



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

ARCHIMEDES DIAS JUNIOR

**PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DAS PRISÕES CAUTELARES
APÓS A LEI 12.403/11**

Assis
2012

ARCHIMEDES DIAS JUNIOR

**PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DAS PRISÕES CAUTELARES
APÓS A LEI 12.403/11**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento do Curso de Bacharelado em Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso.

Orientação: Prof.^a. Aline Silvério de Paiva

Área de Concentração: Direito Processual Penal

ASSIS
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

JUNIOR, Archimedes Dias

Perspectivas Constitucionais das Prisões Cautelares Após a Lei 12.403/11 / Archimedes Dias Junior. Fundação Educacional do Município de Assis – Assis, 2012.

33p.

Orientador: Prof.^a. Aline Silvério de Paiva

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

1. Prisões Cautelares, 2. Lei 12.403/11.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

**PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS DAS PRISÕES CAUTELARES
APÓS A LEI 12.403/11**

ARCHIMEDES DIAS JUNIOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
IMESA - Instituto Municipal de Ensino Superior,
como requisito para a conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito, analisado pela seguinte
comissão examinadora:

Orientador: Prof.^a Aline Silvério de Paiva _____

Analisador: Prof. Cláudio José Palma Sanchez _____

ASSIS
2012

Dedicatória

***À minha família, em especial meu filho e
minha mãe.***

***À minha esposa, amiga e companheira
nos bons e árduos momentos da jornada
que passamos no decorrer de nossa vida
conjugal.***

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me permitido cumprir a mais esse desafio, me apoiando nas horas difíceis.

À Prof.^a Aline, minha orientadora, que não mediu esforços para que eu galgasse mais esse degrau.

Aos professores do curso de Direito, os quais tiveram a paciência para entender as minhas dificuldades no decorrer do curso, e em especial a memória do Irmão e Mestre, Prof. Edgard Pereira Lima.

A todos os colegas do curso que de alguma forma me incentivaram ou ajudaram durante esses anos.

Resumo

O presente trabalho trata das prisões cautelares admitidas pela legislação brasileira, com um enfoque especial ao regime de referidas prisões adotado pela Lei 12.403/11, e as características constitucionais desses institutos processuais cautelares.

Abstract

CONSTITUTIONAL PERSPECTIVES OF PRECAUTIONARY ARRESTS AFTER THE LAW 12.403/11

This work describes precautionary arrests adopted by Brazilian law, with a special focus to the prisons adopted by law 12.403/11, and the characteristics of these institutes precautionary procedural.

Keywords: Precautionary arrests; Law 12.403/11

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	13
2.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	13
2.1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	13
2.1.2. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	14
2.1.3. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE.....	14
2.1.4. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.....	15
2.1.5. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	15
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	16
2.2.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	16
2.2.2. PRINCÍPIO DA VERDADE PROCESSUAL.....	16
2.2.3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS.....	17
2.2.4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	18
2.2.5. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ.....	19
2.2.6. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	19
2.2.7. PRINCÍPIO DO FAVOR REI.....	21

2.2.8. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL.....	22
2.2.9. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DA DURAÇÃO DO PROCESSO.....	22
3 PRISÕES QUE NÃO SOFRERAM GRANDES MODIFICAÇÕES COM A LEI 12.403/11.....	24
3.1. PRISÃO EM FLAGRANTE.....	24
3.2 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	28
4 PRISÃO PREVENTIVA, MEDIDAS CAUTELARES, E AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/11.....	32
5 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	36

1 – INTRODUÇÃO.

Será tratado no presente trabalho os aspectos constitucionais das prisões cautelares, em especial após o advento da Lei 12.403, de 4 de maio de 2011; verificando eventuais colisões da Lei em questão com princípios constitucionais, e delimitar suas hipóteses de cabimento, bem como quais tendências do Direito Penal influenciaram em sua criação, e quais os resultados práticos que referida Lei pode trazer para a sociedade.

Dessa maneira, primeiramente deve ser feita uma diferenciação a ponto de identificar quais de todas as prisões são as cautelares. Sendo assim, ressalta-se existirem duas espécies de prisões no Direito Penal, a prisão-pena, e a prisão cautelar.

Neste sentido, conceituando a prisão em geral, e diferenciando uma da outra, é que narra Guilherme de Souza Nucci (2012, p.28-29):

Prisão é a privação de liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. A prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado. A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem a segregação do indiciado ou acusado, a primeira constitui efetiva sanção penal; a segunda não passa de uma medida de cautela, com o fim de assegurar algo. Não é um fim, mas um meio.

