



UNIPAC
Universidade Presidente Antônio Carlos

Curso de Direito

**UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA
CONSTANTES DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

LUIZ CARLOS DA SILVA

**Juiz de Fora
2012**

**UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA
CONSTANTES DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Monografia apresentada a Universidade
Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)
como requisito parcial para obtenção do
Curso de Direito.

Prof^o. Orientador: Hermes da Fonseca

LUIZ CARLOS DA SILVA

**Juiz de Fora
2012**



UNIPAC
Universidade Presidente Antônio Carlos

Curso de Direito

LUIZ CARLOS DA SILVA

**UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA CONSTANTES DO
ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA DE 1988**

Monografia apresentada a Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) como requisito parcial para obtenção do Curso de Direito.

Profº. Orientador: Hermes da fonseca

Aprovado em _____ de _____ de 2011

Banca examinadora:

Profª. MS.

Profª. MS

Profª. MS

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a finalização dessa pesquisa.

Principalmente a Deus que sempre esteve presente diante de mais essa fase a qual teve como objetivo a conclusão do curso.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, deixo expressos meus sinceros agradecimentos a todos que participaram de alguma forma e que tornaram esse projeto possível. Obrigado a todos que me apoiaram e fizeram parte dessa conquista.

A Deus, que me concedeu a oportunidade de concluir mais uma etapa em minha vida.

À minha família por me apoiar em todas as horas, me dando forças e inspirações para toda a minha vida.

“A esperança da vida aumenta cada dia, porém o ideal é que ela venha acompanhada da qualidade devida sem perda da dignidade humana”.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é identificar os requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal com os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, em especial os da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. A metodologia deste trabalho foi baseada em coleta e leitura de material bibliográfico. No sentido estrito a prisão preventiva tem natureza cautelar, onde consiste na privação da liberdade antes do julgamento do indivíduo, antes mesmo de ser julgado. Portanto, passa a ser medida a aplicação da lei nos extremos casos. Concluímos que a doutrina e pela jurisprudência, reforça a existência de decisões onde existe o título de motivação a respeito das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, que esta contida no art., 312. E a nova Lei 12.403/11, passa a garantir as medidas cautelares como requisitos gerais estabelecidos nas hipóteses da prisão preventiva.

Palavras Chave: Prisão Preventiva. Medidas cautelares. Constituição Federal.

ABSTRACT

The objective of this study is to identify the requirements for the authorizers decree of custody, in Article 312 of the Criminal Procedure Code with the principles introduced by the 1988 Constitution, particularly the presumption of innocence and in dubious pro reo. The study methodology was based on collecting and reading of bibliographic material. In the strict sense preventive detention is a precautionary nature, which is the deprivation of liberty of the individual before the trial even before trial. Therefore, the measure becomes law enforcement in extreme cases. We conclude that the doctrine and jurisprudence, reinforces the existence of decisions where there is a way of motivating hypotheses concerning the authorizing preventive detention, which is contained in art, 312. And the new Law 12.403/11, is to ensure precautionary measures such as general requirements in cases of preventive detention.

Keywords: Arrest. Precautionary measures. Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1- FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	12
1.1- Prisão Preventiva	13
1.2-Crimes Passíveis de Decretação de Prisão Preventiva	19
2. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL	21
2.1- Vedação à Prisão Preventiva.....	26
2.2-O Princípio da Presunção de Inocência e do Princípio <i>In Dubio Pro Reo</i>	27
3-PRISÕES PREVENTIVAS E A LEI Nº 12.403/11.....	32
3.1. A Ótica do Código de Processo Penal a Partir da Lei 12.403/11.....	35
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é identificar os requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal com os princípios trazidos pela Constituição de 1988, em especial os da presunção de inocência e do *in dúbio pro reo*.

Cada vez que o nosso País se depara com a divulgação ou cobertura de algum crime violento, se verifica uma disposição de boa parte da sociedade exige que os supostos assassinos sejam punidos com penas mais graves, inclusive com a manutenção da prisão antes do julgamento.

Contudo, os operadores do direito se veem com um problema real quando deparados com tais situações, uma vez que a nossa Constituição Federal consagra princípios como os da presunção da inocência e do *in dúbio pro reo*, os quais, em tese, conflitam com o “espírito” dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Este conflito foi atenuado com a edição da Lei 12.403/11 que alterou a redação dos artigos em questão e trouxe a possibilidade dos magistrados aplicarem medidas cautelares alternativas à prisão preventiva.

Portanto, este trabalho de monografia terá como principal objetivo analisar os requisitos para a aplicação da prisão preventiva constantes do artigo 312 do referido diploma legal à luz dos princípios e normas contidos em nossa Constituição.

Em segundo momento serão também analisados os primeiros efeitos da edição da Lei 12.403/11 na aplicação da prisão preventiva. Embora o escopo principal deste trabalho não seja a análise das referidas medidas cautelares, se torna importante fazê-lo de forma breve pelos reflexos destas no instituto da prisão preventiva, como se percebe na redação do artigo 282, §6º do Código de Processo Penal dada pela referida lei.

A justificativa deste trabalho é analisar os requisitos da prisão preventiva, para legitimar-se em face do sistema jurídico, que impõe, além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP, do código de processo penal, a partir da constituição da república de 1988, através da medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

A importância dessa discussão se torna cada vez mais evidente em tempos de crimes bárbaros, que comovem parte da sociedade, e reacendem a vontade de

muitos que haja justiça a qualquer custo. E para que se pareça que esta está de fato acontecendo, exige-se do Poder Judiciário o encarceramento dos acusados por determinado crime, ainda antes da sentença transitado em julgado.

Percebe-se, portanto, que o estudo da utilização do instituto das prisões cautelares, em especial da prisão preventiva, tema deste trabalho monográfico, se reveste da maior relevância em face do clamor público de que se puna o acusado antes ainda de qualquer sentença ser proferida e das proteções contidas em nossa Carta Magna.

Os direitos e garantias individuais, dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, têm como finalidade a proteção do indivíduo frente aos abusos que a máquina estatal e mesmo os poderosos podem vir a cometer.

Ademais, a Lei 12.403/11 trouxe importantes inovações ao Código de Processo Penal ao dar aos magistradas alternativas às prisões cautelares, tais como o alargamento da adoção da liberdade provisória com fiança, o monitoramento eletrônico ou a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.

E o próprio artigo 282 do CPP recebeu a inclusão do § 6º que dispõe que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Dessa forma, o atual legislador tenta minorar o alcance da aplicação da prisão preventiva, a qual tem sido aplicada calcada nos requisitos ou pressupostos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Cumprе ressaltar que requisitos como, por exemplo, garantia da ordem pública ou conveniência da instrução criminal podem ter uma interpretação muito elástica, podendo o indivíduo acusado de ter cometido determinado delito sofrer limitação em sua liberdade de locomoção, quando poderia estar respondendo ao processo em liberdade.

Neste trabalho serão analisados estes requisitos e as divergências da doutrina e jurisprudência no que tange a sua interpretação, bem como a discussão em torno da melhor forma de se utilizar o instituto da prisão preventiva em uma sociedade que está regida por uma Constituição que visa garantir o máximo possível de direitos individuais a seus cidadãos.

O problema da pesquisa os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva à luz dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dúbio pro reo*.

A despeito da constitucionalidade da prisão preventiva, a principal preocupação será verificar como se deve dar a interpretação dos requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal sob uma ótica da nova Constituição Federal e das introduções feitas pela Lei 12.403/11.

