



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS NOVAS REGRAS PARA A
PRISÃO PREVENTIVA PREVISTAS NA LEI 12403/2011.**

ASSIS

2012

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS NOVAS REGRAS PARA A
PRISÃO PREVENTIVA PREVISTAS NA LEI 12403/2011.**

**Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de Direito
do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA e a Fundação Educacional do Município de
Assis – FEMA.**

Orientanda: Isabela Ferreira Barbosa

Orientador: João Henrique dos Santos

Linha de Pesquisa: Ciências Sociais e Aplicadas

ASSIS/SP

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

BARBOSA, Isabela Ferreira

Uma análise crítica sobre as novas regras para a prisão preventiva previstas na Lei 12403/201/ Isabela Ferreira Barbosa. Fundação Educacional do Município de Assis— Assis, 2012.

45 Pg.

Orientador: João Henrique dos Santos.

Programa de Iniciação Científica (PIC)- Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis- IMESA

1.Análise-crítica 2. Prisão-preventiva

CDD:340

Biblioteca da FEMA

**UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS NOVAS REGRAS PARA A
PRISÃO PREVENTIVA PREVISTAS NA LEI12403/2011.**

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**Trabalho de Iniciação Científica apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis-
IMESA.**

Orientador: _____

Analisador: _____

ASSIS

2012

RESUMO

Este Trabalho descreve a origem das prisões desde o sistema que era tido como um meio de custódia para aguardar a real punição, até o desenvolvimento no qual a restrição à liberdade passou a ser a punição, sendo feita de modo progressivo e disciplinador. Apesar de todas essas transformações o sistema punitivo nunca apresentou um meio de regeneração, sendo falido desde seu surgimento.

Como esse método apresenta sérios problemas requer soluções, no nosso ordenamento jurídico a lei 12403/2011 trouxe profundas mudanças no que tange as prisões sem pena, principalmente na prisão preventiva que só poderá ser decretada se encontrada seus requisitos, e se nenhuma medida cautelar diversa da prisão não for suficiente para assegurar o perigo oferecido pelo infrator.

Mencionamos também as transformações que o direito sofre por ser um objeto dinâmico e fruto das relações sociais. No período o qual se encontra, com intensa expansão da globalização, e conseqüentemente os problemas de massa o direito tem buscado em teorias estrangeiras uma forma de se amoldar e solucionar tais ações. Teorias como o direito penal do inimigo e o garantismo penal.

Palavras- chave: Prisão; Preventiva.

ABSTRACT

This work describes the origin of arrests since the system was seen as a means to custody to await the real punishment, until the development in which the restriction of freedom became the punishment being done progressively and disciplinarian. Despite all these changes the punitive system never had a means of regeneration, being bankrupt since its inception.

Because this method requires solutions presents serious problems in our legal system the law 12403/2011 brought profound changes regarding the arrests without penalty, especially in detention can only be ordered if found its requirements, and if no injunction different from prison is not enough to ensure the danger posed by the offender.

We also mentioned the changes that the law suffers from being a dynamic object and the fruit of social relations. In the period which is, with intense expansion of globalization, and therefore the problems of mass law has sought foreign theories in a way to conform and resolve such actions. Theories as the criminal law of the enemy and criminal guaranteeism.

Keywords: Prison; Preventive.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
I. AS ORIGENS DA PRISÃO.....	10
1.1 PRISÕES NA ANTIGUIDADE.....	10
1.2 PRISÕES NA IDADE MÉDIA.....	11
1.3 PRISÕES NA IDADE MODERNA.....	12
1.4 AS PRIMEIRAS PENITENCIÁRIAS.....	15
1.5 NO BRASIL.....	16
1.5.1 Período Colonial.....	16
1.5.2 Código Criminal do Império.....	17
1.5.3 Código Criminal Republicano.....	19
1.5.4 Código Penal Vigente.....	19
II. MUDANÇAS OPERADAS PELA LEI 12403/11.....	22
2.1 INSTITUTOS ALTERADOS.....	23
2.1.1 Fiança.....	23
2.1.2 Prisão em Flagrante.....	24
2.1.3 Medidas Cautelares Alternativas.....	26
2.1.3.1 Requisitos de aplicação.....	26
2.1.3.2 Decretação.....	28
2.1.3.3 Descumprimento da medida cautelar.....	28
2.1.4 Prisão Preventiva.....	28
2.1.4.1 Requisitos de aplicação.....	29
2.1.4.2 Requisitos legais de cabimento.....	31
2.1.4.3 Hipóteses que não caberá prisão preventiva.....	32
2.1.4.4 Motivação de aplicação, substituição ou denegar a prisão preventiva.....	32
2.1.4.5 Fase de decretação da prisão preventiva.....	33
2.1.4.6 Modalidade da prisão preventiva.....	33
2.1.4.7 Prisão preventiva domiciliar.....	34
III. AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA PENAL.....	35
3.1 DIREITO PENAL E SOCIEDADE.....	35
3.2 TEORIAS QUE PERMEIAM O ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	36
3.2.1 O direito penal do inimigo.....	37
3.2.2 O garantismo Penal.....	39
Considerações finais.....	42
Referências.....	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a alteração do código penal brasileiro estabelecido pela Lei 12403/2011 em seu aspecto da prisão preventiva.

Partindo-se de um resgate histórico da origem da prisão. Desde a Antiguidade e Idade Média, onde era vista como método de custódia, até a Idade Moderna, que surgem as primeiras mudanças dadas as necessidades sociais. Porém o sistema moderno só veio a ser moldado a partir do século XVIII, deixando seu caráter de prisão custódia, e passando a ser a essência punitiva. Percorrendo também pelo período de colonização do Brasil, até o código penal vigente e suas transformações.

No segundo capítulo falamos sobre as prisões sem penas, também conhecidas como prisões cautelares, sendo esta prisão em flagrante e preventiva, não abordamos sobre a prisão temporária, pois não ocorreram mudanças. Também abordamos sobre a fiança, que recuperou a sua credibilidade, pois seus valores foram restabelecidos. E por fim mensuramos as medidas cautelares alternativas diferentes da prisão que foi a principal inclusão e diferença da nova lei. Sendo que a prisão preventiva só poderá ser decretada em ultima possibilidade quando todos os seus requisitos forem apresentados e nem uma das medidas alternativas da prisão forem suficientes para sua prevenção.

