presunção de inocência do réu, considerando-se como premissas os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, e dos diversos tipos de prisão cautelares. Será pesquisado os diversos pontos de vista acerca deste tema, assim como julgados e posicionamento doutrinário diante o aparente conflito entre as duas prescrições constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio. Réu. Presunção. Prisões. Conflito. Conforme. Constituição.

ABSTRACT

In this scientific article, the analysis of precautionary arrests will be made, approaching a probable conflict in the face of the principle of presumption of innocence of the defendant, considering as premises the fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution of 1988, the resolution of conflicts between constitutional principles, and the different types of pretrial detention. The different points of view on this topic will be researched, as well as judgments and doctrinal positioning in the face of the apparent conflict between the two constitutional prescriptions.

KEYWORDS: Principle. Defendant. Presumption. Prisons. Conflict. Conform. Constitution.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, estabelece ao mesmo tempo uma lista de direitos e garantias individuais, alguns deles são, a liberdade e o princípio da presunção de inocência, a Constituição de 1988 autoriza, além disso, a contenção da liberdade por autoridade judiciária competente, como meio de guardar o direito de sanção do Estado. Com suporte da liberdade constitucional presta, ao processo penal, regulamentar os casos manifestos em que a privação da liberdade será capaz de acontecer, de forma anterior a sentença transitada em julgado. Mas a normatização da prisão, antes da sentença

¹Ednaldo Oliveira Guimarães Júnior, aluno do curso direito na Faculdade Evangélica Raízes.

²Gabriel de Castro Borges Reis, mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (PPGIDH/UFG).

transitada em julgado, deve estar de forma absoluta sintonia com o Estado Democrático de Direito.

Em um primeiro momento deste trabalho, terá uma interpelação de forma específica em relação ao princípio constitucional da presunção da inocência. Suas concepções normativas e históricas serão expostas, bem como sua condição de direito fundamental. Tenciona-se também, nesse capítulo, guiar de forma resumida uma observação doutrinária sobre colisão entre princípios constitucionais, bem como algumas definições relevantes sobre tal princípio.

Dando continuidade a explanação, o segundo capítulo, conceituar o instituto da prisão, bem como sua classificação, dentre a qual a prisão cautelar. Explanando sobre a prisão preventiva, prisão em flagrante de delito e prisão temporária, compreendendo as premissas legais e constitucionais, além de decisões recentes dos tribunais superiores, assim também a análise dos requisitos para a decretação dessa prisão no curso do processo penal.

Por fim no terceiro e último capítulo será analisado o efeito causado no ordenamento jurídico brasileiro com o vigor da Lei 12.403 de 2011, que altera instrumentos do Código de Processo Penal. Entre as principais alterações, estão as mudanças referentes ao regimento da liberdade provisória perante fiança e amparo de medidas cautelares que substituam as penas privativas de liberdade.

Com isso surge os questionamentos: há incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar? Ao aplicar-se a prisão cautelar, no decorrer do processo penal, necessariamente será ofendido o princípio da presunção da inocência? Sob qual aspectos a prisão cautelar seria inconstitucional frente ao princípio da presunção de inocência? É possível que coexistam de forma harmoniosa o instituto das prisões cautelares com o princípio da presunção de inocência do réu?

Tentando responder a esses e as outras questões será utilizado literatura jurídica, entendimentos jurisprudenciais e legislação atual de acordo com o tema, com o fim de fundar e consolidar o entendimento sobre o conteúdo a ser desenvolvido.

1. NOÇÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo Dantas (2001), os princípios são classes lógicas, universais, que quando estão agregados a um sistema jurídico, reproduz a própria estrutura do Estado, a qual está presente todo o interior da lei maior. No entanto, a lei maior, reflete um momento de história e cultura, através dos seus valores sociais, que, se juntados ao ordenamento jurídico, definem todo o caminho e a diretriz do sistema infraconstitucional, ainda Dantas afirma:

Por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe do sentido harmônico. (DANTAS, 2001, p. 31)

Já a presunção, pode ser entendida como algo que vem antes, uma viabilidade, ou seja, algo que foi anteriormente inferido. Ela está ligada a prova, e acaba presumindo algo, oferecendo indícios de que um fato possa vir a ser verdadeiro. Também, pode-se dizer que, a presunção é uma instigação, ou, um meio de prova.

Sznick (1995, p. 16) explica:

A presunção liga-se a prova [...]. A presunção pressupõe a existência de um fato provavelmente verdadeiro [...]. A presunção trabalha com a probabilidade. E, além disso, além do papel de prova intervém na própria prova e é um expediente relativo à prova [...]. A presunção tem sempre um grau de probabilidade.

A presunção manifesta-se, da mesma forma que o indício, de um pilar de algo não conhecido. No caso da presunção, se trata de uma experiência que o legislador transforma em regra, já o indício, é uma possibilidade, como por exemplo, a experiência de um juiz.

Sobre o indício, se trata de um quadro que é provado e conhecido, de onde se utilizando da probabilidade, consegue-se tirar uma verdade. Trata-se

de algo passageiro, que se mantém apenas até quando houver uma prova mais categórica. Sznick (1995, p. 17) explica:

O indício tem duas notas que por si só o tornam um meio bastante duvidoso no elenco probatório: a provisoriedade (o fato de ser provisório, pois permanece até uma prova mais robusta) e limitação (é um meio limitado). Exatamente por essas falhas, é que o legislador normalmente fala em indícios dando a entender que dava ser mais de um (o que já o robusteceria); já, por outro lado, o legislador sempre se refere a indícios suficientes querendo significar indícios capazes. O indício é a consequência que o juiz tira de um fato conhecido para se chegar a um fato desconhecido.

No que se trata sobre a diferença entre a presunção e o indício, Sznick (1995, p. 17) diz:

“Assim entre indício e presunção podemos colocar como característica de diferenciação não a essência, mas sim uma variação: a diferença entre indício e presunção não é de qualidade, mas sim de quantidade (a maior carga probatória funciona a favor da presunção”.

Já de tratando do princípio da presunção de inocência, considera-se um grande triunfo, pois é o princípio que tem como atividade de garantir a proteção do acusado. E, como a presunção é relacionada com a prova, acaba auxiliando na fase probatória a favor rei³.

Da mesma maneira que todos os outros princípios constitucionais, o princípio da presunção de inocência traz com sigo normas indispensáveis ao direito que são básicos, mas também, de suma importância para o direito.

Tucci (1993) afirma que o princípio da presunção de inocência do acusado é, de forma técnica, a consideração prévia da não culpabilidade do mesmo. Constitui-se nela, assegurar à pessoa, o seu direito de ser considerado inocente até que exista uma sentença condenatória transitada em julgado.

1.2 ORIGENS HISTÓRICAS

O princípio da presunção de inocência, que teve sua gênese no direito romano Junior (2005, p. 13), ficou ofuscado durante o período entendido como

³ Consiste em que qualquer dúvida ou interpretação na seara do processo penal, deve sempre ser levada pela direção mais benéfica ao réu (CAPEZ, 2003, p. 39).

de Idade Média. Nesse período, em que as características de uma sociedade autoritária são presentes, percebe-se, de forma evidente, a inversão do princípio da presunção de inocência para o de presunção de culpabilidade, como forma de manutenção desses regimes. Essa ideia está muito bem expressa:

[...] apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de sem culpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia. (FERRAJOLI, 2002, online).