A Lei 12.403/11, embora não seja o escopo principal deste trabalho, ganhará razoável importância para a análise dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, uma vez que ela foi elaborada como forma de se atender melhor os princípios já aludidos e outros como o da proporcionalidade.

A Constituição Federal consagra os princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, os quais conflitam, em tese, com a adoção da prisão preventiva, pois os requisitos para a sua legalidade entraram em vigência sobre a égide da Constituição de 1937 em pleno Estado Novo.

Contudo, a hipótese mais provável consiste na constitucionalidade da prisão preventiva, desde que presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Estes princípios, porém, devem ser sempre aplicados à luz dos princípios constitucionais acima mencionados, podendo-se aplicar, nos casos legais, as medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11.

Para a satisfação do referido trabalho foi utilizado somente de revisão de literatura especializada, torando-se entre tanto uma pesquisa de cunho bibliográfico, no alvo de atingir os objetivos apresentados.

1- FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Os requisitos e pressupostos para a efetivação da prisão preventiva é tema abordado com frequência tanto por doutrinadores que militam no direito constitucional como por processualistas penais.

Discute-se com frequência a legitimidade de muitas decretações de prisão preventiva, uma vez que a Constituição Federal consagra o princípio da presunção da inocência no artigo 5º, LIV e LVII e a previsão atual da prisão preventiva data de 1941, auge do Estado Novo (Governo Getúlio Vargas) (FRAGOSO, 2009).

Este princípio também é garantido pela Declaração de Direitos Humanos da ONU, elaborada em 1948, que assim reza: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”, que se aplica no direito processual penal em face do disposto no art. 5º, §2º da CF/88.

Portanto, diversos doutrinadores sempre discutiram a legitimidade das prisões cautelares, ou mesmo a restrição de sua aplicação, visto as implicações que estas trazem para o indivíduo acautelado. Fragoso é sinal desse posicionamento, quando diz:

(...) a prisão preventiva traz para a vida do acusado, antes de lhe ser dada a chance de defender-se e antes da declaração de sua culpabilidade, profunda perturbação, retirando-lhe os meios normais de subsistência e afetando a estima no corpo social além de privar a família de seu chefe. Por todas essas razões, sobejamente conhecidas, a prisão preventiva só pode ser aplicada quando ocorrem rigorosamente os seus pressupostos, e fique absolutamente demonstrada a sua necessidade (FRAGOSO, 2009, p. 02).

A despeito disso, de forma geral os doutrinadores processualistas penais tem concordado com a legitimidade da prisão preventiva, havendo muitos questionamentos no que diz respeito a sua utilização nos casos de garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Mais recentemente, tem-se visto decisões que fundamentadas na exigência do clamor público, ou seja, crimes de grande repercussão e aos quais partes da mídia e da opinião pública clamam por justiça. Alguns magistrados têm visto nesse

clamor um desdobramento da garantia da ordem pública, sendo assim legítima a prisão preventiva nesses casos.

1.1- PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, por trazer como consequência à privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar retenção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando for à única maneira de satisfazer tal necessidade. Prisão preventiva é espécie de prisão cautelar. Portanto, a prisão cautelar do processo é considerada como uma medida restritiva da liberdade que é determinada pelo Juiz, em qual fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal.

Segundo Araujo (2008) a prisão poderá ser decretada dentro naquele mínimo indispensável, por se incontestável necessidade e, assim mesmo, sujeitando-a a pressupostos e evitando-se ao máximo o comprometimento do direito de liberdade que o ordenamento jurídico tutela e ampara.

Com a Lei 11.689/2008 alterou-se completamente esse quadro, pois, a propósito, diz agora o art. 413, § 3.º, do CPP: "o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código" (ARAUJO, 2008).

Segundo o Código de Processo Penal no seu art. 312, decretou a prisão preventiva para garantir a ordem pública e econômica na sua aplicação da lei penal. Assim, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz.

Segundo o art. 311 da CPP. Nesta ótica, compete ao Ministério Público, e tão somente a ele, além de promover a ação penal, atuar no interesse acusatório no seu todo, tanto na ação quanto das cautelares que sustentam o processo penal. No momento em que o julgador invade a competência do acusador, é estabelecida na relação incestuosa entre aquele que julga e aquele que persegue, abalando Imparcialidade.

As circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva estão das no art. 312 do CPP:

- a) garantia da ordem pública;
- b) garantia da econômica;
- c) conveniência da instrução criminal; e
- d) assecuração da pena a ser imposta.

Ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais sem qualquer consistência. Normalmente, entende-se por ordem pública a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver com novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunir quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública.

O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição da quaisquer das medidas previstas no Título IX do Código de Processo Penal (GRECO, 2007).

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva vela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco efetividade do processo.

A prisão preventiva, por trazer como consequência à privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Portanto em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva "por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente", de acordo com o art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2009).

Por ser permitida a prisão preventiva desde o início da persecução penal na fase de investigação até após a prolação da sentença no seu art. 387 e art. 492, I, d, CPP, as hipóteses de decretação de prisão preventiva contemplam praticamente

todas as circunstâncias e ou situações da realidade, em que o legislador vislumbra a possibilidade de risco ao processo. A exceção ficaria por conta da chamada prisão temporária cabível unicamente para proteção do andamento das investigações criminais.

Segundo Nucci (2008), a nova redação do art. 387, parágrafo único, CPP, revogou implicitamente, a regra da primeira parte do art. 311, CPP, que somente autorizava decretação da preventiva até o final da instrução criminal.

De acordo com Nucci (2008), a fundamentação da prisão preventiva seja essencialmente distinta da prisão temporária, embora diferentes as hipóteses de autorização, é que toda privação da liberdade, no curso de uma ação penal, haverá de encontrar a sua justificação na mesma motivação necessária para decretação da prisão preventiva. É o que deverá ocorrer de modo acentuado, nas prisões decretadas por ocasião da decisão de pronúncia no seu art. 413, § 3, CPP e da sentença condenatória no art. 387, parágrafo único, e art. 492, I, d, CPP, somente possíveis na exata medida em que, por meio de fundamentação judicial expressa, seja demonstrada a função cautelar de cada uma delas.

Como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem a sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação. Em outros termos: a prisão preventiva submete-se à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não presentes os motivos que a ensejaram, bem como renovada quando sobrevierem razões que a justifiquem no art. 316.

Segundo Nucci (2008), a revogação da prisão preventiva não implica a concessão liberdade provisória. O preso preventivamente, tão logo seja revogado a prisão, tem integralmente restituída a sua liberdade, sem a imposição de quaisquer restrições de direito.

Ainda para o autor, relativos à prova da existência do crime indício suficiente de autoria constitui o que se poderia chamar de *fumus boni iuris*, ou aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar. A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória ou cautelar como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória

Por essa razão, quando o juiz puder verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato em legítima defesa, ou estado de necessidade ou qualquer outra excludente de ilicitude no art. 23, CP, não será decretada a prisão preventiva, nos termos do art. 314 do CPP.

Segundo Bello (2009), as prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal na ação penal.

Quando a prisão decretada em razão de perturbação ou por conveniência da instrução criminal no caso do acusado ou outra pessoa qualquer, que esteja provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. De acordo com Bello (2009), à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.

A prisão preventiva é assegurada à lei penal quanto existe a hipótese do acusado, onde existe riscos de fuga, ou semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu.

Para este autor fica claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão.