No terceiro capítulo elucidaremos sobre as transformações do sistema penal, que vem mudando sua essência, e conseqüentemente forçando a adotar novos métodos de solução de conflito. Para solucionar esses novos problemas o ordenamento vem se inspirando em doutrinas estrangeiras, citamos aqui o direito penal do inimigo formulado por Gunther Jakobs, que identifica o indivíduo pelo profissionalismo e

habitualidade criminosa, além de inserção a entidades criminosas estruturadas, classificando-o como um inimigo do Estado o qual precisa ser combatido utilizando-se de qualquer método para tal feito. Destituindo ou flexibilizando suas garantias constitucionais, tidas antes como absolutas. Também mencionamos a teoria do Garantismo Penal, elaborada por Luigi Ferrajoli, que se contrapõe a teoria de Jakobs, pois defende que a garantia individual não pode ser desrespeitada em virtude da segurança social ou qualquer outro tipo de direito coletivo.

1. A ORIGEM DA PRISÃO.

As prisões sempre existiram, não podendo estabelecer um marco histórico exato de seu surgimento. No decorrer da história se desenvolveram e retrocederam até chegarmos ao modelo atual.

1.1. PRISÕES NA ANTIGUIDADE.

Na antiguidade a prisão era o meio do delinquente aguardar em custódia, evitando que este fugisse no decorrer do processo e momento no qual era utilizado a tortura para obter provas e aplicar a pena.

Sendo “punidos com morte, suplício, degredo, açoite, amputações de membros, galés, trabalhos forçados, confisco de bens.” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 20-21). A prisão não era a essência punitiva, mas o meio de assegurar a punição.

Grécia e Roma partilhavam desse conceito prisional, porém existia a prisão por dívida, penalidade da esfera civil em que o devedor era mantido em cárcere até que ele ou terceiro a quitasse. (BITENCOURT, 2004, p. 06). Tendo também finalidade de custódia.

Os ambientes em que os acusados aguardavam não possuíam nenhuma preocupação com a saúde, ou bem estar do prisioneiro, pois o maior dano causado era a antecipação da pena. “Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos freqüentes em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.” (BITENCOURT, 2004, p. 07).

1.2. PRISÕES NA IDADE MÉDIA

Com a queda do Império Romano do Ocidente, graças às invasões dos povos bárbaros, a partir do século V da-se início a idade média.

Nesse período a prisão ainda é vista como meio de custódia. Sendo aplicadas as penas de acordo com a vontade dos soberanos. Penalidades que traziam distrações as multidões da época. Amputações de braços, morte, penas meramente corporais.

Algumas sanções de menor gravidade poderiam ser substituídas pelo cárcere ou pela prestação em pecúnia. Surgem então as prisões de Estados e as prisões eclesiásticas.

As prisões de Estado serviam para abrigar inimigos da realeza, que cometiam o crime de traição ou contrário ao Estado. A prisão Estado aparecia de duas formas: como custódia, onde o acusado aguardava para receber a sua pena. Geralmente penas corporais. E na forma de detenção, que poderia ser temporal ou perpétua. Podendo ser cessada a qualquer momento se houvesse o recebimento do perdão real. Como era um método pouco usado, esses lugares não eram planejados, não possuindo, portanto uma arquitetura adequada para abrigar os detentos.

A prisão eclesiástica servia para punir sacerdotes infratores e hereges, recolhiam-se aos mosteiros incentivando a prática da reflexão para arrependimento do pecado cometido. Essas prisões se estabeleciam em lugares subterrâneos, escuros que se declinava por escadas havendo luz apenas para que os detentos pudessem ler os livros sagrados e o breviário. (BITENCOURT, 2004, p. 09-10).

A influência do sistema eclesiástico deixou legados positivos como isolamento celular, e a idéia de reabilitação do condenado. Se aproximando do sistema prisional vigente.

1.3. PRISÕES NA IDADE MODERNA

A partir do século XVI a XVII, começa a chamada idade moderna. A pobreza assolava a Europa, em decorrência aos movimentos reformadores, as guerras, a falência da economia agrícola e da vida feudal com a ascensão do capitalismo. A população pobre passou a sobreviver de esmolas, roubos e assassinatos. A pena de morte já não era suficientemente cabível, sendo que muitos se encontravam nessa situação. Nascendo a necessidade de combater esses problemas sociais.

Para CARVALHO FILHO:

“Na perspectiva marxista, o surgimento da prisão acontece não por um propósito humanitário, mas pela necessidade de “domesticar” setores marginalizados pela nascente economia capitalista. Havia um contingente de homens expulsos do campo e ainda despreparados para assumir seu papel nas cidades. Uma “classe perigosa” perambulava pelas estradas, e a prisão aparecia como mecanismo de controle social.”(CARVALHO FILHO, 2002, p. 22)

Com isso a prisão passou a vislumbrar o lucro com a mão de obra do condenado. Dando início aos movimentos que levaram a criação da pena como privação de liberdade.

As *houses of correction* ou *bridwells* apareceram a partir da segunda metade do século XVII, em várias localidades na Inglaterra, eram casas construídas com objetivo de correção. Almejava que o trabalho e a disciplina era um meio essencial para a reabilitação do condenado. Também possuíam a intenção de que o infrator

obtivesse ganhos, e aprimoramento na indústria têxtil, além de servir como exemplo para os demais desestimulando a prática da criminalidade e da vagabundagem. Em 1697 surge a *workhouse*, com a mesma linha de desenvolvimento das *bridwells*. (BITENCOURT, 2004, p.16-17).

Em Amsterdã, no ano de 1596 criam-se as chamadas casas de correção *Rasphuis*, para homens e um ano após, em 1597, as *Spinhis*, para mulheres. Assim como nas Inglesas essas casas abrigavam os infratores de crimes menores, ou seja, mendigos ou jovens malfeitores. Os de grande potencial recebiam outras penalidades.

FOUCAULT descreve seu funcionamento:

Seu funcionamento obedecia a três grandes princípios: a duração das penas podia, pelo menos dentro de certos limites, ser determinada pela própria administração, de acordo com o comportamento do prisioneiro (...). O trabalho era obrigatório, feito em comum (...); e pelo trabalho feito, os prisioneiros recebiam um salário. Enfim um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para "atrair para o bem" e "desviar do mal", enquadrava os detentos no dia-a-dia. (FOUCAULT, 2002, p. 100).

O modelo de Amsterdã alcançou um enorme sucesso, sendo imitado em toda a Europa.

O sistema carcerário moderno começou a ser construído na segunda metade do século XVIII, influenciados pelas correntes iluminista e humanitária que tiveram seu auge na Revolução Francesa.

Cesare Beccaria (1738-1794) foi o primeiro a delinear de forma lógica, e de leitura fácil destinado à opinião pública e juristas. Sugeriu conceitos de outros pensadores renomados, porém sua obra teve grande êxito pela maneira direta de sua elaboração. Em sua obra **Dos Delitos e das Penas**, publicado em 1764 defendia

que a prevenção geral não necessitava de penas tão atroz, bastaria a certeza da punição. Também instruía “o fim das penas não é atormentar e afligir um ser insensível, nem desfazer um crime que já foi cometido.”(BECCARIA, 2005, p.62). Para ele o único fim da punição é de impedir o apenado de cometer novos delitos prejudicando a sociedade e servir de exemplo para futuros delinqüentes.