Porém, de uma forma generalizada, o princípio da presunção de inocência conseguiu sobreviver sendo conservado pelo direito canônico. A expressão da manutenção desse princípio se apresentou, de forma mais concreta, na Inglaterra, no sistema da *Common Law*⁴.

A consagração do princípio da presunção de inocência se expressou, novamente, em sua mais elevada categoria, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 Junior (2005), como forma de conter o poder absolutista.

Schreiber (2005, p. 19) relata com exatidão a relevância da consagração do princípio da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem, veja:

Com efeito, a consagração do princípio da presunção da inocência na Declaração de 1789 reflete uma nova concepção do processo penal defendida por pensadores iluministas em reação ao sistema persecutório que marcara o antigo regime, no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. É nessa mudança de foco, em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência.

⁴ Do inglês "direito comum" é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos.

Mas os trilhos que levam à democracia e, simultaneamente, a conservação dos direitos e garantias individuais não são tão singelos. Na primeira metade do século XX, surgiram novos tipos de sociedades, totalitárias, fascismo e nazismo, que tentaram negar o princípio da presunção de inocência. Fato é que os regimes totalitários ou autoritários excluem o princípio da presunção de inocência para inalteração de seus Estados.

A falta do princípio da presunção de inocência é registrada em Estados absolutistas, autoritários, totalitários ou ditatoriais. A sua carência ou modificação em regimes fascistas, por exemplo, gerou a constatação do uso desnecessário do poder e força estatal mediante o indivíduo. Assim, se nas sociedades consideradas autoritárias a via de regra é, havendo dúvida, a permanência da presunção de culpabilidade, no contrário, nas sociedades democráticas não pode existir esse mesmo, sistema.

Verdade é que o princípio da presunção de inocência nunca foi extinto, e que ele se ergue sempre em favor de sociedades democráticas. Assim é que após a Segunda Guerra Mundial o princípio da presunção de inocência reaparece descrito na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apesar de o princípio da presunção de inocência do acusado estar presente há bastante tempo, somente no ano de 1988, com a Constituição Federal, é que ele foi formalizado. É assim que explica Câmara (1997, p.4):

Todavia, ainda que não previsto na ordem constitucional anterior – e também nos antecedentes – é inegável que tal princípio sempre informou o ordenamento processual penal. Sua importância é tamanha que prescindia para seu reconhecimento de previsão legal. Contudo e corretamente, o legislador constituinte de 1988, querendo ver reforçados os direitos do acusado, fez inserir dito princípio entre os direitos e garantias fundamentais.

Tucci (1993) diz, que a presunção de inocência surge, pela primeira vez no Brasil, em 1948, com a declaração universal dos direitos do homem, feita pela (ONU) Organização das Nações Unidas. Nela foi garantido o direito de locomoção do homem, e consagrado um respeito maior com o ser humano.

Atualmente, o princípio da presunção de inocência do acusado, vem sendo bem mais aplicado, analisado e aprofundado do que era antes da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, Câmara (1997, p.42) ensina:

Salienta-se em referência ao direito pátrio que o princípio não merecera antes da entrada em vigor da nova Constituição um estudo mais aprofundado (...). Com o passar do tempo, todavia, obras mais amadurecidas surgiram conferindo a questão um enfoque mais adequado, abordando racionalmente o princípio e sua eficácia no processo penal.

Essa estruturação constitucional consagrou-se como um dos princípios basilares do Estado de Direito, consistindo numa garantia processual penal que visa a tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, somente após proferida sentença penal condenatória, da qual não caiba mais recurso, poderá o acusado ser considerado culpado, sobrevivendo daí a imposição de uma pena.

1.3 DEFINIÇÕES E DISTINÇÕES RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A principal ideia que traz o princípio da presunção de inocência do acusado, é a de que ninguém poderá ser considerado culpado antes da sentença transitada em julgado. Dessa maneira, resguarda-se o acusado, para que ele não acabe sendo sobreposto a uma pena ou medida penal que são adotadas para as pessoas já sido condenadas. Novamente, Câmara (1997, p. 44-45) nos explica:

O princípio da presunção de inocência impede que se admitam prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação, como ocorre nos casos de prisão obrigatória, razão pela qual se contrapõe ao princípio a previsão legislativa que nega ao acusado direito à liberdade provisória.

Os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*⁵ não são sinônimos. O que se pode concluir é que existe uma relação entre eles, pois o princípio *in dubio pro reo* decorre de dois princípios: presunção de inocência e

⁵ É uma expressão latina que significa literalmente na dúvida, a favor do réu. Ela expressa o princípio jurídico da presunção da inocência, que diz que em casos de dúvidas (por exemplo, insuficiência de provas) se favorecerá o réu.

do princípio do favor rei, que proclama que “no conflito entre o jus puniendi⁶ do Estado, por um lado, e o jus libertatis⁷ do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se quiser assistir ao triunfo da liberdade”.

Ainda de forma lógica, Sznick (1991) afirma, que pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência está ligado também às ideias do favor rei, ou seja, favoráveis ao réu e a absolvição por insuficiência de provas. Ele funciona sempre de modo favorável ao réu porém esses não se confundem.

Segundo Capez (2006), o princípio da presunção de inocência para muitos só se aplica no campo da apreciação das provas, nunca para interpretar a norma, outros ao contrário entendem que o princípio pro reo se aplica na interpretação da lei, ao usar a interpretação mais favorável ao réu.

Tavares (2006) explana que é garantido a pessoa, ser tratada como não criminosa, até que ela seja reconhecida dessa forma pelo sistema jurídico. E, não se identifica o princípio da presunção de inocência com o princípio do in dubio pro reo, pois esse sim delimita-se apenas no âmbito processual em que há acometer, tendo seu significado mais restrito que o princípio maior da presunção de inocência, que também ocorre fora do âmbito processual.

Alexandrino (2007) sistematiza a finalidade dessa garantia processual penal que é tutelar a liberdade do indivíduo, que se presume ser inocente, e é dever do Estado comprovar a sua culpabilidade. Novamente, sobre o in dubio pro reo, também conhecido como princípio de interpretação das leis penais, pode-se dizer que ele decorre do princípio da presunção de inocência do acusado, pois caso exista a dúvida na interpretação da lei ou capitulação do fato, adota-se a regra mais favorável ao réu.

Júnior (2006, p. 187-188) nos traz as três principais manifestações do princípio da presunção de inocência:

a) é um princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. b) é um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, por tanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual). c) finalmente, a presunção de inocência é

⁶ O jus puniendi é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado.

⁷ Direito à liberdade.

uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

Desde o início, onde o imputado é presumidamente inocente, não lhe é imputado o dever de provar absolutamente nada, pois existe uma presunção que deve ser destruída por quem está o acusando, sem que ele tenha qualquer dever de ajudar nesse desconstruir a acusação, assim ensina Júnior (2006).