Enquanto as duas primeiras conveniências da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, é evidentemente instrumental, ligadas à proteção do processo penal, a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica tem em mira alvo distinto.

Com efeito, a tutela da ordem pública e da ordem econômica não implica a proteção do processo no curso do qual teria sido decretada, ainda que fundada em fatos que sejam o seu processo ou conteúdo e objeto.

Para Bello (2009) é garantida a ordem econômica quando acreditamos que seja inadequada, que não resiste a qualquer análise. Portanto, essa semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica.

Para este autor, que parece ter sido determinante na inclusão da garantia da ordem econômica, já havia, no art. 30 da Lei nº. 7.492/86, que cuida de crimes contra o sistema financeiro nacional, ou seja, a Lei do Colarinho-Branco, a previsão decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

Segundo Nucci (2008), contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada nem diminuída os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar que nos parece mais adequada é o sequestro a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. De acordo com este autor, é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Para Bello (2009), o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública prevista antes da Lei nº. 8.884/94. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos tal perspectiva da proteção da ordem econômica.

De acordo com Bello (2009), a prisão não é uma garantia como ordem pública para proteger o processo penal ou a própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crime.

A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição. Podendo, prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem que segundo Bello (2009), para esclarecer os requisitos necessários à imposição de quaisquer medidas cautelares, entre as quais poderiam incluir a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Atualmente ao longo desses anos no Brasil, a jurisprudência, passou a se mostrar um pouco vacilante, mesmo se dando sinal de noção de ordem pública correndo um risco ponderável acerca da gravidade do fato ou até mesmo de sua repercussão.

Antigamente se defendia a prisão preventiva do acusado para preservar a sua integridade física, cabendo ao Estado a sua responsabilidade pela atividade não jurisdicional de segurança pública (BELLO, 2009).

De acordo com este autor existe ainda um entendimento no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar

o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.

Segundo Luisi (2006), o contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade.

Para o autor esta questão é bastante complexa, ou seja, do princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores constitucionais que sejam relevantes.

Segundo Luisi (2006), como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos não estamos nos referindo à segurança pública, mas à sua necessária concretização.

Portanto, a gravidade do crime praticado em que se releva pela pena ou ao tipo, mas por sua execução, ou pela presente barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, que solicite a sua providência imediata do Poder Público, que pela pena pode colocar em riscos a legitimidade do exercício da jurisdição penal.

Quando o autor assume ao crime em sua maioria em alguma situação da qual se pode identificar mediante a sua confissão. E para garantir à ordem pública a autoridade judicial deve recusar o decreto de prisão.

De acordo com Luisi (2006), o Plenário da Suprema Corte se justificou a medida cautelar com fundamento na existência de ramificações das atividades criminosas em diversas unidades da federação bem como a alta probabilidade de reiteração delituosa, deduzida da organização e tipo de crime.

Segundo Bello (2009), na existência de um agrupamento, ou organização dirigida para a prática de crimes também se incluiria na fundamentação acautelatória sob o argumento do risco de reiteração criminosa. Podendo desconfiar de qualquer juízo antecipatório acerca do risco do perigo de novos crimes.

Para este autor com base na intolerância discriminatória, seja quanto à raça, quanto à opção sexual e até mesmo em relação às paixões desportivas, têm demonstrado os enormes riscos da prática de violência, individual e social, contra pessoas e grupos bem identificados, desafiando, assim, as certezas "científicas" fundadas exatamente na "incerteza do conhecimento" (BELLO, 2009).

A prisão preventiva para garantia da ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e quando haja o risco de novas investidas criminosas e ainda seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade.

Vale registrar, no particular, jurisprudência da Suprema Corte, validando tais informações de inquiridos até mesmo para fins de reconhecimento de maus antecedentes.

1.2-CRIMES PASSÍVEIS DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

Não basta, porém, a presença dos chamados requisitos fáticos para a decretação da prisão preventiva. Isso porque, o princípio da proporcionalidade compõe algumas restrições em matéria de prisão cautelar, de modo a impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada na ação penal, ao final do processo.

Por isso, dispõe o art. 313 do CPP, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Afasta-se, então, de plano, a prisão preventiva para os crimes culposos e para as contravenções penais (BEDÊ JÚNIOR & SENNA, 2010).

Para os crimes punidos com pena de detenção, prisão possível quando presentes as situações do art. 312, se houver dúvida quanto à identidade acusada,

pela ausência de elementos idôneos para os respectivos esclarecimentos no art. 313, II. Prevê a lei no art. 313, II que seria também possível decretação de prisão preventiva nos crimes punidos com detenção quando se tratar de réu vadio.

Segundo Feldens (2005), se a lei parte do pressuposto de que aquele que não trabalha, deve dedicar-se à prática de atividade criminosa, uma prisão sob tal fundamentação não guardará qualquer instrumentalidade em relação ao processo no qual seja decretada. E mais partirá de juízo de pura abstração, com consequências típicas de antecipação de culpabilidade. Não vemos, pois, como se possa dimensionar o sentido do termo vadio.

De acordo com este autor a exceção para os crimes punidos com detenção é quando se tratar de réu já condenado por outro crime doloso, por sentença penal devidamente passada em julgado. Mesmo nesse caso, se a condenação for anterior aos últimos cinco anos, de acordo com o art. 64, I, CP, que afasta os efeitos da reincidência, não será possível a decretação da prisão preventiva.

Para Feldens (2005), no caso do apontado requisito, os olhos estão postos na periculosidade demonstrada pelo agente, independentemente da natureza do crime, até mesmo porque referem aos crimes punidos com detenção, menos graves que aqueles punidos com reclusão.

Portanto, a Lei nº. 11.340/06, que cuida do sistema de proteção à mulher contra Violência Doméstica e Familiar, incluiu nova modalidade de autorização para a preventiva no art. 313, inc. IV, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetiva de urgência contida no art. 313 Para este autor, independentemente de tratar-se de crime punido com detenção ou reclusão.

Embora na presença dos requisitos normativos no art. 313, CPP que não é suficiente para a decretação da prisão preventiva; é preciso, também, que se esteja diante de quaisquer das situações previstas no art. 312 do CPP, às quais são denominados os requisitos de fatos.

2. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Ao contrário de algumas legislações, o Código de Processo Penal não prevê prazo expresso para a duração da prisão preventiva. A única exceção em nossa legislação encontra-se na Lei nº. 9.034/95, que cuida das ações praticadas por organizações criminosas, cujo art. 8º estabelece o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução criminosa, quando preso o acusado (NUCCI, 2008).

Na realidade, a fixação legal do mencionado prazo, de 81 dias, quando se tratar de réu preso, tem a sua origem em construção jurisprudencial, firmada, ao longo desses anos, em consideração aos prazos legais fixados para a prática de atos processuais no processo penal.

Entendendo que a ausência de fixação de prazo certo para a duração da prisão preventiva deixava o acusado inteiramente à mercê do Estado, nossa jurisprudência elaborou entendimento segundo o qual, cuidando-se de réu preso provisoriamente no curso da ação penal, esta deveria estar concluída nos prazos previstos em lei, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal. A hipótese, então, estaria a ensejar o habeas corpus, com fundamento no art. 648, II, do CPP, cujo comando considera ilegal a coação "quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei".