Para BITENCOURT

“Beccaria viu na pena privativa de liberdade um bom substitutivo para as penas capitais e corporais. Suas idéias foram quase literalmente implantadas pelo primeiro Código Penal da França, adotado pela Assembléia Constituinte de 1791. Reduziu-se muito a quantidade de delitos sancionados com a pena de morte, aboliram-se as penas corporais e introduziu-se a pena privativa de liberdade para muitos delitos graves.” (BITENCOURT, 2004, p.38).

John Howard (1726-90) percorreu a Europa estudando os diferentes sistemas penitenciários, dada a proximidade de sua experiência pessoal como xerife na Grã-Bretanha. Em 1777 sugere embasado na corrente humanista a criação de estabelecimentos penitenciários, com o mínimo de saneamento, alimentação e assistência médica. Fundamentais para a reabilitação do infrator. Além desse ponto, propõe a separação dos apenados entre processados, condenados e devedores. Isolamento noturno, e como adepto do calvinismo, a religião como meio de regeneração do condenado. Também mencionou cuidados de caráter administrativo, sugerindo que a prisão necessitava de carcereiros honrados e humanos. (CARVALHO FILHO, 2002, p.23).

Jeremy Bentham (1748-1832), seus estudos penológicos, influenciaram de tal modo que algumas se mantêm vigentes até hoje. Acreditava na “prevenção geral” e “especial”. A prevenção especial atuava apenas de forma secundária, sendo esta a reabilitação do infrator. Diferente da prevenção geral, que era o fim principal da pena. Prevenir os delitos futuros, não sendo a pena uma vingança, para isso

acreditava que a pena deveria ser tão cruel quanto o delito cometido (forma retributiva de pena). Para alcançar essas metas, as casas de correções deveriam separar os delinqüentes para que pudessem ser corrigidos e educados de acordo com a sua diversidade de estado moral. Com medo dos castigos e os novos hábitos, a pena poderia emendá-los.

Apesar da pena ser cruel, Bentham estabelecia que não poderia esquecer do humanitarismo, sendo essas penas cruéis apenas aparentemente. Também se preocupou com “a assistência pós-penitenciária.” Forma de destacar, sua preocupação com a reabilitação do infrator e a sua visão do sentido da pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2004, p.46 a 48).

Também menciona sobre a estrutura a resguardar os infratores descrevendo o panóptico, demonstrando sua preocupação com a segurança e o controle do estabelecimento penitenciário. O panóptico é “um prédio circular em torno de uma torre, por onde o interior da cela de cada detento poderia ser visualmente controlado pela vigilância.” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 24).

1.4. AS PRIMEIRAS PENITENCIÁRIAS

As primeiras penitenciárias surgiram nos Estados Unidos no começo do século XIX. O primeiro sistema foi o da Filadélfia, implantado em 1790 onde os condenados se encontravam em isolamento nas celas por 24 horas, servia para estimular o arrependimento, a única leitura permitida era a bíblia.

Em 1820 adotou-se na cidade de *Auburn*, no estado de Nova York, o sistema que ficou conhecido pelo mesmo nome da cidade. Também conhecido como *Silent System*. O regime estabelecia aos condenados o isolamento noturno e trabalho no

período diurno, além de refeições em conjunto. Era aplicado um regime quase militar, que estabelecia o silêncio absoluto e a vigilância constante. A penitenciária de Auburn, diminuía seus custos ao adaptar o infrator ao trabalho industrial.

Os dois sistemas logo faliram, as construções tinham custos elevados, os detentos cresciam em números. Além de o isolamento absoluto ser considerado uma pena cruel.

Na segunda metade do século XIX, a Austrália, colônia britânica criou um regime conhecido como *mark system (sistema de vales)*. Era desenvolvido na *Ilha Norfolk*, recebia os criminosos mais audaciosos enviados da Inglaterra. Desenvolveu o modelo progressivo em que o preso se beneficiava de acordo com seu comportamento. No primeiro momento era mantido em isolamento 24 horas. Já em uma segunda ocasião aplicava-se apenas o isolamento noturno e trabalho no período diurno. E por fim o preso tinha liberdade em alguns prazos determinados e se obtivesse bom comportamento alcançaria a liberdade definitiva. O preso descontava suas horas trabalhadas em dias pena. Determinando a durabilidade de sua estadia. Posteriormente o modelo progressivo foi melhorado, até chegarmos ao modelo vigente. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 24 a 27).

1.5. NO BRASIL

1.5.1. Período Colonial

A partir de 1500 com a descoberta do Brasil, e entrada dos colonizadores portugueses passou a adotarem-se seus métodos legislativos embasados no direito romano, canônico e costumeiro.

Às ordenações Afonsinas (1446 a 1514) que estabeleciam o sistema penal em seu livro V, traziam penas não proporcional aos crimes cometidos. Também mencionavam o “caráter preventivo e consistente em evitar a fuga do autor do crime até ser julgado” (DOTTI, 1998, p.42).

Posteriormente as ordenações Manuelinas de 1514 a 1603 promulgada por D. Manuel não mencionava grandes mudanças em relação às Afonsinas, continuando a não determinar a duração da prisão, ficando a mercê do arbítrio do rei. Mantendo também seu caráter de custódia, onde se aguardava para o julgamento.

E por fim as ordenações Filipinas de 1603 a 1830 que demonstrou um avanço na justiça pública, contudo foi um período de aplicação de penas cruéis em larga escala. Além de aplicá-las de forma discriminatória favorecendo as pessoas de “mor qualidade”.

Nesses meados já existiam as prisões:

Se localizavam no andar térreo das câmaras municipais e faziam parte constitutiva do poder local. Serviam para recolher desordeiros, escravos fugitivos e, evidentemente, criminosos à espera de julgamento e punição. (CARVALHO FILHO apud SALLA, 2002, p. 36).

1.5.2. Código Criminal do Império

Em 1830 foi estabelecido o Código Criminal do Império sancionado por D. Pedro I. Embasado na Constituição Federal de 1824 que estabelecia os colégios e universidades que deram origem aos cursos jurídicos, de São Paulo e de Olinda. Trouxeram grandes modificações ao sistema prisional, em razão do aumento da

capacidade crítica dos juristas e estudiosos do direito. Com essas melhorias o código teve grandes avanços como: reduzir a pena de morte e a crueldade na sua execução, destinar apenas aos casos de homicídio, insurreição de escravos e latrocínios; além de Instalar a pena privativa de liberdade.