Ainda, o Decreto Lei nº 678/92, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, e nele, contém diversas garantias aos indivíduos. Mais precisamente no capítulo II, artigo 7, itens 1 a 7, traz várias garantias quanto ao direito à liberdade pessoal dos indivíduos.

Como garantia, a presunção de inocência é uma das mais importantes prerrogativas constitucionais, pois, por meio dela, o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual.

Desse modo é que Junior (2001) entende que o direito à presunção de inocência encontra-se consagrado em nosso ordenamento constitucional do modo mais abrangente possível, compreendendo-se em um verdadeiro direito fundamental internacional, cuja aplicação é imediata, conforme expressa previsão constitucional.

Portanto, essa presunção legal possui a característica de ser absoluta, de modo que somente ao Estado, por meio da devida persecução penal, cabe sua desconstituição, através do trânsito em julgado de um decreto condenatório, ensina Roberto Delmanto Junior (2001). Somente por meio dessa condição legal é que se poderá afastar o estado inicial de não-culpado de que todos gozam, diz Lima (2011).

A propósito, explana Junior (2001, p. 66):

Verifica-se, portanto, que o direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

Seja dito de passagem, trata-se de uma garantia de que os efeitos de uma provável condenação não serão antecipados, sendo capacitados a produzir efeitos somente após uma decisão judicial condenatória transitada em julgada, que será consequência do andar do devido processo legal, no qual o acusado poderá exercer todas as possibilidades e instrumentos legais que lhe concede a mais ampla defesa, trata-se de uma das muitas manifestações assumidas pelo direito de liberdade, discorre Bechara (2005).

Desta feita, o Poder Público encontra objeção constitucional em tratar o suspeito, indiciado, denunciado ou acusado como culpados antes da existência jurídica de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

2. PRISÕES CAUTELARES E SUA IMPORTÂNCIA NO MEIO JURÍDICO

2.1 O QUE SÃO AS PRISÕES CAUTELARES.

Se entende por prisão o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa, esse significado tem origem das palavras em latim *prehensio*⁸, de *prehendere*⁹, Junior (2001) diz a palavra prisão trata-se de privar determinada pessoa de sua liberdade de locomoção, dessa forma, da sua liberdade de ir e de vir, inserindo-a em um local seguro e isolado, do qual não poderá sair.

Ainda por sua vez, se tratando da prisão, Tourinho (2010, p. 427), diz:

A supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória.

Capez (2007, p. 328) assim a define: “[...] é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”.

Ainda Tourinho (2009), expõem que a Constituição Federal de 1988 traz algumas disposições gerais que se aplicam a todas as modalidades de prisão. A primeira delas refere-se à regra de que a prisão somente pode ser

⁸ Ato de prender, privar, captura.

⁹ Restringir, imobilizar.

efetuada diante de casos legalmente determinados e mediante ordem da autoridade competente, com exceção do flagrante delito. Nesse mesmo sentido é que a Constituição traz, no seu artigo 5º, inciso LXII diz:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indiciada; (BRASIL, 1988)

Porem essa previsão legal já encontrava assento na Constituição Imperial, em seu artigo 179, inciso X.

A prisão cautelar, processual, provisória ou sem pena é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Seu propósito é garantir a eficácia das investigações ou do processo criminal.

A princípio, as prisões processuais possuiriam como requisitos básicos e gerais o *fumus boni iuri*¹⁰ e o *periculum in mora*¹¹, advindos especificamente do processo civil. Entretanto, citando Lopes, Nicolitt (2006), entre outros autores, entende que a adoção dessa nomenclatura constitui uma inconveniência jurídica. Propõem, então, os brocados *fumus commissi delicti*¹² e *periculum libertatis*¹³ como requisitos específicos das prisões cautelares.

No nosso ordenamento jurídico existem duas correntes sobre os tipos de prisões cautelares, a minoritária afirma que são quatro, sendo, a prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária e prisão em razão da pronúncia. Já a corrente majoritária ensina que são três os tipos de prisões cautelares, a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária, assim afirma Lima (2011).

2.1.1 Prisão preventiva

A prisão preventiva encontra-se prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Assim como em todas as espécies de prisão cautelar, a prisão preventiva também demanda a existência de dois requisitos elementares: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Tourinho (2009),

¹⁰ Fumaça do bom direito.

¹¹ Perigo na demora.

¹² Fumaça da prática de um fato punível.

¹³ Perigo que decorre do estado de liberdade.

ensina que se trata de uma espécie do gênero prisão cautelar de natureza processual. Na realidade, entende esse autor que toda prisão anterior à condenação definitiva, possui a característica essencial de ser preventiva. Cita, a rigor, que a própria prisão em flagrante é uma prisão preventiva lato sensu¹⁴.

Fernandes (2009) diz que a prisão preventiva embasada na conveniência da instrução criminal pretende garantir a produção da prova, enquanto que aquela decretada com base na segurança da aplicação da lei penal objetiva evitar a fuga do acusado. A respeito, a autora Kato (2005), entende que a prisão preventiva baseada nesse argumento se constitui na única hipótese com natureza puramente cautelar, já que serve à garantia do devido processo legal.

A condição da garantia da ordem econômica foi acrescentada pela Lei 8.844/94. Trata-se de evitar que o agente continue a praticar delitos ofensivos à ordem econômica. Entretanto, essa hipótese de prisão preventiva evidencia nítida antecipação da pena, “considerando sua finalidade meramente substancial, de proteção ao direito material”.

Na tangente da prisão preventiva que fundamentada na garantia da ordem pública, o autor Fernandes (2010), diz que é nela que existem a maioria das ilegalidades justificadas pelos magistrados como forma de motivar o confragimento da liberdade. De forma geral, o requisito da garantia da ordem pública tem sido invocado, muitas vezes, para evitar a reiteração criminosa por parte do réu. Em outros casos, chama-se a periculosidade do agente como justificativa de sua prisão. Entretanto, se conclui que não se pode solicitar a garantia da ordem pública para autorizar, de forma geral, a prisão preventiva, utilizando-se como justificativa a gravidade do crime, a necessidade de ser preservada a credibilidade da justiça, assim afirma Fernandes (2010).

Nessa linha de pensamento decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Habeas Corpus. Prisão cautelar. Decreto fundado exclusivamente na gravidade abstrata do delito e na suposta periculosidade do agente. Fundamentação inidônea. Precedentes. A invocação da gravidade abstrata do delito supostamente praticado e da hipotética periculosidade do agente não autorizam, per se, a custódia preventiva. Orientação jurisprudencial sedimentada. Ordem concedida. (BRASIL, 2010).

¹⁴ Em sentido amplo.