Segundo Nucci (2008), os prazos para o estabelecimento do que seria o prazo legal para o encerramento da ação penal, alcançou-se o total de 81 dias, levando-se em consideração desde os prazos para conclusão do inquérito até o prazo para a prolação da sentença, nos termos do art. 800, I, § 3º, do CPP. Veremos, contudo que a nova Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008, modifica inteiramente esse quadro, alterando em profundidade os ritos procedimentais, e, assim, a operação aritmética da conta final de 81 dias, ainda que para chegar a um número aproximado.

Posteriormente, passou-se ao entendimento de que o prazo de 81 (agora, 86) dias deveria ser observado até o final da instrução criminal, entendendo-se, por essa, no processo comum ordinário, a fase do antigo art. 499, reservada a diligências finais, e hoje integralmente modificado.

Porem, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulado a questão, consoante se vê na Súmula nº. 52, nesses termos: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo." A Súmula nº.

21 da mesma Corte é no mesmo sentido, referindo-se, porém, à decisão de pronúncia, nos procedimentos do Tribunal do júri, para o fim de superar a alegação de excesso de prazo.

A Lei nº. 11.719/08, como já adiantamos, modifica totalmente os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, com o que haverá que ser feita nova contagem de prazos para a aplicação da antiga jurisprudência.

E, mais, o agora velho prazo de 81 dias referia-se ao somatório dos prazos apenas no rito comum ordinário, sendo perfeitamente válida a argumentação no sentido de que, tratando-se de outro rito processual, referido prazo deveria ser alterado e adequado aos limites da lei (BITENCOURT, 2008).

Seja como for, normalmente vinha sendo seguida à regra dos 81 dias, independentemente do rito, não faltando tribunais estaduais que inclusive ampliam o aludido prazo.

A contagem do prazo teria início com a prisão do acusado, seja ela preventiva, seja ela decorrente de flagrante delito, mantida em razão da existência de razões da preventiva segundo o art. 310, parágrafo único, CPP. É a partir da prisão, terão início à contagem de prazo para o encerramento do inquérito policial dez dias na Justiça Estadual; 15 dias prorrogáveis na Justiça Federal, e assim sucessivamente oferecimento da denúncia e início da instrução criminal.

Segundo Moraes, (2003), chegará aos 86 oitenta e seis dias, como regra, ressalvadas circunstância específicas de cada caso concreto:

- a- de 10 a 15 dias na Justiça Federal, para a conclusão das investigações;
- b- de 05 dias para o oferecimento de denúncia;
- c- de 10 dias para a resposta escrita no art. 396, CPP)
- d- até 60 dias para a audiência de instrução segundo o art. 400, CPP, a serem acrescidos do prazo de vinte e quatro horas para a decisão de recebimento da peça acusatória, e, eventualmente, do prazo de prisão temporária e a Lei nº. 7.690/89.

No processo do Tribunal do Júri, o prazo de conclusão do procedimento reservado à acusação e à instrução preliminar é de 90 dias no art. 412, CPP, aos quais se somariam o prazo de prisão anterior preventiva e temporária, se houver denúncia ou queixa.

Eventuais atrasos na conclusão da instrução, se não imputáveis à defesa, não deverão ter o condão de ampliar o aludido prazo.

Todavia, quando se tratar de instrução complexa ou de pluralidade excessiva de réus, o rito ordinário poderá ser ampliado em mais 20 dias, sendo 5 para cada parte e 10 para o juiz sentenciar. De acordo com Moraes, (2003), mesmo nessas situações, ressalvados casos excepcionais gravidade do crime e dificuldade comprovada de produção da prova, não se deverá ampliar o prazo de 86 dias.

Por se tratar de somatório de prazos específicos, isto é, estipulados para a prática de atos processuais isolados, é perfeitamente ponderável a observação segundo a qual o excesso de prazo estaria caracterizado pelo descumprimento de qualquer um deles. Em outros termos: a contagem seria feita de modo isolado, e não globalmente.

Segundo Moraes, (2003), o que entendimento francamente majoritário é no sentido da contagem global. Por contagem global deve-se reconhecer a possibilidade de manutenção da prisão, ainda que superado determinado prazo processual pela acusação, durante a instrução, ao entendimento de que, em tese, seria possível a compensação do prazo então superado, nas etapas seguintes.

Que semelhante ponto de vista pode até ser aceitável, mas unicamente como exceção, nunca como regra. Determinadas infrações penais, quando, por exemplo, praticadas com violência e/ou grave ameaça, envolvendo um número elevado de autores e partícipes, sobretudo quando reunidos em quadrilha, certamente poderiam justificar a superação de um excesso de prazo, desde que ainda possível a sua recuperação nas etapas procedimentais posteriores. Nessa situação, a complexidade da investigação e o risco potencial decorrente da soltura dos agentes reclamariam à adoção de critérios de razoabilidade na interpretação da lei (FERNANDES, 2006).

Superado o prazo para a conclusão do inquérito, o juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, decreta a prisão preventiva dos indiciados, tendo em vista o não encerramento das investigações.

A hipótese somente poderá se revelar aceitável sob as ponderações que acabamos de fazer, no sentido da excepcionalidade da manutenção da prisão, já que o prazo para a conclusão do inquérito, a rigor, já estaria encerrado na data da decretação da preventiva. Note-se que a decretação da preventiva não era outra coisa senão a repetição da decisão judicial que manteve a prisão em flagrante, dado

que, uma vez cumprida a sua função probatória e de urgência, a prisão então realizada passa a exigir nova fundamentação. É por isso que, para fins de conclusão da fase de investigação, não se faz distinção entre a prisão em flagrante e a prisão preventiva, na contagem do prazo.

Excedido que seja o prazo na prisão cautelar, impor-se-á o seu relaxamento, seja pela via do habeas corpus, seja ex officio, pelo tribunal, na apreciação de eventual recurso. E isso, independentemente da natureza do crime em apuração. É ver a Súmula nº. 697 da Suprema Corte: "a proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo".

Para Segundo Fernandes (2006), a regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para prática dos atos processuais instrutores, somente se admitindo a sua observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.

Segundo Fernandes (2006), nos termos do art. 311 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada, quando presentes os requisitos legais normativos e fáticos, tanto a requerimento do Ministério Público ou do querelante na ação privada, por representação da autoridade policial, quanto de ofício, pelo juiz.

O que nos parece longe de dúvidas é que a referida normatização constitucional, que afastou o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar ao máximo a sua imparcialidade. Para essas funções de investigação, foram instituídos ou reconhecidos pelo Ministério Público nos arts. 127, e a Polícia Judiciária no art. 144. Daí a inconstitucionalidade manifesta, já aqui sustentada, da inovação trazida pela Lei nº. 11.690/0 na parte em que esta, modificando o art. 156, CPP, autoriza o juiz a determinação de prova, de ofício, na fase de investigação art. 156, I, CPP.

Segundo Fernandes (2006), a prisão temporária contida na Lei nº. 7.960/89 tem por destinação, unicamente, a tutela da fase de investigação policial, não podendo ser decretada quando já em curso a ação penal. Portanto, a prisão temporária, e vedada ao juiz à decretação de prisão ex officio, opção legislativa absolutamente correta. Tendo em vista que referida prisão temporária presta-se a tutelar tão somente a investigação criminal.

Evidentemente, o que se está afirmando não impede nem poderia a atuação jurisdicional antes da ação penal, que é o local apropriado para a manifestação do Poder Judiciário. É missão constitucional de o referido Poder Público a tutela das liberdades pública no exercício da qual caberá a ele, unicamente, a decretação de prisões, a expedição de mandados de busca e apreensão, a manutenção das liberdades individuais, enfim, a determinação de todas e quaisquer restrições de direito. E, ao mesmo tempo, como visto, compete também ao Judiciário a proteção da efetividade do processo, adotando medidas que preservem os interesses da Justiça Penal (BRITTO, 2011).