Portanto, será considerada neste trabalho apenas a prisão cautelar, esta que, conforme Nucci, simboliza apenas um “meio”, enquanto a prisão-pena seria um “fim”, sendo certo que, tratando-se apenas de um “meio”, e considerando a gravidade da prisão, vista como um instrumento a impedir a liberdade de ir e vir, inegável reconhecer a necessidade de um estudo mais aprofundado do assunto.

Desta forma, tendo em vista que a pesquisa irá tratar de algo que influi em Direitos e Garantias Fundamentais, necessita ser feito uma análise de referido tema com base na Constituição Federal, pois a mesma traz em seu artigo 5º várias garantias ao

cidadão, não podendo ser, portanto, ignorada, ainda mais se tratando de medidas que por si só tem o potencial de ferir o direito à liberdade.

Assim sendo, será tratado no primeiro capítulo dos Princípios Constitucionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal, tratando, também, dos princípios que são, de certa maneira, “atingidos” pelas prisões cautelares; seguindo o trabalho pelo segundo capítulo, onde será tratado das prisões cautelares que não sofreram grandes modificações legislativas.

No terceiro capítulo serão abordadas as medidas cautelares que sofreram maiores modificações com o advento da Lei 12.403/11.

2 – PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Considerando que as prisões cautelares atingem duas áreas do Direito Penal, tanto a área do direito material (Direito Penal), quanto à área do direito processual (Direito Processual Penal), faz-se necessário tratar dos princípios que envolvem as duas.

2.1 - PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

No que atine do Direito Material, consideram-se os princípios adotados por Nilo Batista, este que cita: princípio da legalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade, princípio da humanidade, e princípio da culpabilidade.

2.1.1 - Princípio da legalidade

Quanto ao princípio da legalidade, afirma Bitencourt (2011, p. 41):

Assim, segundo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inciso XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Com essa concepção, inclusive estampada na Constituição Federal, não existe crime sem que tenha uma lei anteriormente tratando do mesmo, de maneira que as pessoas a essa Lei submetidas possam ter uma segurança, não sendo surpreendidas com a edição de uma Lei incriminando algo que já tenha feito anteriormente.

De maneira clara, Mirabete trata do assunto (2006, p. 38):

Exige o princípio ora em estudo que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o

comportamento considerado como ilícito. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita com isso o arbítrio do julgador.

Por essas razões, reafirma-se que o fim almejado por tal princípio, e conseqüentemente, pelo preceito legal estampado pelo artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, é uma segurança jurídica da população.

2.1.2 - Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima dita que o Direito Penal deve atuar nas mínimas situações possíveis, e somente quando necessário, e isso é assim porque é o ramo do direito mais gravoso, onde é, na atualidade brasileira, aplicada a pena mais grave, que é o cerceamento da liberdade, nas palavras de Roxin¹ (1991 apud BATISTA, 2007, p.84), a “intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado”.

Sendo assim, por ser o instrumento mais “radical”, é que sua intervenção deve ser mínima, aplicando outros ramos do Direito, que não o Direito Penal, sempre que possível.

2.1.3 - Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade impõe que, para que uma conduta seja tida como crime, a mesma tem que ter um grau de ofensividade, ou seja, ultrapassar o âmbito interior do agente, de maneira a “lesar” algo, exigindo-se, assim, a exteriorização da vontade, com a conseqüente necessidade de que existam dois sujeitos, ao mínimo.

Conforme diz Nilo Batista (2007, p. 91):

¹ ROXIN, Claus, **Iniciación al derecho penal de hoy**, trad. F. Muñoz Conde e D.M. Luzón-Peña. Sevilla: Ed. Univ. De Sevilla, 1981

Este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da *exterioridade e alteridade* (ou *bilateralidade*) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo -, o direito “coloca-se face-a-face, pelo menos dois sujeitos”.

Desta forma, conforme exposto, conclui-se que as condutas somente começam a ter relevância jurídica após o momento que saem da esfera interna do agente.

2.1.4 - Princípio da Humanidade

Princípio da Humanidade é o princípio em que são baseadas várias vedações constitucionais, que limitam, de certa maneira, abusos do Direito Penal, ou seja, que impõem limites ao poder punitivo estatal.