Entretanto o grande diferencial deste sistema foi a prisão com trabalho e a prisão simples. A prisão com trabalho obrigava os condenados a prestar serviço enquanto permaneciam encarcerados. Poderia ser substituído pela prisão simples em caso de não obtenção de prisões que estabelecessem estas comodidades, porém teriam um acréscimo de um sexto no valor de sua pena. O tempo máximo de pena com trabalho era de 20 anos. A prisão simples era a detenção do condenado em prisões públicas pelo tempo determinado em sua sentença.

Logo esse sistema entrou em decadência pela falta de estrutura das prisões, que tratavam os seus abrigados de forma desumana, por serem imundas, pestilentas, estreitas e infectadas.

Em 1850 e 1852 para suprir essa falência foram criadas as Casas de Correção, uma no Rio de Janeiro e outra em São Paulo. “Pode-se dizer que elas simbolizam a entrada do país na era da modernidade punitiva.” (CARVALHO FILHO 2002, p. 38).

Foram construídas de acordo com o modelo de *Bentham*, porém não detiveram o modelo de panóptico por um erro. Seu sistema era inspirado no de *Auburn*, onde os presos trabalhavam em silêncio no período diurno e eram recolhidos no período noturno. Esse sistema buscava a regeneração do condenado, através das oficinas de trabalho, abrigavam vadios, mendigos, índios, desordeiros, menores além de escravos fugitivos ou a espera da pena de açoite, além dos condenados. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 39). Percebeu-se que o sistema adotado apesar de a

frente de seu tempo, ainda não estabelecia eficácia, pois em vez de transformar o condenado, corrompia-os ainda mais.

Essa celeuma ainda é fruto de discussão, pois é uma realidade no sistema carcerário vigente.

1.5.3. Código Criminal Republicano

Com a proclamação da República, foi elaborado um novo código penal em 1890. Foi pioneiro ao adotar o sistema progressivo. Foram estabelecidos a prisão celular para quase todos os crimes, as penas restritivas de liberdade não poderiam passar de 30 (trinta) anos, desapareceram um pouco antes as penas de galés e a forca, houve a separação entre presos condenados e presos processados. Na teoria, este código funcionava, contudo na prática novamente as prisões não causavam a regeneração almejada.

1.5.4. Código Penal Vigente

Em 1940 entra em vigor o código penal vigente. Que estabelecia duas formas de pena privativa de liberdade, reclusão e detenção. Reclusão são penas aplicadas para até 30 (trinta) anos de pena, já a reclusão para penas de menor intensidade até 3 (três) anos. Em caso de reclusão o detento poderia escolher o próprio trabalho, desde que contribuísse para a educação.

Estabelecia-se também o *sursis* (suspensão condicional) não eram presos, os réus primários condenados a pena de detenção não maior que dois anos aos menores de 21 anos e os maiores de 70 anos condenados a pena de reclusão.

Em 1941, é aprovada a Lei de Contravenções Penais, estabelecendo crimes de menor potencial que não necessitariam de pena restritiva de liberdade. Foi uma forma de aliviar o sistema penitenciário pelo excesso causado pela reclusão e detenção vigoradas no código.

Em 1977, ocorre uma reforma de forma parcial no código. Passa a se entender que as penas privativas de liberdade são destinadas apenas a crimes graves.

Segundo DOTTI

“A Exposição de Motivos salientou que um dos graves problemas determinantes do movimento de reforma se devia à superlotação carcerária. Os estabelecimentos penais já não podiam mais atender ao grande volume de internamentos como um fenômeno característico do aumento da criminalidade”. (DOTTI, 1998, p.87).

A reforma modificou a aplicabilidade do *sursis* estabelecendo um relaxamento, ou seja, ampliou sua aplicação, também o livramento condicional, instituiu o sistema de regime fechado, semi-aberto e aberto (sistema atual). Além de consagrar a prisão albergue. Em 1984 criou-se as penas alternativas.

Posteriormente veio tendo novas mudanças, com a vigência da Constituição Federal de 1988, que através desta precisou ser feita novas reformas, pois previu novas sanções.

Tratando-se do direito como um objeto dinâmico, este será alterado de acordo com as necessidades e mudanças sociais. A mais recente foi acrescida pela Lei 12403/2011 reformando o Código de Processo Penal Brasileiro, que visa reduzir a

superlotação carcerária. A qual será tema deste trabalho em seus aspectos da prisão preventiva.

2. MUDANÇAS OPERADAS PELA LEI 12403/11.

Com a portaria Nº 61/2000, requisitada pelo Ministro José Carlos Dias iniciou-se o trabalho do Ministério da Justiça na organização e reestruturação da legislação processual penal. Alguns notórios juristas como: Luiz Flávio Gomes, Ada Pellegrini Grinover, entre outros. Deram nascimento ao que viria a ser o Projeto de Lei Nº 4.208 de 2001.

Após dez anos de tramitação no Congresso Nacional, fora sancionado pela Presidente Dilma Rousseff e enfim publicado no dia 4 de maio de 2011 a lei 12403. Porém entrou em vigor depois de 60 dias, em 4 de julho do mesmo ano, passado o período de *vocatio legis*. (SILVA,2011, p. 688).

Esta Lei, Nº 12403/2011 nos trouxe a afirmação de que se deve prevalecer o princípio da Supremacia da Constituição, em outras palavras, a normatização infraconstitucional vem sendo moldado em consonância com seus preceitos e garantias. Sendo a prisão processual uma exceção ao Estado Democrático de Direito e a liberdade a regra.

Logo o objetivo é evitar o encarceramento do acusado na fase investigatória e processual, sendo a prisão uma “*extrema ratio da ultima ratio*”. Demonstrando deste modo a prevalência de princípios constitucionais como: presunção de inocência ou não-culpabilidade (ninguém será considerado culpado até o fim de sentença penal condenatória), devido processo legal (o andamento do processo deve assegurar as garantias processuais e fundamentais), dignidade da pessoa humana, entre muitos outros.

2.1. INSTITUTOS ALTERADOS

O dispositivo altera o código de processo penal, de 1941 no que tange a prisão cautelar “reafirmando o caráter instrumental do instituto e trazendo ao juiz mecanismos alternativos às medidas cautelares, bem como a valorização do instituto da fiança.” (GEMAQUE, 2011).

Todavia serão abordadas nesse capítulo as mudanças ocorridas na fiança, na prisão em flagrante e o acréscimo das medidas cautelares alternativas de forma sucinta, por serem correlatos a prisão preventiva. A prisão preventiva será elucidada com um maior enfoque, pois trata-se do tema do presente trabalho. A prisão temporária não será comentada, visto que não sofrera alterações.

2.1.1. Fiança.

NUCCI afirma que a “fiança trata-se de uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso do processo criminal”.(2008, p.358) Ou seja, serve de caução garantindo a liberdade do acusado, no decorrer da ação judicial.