Todavia, o fato de caber a ele o exercício de tais poderes não implica que tal função se realize, sempre, de ofício. Porém, cuidar-se de medidas destinadas a proteger a efetividade da persecução penal, isto é, providências que têm por objetivo assegurar a aplicabilidade do Direito Penal, na fase de investigação, tal a hipótese das prisões preventivas e temporárias, caberá aos seus destinatários, isto é, destinatários da missão de promoção ativa da persecução penal, tanto sob a perspectiva dos meios da Polícia quanto dos fins do Ministério Público, a iniciativa para o exame de sua necessidade.

No entanto, quando já tiver sido instaurada a ação penal, o Juiz Criminal deve dispor de instrumentais necessários à garantia da efetividade do processo, sobretudo porque o interesse jurídico posto ali não é, nem se assemelha, a um interesse de parte. A relação, ou relações jurídicas, ou, enfim, a situação jurídica que integram o processo penal é completamente distinta daquelas do processo civil. Segundo Fernandes (2002), não se busca naquele processo penal a satisfação de um interesse exclusivo do autor, mas de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingida pela infração penal.

É por isso que não se pode deixar ao critério exclusivo do Ministério Público, ou do querelante, o juízo acerca da necessidade de proteção efetiva do processo em curso, dado que o processo não é do interesse exclusivo de ambos; muito ao contrário, a aplicação do direito material ali veiculado funciona na ordem de proteção, preventiva, dos direitos fundamentais. Afinal, para que existiria a intervenção penal estatal senão para a proteção dos apontados direitos? (TOURINHO FILHO, 2009).

Não é por outra razão que o art. 385 do CPP prevê a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público manifeste-se pela

absolvição. Portanto, o conceito de parte no processo penal público é meramente formal, dada à natureza eminentemente pública de seu objeto.

2.1- VEDAÇÃO À PRISÃO PREVENTIVA

Nos termos do disposto no caput do art. 236 do Código Eleitoral da Lei nº. 4.737/65 é vedada a prisão ou detenção de qualquer eleitor, no período de cinco dias antes e 48 horas depois do encerramento das eleições, salvo em flagrante delito, em virtude de sentença pena condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

Em relação às ressalvas, observamos que a violação a salvo-conduto, por si só, já poderia constituir infração penal e, daí, flagrante delito, seja por abuso de autoridade seja por constrangimento ilegal. Já com referência à prisão decorrente de sentença penal condenatória por crime inafiançável, é de se ver que há de ser exigido o trânsito em julgado da mesma, já que a prisão não seria propriamente cautelar.

De outro lado, o § 1º do citado art. 236 prevê que os membros de mesa receptores e fiscais do partido, bem como todos os candidatos, gozarão do mesmo benefício, vedada à prisão ou detenção, porém, 15 dias antes das eleições e, também, 48 horas depois (MORAES, 2003).

Tratando-se de norma que amplia o uso das liberdades públicas, não vemos por que infirmá-las, sob qualquer perspectiva, ainda que reconheçamos ser o Código Eleitoral fruto de conturbado período político, no qual as garantias individuais jamais constituíram horizonte dos governantes.

Mesmo a distinção entre candidatos e mesários e os demais eleitores é aceitável, se entendermos que a lisura e a legitimidade do processo eleitoral são efetivamente, fundamentais para a construção da democracia. Nesse passo, a tranquilidade de seus participantes há mesmo de ser preservada nos períodos nos quais a disputa tende a se acirrar. É de se lembrar que o exercício do direito ao voto e do direito a ser votado expresso direito político fundamental, reconhecido expressamente na Carta de 1988.

Embora a lei Código Eleitoral não se refira à prisão temporária, cumpre assinalar: a desnecessidade de qualquer referência expressa, para estender também a ela à temporária a vedação contida no citado art. 236 do Código Eleitoral.

Segundo Pângaro (2009), em primeiro lugar, porque tanto a prisão preventiva quanto a temporária são prisões de natureza cautelares, devendo, no ponto, receber o mesmo tratamento. Em segundo lugar, porque, ao tempo do Código Eleitoral, não existia ainda a prisão temporária, daí por que impossível qualquer referência legislativa a ela.

2.2-O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

O princípio de inocência ou presunção de inocência é um princípio de ordem constitucional, aplicado ao direito penal, que estabelece a inocência da pessoa como uma regra. Somente através de um processo ou julgamento que provou culpado, o Estado pode aplicar uma sanção ou punição, ficando evidentemente revogados os artigos 393, II, e 408, §1º, do Código de Processo Penal.

O reverso da presunção de inocência são as medidas cautelares, como prisão preventiva. Em direito procesual moderno liminares permitidas somente onde não há risco de fuga ou de perigo que afeta a pesquisa individual feito indevidamente.

Elementos distintivos entre a presunção de inocência e do princípio da dúvida. A presunção de inocência é muitas vezes confundida com o princípio *in dubio pro reo*. Neste contexto, a posição está segundo Tourinho Filho (2003), que argumenta que o princípio do dano é a presunção de inocência, um direito fundamental a ser levantada.

Enquanto isso, Pagliuca (2002), refere-se à regra de absolvição, argumentando que o mesmo projeto em caso de dúvida no momento em que o juiz emitiu a sentença, é nomeado esta como verificar nenhuma culpa. Os problemas acima mencionados em torno da incerteza foi elucidado a partir do mais alto reconhecimento *in dubio pro reo*, definindo a absolvição do réu em caso de dúvida. Incapaz de guiar o juiz sua decisão, a lei permite que através deste, superar a incerteza associada à avaliação das provas. Este princípio protege os direitos fundamentais das pessoas sujeitas a processo penal.

. A este respeito, Pagliuca (2002, p. 247), diz que:

"examinar e avaliar a evidência é mais complicado de interpretar uma lei. Mas isso não significa que a questão não pode surgir na mente do juiz, em ambos os casos, e que deve ser resolvido. "

Desta forma, não resta dúvidas alguma que de acordo com a legislação vigente responsável por tratar deste assunto, resta somente ao magistrado optar-se pelo livramento do réu, baseado no *in dubio pro reo*, pois as provas aludidas aos autos não foram suficientes para a convicção do magistrado. Causando assim dúvidas sobre qual delas seria a verdadeira.

Sentís segundo Pagliuca (2002), o princípio *in dubio pro reo* é aplicável nos casos em que, apesar de liberdade condicional ser uma atividade com todas as formalidades exigidas por lei, as provas obtidas é não deixar nenhuma dúvida no espírito do juiz quanto à existência de culpa do acusado antes da existência de dois argumentos que imprimem a mesma convicção.

A intervenção do campo máxima citou evidências, exatamente quando a avaliação final da prova. Ele não age como uma regra para avaliação dos dados, mas aplica-se após a conclusão da avaliação. Pressupõe um conflito de caráter subjetivo, que tem efeitos sobre a condenação de todas as provas apresentadas pelo Ministério Público ou a ação exercida pelo promotor privado e da defesa, onde o princípio *pro reo in dubio* fundada suposição de absolvição do acusado dúvida razoável.

Ela também envolve um processo subjetivo do juiz, o que reflete a incapacidade do mesmo para superar uma situação de incerteza para os fatos apresentados pela acusação e da defesa, que oferecem a mesma quantidade de convicção sem superar a situação de dúvida.