Cezar Roberto Bitencourt (2011) cita como exemplo de referidas vedações, os Direitos Fundamentais presentes nos incisos XLIX e XLVII do artigo 5º da Constituição Federal, que refletem, respectivamente, ao respeito à integridade física e moral, e a vedação de aplicação de penas cruéis e degradantes.

Portanto, o princípio da humanidade impõe que o tratamento de todos deve se dar de maneira “humana”, evitando, dessa forma, penas ou castigos desgastantes, ou que venha ferir a dignidade da pessoa humana.

2.1.5 - Princípio da Culpabilidade

No que diz respeito ao princípio da culpabilidade, de maneira clara conceitua Nilo Batista (2007, p. 103):

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável.

De tal modo, extrai-se do conceito feito por Nilo Batista, que o princípio da culpabilidade nada mais é que um mandamento de somente responsabilizar o agente, quando este agir com uma parcela de “culpa” sobre algo, não podendo existir alguma espécie de responsabilidade sobre o resultado, sem tomar em consideração esse “meio de ligação” que deve existir, entre o agente e o resultado.

2.2 - PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A fim de expor os princípios do Direito Processual Penal, serão utilizados os princípios adotados por Paulo Rangel, o qual considera como princípios dessa área do direito, o princípio do devido processo legal, princípio da verdade processual, princípio da publicidade dos atos processuais, princípio do contraditório, princípio da imparcialidade do juiz, princípio da presunção da inocência, princípio do favor rei, princípio do promotor Natural, e princípio da razoabilidade da duração do processo.

2.2.1 - Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal encontra-se estampado no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Dessa forma, extrai-se de referido princípio que, ninguém poderá perder a liberdade sem que antes tenha tido um processo conforme as leis vigentes, ou seja, o devido processo legal.

Nessa linha, conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 69), “O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais”.

2.2.2 - Princípio da Verdade Processual

Acerca do princípio da verdade processual, importante destacar o ensinamento de Paulo Rangel (2009, p. 7):

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (**dentro dos autos**), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. (...).

Desta forma, resulta dizer que o princípio da verdade processual é a busca de uma “certeza processual”. Ainda, continua Rangel (2009, p. 7):

(...) A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória.

Desta forma é que não se admitem algumas verdades, como vemos no Direito Processual Civil, como exemplo, nos efeitos dados à revelia, pois, no processo penal, embora exista confissão expressa, esta deve ser analisada com todo o conjunto probatório dos autos, não bastando às partes “transigirem” sobre uma verdade.

2.2.3 - Princípio da publicidade dos atos processuais

De maneira contrária a alguns princípios, o princípio da publicidade dos atos processuais não possui grande complexidade. Encontra-se transcrito no Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

Conforme se percebe, os atos serão em regra públicos, podendo todos ter acesso; porém, admite exceções, sendo que estas devem constar em Lei. Dessa forma é que a Constituição Federal determina:

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

(...)

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...).

Referidos preceitos legais dão conta de conceituar referido princípio, de maneira que pode concluir ser a regra a publicidade, admitindo exceções, nos casos expostos na Constituição Federal ou mesmo no Código de Processo Penal.

2.2.4 - Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório trata-se, também, de Direito Fundamental, encontrando-se exposto, também, no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

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

(...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).

No que atine ao princípio do contraditório, importante destacar o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 63):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte

contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.

Desta forma, trata-se de um princípio que impõe sempre o direito de defender-se, não podendo haver uma apreciação pelo julgador sem que tenham as duas partes interessadas se manifestado.

2.2.5 - Princípio da Imparcialidade do Juiz

Como o nome já induz ao seu conteúdo, o princípio da imparcialidade do juiz rege que todo juiz deve ser, e agir de maneira imparcial, e segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2007, p.58):

O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente (...)

Conforme exposto, a imparcialidade é algo inseparável do órgão jurisdicional, tendo o princípio da imparcialidade do juiz força impositiva, inclusive respaldo legal, conforme afirma Tourinho (2010, p. 59):

(...) se houver motivo que, eventualmente, possa afetar-lhe a imparcialidade, qualquer das partes pode excepcionar-lhe o impedimento, incompatibilidade ou suspeição, nos termos dos arts. 252, 254 e 112, todos do CPP (...).

Dessa maneira, todo juiz deve ser parcial, a fim de que possa realizar um julgamento justo às partes e à sociedade.