Com a inovação legislativa este instituto foi fortalecido, abrangendo uma maior gama de crimes, e conseqüentemente ampliando a função do Delegado de Polícia, que terá a faculdade de aplica - lá de acordo com o caso concreto. A fiança então poderá ser decretada não apenas em prisão simples ou crimes punidos com detenção, e sim em delitos de pena privativa de liberdade com pena máxima de quatro anos.

Ainda foram mantidas as exceções do art. 323 referentes a crimes inafiançáveis.

Segundo NETO:

“Não será possível a concessão de fiança para os seguintes crimes: racismo, tráfico de drogas, tortura, terrorismo, crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito e nos crimes hediondos” (NETO, 2011).

Esta cláusula advém do dispositivo estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII.

Havendo quebra de fiança, preestabelecida sem motivo justo, da prisão do devedor de alimentos (prisão civil), preso militar e se presentes requisitos que autorizam a prisão preventiva, não poderá ser concedido a fiança.

Os valores foram reforçados, demonstrando “... a respeitabilidade das funções policiais e judiciárias, pois o depósito dos valores será mais uma garantia de obediência aos deveres processuais por parte dos acusados...” (GEMAQUE, 2011). O critério para se estabelecer o valor da fiança, será o de condição econômica do acusado e as circunstâncias do caso concreto. Ela deverá reparar danos sofridos, cobrirá custas e servirá como multa caso o acusado seja condenado.

2.1.2. Prisão em Flagrante

Prisão em flagrante é “medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.” (CAPEZ, 2012, p. 314)

A lei 12403/2011 refletiu sobre a prisão em flagrante, sua principal alteração foi a perda de seu caráter de prisão provisória. Isto se fará, pois ocorrido o flagrante é indispensável o encaminhamento do auto de prisão ao juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, e este embasado no artigo 310 poderá: relaxar a prisão se ilegal; decretar a liberdade provisória com ou sem fiança; e por fim converter a prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva se adequado aos requisitos. Ou seja, ninguém poderá responder a um processo preso em flagrante.

Assim o acusado só poderá ser preso sem sentença transitada e julgada em caso de prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Porém só se manterá preso nos dois últimos casos. (CAPEZ, 2012, p.326-327).

Na hipótese de prisão em flagrante, deverá comunicar ao juiz, ao familiar do preso ou pessoa requisitada por ele e ao Ministério Público, podendo este se manifestar previamente sobre a legalidade da prisão, antes da decisão fundamentada do juiz. O que tira do magistrado a necessidade de remeter o auto ao promotor. (GEMAQUE, 2011).

Muito foi dito sobre a supressão dos artigos 317 e 318 que mencionavam a apresentação espontânea. Porém foram retirados por serem desnecessários, já que não poderá decretar prisão em flagrante em caso de apresentação por falta de previsão legal para enquadrar tal circunstância. (NETO, 2011).

2.1.3. Medidas Cautelares Alternativas.

A norma inovou ao estabelecer em seu artigo 319, medidas acautelatórias diferente da prisão. Essas alternativas são capazes de tutelar de forma eficaz os fins do processo sem a necessidade de uma medida mais drástica (prisão preventiva). Ela está entre a decretação da prisão e a liberdade provisória.

Essas medidas estão elencadas no artigo 319, I a IX, do CPP. Sendo elas: comparecimento obrigatório em juízo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoas determinadas; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar em dias de folga e no período noturno; suspensão da função pública ou de atividade econômica; internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; fiança em casos que se admite e monitoração eletrônica.

2.1.3.1. Requisitos de aplicação.

Para a imposição de qualquer medida cautelar tem que se observar o artigo 208, I e II do código de processo penal, que descreve o princípio da proporcionalidade. Isto será feito através de dois requisitos, a necessidade e a adequação.

A necessidade consiste na argumentação do “*periculum in mora*”, ou seja, só caberá a determinada medida para assegurar a situação fática, devendo o Estado agir de forma adiantada para garantir o interesse processual e o meio social. Para alguns doutrinadores o termo a ser usado deveria ser o “*periculum libertatis*” sendo que a liberdade do acusado é quem coloca em risco o processo e não a demora na sua apreciação. (CABETTE, 2011).

A necessidade se subdivide em três sub-tópicos: a) garantia da aplicação da lei penal; b) para investigação ou instrução criminal e c) para evitar a prática de infrações penais. Encontrada uma destas já será justificada a necessidade.

Não poderá ser usada a gravidade da acusação como fundamentação do “periculum in mora”, pois esta não se justifica. Se não demonstrada de forma consolidada a prisão será ilegal.

A adequação, reporta-se a análise da situação concreta, verificando a medida que trará a eficácia de proteção ao processo e a sociedade, porém causando o menor dano possível ao acusado. Se observado o uso de uma medida mais gravosa sem necessidade, a prisão será ilegal. (CAPEZ, 2012, p. 344).

Ao analisar sua aplicação deverá se fazer uma individualização da medida cautelar através de três sub-tópicos: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato e c) condições pessoais do acusado.

Não havendo necessidade de prisão preventiva o magistrado poderá aplicar outra medida cautelar desde que analisados o princípio da proporcionalidade. Caso isso ocorra ao se deparar com a liberdade provisória o magistrado poderá: aplicar somente a liberdade provisória, não achando necessário qualquer outra medida; aplicar a liberdade provisória com fiança isoladamente ou cumulada com uma medida cautelar alternativa; ou simplesmente aplicar uma medida cautelar alternativa. Estas medidas poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulada, desde que não sejam conjuntas com a prisão preventiva. Qualquer medida terá que ser fundamentada. (CAPEZ, 2012, p.345).

2.1.3.2. Decretação.

Poderá infligir este instituto na investigação criminal mediante representação da autoridade policial e por requerimento pelo Ministério Público. Já na fase processual, pelo juiz de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (CAPEZ, 2012, p. 347).

2.1.3.3. Descumprimento da medida cautelar.

Caso a medida venha ser descumprida o magistrado poderá: substituir a medida; cumulá-la ou em último caso recorrer a prisão preventiva. A lei também demanda que o juiz ao receber o requerimento ou representação para aplicação de uma medida cautelar, o acusado deverá ser intimado para ser ouvido, junta a esta irá a cópia do requerimento e das peças que forem necessárias. Isso poderá não ocorrer em caso de urgência da medida ou perigo de ineficácia. Estas exceções vêm sendo bastante criticadas, por ser a urgência um dos requisitos para aplicação das medidas cautelares. (CAPEZ, 2012 p. 348).

2.1.4. Prisão Preventiva.

Para Mirabete a prisão preventiva em sentido estrito:

“É uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança” (MIRABETE, 2003, p.384).

A prisão preventiva é uma medida de caráter cautelar que visa a proteção da eficácia processual, vem conjuntamente com a prisão em flagrante e a prisão temporária. Tem natureza excepcional, sendo implantada apenas em último caso

quando nenhuma medida menos gravosa lhe convier, por ser uma punição antecipada.