A presunção de inocência impõe ao juiz a determinar a existência de uma taxa de atividade e prova da suficiência do mesmo. O teste tem que ser legal e racionalmente avaliados. Na ausência desses requisitos não se pode dizer que não há provas contra afirmar a culpa do acusado e, portanto, a presunção de inocência prevalece ele (CINTRA; GRINOVER ; DINAMARCO, 2003).

Enquanto isso, o *in dubio pro reo* é o princípio, atualizado quando apesar da existência de provas incriminatórias, que liberam trabalho tem o mesmo nível de precisão, de modo que você não pode remover a incerteza, e essa tensão dialética, o juiz é obrigado a inclinar-se em favor do acusado segundo Tourinho Filho (2003).

Por sua parte, a presunção de inocência, para este autor, tem uma natureza diferente, uma vez que determina a exclusão da presunção de culpa do acusado durante o processo de desenvolvimento. Ele evita uma convicção na ausência de

registros adequados de envolvimento criminal do réu no delito. Portanto, é uma garantia processual.

A presunção de inocência implica um problema de falta de provas, enquanto o *in dubio pro reo*, envolve um problema subjetiva de dúvida. Este último valor vem do resultado da avaliação da evidência como um todo, em que o estado de hesitação do juiz deixa claro que o uso da máxima (TOURINHO FILHO, 2003).

O *in dubio pro reo*, na apresentação de provas, tem uma dimensão menor do que a presunção de inocência, apesar de seu papel decisivo nesta área, só entra em consideração quando a questão entre os testes e a acusação, é projetado a mesma convicção, que induz o juiz para resolver a falha no positivo para o réu.

Fernandes (2002, p. 42), em relação ao papel de *pro reo* princípio *in dubio* afirma que: "... se há indícios de actividade e, simultaneamente, de carga e descarga de tempo-evoluções ocorrem e não acusatórias atitudes acusatórias, é a tarefa da instância juiz decidir .. ." Nesta fase em que o juiz, para comparar a carga de teste positivo e negativo e descarga, assume uma posição de dúvida que permite princípio conformal definitivamente resolvido.

Para este autor a distinção não é sem sentido, e que a presunção de inocência não impede *in dubio pro reo* em matéria de avaliação da prova. Para usar os testes em processo penal, a presunção de inocência deve prevalecer em caso de dúvida quanto à culpa do arguido. Se o juiz, tiver dúvidas no ato da sentença, deve beneficiar o acusado a não ser prejudicado.

Portanto complementar para diminuir o exercício do poder punitivo, no momento em que um tribunal decisão processual, que encerra o julgamento, com um toque de humanidade e justiça em relação a quem está sujeito a processo criminal.

Enquanto isso, de acordo com Mirabete (2000), a presunção de inocência está relacionado com o princípio *in dubio pro reo* como critério auxiliar. É também um julgamento básico que determina a interpretação de normas jurídicas, que devem estar em conformidade com a Constituição e os direitos fundamentais.

Como dito por Fernandes (2002) que não deve ser confundido *in dubio pro reo* princípio, com a presunção de inocência. O primeiro pertence ao tempo de avaliação ou avaliação de provas e aplica-se quando, tendo a prova, não há dúvida razoável sobre a ocorrência dos elementos objetivos e subjetivos que compõem o crime em questão. Enquanto a presunção de inocência, adquire a sua eficácia

quando há total falta de provas, ou quando praticada não cumprir o devido processo. Conseqüentemente, cada réu presumido inocente até que a prática para estes testes indicam a sua culpa. Apenas pela convicção de tribunal competente, a pessoa torna-se criminalmente por inocente.

A interação entre a presunção de inocência e da dúvida, o réu, para dizer Mirabete (2000), "... é claro, nos casos em que não existiam probatória em si, mas não foi o suficiente ..." (p.43). Em outras palavras, apesar de ser praticado evidências para provar a culpa ou inocência do acusado, estes não são suficientes para tomar uma decisão.

Isso viola a presunção de inocência, como Mirabete (2000), quando condenação de uma pessoa com mera suspeita, sem provas ou ignorá-los, ou para condenar uma pessoa sem ter recebido os elementos de defesa ou admitidos a contradição das provas contra . Ele também quebra quando as sanções sob irregularmente obtido provas ou de se afirmar violação fundamentais e garantias de direitos constitucional e legalmente devidas, ou extraído punitivas conseqüências legais que afetam os direitos fundamentais dos fatos não em evidência.

A presunção de inocência opera em todos os processos, considerando o inocente acusado até que não haja provas convincentes de meios para provar o contrário. Após os testes realizados, a dúvida, o réu age como um peso das provas, como no caso de qualquer dúvida razoável surge, você deve absolver. Responder o recurso que tem todo o julgamento: a ser fundada em fatos juridicamente testados.

De acordo com a declaração de Mirabete (2000), fato comprovado requer a plena convicção do Tribunal, que a evidência obtida através recebeu no julgamento. Na opinião deste autor, não é suficiente probabilidade, ou suspeita. É possível a prevalecer no espírito do juiz a idéia de que o réu é culpado, mas se ele não é mostrado pela evidência no debate legalmente por fatores objetivos e controláveis pelos participantes, não terá escolha a não ser pedir a absolvição. A lógica do direito à presunção de inocência é a segurança jurídica e a necessidade de garantir que um acusado não será condenado sem provas suficientes para destruir tal presunção e demonstrar a sua culpa por uma condenação contra ele.

A presunção de inocência é muitas vezes confundida com o princípio *in dubio pro reo*. A primeira opera na fabricação, processamento considerado inocente até que haja provas convincentes de meios para provar o contrário. Após os testes

realizados, os atos como uma segunda pesagem de provas, como nos casos em que surge qualquer dúvida razoável, tem de absolver.. Uma das extremidades a serem cumpridas, não viola a presunção de inocência, a verdade é que só refutável invalidado por provas incriminatórias, fornecidos pela acusação. Este teste deve ser suficiente para afastar a presunção de que o acusado goza de todo o processo penal, de modo que, concatenados com outras provas, determinar a culpabilidade do sujeito (TOURINHO FILHO, 2003).

A importância de um dos direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição de 1991, que se refere a um princípio de devido processo legal que está sujeito a um cidadão de nosso país, quando ele está sendo investigado por suspeita de atividade criminosa , como é a "presunção de inocência", o que deve prevalecer em dúvida para a alegada responsabilidade criminal.

3-PRISÕES PREVENTIVAS E A LEI Nº 12.403/11

Na redação primitiva do Código de Processo Penal, o antigo art. 312 previa a prisão preventiva obrigatória de quem fosse denunciado pela prática de crime para o qual fosse revista pena máxima igual ou superior a dez anos.

Portanto, bastava à simples imputação, por parte do Ministério Público, para que se tivesse presente à necessidade do recolhimento imediato do réu. O fundamento da prisão era o mesmo que autorizava a manutenção da prisão em flagrante a quaisquer crimes para os quais não fosse prevista a prestação de fiança: antecipação da culpabilidade, ou a presunção de fuga.

Quando se achava que a mentalidade autoritária no Código de Processo Penal de 1941, já havia sido definitivamente banida pela nova ordem constitucional de 1988, a Lei nº. 8.072/90, quase 50 anos depois da vigência do nosso Código de Processo Penal, restaurou, por assim dizer, o regime de prisão preventiva obrigatória, ao dispor que os hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo são insuscetíveis de fiança e de liberdade provisória (FERNANDES, 2006).