2.2.6 - Princípio da Presunção da Inocência

No que diz respeito às prisões cautelares, o princípio da presunção da inocência é o que tem mais influência nesse assunto, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 497):

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da *presunção* de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal)

Afirma Pacelli que, ao contrário do nome do princípio utilizado por Rangel, não se trata apenas de uma “presunção”, mas sim, de propriamente um princípio que afirma a própria inocência da pessoa.

Referido princípio encontra sua afirmação na Constituição Federal, em especial no Art.5º, inciso LVII:

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

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...).

Sendo assim, segundo Nucci (2008, p. 81):

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o Ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.

É, portanto, um mandamento para que todos sejam considerados inocentes, sendo que esta inocência é própria das pessoas, somente podendo ser “quebrada”, com uma sentença penal condenatória transitada em julgada.

Em outras palavras, segundo Aury Lopes Jr. (2011, p.11):

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos (...).

Ressalta-se, assim, a importância de referido princípio, que ao ser utilizado, em diversos casos, tem o preço de dar impunidade à pessoas culpadas.

2.2.7 - Princípio do Favor Rei

Segundo Rangel (2009, p.34):

O princípio do *favor rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado.

Consiste em, não somente dar interpretação mais favorável ao réu, mas também em sempre preferir o seu benefício, quando existente alguma dúvida (*in dubio pro reo*). Neste sentido é que segue a norma contida no inciso VII, do artigo 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VII – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (...).

Sendo assim, conclui-se pelo dispositivo acima transcrito, que não necessita a convicção do juízo de que o réu é inocente para sua absolvição; bastando apenas não estar comprovada nos autos a sua culpa.

2.2.8 - Princípio do Promotor Natural

O princípio do promotor natural trata-se de uma vedação, conforme Távora e Alencar (2012, p.67):

Este princípio veda a designação arbitrária, pela chefia da Instituição, de promotor para patrocinar caso específico, vale dizer; o promotor natural há de ser, sempre, aquele previamente estatuído em lei.

Trata-se, portanto, de um mandamento que veda existirem promotores designados, sorteados, ou de alguma forma não prescrita em Lei, escolhidos para atuar em um determinado processo.

2.2.9 - Princípio da Razoabilidade da Duração do Processo

Conforme afirma Rangel (2009), a razoável duração do processo é um mandamento que já estava inserido no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Pacto de São José da Costa Rica.

Não bastasse já estar presente no ordenamento brasileiro, o mesmo foi elevado à condição de Direito Fundamental. Segundo Pedro Lenza (2011, p.933):

(...) a EC n.45/20047 ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5.º, LXXVIII, que a todos no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Conforme exposto, trata-se de um direito de todos, de que os processos tenha uma razoável duração, de que seja um processo célere.

3 – PRISÕES CAUTELARES QUE NÃO SOFRERAM GRANDES MODIFICAÇÕES COM A LEI 12.403/11

As espécies de prisões cautelares que não sofreram grandes modificações com a Lei 12.403/11 resumem-se em: prisão em Flagrante e prisão Temporária; cumprindo fazer uma análise do cabimento de cada uma destas, contemplando, também, as poucas modificações legislativas efetuadas com a Lei 12.403/11.

3.1 - PRISÃO EM FLAGRANTE

Primeiramente, cumpre destacar a origem da palavra “flagrante”, destacando o quanto exposto por Tourinho Filho (2010, p. 654):

Flagrante, do Latim *flagrans, flagrantes* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração. Prisão em flagrante delito é, assim a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal.

É, nas palavras de Távora e Alencar (2012, p. 560):

(...) uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino.

Ainda, destacando indiretamente o fim a que se dedica referida prisão cautelar, continuam os autores (2012, p.560):

Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos.

Conforme se observa, o intuito maior de referida prisão é justamente “cessar imediatamente a infração”; de maneira que seria inviável esperar ordem escrita da autoridade judiciária competente, porquanto referida ordem demanda tempo, o que tornaria a medida ineficaz.

Elucidando o fundamento da medida cautelar em questão, Rangel diz que (2009, p. 683):

A prisão em flagrante tem como fundamentos: evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria.

Portanto, além do fundamento de cessar a infração, também está o fundamento de resguardar as provas da infração, sejam elas quanto à materialidade, ou quanto à autoria da infração.

Nucci (2008 p. 587) reafirma esse entendimento, sendo que “(...) assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real², almejada para o processo penal”.