Nesse contexto Bechara (2005) desta feita, a prisão cautelar deverá ser objeto de ampla análise do caso in concreto¹⁵, levando-se em consideração, dentre outros, a gravidade da infração, a vida pregressa do réu, as consequências do crime, justamente a fim de proporcionar um tratamento proporcional e compatível com o caso concreto, assim como se faz na dosimetria da pena e na própria prisão preventiva nos artigos 313 e 314 do Código de Processo Penal. Nesse mesmo sentido entende Machado (2005, p. 142):

Assim como assim, o fato é que esse conceito de ordem, embora vago e indeterminado, sempre haverá de ser definido pelo aplicador da lei, no caso concreto. E tal definição, mesmo sem chegar a resultados precisos e unânimes, deve ao menos buscar uma aproximação razoável da realidade sobre aquilo que se deve entender como uma situação de ameaça à ordem social.

2.1.2 Prisão em flagrante de delito

As prisões em flagrante são aquelas efetuadas no mesmo instante da consumação da infração penal. A palavra flagrante tem origem do latim *flagrans*, *flagrantins*¹⁶.

Karam (2009), escreve que a prisão em flagrante se constitui na única e atípica espécie de prisão provisória efetuada sem ordem judicial, tratando-se de privação da liberdade imposta por ato administrativo, motivado por uma verificada situação de urgência. Segundo Fernandes (2010), essa espécie de prisão cautelar demanda a existência de dois fundamentos essenciais: a atualidade e a visibilidade. O primeiro refere-se à própria forma de flagrância, na qual um fato delituoso está a acontecer no momento em que se faz a prisão. Por outro lado, junto a esse elemento se incorpora a questão da visibilidade, que presume alguém ter presenciado o ocorrido, podendo anunciar a sua ocorrência.

Fernandes (2010) ainda nos expõem que segundo os termos do artigo 302 do Código Processual Penal Brasileiro, existem quatro situações que

¹⁵ Em concreto, objetivamente.

¹⁶ Que se viu ou se registrou no momento exato de seu desenvolvimento.

atestam a condição de flagrância do autor. Nas duas primeiras condições, é clara a existência do flagrante: o autor está cometendo ou acaba de cometer a infração penal. A hipótese do inciso III é olhada como uma situação de próximo ao flagrante, enquanto que a situação do inciso IV é o flagrante presumido: o indivíduo é encontrado logo após a realização do delito, portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam supor (presumir) ser ele o autor da infração.

O flagrante devidamente dito caracteriza-se pela necessidade de coerção urgente e imediata do autor da agressão com vistas a impedir o dano e os efeitos imediatos do ataque ao bem juridicamente tutelado, bem como restabelecer a tranquilidade social. Por outro lado, Karam (2009 p. 05), nos mostra que há limites legais impostos pela natureza desse instituto e que deverão ser criteriosamente olhados quando de uma prisão por estado de flagrância. São eles: “a iminência ou atualidade do ataque ao bem jurídico, a necessidade e a proporcionalidade dos meios empregados para repelir o ataque, a ponderação entre o bem a ser salvo e o bem a ser sacrificado”.

Karam (2009) traz que manter a prisão em flagrante somente porque houve provas do cometimento do delito seria a mesma coisa que antecipar a pena do acusado, assim condenando-o sem o devido processo penal e violando, por consequente, normas constitucionais de direitos fundamentais.

2.1.3 Prisão temporária

Machado (2005) nos mostra que o objetivo de uma prisão por tempo determinado é explicitamente particular, específica, não se proporcionando ao objetivo principal das medidas cautelares clássicas que é o de manter o indiciado no distrito da culpa com o fim de assegurar a efetiva aplicação da lei penal.

Ela é regulamentada pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que foi fruto da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de novembro de 1989, que buscou regulamentar a antecedente prisão para averiguações, ilícita, mas largamente utilizada.

O objetivo específico desse tipo de prisão cautelar mora tão-somente em se permitir a confirmação de algum ato investigatório que dificilmente

poderia ser achado caso o indiciado se encontrasse em liberdade. Ou seja, somente se justifica a prisão temporária se ela for de forma absoluta e indispensável para a prática de alguma diligência investigatória que poderia ficar prejudicada se o autor do crime estivesse solto, assim nos expõem Machado (2005).

Fernandes (2010) nos mostra que existem algumas regras legais específicas que são norteadoras a decretação da prisão temporária. Entre elas, sua duração de cinco dias ou de trinta dias, neste último caso para os crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo. Esses prazos podem ser prorrogados em casos de extrema e comprovada necessidade. O magistrado tem a possibilidade de, antes de findo o prazo, decretar a prisão preventiva do preso.

2.2 INÍCIO DO INSTITUTO DAS PRISÕES CAUTELARES NO BRASIL

Machado (2005) nos conta que nos primórdios, a prisão, que não era ainda considerada uma modalidade de pena, apresentava uma natureza apenas provisória e instrumental, tal como a prisão cautelar hodierna. Objetivava tão somente manter o acusado no distrito da culpa e assegurar a devida tramitação do processo com a conseqüente aplicação das sanções decisivas. Essas sanções, por sua vez, geralmente apresentavam um caráter desumano como o açoite, o arrastamento, a morte para sempre, as mil mortes, a empalação, a fogueira, a perda da paz.

A prisão como forma de pena possui uma origem apontada na penitência do direito eclesiástico, no final do século XVI. Na época moderna, essa modalidade de punição passou a ser organizada e aceita a partir do fim do século XVIII e início do século XIX, especialmente após o Código Criminal francês de 1808. Desde então, os países modernos passaram a substituir suas penas cruéis e desumanas, próprias da Idade Média e do período absolutista, pela prisão como penalidade diante de um delito cometido, conforme Machado (2005) nos mostra.

Nesse mesmo contexto histórico Pierangelli (2005, p. 70) diz que em Portugal, e também no Brasil-Colônia, por meio das Ordenações do Reino, a

prisão preventiva passou a vigorar apenas de forma excepcional⁹⁶ e somente para os autores de homicídios, feridas ou chagas graves, incendiários, furto manifesto, britadores de igreja e alguns outros.

No Brasil, com a proclamação da independência em 1822, a Constituição Imperial de 1824 admitiu a prisão antecipada mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu também a prisão sem culpa formada para os crimes inafiançáveis ao dispor, no seu art. 133, que resultando do interrogatório suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custódia em qualquer lugar seguro que para isso designarll; e, ainda no art. 175 que poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança. Por fim, o Código de Processo Penal de 1941, inspirado no Código italiano de 1930, regulamentou definitivamente a prisão provisória no processo penal brasileiro, tal como a temos até hoje. (BRASIL, 1941)

O Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, de origem fascista de 1941, demonstra, de forma clara, o seu caráter autoritário, principalmente, ao tratar do tema da prisão preventiva. A partir da promulgação da Constituição de 1988 surge para o Código de Processo Penal brasileiro a necessidade de adequar-se ao novo paradigma, qual seja a do Estado Democrático de Direito. Essa nova ordem constitucional trouxe, ainda, a figura do princípio da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVII que vai de encontro com a prisão preventiva.

Inicia-se aqui o estudo da nova estrutura processual penal brasileira, em um ambiente jurídico-administrativo de totalitarismo e fascismo foi decretado o atual Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, que entrou efetivamente em vigor a partir de 1º de janeiro do ano subsequente, assim explana Oliveira (2012, online).