Segundo Fernandes (2006), o esclarecimento técnico, que não se trata, efetivamente, de prisão preventiva obrigatória. Fosse assim, mesmo aquele que se encontrasse em liberdade poderia ser recolhido à prisão, após o oferecimento da denúncia. Fernandes (2006), afirmar é que o tratamento da manutenção do flagrante é que se equipararia à antiga prisão obrigatória. Essa, a antiga sistemática da Lei nº. 8.072/90.

Segundo a citada lei, com efeito, parecia não ter se valido de nossa larga experiência legislativa da década de 1970, quando, primeiro, permitiu-se recurso em liberdade para o réu primário e de bons antecedentes no art. 594, com a alteração dada pela Lei nº. 5.941/73 já revogado pela Lei nº. 11.719/08, sem que, entretanto, se permitisse a liberdade provisória para o mesmo primário e de bons antecedentes, logo após a sua prisão em flagrante. Embora, o art. 310, sem o seu parágrafo único, antes, portanto da Lei nº. Lei n. 12.403/11, que só veio quatro anos mais tarde.

Somente quase vinte anos depois é que a referida Lei nº. 11.719/08, passou a permitir a liberdade provisória sem fiança, segundo o art. 310, parágrafo único, CPP, no entanto, com a proibição de concessão de fiança, consoante se vê do art. 1º da

Lei nº.11.464/07, que deu nova redação ao art. 2º, II, da mencionada Lei dos crimes hediondos.

O legislador, ao que parece, embora não tenha alterado as demais legislações que vedam quaisquer modalidades de liberdade provisória, foi o que deu o primeiro passo na constitucional. Em consequência, o atua; art. 2º, § 3º, da Lei nº.8.072/90, que permite ao juiz, em caso de sentença condenatória autorizar o recurso em liberdade, desde que fundamentadamente, cuja redação foi mantida, torna-se obviamente impertinente e carente de coerência normativa: se o acusada se encontrava livre, exatamente pela inexistência de razões da prisão preventiva, porque se exigir fundamentação judicial para aguardar o julgamento do recurso em liberdade?

Para Ferri (2011), quanto às consequências da vedação de fiança e a paradoxal permissão da liberdade sem fiança, atual art. 2º, II, Lei nº. 8.072/90 insistimos: de há muito desde o ano de 1977, com a alteração do art. 310, CPP, a vedação da fiança jamais implicou a impossibilidade de aplicação do art. 310, parágrafo único liberdade sem fiança, nova modalidade instituída posteriormente ao Código de Processo Penal de 1941, fundada apenas na ausência de razões cautelares para a manutenção da prisão em flagrante.

Segundo Almeida, (2011), a autoridade judiciária competente no art. 5º, LXI, como convém, aliás, às inevitáveis restrições de garantias individuais emanadas de um Estado Democrático de Direito, assentado na realização dos direitos fundamentais.

De outro lado, demonstrando o já anunciado talento e propensão para o paradoxo, o legislador brasileiro já havia voltado às vedações de liberdade provisória também com a edição da Lei nº. 11.343/06, que cuida da política de prevenção e repressão do tráfico de drogas, conforme se vê do disposto no art. 44 e art. 59, c/c art. 33, caput, e § 1º, art. 34 e art. 37, todos da referida Lei. Pior: o art. 59 afirma que: nos crimes previstos nos art. 33, caput e § 1º tráfico de drogas, art. 34, fabrico e utilização de instrumentos para o tráfico e art. 37 associação para o tráfico, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

A contradição, que é real e não só aparente, foi explicada na jurisprudência de nossos tribunais a partir da existência ou não da prisão anterior à decisão condenatória. Assim, tanto o citado § 3º, da Lei nº. 8.072/90, quanto, por

semelhança, o disposto no art. 59 da Lei nº 11.343/06, que autorizam o recurso em liberdade, somente seriam aplicáveis para o acusado que não estivesse preso ao tempo da sentença. Se houvesse prisão anterior, em flagrante ou preventivamente, não se aplicaria à aludida regra, mantendo-se preso o acusado durante o julgamento do recurso.

Seja como for, a vedação da liberdade provisória no art. 44, Lei nº. 11.343/06, agravada com a inversão da regra constitucional que impõe a exigência de fundamentação de toda restrição de direitos pela citada lei, o juiz teria de fundamentar a liberdade, e não a prisão parece-nos inegavelmente inconstitucional.

Inconstitucional, porque a manutenção obrigatória da prisão em flagrante dispensa fundamentação e, o que é pior, dispensa a fundamentação judicial. Ora, segundo o nosso texto constitucional, ninguém será mantido preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos do art. 5º, LXI (GRECO, 2007).

Inconstitucional, também, porque parte do pressuposto da existência do crime e de sua autoria, no que se revela incompatível com o princípio da inocência, e porque parte, ainda, do pressuposto de que, em tais situações, a prisão seria sempre necessária. Com isso, segundo a lei, estaria justificada a natureza cautelar da custódia.

Segundo Almeida (2011), a Lei n.º 12.403/11, passou a ser considerada como uma mudança no tratamento da prisão, através das medidas cautelares e da liberdade provisória, tendo ou não fiança, que superou o Código de Processo Penal que rompeu as suas estruturas, baseadas nas alterações da Lei 6.416/77, onde a fiança através do regime passou a ser considerada como de liberdade provisória.

Embora vários pesquisadores destaquem a Lei n.º 12.403/11 como a outra face da proporcionalidade, e por parte do Estado sendo considerada como a nova prisão preventiva que tem como objetivo reprimir os excessos de cautela, após a persecução criminal. Através desta reforma na Lei que passou a privilegiar a todos os indivíduos a defesa de seus direitos de acordo com o Estado.

Segundo Almeida, (2011), a Lei n.º 12. 403/11 no Estado das quantidades proporcionais entre si levou a dupla dimensão através de vários critérios apontados pela doutrina com a reflexão sobre os interesses postos no processo penal, onde se dá o equilíbrio através da defesa e da segurança pública e das liberdades individuais.

Portanto, o art.283, teve uma nova redação a partir do CPP, a respeito da "proibição do excesso", e a "proibição de deficiência" que estabeleceu um pressuposto cautelar que estão previstas no Título IX do CPP, que proporciona estabilidade a não aplicação da infração, cumulativa ou num e noutro sentido a pena "privativa de liberdade" (GRECO, 2007).

Segundo o art. 282 CPP, que através de dois critérios. A primeira mostra as suas aplicações de medidas cautelares como: a aplicação da lei penal; a investigação ou instrução criminal; evitar a prática de infrações penais. E já na segundo mostra a o agravo do crime; das circunstâncias do fato; das condições pessoais do investigado ou acusado.

A necessidade da prisão, e de acordo com a presença das razões cautelares autorizadas pela lei, só pode ser aferida no plano da realidade concreta, e nunca pela maior gravidade do delito (TOURINHO FILHO, 2009).

A vedação da concessão de liberdade provisória foi construída abstratamente, ou seja, sem nenhuma consideração aos elementos levados aos autos, implicando assim, na transferência da tutela dos direitos e garantias individuais ou, das liberdades públicas exclusivamente para o órgão da acusação e, por vezes, até para a própria autoridade policial.