Nestes termos, extrai-se que a prisão em flagrante possui dois fundamentos para sua existência, sendo o primeiro identificado como a cessação da infração, e o segundo como o resguardo das provas acerca da materialidade ou autoria do delito.

Com o fundamento da prisão já exposta, cumpre verificar o seu tratamento legal, bem como suas hipóteses de cabimento. Para tanto, observa-se a Constituição Federal:

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

(...)

² Observa-se que o autor, ao tratar de “verdade real”, elucida a necessidade de dar efetividade ao princípio da verdade processual.

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; (...).

Em interpretação a referido dispositivo, retira-se primeiramente o quanto já exposto, quanto a desnecessidade que esta prisão seja oriunda de autoridade judiciária; para tanto, observa-se que o dispositivo se refere à prisão em flagrante delito *ou* ordem judiciária competente, tratando, portanto, de institutos diversos, de maneira que conclui-se que referida prisão não precisa ser emanada de algum órgão de jurisdição.

Mais além, ainda, referida prisão pode ser efetuada por qualquer do povo, conforme ensinamento de Nucci (2012, p.70):

A autorização constitucional para a concretização de uma prisão cautelar, sem ordem judicial, decorre da legítima defesa da sociedade em função da ocorrência delituosa. Não teria sentido algum, diante do gritante fato criminoso, aguardar-se qualquer providência da autoridade judicial, que, ademais, não seria encontrada tão rapidamente quanto demanda a situação.

Considerado todos terem legitimidade para efetuar esta prisão, necessário analisar quando a mesma é cabível, por esta razão extrai-se do Código de Processo Penal:

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

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

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

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

Neste ponto, percebe-se que a Lei enumerou três tipos diferentes de flagrante, o que chamado pela doutrina como flagrante próprio, flagrante impróprio, e flagrante presumido.

Considera-se flagrante próprio, portanto, segundo Nestor Távora e Fábio Roque (2012, p.417):

(...) ocorre quando a prisão é efetuada no momento em que a infração penal está sendo cometida (atos executório) ou quando acabou de sê-lo, é dizer, quando os atos executórios já findaram, mas o agente não se desvencilhou do *locus delicti* ou dos objetos que o vinculem ao fato (incisos I e II). São as situações que mais se aproximam da origem da palavra flagrante.

Assim, conforme visto, o flagrante próprio ocorre no momento em que está sendo executada a infração, ou seja, quanto o agente é pego no exato momento em que está cometendo os atos executórios, ou ainda, quando acaba de cometê-lo.

O flagrante próprio diz respeito ao inciso I e II, do Art. 302; sendo que quanto ao inciso III, trata-se da prisão em flagrante impróprio, esta que, conforme Mirabete (1999, p. 372):

(...) é equiparada a flagrância própria para o efeito da prisão, mas que dela se distingue porque, enquanto esta diz respeito ao próprio cometimento do crime, na sua evidência de atualidade, aquela se refere ao tempo e lugar próximos da infração.

A diferença encontra-se, portanto, no momento em que o agente é flagrado, sendo que o flagrante próprio é ocorrido no cometimento da infração, enquanto o impróprio ocorre em perseguição “logo após” ter cometido a infração.

No que atine ao flagrante presumido, este está tratado no inciso IV, sendo que, segundo Távora e Roque (2012, p.418):

Ocorre quando o agente é preso depois de cometer o delito, com instrumentos, armas, objetos e papéis que façam presumir ser ele o autor da infração penal (inciso IV).

Ainda, conforme salientado pelos autores (2012), não necessita de perseguição, nem do lapso temporal tão curto quanto do flagrante impróprio.

Sendo assim, estes são os casos previstos como prisão em flagrante, sendo que quanto às inovações trazidas pela Lei 12.403/11; as mesmas cuidam das formalidades do ato, em especial quanto ao artigo 310 do Código de Processo

Penal, este que enumera as atitudes a serem tomadas pelo juiz ao receber um auto de prisão em flagrante:

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

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Portanto, observa-se que as atitudes a serem tomadas pelo juiz encontram-se taxativamente demarcadas, ressaltando a importância que contém o inciso II, no que atine às medidas cautelares diversas da prisão, estas que, contudo, serão tratadas oportunamente.

3.2 - PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária consiste em, segundo Távora e Alencar (2012, p. 593):

(...) prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, consoante art. 283, CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011 -, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletivamente indicadas na legislação.