Em 71 anos, o citado Codex¹⁷ passou por quatro Constituições Federais (1946, 1967, 1969 e 1988), por várias alterações pontuais de seu texto e pela edição de diversas leis extravagantes que mudaram de forma substancial a estrutura processual penal pátria.

Contudo, a mais relevante e relevante das alterações legislativas deste período foi a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, quarenta e sete anos após ser decretado o Código de Processo Penal. Editada em um contexto histórico sem antepositivos o renascimento da democracia

¹⁷ Registro escrito.

brasileira após décadas de regime ditatorial militar. Em um trabalho único promulgou-se uma Constituição que nitidamente apadrinha os direitos e garantias individuais, surgindo assim uma forte divergência com o sistema processual penal que vigia até então, formado basicamente por leis de conteúdo inquisitivo, contando apenas com algumas formas garantistas.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira:

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. (OLIVEIRA, 2009, p. 1)

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, e suas respectivas ramificações intercontinentais, editaram-se um complexo rol de regulamentos e dispositivos na seara criminal visando o constante progresso dos direitos humanos. Oliveira (2012, online) explana que apesar das seguidas tentativas de modernização, o Código de Processo Penal viu-se, aos poucos, obsoleto e distante das evoluções econômicas, sociais e, sobretudo, culturais do povo brasileiro, apresentando, ainda, fortes resquícios de um sistema acusatório e com um apego exagerado ao formalismo.

Ciente das dificuldades na edição de reformas totais, principalmente pela morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos e a dificuldade prática do Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, no intuito comum de dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados, na ótica de um processo que deve assegurar, com eficiência e presteza, a aplicação da lei penal, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório, a Comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, nomeada pelo Ministro da Justiça e presidida por Ada Pellegrini Grinover¹⁸, produziu onze anteprojetos de reforma do Código de Processo Penal.

Seu objetivo maior era destacar o modelo acusatório para, conseqüentemente, alcançar os objetivos maiores da efetividade e do

¹⁸ Ada Pellegrini Grinover é uma jurista ítalo-brasileira, formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1958 e Procuradora do Estado de São Paulo aposentada.

garantismo do processo penal. A celeridade, a descomplicação, a transparência e a desburocratização são corolários do referido objetivo.

Para Grinover (2000, p. 168):

Os valores fundamentais do moderno processo penal são o garantismo e a efetividade. Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

Em consonância com a Portaria, a Comissão apreciou os projetos apresentados pelo Ministro da Justiça em 1994, fruto do trabalho da Comissão anterior, da qual oito dos membros da atual comissão participavam.

Seis anteprojetos já haviam sido apresentados ao Ministro José Carlos Dias¹⁹, para ampla divulgação, quando se registrou seu pedido de demissão e a subsequente nomeação de José Gregori para o cargo. Este, pela Portaria 371, de 11.05.2000, confirmou a Comissão, prorrogando o prazo para a conclusão dos trabalhos em mais 90 dias.

A comissão entregou ao Ministro Gregori mais cinco anteprojetos, perfazendo o total de onze.

Na verdade, como dito, os anteprojetos compõem um conjunto harmônico remodelando institutos inteiros, sempre na preocupação de adequação das normas processuais à Constituição de 1988 e à Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, a qual integra o ordenamento brasileiro, bem como na plena observância dos princípios do moderno processo acusatório.

Foram os seguintes anteprojetos apresentados: 1) Investigação Policial; 2) Procedimentos; 3) Efetividade da defesa; 4) Interrogatório; 5) prova pericial; 6) prova testemunhal; 7) prova ilícita; 8) Citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 9) Júri; 10) Recursos; 11) Prisão, medidas cautelares e liberdade.

Os estudos acerca da prisão, medidas cautelares e liberdade originaram o Projeto de Lei nº 4.208, que após um longo período de

¹⁹ José Carlos Dias é um advogado criminalista e político brasileiro. É graduado em direito pela Universidade de São Paulo, tendo sido orador do Centro Acadêmico XI de Agosto e da turma de 1963.

tramitações legislativas culminou na Lei nº 12.403/2011, expõem Oliveira (2012, online).

2.3 QUAL A SUA IMPORTÂNCIA COMO FORMA DE GARANTIA DA ORDEM E SEGURANÇA PÚBLICA.

A prisão, ainda que provisória, está no nível mais elevado de importância no âmbito do Direito Processual Penal em vista da gravíssima violação ao direito à liberdade que pode ser gerada com a sua indevida aplicação.

Quanto à privação provisória da liberdade, Mirabete (2002, p. 365) leciona:

[...] refere-se a qualquer espécie de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo esta se dar em flagrante delito, preventivamente, por sentença de pronúncia, por sentença condenatória recorrível, desde que demonstrado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, bem como nos casos autorizadores da prisão temporária.

No mesmo sentido, Capes (2012, p. 328) pontifica, quanto ao sujeito a que é imposto o cárcere, afirma ainda que o preso provisório é aquele teve sua liberdade de locomoção despojada sem sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, aquele que aguarda julgamento do seu processo recolhido à prisão.

Esta, de forma provisória se manifesta como medida cautelar necessária para se atingir os fins empregados pelo Estado.

O texto constitucional prioriza como ordem fundamental, já no primeiro dispositivo, a dignidade da pessoa humana, ratificando o valor supremo da liberdade que é um direito universal e natural dos humanos.

Assim, no Brasil, a prisão é um comando constitucional que se constitui na última ratio²⁰. O texto Magno diz, em seu artigo 5º, estabelecendo uma série de direitos, conhecidos como direitos fundamentais. A primeira observação a ser feita é que os réus, acusados, denunciados, pouco importa a terminologia adotada, também são titulares de direitos fundamentais. Esse princípio é,

²⁰ Último recurso.

muitas vezes, esquecido, passando-se a tratar os investigados ou processados como coisa e não sujeito de direito. Os principais direitos fundamentais que interessa abordar são aqueles previstos nos incisos LIV, LVII e LXI, que assim dizem:

CF/88. Art. 5º:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei [...]. (BRASIL, 1988)

Está consagrado nesses dispositivos, respectivamente, o princípio do devido processo legal, o princípio da presunção de inocência e a exigência de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar assim relata Oliveira (2012, online).

Com base nessa sinótica análise constitucional, Nucci (2008), diz que devesse reafirmar que as prisões provisórias (temporária e preventiva) existentes no ordenamento jurídico, são medidas excepcionais, independentemente do advento da Lei nº 12.403/2011. Trata-se de um instituto excepcional de privação da liberdade que pode ocorrer no âmbito da formação da culpa, antes de sentença condenatória definitiva, bem como pena prevista em lei. Ainda antes da edição desta lei, a prisão temporária e a prisão preventiva somente deveriam ser decretadas quando imprescindíveis à persecução criminal, fosse em sede de inquérito, fosse em juízo.

Para Gomes (2012, p. 77), no sistema do Código Penal de 1941 a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade, conforme ressaltado abaixo:

No sistema do Código Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades de liberdade provisória.