3.1. A ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A PARTIR DA LEI 12.403/11

Quando o acusado se apresentava espontaneamente para a justiça conforme retratava o art. 317 do CPP, que foi revogado pela Lei 12.403/2011. Segundo o art. 317, CPP, quando o acusado se apresentava as autoridades espontaneamente não poderia ser preso, mesmo não sendo impossível sua prisão. Assim, quanto a apresentação do acusado que é retratado nos artigos 317 e 318, CPP, que diz da sua importância em se apresentar por livre espontânea vontade (GARCETE, 2011).

Segundo com Martins (2011), a prisão só poderia acontecer mediante flagrante delito. Isto só pode acontecer se o agente for capturado quando esta cometendo um crime. Por isso, só pode acontecer à prisão no momento do crime.

Na apresentação espontânea, obviamente, não existe ordem judicial de prisão, esta somente poderia ocorrer se houvesse flagrante delito. Ocorre que este se configura se o agente for capturado quando está cometendo ou acabou de cometer o crime, quando foi perseguido e preso logo após a prática criminosa.

Portanto, em todas essas hipóteses, para configurar o flagrante, impõe-se que a prisão seja feita no momento do crime, ou no curso da perseguição iniciada *logo* após a prática criminosa, ou no encontro do autor do crime logo depois de consumada a conduta delituosa.

Quando o réu apresenta espontaneamente as autoridades é porque ele não foi preso, ou até mesmo perseguido ou encontrado após a prática do delito, na prisão em flagrante delito.

De acordo com Martins (2011), após se apresentar espontaneamente, não lançando a mão deste dispositivo é por que simplesmente não existe *prisão por apresentação*.

Com relação à apresentação espontânea ou sua decretação da prisão preventiva. Embora seja possível a decretação da prisão preventiva por parte do juiz que se apresentou espontaneamente.

Segundo Capez (2011), não se pode sustentar a prisão preventiva a partir de sua apresentação espontânea. Baseados na Lei 12.403/11 que evidencia em seu art. 282, I e II, CPP, seu dispositivo estabelecendo alguns critérios de todas as “necessidade” e “adequação” cautelares e incluindo preventiva de acordo com o decreto que são subsentidos aos arts. 311 a 315, CPP, que não depende de sua apresentação espontânea para o seu decreto preventivo. Portanto, mesmo a prisão preventiva tem que ser aplicada com muito cuidado a partir do artigo 282, § 6º, CPP.

CONCLUSÃO

No Brasil, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Lei de Execução Penal, de 1984, reconhecem que pessoas privadas de liberdade têm direito a saúde e educação.

Os requisitos inseridos no art. 312 do CPP, para se ter um bom posicionamento da custódia cautelar, será por não se fazer cumprir esta medida protetiva de urgência. Segundo a Constituição Federal de 1988, todo indivíduo tem direito a liberdade e não se pode descumprir qualquer medida protetiva de urgência, evitando assim, maiores danos na locomoção do indivíduo.

Portanto, é necessário ou não se fazer à prisão preventiva, baseadas no descumprimento da lei, ou seja, a partir de cada situação fática, não sendo de forma taxativa estas medidas protetivas de urgência. A prisão preventiva faz uma afronta a essa Constituição Federal de 1988, que diz em seu art. 5º inciso LIV, que ninguém será privado de liberdade.

Embora o direito à presunção de inocência, desdobramento sua eficácia quando há total falta de provas, ou quando praticada a não cumprir o devido processo. Assim, não deve ser confundido *in dubio pro reo* princípio, com a presunção de inocência. O princípio *in dubio pro reo*, pertence ao tempo de avaliação ou avaliação de provas e aplica-se quando, tendo a prova, não há dúvida razoável sobre a ocorrência dos elementos objetivos e subjetivos que compõem o crime em questão.

Entende-se necessidades de ações emergenciais e intensas que transcendam as intervenções pontuais e esporádicas, mas, sobretudo representem caminhos efetivos para gerar economia ao Estado a partir da redução das penas, bem como promover oportunidades de redução dos índices de reincidência por parte dos encarcerados.

Portanto, com tantas mudanças no código processual, ainda assim, não esta garantindo o nosso direito a liberdade que estão previstos na Constituição da República. Embora, a Lei nº 12.403/2011 veio com as maiores intenções fazendo *jus* aos princípios da Constituição Federal (1988), representado pelo Código de Processo Penal. Se a Constituição Federal ampara os direitos fundamentais do Código de Processo Penal não pode ser inferior a esses direitos fundamentados.

Assim, a aplicação desta nova lei veio para humanizar os apenados quem de direito merece.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, P.D. de. **Lei 12.403/11: altera o Código de Processo Penal em relação à prisão processual, fiança, liberdade provisória, e outras demais medidas cautelares.** 2011.

http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Lei_%20n_%2012403_11.pdf>. Acesso em: 15. Ago. 2011.

ARAÚJO, S. **Impunidade ineficiência do Sistema Criminal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Brasport, 2008. Disponível em:

<<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/prisao-preventiva-e-presuncao-deinocencia-1985/artigo/>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

BEDÊ JÚNIOR, A. & SENNA, G. **Princípios do Processo Penal.** Entre o garantismo e a efetivação da sanção. São Paulo: RT, 2010.

BELLO, W. **Prisão preventiva e presunção de inocência.** Disponível em:

<<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/prisao-preventiva-e-presuncao-deinocencia-1985/artigo/>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal.** Volume 1. São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, 2009.

BRITTO, R.C.C. **Nova Lei de Prisões e a Impunidade.** Disponível: <<http://www.portalcostanorte.meionorte.com/blogs/cajuba/109294.html>>. Acesso em: 15. Ago. 2011.

CAPEZ, F. **Prisão Preventiva na Nova Lei: polêmica à vista.** Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/>. Acesso em: 15. Ago. 2011.

CINTRA, A. C. de A, GRINOVER, A. P. , DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

FELDENS, L. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Gi. **Justiça**: Lei 12.403 e o Desabafo de um Promotor. Disponível em: <<http://eduardohomemdecarvalho.blogspot.com/2011/05/justica-lei-12403-e-o-desabafo-de-um.html>>. Acesso em: 15. Ago. 2011.

FRAGOSO, J.C. **Prisão preventiva e clamor público**. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo70.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2009.

GARCETE, C. A. **Breves Impressões acerca da Novel Lei N. 12.403/2011** (Lei das Novas Medidas Cautelares Penais). Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/39818>>. Acesso em: 15. Ago. 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

LUISI, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARTINS, F. **Comentários à Nova Lei de Prisões** (Lei 12.403, de 4 de Maio de 2011). Disponível em: <<http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/cautelares.pdf>>. Acesso em: 15. Ago. 2011.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo; Atlas S.A, 2003.

NUCCI, G.S. Manual de Direito Penal. 4 ed. **Revista dos Tribunais**, 2008.

PAGLIUCA, J. C. G. **As garantias do devido processo legal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PÂNGARO, E.L.A. **A prisão preventiva**. Pressupostos e diferenças das demais prisões cautelares, 2009. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/14723/a-prisao-preventiva/2>. Acesso em 19/02/2012.

TOURINHO FILHO, F.C. **Processo Penal** - Volume 3. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ **Processo penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUIS CARLOS DA SILVA

Aluno

UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DA REVISÃO REVENTIVA CONSTANTES
DO ART. 312 DO CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

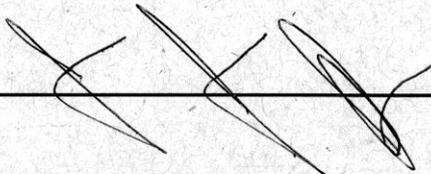
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA



Sandra Bana Alves



Aprovada em 08/12/2012.