Conforme o narrado, somente é permitida a prisão temporária em infrações contidas em rol taxativo, sendo que referido rol consta no inciso III, do Art. 1º, da Lei 7.960/89:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

(...)

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) Homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Do referido dispositivo legal, extrai-se um requisito à decretação da prisão temporária, sendo que é necessário ter fundadas razões, de acordo com provas de autoria ou participação na infração.

No que atine aos demais requisitos, faz-se necessário serem observados os outros dois incisos do citado dispositivo:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

(...)

Pelo quanto contido na Lei, surge uma dúvida quanto à necessidade de tais requisitos serem preenchidos alternativamente, ou cumulativamente.

A fim de sanar referido problema, toma-se o entendimento de Eugênio Pacelli quanto à matéria (2011, p. 540):

A nosso juízo, o inc., II é absolutamente redundante, no ponto em que expressa uma das várias hipóteses enquadráveis no inc. I, no qual se afirma a necessidade da prisão temporária com fundamento na imprescindibilidade da investigação policial.

Dessa forma, conclui-se que não necessitam estar presentes cumulativamente os requisitos dos três incisos, ou acaso exista entendimento dessa necessidade, em questões prática não surgem diferenças, de modo que, preenchidos os incisos III, e I, indiretamente ou diretamente, encontra-se preenchido também o inciso II.

Portanto, a fim de concluir quanto aos requisitos, estes se resumem nos contidos nos incisos I e III, do Art. 1º, da Lei 7.960/89.

Outro ponto que merece ser ressaltado quanto à referida prisão, é o de que não necessita de alvará de soltura para que o indiciado seja colocado em liberdade, necessitando apenas que se esgote o tempo da prisão, conforme Lei 7.960/89:

Art. 2º. A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade:

(...)

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Com a transcrição do Art. 2º, acima se extrai também o período da prisão temporária, que é de 5 (cinco) dias, estendendo-se, mediante extrema e comprovada necessidade, por igual período. No entanto, uma única situação foge a essa regra, sendo que tal exceção encontra-se na Lei de Crimes hediondos, Lei 8.072/90:

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos nesse artigo, terá prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Nestes termos, conclui-se que o prazo, em regra, para a prisão é temporária, admitindo a exceção quanto aos crimes hediondos e aos a estes equiparados, os quais terão prazo de 30 (trinta) dias; admitindo prorrogação por igual período, mediante extrema necessidade comprovada, em ambos os casos.

4 - PRISÃO PREVENTIVA, MEDIDAS CAUTELARES, E AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/11

A prisão preventiva foi a mais modificada com o advento da Lei 12.403/11, na medida em que foram criadas novas medidas cautelares, a fim de que as mesmas sejam aplicadas em harmonia com as prisões, deslocando-se, assim, as prisões preventivas, a uma situação de subsidiária das medidas cautelares.

Dessa maneira, deverão ser os dois institutos tratados juntamente, quanto aos seus cabimentos e quanto às inovações trazidas pela nova Lei.

Dessa maneira, a Lei 12.403/11 trouxe, em seu art. 1º, várias alterações no Código de Processo Penal, como se percebe:

Art. 1º. Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Temos, dessa forma, logo no primeiro artigo com a redação modificada, uma orientação genérica quanto a todas medidas cautelares, orientação esta que se encontra estampada na nova redação do artigo 282 do Código de Processo Penal:

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

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

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

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

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por

representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

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

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

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

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

Corroborando a afirmação da grande inovação quanto à criação de novas medidas cautelares, Távora e Roque (2012, p. 393), em comentário ao citado dispositivo, narram:

A grande inovação trazida pela Lei n.º 12.403/11 diz respeito, justamente, à criação de novas cautelares pessoais. Até então, as cautelares pessoais adstringiam-se às prisões cautelares e à fiança. A lei 12.403/11 encerra este paradigma de bipolaridade das cautelares pessoais.

Dessa maneira, extrai-se do artigo 282 a exigência de que, somente poderá ser imposta qualquer que seja a medida cautelar, acaso exista a necessidade para aplicação penal, para investigação ou para a instrução, ou em casos expressamente contidos em Lei, da maneira como impõe o inciso I do referido artigo.

Não se pode, portanto, ser decretada nenhuma medida cautelar por mera formalidade, devendo ser considerado o inciso I do artigo 282 como determinação geral, e acaso seja decretada alguma cautelar sem o preenchimento desse requisito, a mesma será ilegal.