Vislumbra-se, portanto, que a legislação penal brasileira optou, já em seu nascedouro, pela privação de liberdade, entretanto, a ineficácia de tal medida mostra-se presente, uma vez que os índices de violência cresceram ano a ano, apesar de muitos seres humanos encontrarem-se privados de sua liberdade.

Em seu trabalho acerca das prisões cautelares, Gomes (2012, p. 77), aponta soluções alternativas à reclusão:

[...] para tentar adequar a realidade do Brasil com futuras e necessária mudanças, seja por argumentos acadêmicos, seja por argumentos políticos, ou ainda por argumentos econômico-estruturais, todas as verdades deságuam na mesma solução: medidas alternativas à prisão.

Indubitavelmente, os mais sábios debates que envolvam tal temática caminham na busca incessante por soluções mais humanas, proporcionais e, sobretudo, eficazes para erradicar o crescente quadro de violência nacional.

3. PRISÕES CAUTELARES VERSUS PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO RÉU

3.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PRISÃO CAUTELAR E INOVAÇÕES DA LEI 12.043/2011

A liberdade de locomoção funda na regra no ordenamento jurídico brasileiro, estando assegurada a sua inviolabilidade na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput. Assim sendo a liberdade a regra e excepcionalmente usa-se a prisão, vejamos a explanação de Gomes (2011, p. 32) sobre o art. 5º, caput, da Carta Régia de 1988, in verbis²¹;

A liberdade consiste no direito de ir e vir ou permanecer. Trata-se de um direito fundamental dos mais valiosos, haja vista que, sem a liberdade de locomoção, incontáveis outros direitos não podem ser exercidos. Com exceção à vida e a integridade física, é o bem mais valioso do homem. A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura à liberdade dos humanos em seu art. 7º. Quando ameaçada ou restringida ilegalmente, ensejará à impetração do remédio constitucional habeas corpus, com escopo de transformar a normatividade Law in books e em efetividade Law in action.

²¹ Nestes termos

A lei não pode ser absoluta, acima de tudo em matéria de prisão ou de outras medidas cautelares contra pessoas, onde a pregressa palavra é sempre do magistrado. A proporcionalidade em sentido estrito exige a avaliação de todos os interesses em conflito em cada caso concreto. No que tange à manutenção ou decretação de uma prisão ou de outra medida cautelar impõem-se que o juiz avalie todos os interesses envolvidos, Gomes (2011, p. 33) traz os seguintes paralelos:

De um lado os interesses do Estado: (a) no correto desenvolvimento do processo e dos institutos processuais; (b) na realização do *ius puniendi*, levando-se em conta: as consequências jurídicas esperadas (pena; substituição; *sursis*; regime aberto), a importância da causa (gravidade da infração), o perigo de reincidência, ou grau de imputação (certeza sobre o resultado), êxito previsível da medida (rendimento). De outro estão os interesses do indivíduo: preservação do *ius libertatis*; presunção de inocência; prejuízos da medida para sua saúde (aids), vida familiar, profissional, social; condições da prisão; a demora do processo.

Segundo Gomes (2011), como regra fundamental sobre os limites do legislador, toda lei que aprecia uma medida restritiva de direitos fundamentais deve dar ao juiz uma margem de autonomia em cada caso concreto, porque é o caso concreto que mostra todas as dimensões e condições para a injunção delas a uma pessoa.

Nos termos do art. 282, II, do CPP, cabe ao juiz impor a medida adequada, levando em conta a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Já no tocante das prisões cautelares, vez que o Brasil optou por explicitamente prever em sua Constituição o princípio da presunção de não culpabilidade, o mais ideal seria que o tolhimento da liberdade somente tivesse lugar quando de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Com tudo, entre a prática do delito e a alcance do provimento jurisdicional pode existir o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem de forma profunda a eficácia e utilidade do julgado. Nessa mesma linha de pensamento Lima (2011), diz que nesses casos, portanto, será imprescindível a adoção de medidas cautelares que atenuem esse risco de ineficácia jurisdicional. Nesse sentido, Nicolitt (2006), dispõem que a presunção

da inocência atuará com o fim de evitar a antecipação da pena, enquanto que o fim da prisão cautelar seria garantir o processo, de modo que este não tenha sua efetividade esvaziada.

Karam (2009), ao analisar a forma cautelar da prisão provisória, apoia com o entendimento de que prisões provisórias não são penas e jamais podem fazer as vezes de penas. Logo, exclusivamente poderão ser impostas observando de forma rigorosa a característica da excepcionalidade. Que por sua vez, presume a garantia de assegurar a eficácia de um possível pronunciamento final condenatório. A legitimidade da excepcional prisão provisória condiciona-se, portanto, à concreta demonstração de fatos comprovadores de sua real necessidade, para assegurar que a prescrição da pena, que, de início, aparece como provável, efetivamente se realize com o pronunciamento final condenatório no processo penal de conhecimento, assim afirma, Karam (2009).

Lima (2011) afirma que a prisão cautelar, para conviver com o princípio da presunção da inocência, precisa preservar seu comprometimento obrigatório com a instrumentalização do processo criminal e o juízo a ser feito, quando de sua excepcional prescrição, não será de culpabilidade e sim de periculosidade.

Esse é o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal neste julgado:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - CLAMOR PÚBLICO - DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR - INADMISSIBILIDADE - PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL - EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO - VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW - DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL - PEDIDO DEFERIDO. A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU. – (...) EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. - A prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade - somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário. (BRASIL, 2000, Habeas Corpus 80379)

Com o advento da Lei 12.403/11, expandiu-se, de forma expressiva, o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, assim possibilitando ao juiz a definição daquele tipo que mais condisser ao caso concreto, conforme os princípios da legalidade e da proporcionalidade, assim nos ensina Lima (2011).

Nucci, nos mostra que as reformas processuais penais vêm sendo feitas de forma gradativa, desde o aparecimento das Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.900/2009, até ascender os dias de hoje, com a Lei 12.403/2011. As leis anteriores versaram sobre júri, provas, procedimentos, videoconferência dentre outros temas, causando várias modificações, que estão sendo aplicadas e testadas na prática, já causando problemas e conflitos, a serem resolvidos pela jurisprudência. Algumas em grande maioria, aprimoraram o processo penal e deram maior efetividade e praticidade à realização de justiça. Outras deixaram a desejar, causando maior gasto do que solução.

A novel²² legislação, de nº 12.403/2011, conduziu vantagens, superando as desvantagens, respondendo as reclamações feitas pela doutrina e pela jurisprudência. As novas medidas cautelares foram criadas, com fim de mudar a prisão preventiva ou mesmo enfraquecendo o rigor da prisão em flagrante, estando entre eles o comparecimento em juízo, cujos prazos serão fixados pelo magistrado.

A formação das novas medidas cautelares faz-se necessário observar dois critérios, sejam, necessidade e adequabilidade, em relação ao primeiro, deve-se observar a indispensabilidade para a aplicação da legislação penal, para a investigação ou para a instrução criminal, assim servindo também para evitar a prática de infrações penais, já o segundo, atende-se à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado acusado.