2.1.4.1 Requisitos de aplicação

Só poderá ser infligida se houver a presença de seus requisitos sendo estes:

O primeiro a se verificar trata-se do “*fumus boni iuris*” ou para alguns doutrinadores “*fumus camissi delicti*”, representados pela prova de existência do crime e pelos indícios suficientes de autoria.

A prova de existência do crime reporta-se a comprovação da ocorrência do ilícito penal através de exame de corpo delicto, documentos, provas e etc. Já os indícios suficientes de autoria, não serão provas concretas, mas sim meros indícios feitos por apontamentos. (RANGEL, 2009, p.715). Não poderá aplicar o “*in dubio pro societate*” quando não existirem esses pressupostos.

Outro requisito a ser analisado será o “*periculum in mora*” ou “*periculum libertatis*”, constitui-se do perigo na demora do início do processo, sendo que se a medida não for adotada quando dada sentença final condenatória poderá esta ser completamente ineficaz. Bastará apenas uma delas para a existência do “*periculum in mora*”. São elas: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica.

a) Garantia da ordem pública: servirá para resguardar a harmonia social, sendo que o indiciado solto poderá praticar novos delitos, ou seja, o impedirá de continuar

a delinquir. O clamor popular, pela gravidade do crime cometido não poderá servir como medida autorizadora para aplicação da prisão preventiva. Pois o Estado é quem deve garantir a integridade física e mental do indiciado.

b) Conveniência da instrução criminal: será autorizada a prisão preventiva do acusado quando este de algum modo interferir de maneira a prejudicar o andamento da instrução criminal. Terá a finalidade de assegurar um processo justo e livre de provas contaminadas.

c) Garantia de aplicação da lei penal: só ocorrerá quando houver provas de que o acusado esta se desfazendo de seus bens matérias para evitar o pagamento dos prejuízos causados pelo fato criminoso. Ou que haja a intenção de fuga do agente inviabilizando a sua submissão ao sistema judicial. A fuga não será aceita como elemento, quando não provada de forma cabal nos autos do processo.

d) Garantia da ordem econômica: permite a prisão do acusado que perturba o exercício de atividade econômica. Poderá ser decretado em casos previstos nas Leis nºs 8.137/91, 8.176/91, 8.078/90 e outras. (RANGEL,2009, p.713-714).

Para Fernando Capez o Descumprimento da medida cautelar imposta também faz parte do "*periculum in mora*", ou seja, quando descumprida uma medida cautelar prevista no artigo 319, o juiz poderá: decretar outra medida substituindo; cumular a medida ou em ultimo caso, decretar a prisão preventiva. Quando estas medidas não bastarem. (CAPEZ, 2012, p.331).

2.1.4.2. Requisitos legais de cabimento.

Ocorrendo deste modo o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni iuris*” deverão analisar ainda quando a lei permite a aplicação da prisão preventiva em casos concretos. O artigo 313 tratou de admiti-las.

- A) Caberá a prisão preventiva, contra crimes dolosos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Não se observa mais o critério de detenção ou reclusão (inciso I).

- B) Aplicar-se-á a prisão preventiva quando houver condenação do acusado por outro crime doloso com sentença transitada e julgada. Com exceção ao disposto no artigo 64 *caput*, inciso I do Código Penal que determina que não tenha transcorrido o lapso de tempo de 5 anos após a extinção da pena, causando a prescrição da reincidência. Ou seja, acontecendo o disposto no artigo 63 do Código Penal “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” e não ocorrida prescrição aplica-se a preventiva como forma de última *ratio* (inciso II).

- C) Tratar-se de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a preventiva é imposta para garantir as medidas protetivas de urgência. Essa possibilidade amplia a aplicabilidade da preventiva para alguns crimes que muitas vezes não a caberia. Porém para que esta não se torne inconstitucional, ainda sim analisará os critérios estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal e os requisitos da prisão preventiva (*fumus boni iuris e periculum in mora*). Nunca de forma a banalizar a prisão preventiva, e sim de vê-la com última hipótese (Inciso III).

D) Quando calhar dúvidas sobre a identidade civil do acusado, ou quando este não fornecer elementos para esclarecê-las. Poderá aplicar a prisão preventiva ao tempo de identificar o agente, ao se fazer conhecido deverá imediatamente ser posto em liberdade, pois não há mais necessidade da medida (Parágrafo único).

2.1.4.3. Hipóteses que não caberá prisão preventiva.

Quando verificado que o agente praticou um fato típico, porém sobre uma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, sendo estes em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Com relevante constatação de uma delas, não poderá aplicar a prisão preventiva, pois tem-se grande probabilidade de tornar-se depois de sentença penal um fato atípico. Para alguns doutrinadores apesar de o artigo 314 da lei reformadora não mencionar a excludente de culpabilidade nem tanto as discriminantes putativas também recairiam como hipóteses. (BIANCHINI et al., p.157-158, 2011).

2.1.4.4. Motivação de aplicação, substituição ou denegar a prisão preventiva.

Toda decisão que de aplicar, substituir ou negar a prisão preventiva deverá se fundamentada levando-se em consideração todos os seus requisitos, constados no artigo 312, 313, além do “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Não podendo se embasar em suposições abstratas, e sim verter-se a fatos concretos. Caso o magistrado venha denegar a custódia, caberá recurso em sentido estrito. Porém se conceder impetra-se *habeas corpus*.

Em caso de aparecimento de novos fatos, que não justifique o uso da prisão preventiva o juiz poderá revogá-la de ofício, ou a requerimento da parte. Desta decisão caberá recurso em sentido estrito.

Contudo em uma terceira presunção o juiz poderá substituir a medida provisória por outra cautelar menos danosa. Para este caso não foi estabelecido recurso, sendo interpretado analogicamente como negação e aplicação da prisão preventiva, sendo então os mesmo recursos, em sentido estrito quando aplicar a substituição e quando denegar, *habeas corpus*. (BIANCHINI et al., 2011, p.158 -159).

2.1.4.5. Fase de Decretação da prisão preventiva.

Com a reforma trazida pela referida Lei as fases de decretação da prisão preventiva ainda se manterão no que diz respeito a serem autorizadas em toda a persecução penal, contudo poderá ser decretada de ofício apenas na fase processual, destacando deste modo a imparcialidade do juiz.