Outro ponto relevante na modificação legislativa encontra-se justamente no § 3º, onde o dispositivo legal invoca a utilização do princípio do contraditório, alertando ainda, que este deverá ser usado, em regra, sempre; ressaltando existir a exceção em casos de urgência, ou de perigo de ineficácia da medida.

Prosseguindo, retira-se do §6º um dos pontos mais relevantes trazidos pela lei 12.403/11, em que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Desta forma, retiramos dessa passagem, que a lei criou um subsidiariedade da prisão preventiva quanto às novas medidas cautelares, ressaltando que a preventiva somente deverá ser decretada nos casos em que forem ineficientes as outras medidas. Segundo Aury Lopes Jr. (2011, p. 28):

O dispositivo é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares.

Considerando, deste modo, esta nítida característica da lei, é que se extrai o seu principal fundamento, o de que as prisões cautelares devem ter como seu campo fim a real eficácia das mesmas.

5- CONCLUSÃO

Pode-se concluir, portanto, que as prisões cautelares sofreram grande avanço, considerando o quanto contido na Lei 12.403/11, que em seus dispositivos trouxe tanto normas esclarecedoras de institutos já existentes, como também novos institutos, a servir de exemplo as medidas cautelares diversas das prisões.

Referidas medidas cautelares diversas das prisões encontram-se no artigo 319 do Código de Processo Penal, onde são expostos nove incisos demonstrando as mesmas.

Desta forma, a Lei, além de exigir que as prisões cautelares sejam aplicadas somente subsidiariamente às medidas, também tratou de dizer quais são essas medidas.

Com esta modificação legislativa, as medidas cautelares do Direito Processual Penal, apresentam-se com uma nova forma, ou ainda, com uma nova razão de existir.

Essas novas perspectivas nascem enquanto referidas medidas mostram-se totalmente em consonância com as normas constitucionais, em especial com a Constituição Federal de 1988, com os direitos e garantias fundamentais de tal Constituição.

Por essas razões que se torna inegável afirmar o avanço que esses institutos tiveram com referida Lei, sendo que, de certa forma, influenciaram não só no que diz respeito ao cabimento ou não de uma prisão em um caso concreto, mas influenciará todo o processo penal, dando maior efetividade, e maior campo ao magistrado aplicar efetivamente a justiça.

Ainda, devemos ressaltar que com o advento da nova Lei, o magistrado pode de ofício decretar a liberdade provisória ao acusado ou indiciado se ausentes os requisitos elencados nos incisos do artigo 312 do Código de Processo Penal, dando, desta forma, maior efetividade ao princípio da igualdade, de maneira que na lei anterior o mesmo dependeria de manifestação da defesa do acusado.

A modificação legislativa ocorreu de maneira singela, sendo por uma única Lei modificando seus dispositivos e acrescentando outros, não tendo a dimensão da entrada de um novo código em vigor, e nem de vários dispositivos.

Conforme já exposto, as modificações foram pontuais, ocorrendo em não muitos dispositivos; porém, isto não faz diminuir a sua importância, como também não faz o seu campo de amplitude ser menor.

Desta forma, a sociedade regida pela legislação brasileira, em muito ganhou, seja por ter um maior “respeito” do estado-juiz, seja por ter condições de ver seus direitos melhor assegurados.

E não é de outra maneira porque com uma melhor “clareza” nos dispositivos, e com a criação de institutos que se substituem às prisões, o estado consegue evitar/diminuir eventuais injustiças com a privação de liberdade de pessoas inocentes, diminuindo o campo de aplicação das prisões.

Além desse fator, revela-se também que, podendo o magistrado aplicar medidas cautelares, como por exemplo, a do inciso III, do artigo 319, o estado-juiz irá restringir a aplicação das medidas apenas ao quanto é estritamente necessário, não precisando, portanto, da aplicação das medidas mais drásticas, que são as prisões cautelares.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro**, 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal**, 16. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini e Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**, 13. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

JR., Aury Lopes. **O Novo Regime da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 15. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**, 23. ed. São Paulo: Ed. Atlas S. A., 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. **Processo Penal**, 9. ed. São Paulo: Ed. Atlas S. A., 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**, 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

TÁVORA e ALENCAR, Nestor e Rosmar RODRIGUES. **Curso de Direito Processual Penal**, 7. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2012.

TÁVORA e ROQUE, Nestor e Fábio. **Código de Processo Penal para CONCURSOS**, 3. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2012.