Importante ressaltar que as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, tendo como fim evitar a prisão cautelar. Autoriza-se o requerimento de qualquer medida cautelar, inclusive a prisão. O assistente

²² Que ou o que existe há pouco tempo; novo, jovem.

de acusação, o que antes não era permitido no ordenamento jurídico pátrio, também é legitimado. A lei 12.403/2011, introduziu reformas favoráveis ao entendimento de que a prisão do acusado é uma condicionalidade excepcional, ainda sim, necessária, acertadamente motivada. Apesar de a Lei 12.403/2011 manter a distinção de conceito entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é fácil ver que todas elas exercem o mesmo papel e a mesma função processual de precaução dos interesses da jurisdição criminal.

Pode-se também as medidas cautelares, diversas da prisão, sobrevir a prisão em flagrante (CPP, art. 310, II; art. 321), quando não for cabível e adequada a prisão preventiva (CPP, art. 310, II).

Pacelli (2011) avalança que, em se tratando de crimes culposos, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade, no entanto, quando, se puder antecipar a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares do art. 319 e art. 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação:

Todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção prevista no ordenamento jurídico brasileiro (CPP), antes do transito em julgado e a partir da nova Lei 12.403/11, recebem alcunha ou a designação de medidas cautelares. Outras cautelares já existiam, desde o início do CPP, sem, porém, carregar esse nome. São exemplos de medidas cautelares, de natureza patrimonial, aquelas relativas à restituição de bens, ao arresto, ao sequestro e à instituição de hipoteca legal, consoante as regras do disposto no art. 120 e seguintes do CPP. São também medidas cautelares, já agora de natureza probatória, as providências relativas à quebra das inviolabilidades pessoais previstas em Lei ou na Constituição. (BRASIL, 1941)

Identifica-se, por conseguinte, que o regime das medidas cautelares, não é novidade para o nosso ordenamento jurídico brasileiro, detenha vista que antes da Lei 12.403/2011, outras medidas cautelares já eram previstas, inclusive de natureza não pessoal. Porém, a nova lei acresceu tal rol.

3.2 CONSTITUCIONALIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES

Na Constituição Federal está previsto o princípio da presunção de inocência no art. 5º, LVII e, inversamente, tem-se a previsão da prisão em

flagrante no art. 5º, LXI, ou seja, há dois dispositivos antagônicos, pois como alguém poderá ter a garantia de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se, de outro lado, poderá haver a decretação da prisão sem o devido processo legal?

No art. 283 do CPP estão elencadas as espécies em que poderá ser decretada a prisão. Com relação à medida cautelar de prisão, ela poderá ser preventiva, temporária ou em flagrante, todas são espécies de prisão provisória, como já explanado anteriormente neste trabalho monográfico.

Na tangente da constitucionalidade das medidas cautelares, Capez (2008, p. 270) se posiciona:

Nosso entendimento, portanto, é o de que a prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado).

Quando estiverem presentes os requisitos da prisão provisória esta poderá ser decretada por ordem fundamentada, tornando-se uma prisão legal.

Com o mesmo entendimento, Borges (2001, p. 165) afirma:

Pode-se concluir que o princípio de inocência cuja garantia está assegurada na Constituição Federal de 1988, art. 5.º, inciso LVII, não impede que o acusado seja preso provisoriamente, da mesma forma que também não impede que permanecendo solto o infrator, fique adstrito ao processo e ao respectivo juízo.

O princípio da presunção de inocência é uma garantia constitucional, mas a prisão provisória poderá ser decretada mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Neste sentido, Nucci (2006, p. 787) diz:

[...] confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. No mesmo prisma, evidencia que outras medidas constritivas de direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).

Também sobre a temática da prisão preventiva, temporária e em flagrante, Gonçalves (2004, p. 9), diz que:

Essas espécies de prisões processuais têm sido aceitas sob o fundamento de que o próprio texto constitucional admite expressamente a prisão em flagrante e outras modalidades de privação de liberdade, desde que resultem de “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, bem como não representem verdadeira antecipação da pena, o que somente ocorrerá quando presentes, durante o processo, os requisitos das medidas cautelares [...].

A Constituição Federal regulamenta o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse sentido Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 86), nos mostra:

Essencialmente, em face dessas grandes garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada.

Então constata-se que, para os doutrinadores citados acima, quando estiverem presentes os pré-requisitos do *fumus commissi delicti*, do *periculum libertatis* e a liberdade do réu vier causar alguma ameaça à propósito do processo, será permitida a decretação da prisão provisória sem que isso lese os direitos constitucionalmente previstos, uma vez que prevalece o direito coletivo sobre o individual.

3.3 CONFLITO E COEXISTÊNCIA DOS DOIS INSTITUTOS

Segundo Filho (1991, p. 18):

O princípio da presunção de inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração da culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa.

Considerando esta linha de pensamento, é possível honrar o princípio da presunção de inocência se, com a aplicação da prisão provisória não há o devido processo legal, nem ao menos o direito ao contraditório e à ampla

defesa? Assim, observa-se que há a inviolabilidade de garantias previstas constitucionalmente, pois como já diz o princípio de presunção de inocência, toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove sua culpabilidade e essa culpabilidade, caso detenha, é provada durante a instrução processual, obrigando-se ser asseguradas a todos as garantias de defesa.

O que se objetiva em manter a liberdade do acusado não é sua proteção individual, mas sim o interesse público em proteger a garantia do justo processo.

Segundo Mendonça (2011, p. 3637):

A prisão processual somente não viola o princípio da presunção de inocência se for decretada de maneira excepcional e sempre com caráter cautelar, para proteção dos fins do processo penal, que podem ser resumidos na aplicação da pena, na busca da verdade real e, indiretamente, na proteção da sociedade contra as lesões praticadas pelo réu.

Neste conflito em questão, trata-se de um problema muito debatido no processo penal brasileiro, onde há duas posições doutrinárias distintas. A primeira defende que as prisões cautelares são fundamentais e não ofendem o princípio da presunção de inocência. Já a segunda doutrina, afirma que as prisões cautelares lesionam o princípio da presunção de inocência do acusado.

Mendes (2008, p. 632), nos mostra que a princípio, o Supremo Tribunal Federal (STF), compreendeu que o princípio da presunção de inocência não atrapalharia a prisão do réu após a sentença condenatória. Por decisão majoritária, foi conhecida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no norte de que o princípio da presunção de inocência não permitiria levar o nome do réu no rol dos culpados, mas que, não impossibilitaria a execução penal provisória da sentença condenatória. Ainda que, sujeitas a recursos para efeitos suspensivos, como o especial e extraordinário.

Ainda Mendes (2008, p. 637) nesse sentido nos ensina que, compreende-se de modo geral que, não se pode aceitar como conciliável com o princípio da presunção de inocência do acusado, qualquer tipo de cumprimento de pena, que não esteja impreterivelmente e fundamentada com razões jurídicas realistas e também, com fatos concretos individualizáveis com relação à pessoa do réu. A aplicação de qualquer pena antecipada, não é

abalada com a falta da decisão condenatória transitada em julgado. Porém, o tolhimento preventivo da liberdade da pessoa acusada, não pode ser utilizado como uma penitência para aquele que sequer possui uma condenação contra sua pessoa.