Já na fase do Inquérito Policial poderá ser requerida pelo Ministério Público, atuando este como parte ou fiscal da lei. Ou por representação da autoridade policial, onde explicitará os motivos e justificativas para aplicabilidade da medida.(BIANCHINI et al.,2011, p.139 á 141)

2.1.4.6. Modalidades de prisão preventiva.

Para o autor Fernando Capez, por haver a conversão do flagrante em prisão preventiva quando esta apresenta seus requisitos de aplicação surgem três situações diversas: a prisão preventiva autônoma que ocorre quando se encontra “*fumus boni iuris*” um dos requisitos do “*periculum in mora*” e por fim uma das modalidades descritas no artigo 313 do Código de Processo Penal Brasileiro; a

segunda modalidade consiste na prisão preventiva convertida que será aplicada quando lavrado o flagrante encontrarem-se os requisitos da preventiva, convertendo deste modo o flagrante em prisão preventiva; e por fim a substitutiva que será decretada quando descumprida a medida cautelar alternativa imposta, sendo que nenhuma outra medida imposta menos gravosa seja suficiente para assegurar a persecução penal. (2012, p.335-336)

2.1.4.7. Prisão preventiva domiciliar.

Segundo o artigo 318 do Código de Processo Penal Brasileiro o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar em alguns casos como: sendo o agente maior de 80 anos; debilitado por doença grave; pessoa imprescindível para menor de 6 anos ou pessoa com deficiência; e por fim gestantes a partir do sétimo mês ou gravidez de alto risco.

A prisão preventiva domiciliar trata-se de recolhimento em período integral, diferentemente das medidas cautelares que o recolhimento acontece apenas no período noturno. No caso da domiciliar é admissível a detração penal, pois trata-se de uma prisão preventiva, já no caso da medida cautelar diferente da prisão a detração não é admitida. (CAPEZ, 2012, p. 336)

3. AS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA PENAL.

Este capítulo se chamará as transformações do sistema penal, pois consiste não só na lei penal e suas disposições, mas um conjunto de normas e ações que tem a lei como sua principal fundamentação.

3.1. DIREITO PENAL E SOCIEDADE.

Muitos autores tentam concluir a relação entre o direito penal e a sociedade, quem nasce de quem, ou quem transforma ou é transformada, sociedade ou direito. Indagações sobre a existência de um direito natural ou até mesmo um direito de nascimento divino, levam o discípulo deste estudo a nortes diferentes dependendo da posição adotada.

Para BARRETO (apud BATISTA, 2004, p.18-19) o homem não elabora nenhuma formas de comunicação, não exerce nenhum meio de produção ou arte que a natureza não tenha lhe instruído, ou seja, tudo é produto dele mesmo, através de suas artes, trabalho, etc. Tudo é construído por meio de agrupamento, decorrendo o direito dessas estruturas que esse agrupamento exige. Para conhecer o direito Assírio ou romanos, ou o próprio direito brasileiro, devemos analisar a sua estrutura social, política e econômica, e lá estará o respectivo modelo adotado.

Segundo BATISTA o direito penal existe para cumprir uma finalidade e não simplesmente para celebrar ou glorificar valores eternos e morais. A finalidade primordial deste direito vem sendo o combate ao crime, onde se inventa a lei para desempenhar o “efeito intimidador”, contudo esse método tem um efeito pouco eficaz, sendo mínima a sua ação de prevenção. (p.20-21,2004)

Também desempenha o propósito de defender e organizar o corpo social, mas esse intento em sociedades corruptas estabelecidas por classes sociais largamente divergentes vem sendo uma forma de legitimar medidas que assegure o consenso da maioria em detrimento a minoria.

Logo conclui-se que como o direito é fruto das relações sociais e conseqüentemente do próprio homem, e esta congregação é dividida e dominada por classes sociais prevalentes. O sistema penal também é modelado por estes inconstantes valores sociais.

3.2. TEORIAS QUE PERMEIAM O ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Para MASSON (2009,p.75) as modificações ocorridas na humanidade nos últimos anos, como globalização, massificação de problemas, e principalmente a formação de uma sociedade de risco, alteraram a essência do Direito Penal. Tendo desta forma que abranger novos conflitos como comportamentos de massa distintos e uniformes. Esse alargamento de atuação, gera um profundo dilema, devendo este intervir em todas as condutas, mesmo sabendo que não será suficiente ou intervir de forma limitada, devendo agir apenas em casos relevantes.

Dentro desse conflito o direito penal e processual penal vem tentando se amoldar as necessidades sociais modernas para tal feito se inspiram em teorias e doutrinas estrangeiras para solucionar esse impasse de modo a garantir a ordem e a proteção da vida em sociedade.

3.2.1 O Direito Penal do Inimigo.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada por Gunther Jakobs, na década de 1980 onde o autor desenvolveu os primeiros passos, contudo assumiu sua obra apenas em 2003 publicando-a. Segundo o supra renomado professor alemão, há a necessidade de estabelecer novos parâmetros ao direito penal, desvinculando-o dos conceitos clássicos. Para a modificação desse sistema, propõe a eliminação ou o abrandamento de garantias que antes eram tidas como absolutas.

Para Jakobs existiria dois tipos de direito penal um para aplicação aos cidadãos e outro para os rotulados inimigos do Estado. Contudo seriam esses modelos utópicos, não se encontrando na realidade em seu estado puro e sim um direito permaneceria dentro do outro, ou seja, inserido no direito do cidadão haveria o direito penal do inimigo e vice-versa.

O direito penal que se destinaria ao cidadão é aquele que aplica a norma quando infringida de modo a coagir, porém com todas as garantias processuais e penais. Pois seu autor cometeu um ato eventual e incidental, não almejando a destruição a estrutura do Estado.

Para MARTÍN

“O direito penal do cidadão define e sanciona delitos ou infrações normativas realizados pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu *status* de cidadão.”(2007, p.81)

Para esse infrator que não oferece tantos riscos, se dá à chance de uma reintegração a sociedade, são reservadas todas as garantias de um Estado democrático de direito, ou seja, é mantido seu status de pessoa ou cidadão.

Entretanto para o indivíduo que quebra as regras impostas pelo ordenamento visando desestabilizar sua ordem, ou destruí-lo, não poderá ser tratado como cidadão, não tendo todas as garantias inerentes a este. Seria o inimigo aquele que tem seu meio de vida vinculado a criminalidade, o crime é sua profissão sendo identificadas pela habitualidade criminosa, reincidência e principalmente inserção em organizações criminosas estruturadas. Como este indivíduo não reconhece o direito estabelecido, não se pode mais calcular a sua conduta, tira-se o seu *status* de pessoa passando a ser tratado como alguém contrário ao Estado, devendo ser eliminado ou suprimido deste. (MASSON, 2009 p.83)

Segundo MARTÍN

“...os inimigos são indivíduos que se caracterizam primeiro, por rechaçarem, a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguirem a destruição dessa ordem, e, segundo, como consequência disso, por sua especial periculosidade para a ordem jurídica, dado que tais indivíduos não oferecem garantias mínimas de segurança cognitiva de um comportamento pessoal, isto é, seu comportamento já não é calculável conforme as expectativas normativas vigentes na sociedade.” (2007, p.84)

A teoria de Jakobs é fundamentada na teoria de Rousseau, estabelecida no contrato social, onde o desrespeito ao pacto leva a pessoa a não fazer mais parte do Estado. Nota-se também a adoção do Direito Penal do Autor, se preocupando com quem o agente é e não mais por suas ações ou omissões de caráter relevante.