Para melhor entendimento e esclarecimento sobre esse assunto, Paulo (*apud* ALEXANDRINO, 2007, p. 175), nos mostra que, conforme as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, ainda, conforme orientação da Corte Suprema, dá para se dizer que a aplicação do princípio da presunção de inocência do acusado não desliga a legitimidade na aplicação das diversas espécies de prisões cautelares, sendo elas, prisões temporárias, prisões em flagrante e prisões preventivas.

Um posicionamento mais recente nos mostra:

DENEGAÇÃO DE LIMINAR EM PROCESSO DE "HABEAS CORPUS" INSTAURADO PERANTE O E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE FÓRMULA GENÉRICA DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO E, POR ISSO MESMO, CONFLITANTE TANTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO COM A NORMA INSCRITA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387 DO CPP. POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA RESTRIÇÃO FUNDADA NA SÚMULA 691/STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO, EM CADA CASO OCORRENTE, DOS PRESSUPOSTOS DE CAUTELARIDADE JUSTIFICADORES DA DECRETAÇÃO DA 61 PRISÃO PROCESSUAL, MESMO TRATANDO-SE DE RÉUS CONDENADOS, EM CUJO FAVOR MILITA, COMO REGRA GERAL, O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.- Para efeito de legitimação da prisão cautelar, ainda que motivada por condenação recorrível, exigir-se-á, sempre, considerada a inconstitucionalidade da execução penal provisória, a observância de certos requisitos, hoje estabelecidos em sede legal (CPP, art. 387, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 11.719/2008), sem os quais não terá validade jurídica alguma esse ato excepcional de constrição da liberdade pessoal do sentenciado, sendo destituída de eficácia, por arbitrária, a fórmula genérica ("Expeça-se mandado de prisão") utilizada por Cortes judiciárias. Doutrina. Precedentes. - A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer (ou de permanecer) em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, **inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque dele ausente a necessária observância da exigência de cautelaridade. Precedentes.- A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em condenação penal recorrível, tem como requisito legitimador a existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente configurada, a adoção -sempre**

excepcional - dessa medida constritiva de caráter pessoal, a evidenciar que se mostra insuficiente, para tal fim, a exclusiva motivação subjacente ao decreto de condenação, cujos elementos não se confundem nem satisfazem a exigência de específica demonstração da ocorrência, em cada caso, dos pressupostos de cautelaridade inerentes à prisão meramente processual. [...] (BRASIL, 2012, *Habeas corpus* 112071)

Portanto, fica formado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que, contanto que devidamente fundamentada pelo julgador, a prisão cautelar não se manifesta de forma inconstitucional, não lesionando, nestes casos, o princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça também se dispôs de orientação jurisprudencial similar, conforme se percebe da análise desses julgados:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. DECISÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. RÉU FORAGIDO HÁ QUASE 13 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA.1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, **a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade**, como é o caso dos autos. 2. A negativa do direito de recorrer em liberdade encontra-se devidamente fundamentada no fato do paciente encontrar-se, desde a data da decretação da custódia (em 18 de novembro de 1999), ou seja, há quase 13 anos, em local incerto e não sabido, expressando a necessidade da medida extrema para garantir a aplicação da lei penal. 3. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2012, *Habeas corpus* 201495 SP 2011/0065067-1)

Neste Habeas Corpus²³, percebe-se que a decretação da prisão preventiva não se descombina com a garantia da presunção de inocência, uma vez gravados os requisitos que fundamentam aquela medida cautelar e desde que visível sua real necessidade.

Fazendo parte da doutrina majoritária Fonseca (2011, online) nos diz que, a prisão cautelar, à vista disso, não se confere de forma absoluta com a presunção de inocência, existindo, na verdade, uma convivência compatível

²³ Ação judicial com o objetivo de proteger o direito de liberdade de locomoção lesado ou ameaçado por ato abusivo de autoridade.

entre eles, sob condição que a medida cautelar guarde o seu caráter de excepcionalidade e não perca a sua característica instrumental.

4. CONCLUSÃO

A normativa do princípio da presunção da inocência no esquema constitucional brasileiro incluiu novas particularidades ao processo penal, concedendo-lhe uma espécie mais humanitária.

Face à Constituição Federal de 1988, o réu passa a ser tratado como uma pessoa de direitos a quem são asseguradas várias garantias fundamentais que tem como fim impedir a injustiça do Estado/Juiz no processo penal.

A prisão cautelar é tida como um gênero, onde integra como espécies as prisões preventiva, em flagrante e temporária, como foram elencadas no desenrolar desta monografia. E, com elas, nota-se que são apenas usadas em casos extremamente exíguos, e quando realmente são necessárias.

Neste norte de raciocínio, a parte majoritária dos doutrinadores e julgadores entende, conforme versado neste trabalho, que a antecipação cautelar da prisão não se manifesta incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, desde que se obedeçam aos requisitos legais para a antecipação da prisão e, além de tudo, avaliar sobre sua real necessidade, uma vez que a regra é a liberdade do acusado.

As prisões cautelares, só devem ser utilizadas quando preenchem seus requisitos completamente, sob pena de serem irregulares. Não é para qualquer caso, que serão praticadas as prisões cautelares.

No entanto, com todas as opiniões e ideologias apresentadas neste trabalho monográfico, tem-se que, mesmo fruindo esse conflito entre as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência do acusado, as prisões cautelares devem continuar gravados em nosso ordenamento jurídico, pois, são elas que garantem uma segurança para a melhor direção dos processos de forma geral, e também, suma segurança na função da lei.

Enfim, enfatiza-se que a abordagem pressupostamente escolhida neste trabalho não intenciona esgotar ou restringir de forma alguma a discussão acerca do tema. Diante do enredamento, atualidade e relevância do tema,

sempre há lugar para a busca de novos norteamentos e novos pensamentos para buscar a melhor confirmação dos direitos da pessoa humana, da diminuição das desigualdades e da efetivação da justiça.

5.REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.**

Coimbra: Almedina, 1987, p. 220 *apud* STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 158-159.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória. Belo Horizonte:** Del Rey, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 80379.** Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 17 dez. 2000. DJ 25 maio 2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778395/habeas-corpus-hc-80379-sp-STF>>. Acesso em: 26 maio 2017.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar.** Curitiba: Juruá, 1997. p. 4.

CAPES, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328. CAPES, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

FERRAJOLI; Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/162>>. Acesso em: 21 maio 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Ivan Luís Marques. **Prisão e medidas cautelares, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 3. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Reforma do Código de Processo Penal**. RBCCRIM, nº 31, Ano 8, jul./set. 2000. p. 168.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 05.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 17.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4 eds. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 187-188.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 111.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 7. ed. rev., atual. E ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 7.

OLIVEIRA, Bruno Fellipe Bueno. **Prisões cautelares: aspectos históricos e gerais**, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo/>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 03 março de 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 175.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária**. 2 ed. São Paulo: Leud, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 eds. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 613.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 51.