O agente identificado como inimigo sofre as consequências como a perda de garantias constitucionalmente previstas como a ampla defesa, o direito de constituir um defensor, sendo possível até mesmo a incomunicabilidade deste acusado. Serve também para proteger a sociedade de atos preparatórios, sem que haja redução destas penas. Pois tem caráter preventivo, já que a mera demonstração de eventual prática de crime já é suficiente para a punição. (MASSON, 2009,p. 84)

Assim o que importa é garantir a ordem social, mesmo que isso implique em flexibilização de direitos fundamentais individuais. Devendo preservar a estrutura Estatal mesmo que para tal se utilize de estratégias de guerra, e repúdio ao Inimigo.

3.2.2. Garantismo penal.

O garantismo penal tem Luigi Ferrajoli, como seu fundador. Em sua obra *Direito e Razão* concretizou sua teoria.

Segundo MASSON

“Trata-se de um modelo universal - e por essa razão se transforma em uma meta a ser alcançada pelos operadores do Direito – destinado a contribuir com a moderna crise que assola os sistemas penais, desde o nascedouro da lei até o final do cumprimento da sanção penal, atingindo, até mesmo, particularidades inerentes ao acusado depois da execução penal.”(2009, p.71)

O garantismo penal estabelece a razoabilidade da intervenção do Estado em relação a punição, deixou de ter uma visão de que as garantias individuais podem ser violadas ou flexibilizadas em prol da “defesa social.” Estabelece deste modo que os direitos fundamentais, são inatingíveis, não podendo ser negociado nem relaxado

em virtude de um bem superior. Passam a ser o limite da intervenção Estatal do Direito Penal na sociedade Democrática.(CARVALHO; CARVALHO, 2004, p.19)

A teoria de Ferrajoli se apresenta como uma medida de razoabilidade entre a violência de delitos e de penas, protegendo os indivíduos de vinganças públicas legitimadas e privadas, ou seja, protege o mais fraco em detrimento ao mais forte.

Ainda para CARVALHO e CARVALHO, esta teoria advém do iluminismo sendo completamente avessa a qualquer alicerce de saber versus poder que limita o homem como descartável, negando seus direitos e conseqüentemente seu estado de pessoa.(2004, p.20)

O principal ponto a ser discutido paira sobre o princípio da legalidade, onde deve estabelecer previamente ao cidadão seus direitos, e deveres, condicionando o Estado a interferir até os limites descritos. Entretanto ainda ressalta que o sistema positivista confunde Legalidade com Legitimidade.

Legitimidade é todo ato de poder que é emanado de um órgão que tenha competência e autorização para formula-lo, bastando essas medidas já geraria a sua validade. Seria na verdade um ato de vigência (formal) e não de legalidade. Para ser um ato legal e ter validade no ordenamento jurídico, não bastaria apenas ser uma ordem emanada de um poder legitimado, mas necessita ser compatível com o ordenamento jurídico e sua principiologia.

Só assim evitaríamos, vinganças e violações a direitos absolutos.

CARVALHO, conclui que:

“A teoria do garantismo penal, apesar de marcada pelo ideário iluminista e naturalmente pela pretensão universalista típica dos paradigmas científicos, apresenta no contexto global de violações aos direitos humanos interessantes mecanismo de fomento à minimização dos poderes punitivos. Desta maneira, visualiza a otimização dos direitos fundamentais desde a perspectiva crítica da dogmática jurídico-penal, ou seja, percebe o sistema normativo como instrumental eminentemente prático que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ou inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas cotidianas.”(2011, p.122)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do sistema prisional, deixando de ser um meio de custódia para ser em si o meio punitivo foi uma evolução no que tange a direitos, porém vem sendo comprovado ao longo da história que apesar desses avanços estamos longe de um modelo ideal que realmente cause transformação no detento e regeneração, para que este possa voltar a sociedade.

O sistema penal brasileiro vem sofrendo com esse aumento da população carcerária, e altos índices de criminalidade, por isso criou modificações como a Lei de prisões referida neste trabalho, para minorar esses efeitos e efetivar as garantias já prevista na constituição federal, mas não exercida por falta de uma previsão intermediária entre a prisão preventiva e a liberdade provisória.

Dessa maneira, antes de sentença penal condenatória o acusado só poderá ser preso preventivamente em casos extremos onde medidas mais brandas não seriam capaz de sanar.

Com a efetivação da Lei, o processo penal brasileiro demonstra a adoção da teoria do garantismo penal, onde as garantias individuais são absolutas e inflexíveis, tendo estas o papel de limitar a intervenção do Estado. Não podendo ser minorada nem por segurança social. Protegendo o cidadão de vinganças privadas e também de públicas legitimadas.

Também abordamos sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo formulada por Gunther Jakobs, identificando-os por reiteradas ações criminosas, associação a organizações criminosas entre outros. Jakobs propõe o combate e eliminação desse indivíduo que não, tem o status de cidadão muito menos suas garantias.

Apesar de adotarmos, mesmo de forma velada, o princípio do direito penal do inimigo o processo penal brasileiro vem avançando e tomando medidas como a nova lei de prisões que nos levam ao garantismo penal mesmo que exercido de forma muito branda, dita um novo olhar ao sistema penal realmente condizente com um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BIANCHINI, Alice et al. **Prisão e Medida Cautelares: comentários a lei 12403/2011, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causa e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO; Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

FILHO, Luís Carvalho. **A prisão**. 1. ed. São Paulo: Publifolha, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**. 2.ed. São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 7.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

RANGE, Paulo. **Direito processual penal**. 16.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Sites

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O advento da reforma do código de processo penal pela lei 12.403/11 e o destino da apresentação espontânea do acusado**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/O_ADVENTO_DA_REFORMA_DO_CODIGO_DE_PROCESSO_PENAL_PELA%20LEI_12403.pdf. Acessado em: 16 de julho de 2012.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. **Prisão cautelar ficou mais bem disciplinada.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-23/prisao-cautelar-ficou-bem-disciplinada-regime>. Acessado em: 16 de julho de 2012.

NETO, Francisco Sannini. **Prisão Preventiva e o artigo 313, inciso I do Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Prisao_Preventiva_e_o_artigo_313.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2012.

SILVA, Adrian Barbosa E. **Aportes (críticos) para um estudo preliminar da Lei 12.403/2011: As (in)felizes mudanças no CPP à luz da constituição.** Disponível em : http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_16.pdf. Acessado em: 27 de maio de 2012.