



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

Luís de Camões

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL:
AVALIAÇÃO DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR
PREVENTIVA E A COMPETÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA
PARA ANALISAR AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E O PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO.**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências
Jurídicas.

Autor: Adelson José da Silva

Orientador: Professor Doutor Fernando Silva

Julho de 2016

Lisboa

ADELSON JOSÉ DA SILVA

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL:
AVALIAÇÃO DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR
PREVENTIVA E A COMPETÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA
PARA ANALISAR AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E O PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO.**

Monografia apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito, à banca examinadora da Universidade Autônoma de Lisboa sob a orientação do professor Fernando Silva, com especialidade em Ciências Jurídicas.

Julho de 2016

Lisboa

ADELSON JOSÉ DA SILVA

**MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL:
AVALIAÇÃO DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR
PREVENTIVA E A COMPETÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA
PARA ANALISAR AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E O PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO.**

Monografia apresentada para obtenção do grau de mestre em Direito, à banca examinadora da Universidade autónoma de Lisboa.

Aprovada em:

Portugal, de de 2016

Banca Examinadora:

Fernando Silva
Orientador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às pessoas que lutam diariamente ao meu lado, transmitindo fé, amor, alegria, determinação, paciência, e coragem, tornando os meus dias mais felizes e bonitos. A minha esposa **Mauricélia Andrade**, a minha cunhada **Sueli Maria**, ao meu filho **Adelson Júnior**, a minha filha **Vanessa Andrade**, que são os grandes responsáveis por mais essa vitória na minha vida. Eles que são o meu orgulho e me deram apoio durante toda essa trajetória. Eu poderia agradecer com as mais belas palavras e mesmo assim, seria pouco para expressar tamanha felicidade e satisfação. Dedico também ao meu pai **Manoel José** (*in memoriam*), minha maior pretensão era que ele estivesse vivo para prestigiar de perto este momento, mas sei que onde ele estiver, estará orgulhoso de seu filho. Sem vocês eu não seria nada! Amo cada um de vocês de uma forma inexplicável. “O amor é o único nexo permanente válido nas relações familiares. Amar e ser amado é um desejo de todos. E também um direito que a sociedade deveria proteger e estimular” (KNOBEL, 1992).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Papai do Céu**, que está acima de todas as coisas deste mundo. Concebendo sempre os nossos desejos e vontades, mesmo quando de forma oculta. Obrigado meu Deus pela força que me destes para que eu chegasse até aqui como um vitorioso. Obrigado também a **N.S.da Imaculada Conceição**, que sempre intercedeu por mim, me protegendo e me mostrando sempre o melhor caminho a ser seguido. A minha esposa, **Mauricélia Andrade**, pela confiança, amor, cuidado, e sabedoria. Ao meu filho, **Adelson Junior**, por toda admiração. A minha cunhada **Sueli Maria** por toda dedicação. Aos meus amigos **Solon Mariz**, **Adilson Melo**, que compreenderam a minha ausência, pois tive que dedicar uma parte do meu tempo exclusivamente para a execução desta dissertação, mas mesmo assim, não me abandonaram, pelo contrário, sempre me apoiaram com palavras de incentivo, sempre me ligavam, me mandavam mensagens e me visitavam. A todos os meus amigos e colegas de sala, que com certeza plantaram um pedaço de si em meu coração. Mas, especialmente a **Adilson Melo**, que durante o tempo que trabalhamos juntos na Polícia sempre esteve comigo dividindo momentos bons e momentos ruins. Agradeço por cada conselho, pelas risadas que não foram poucas, por cada puxão de orelha, por ter me escutado desabafar, enfim. Obrigado por tudo amigo e espero que nossa amizade permaneça além da desse Mestrado, Ao meu orientador **Fernando Silva**, que se prontificou a atender as minhas solicitações sempre que houvesse necessidade, pelo conhecimento repassado, pela paciência e confiança. O meu muito obrigado, sem todos vocês esta pesquisa não poderia ser concluída. “Eu pedi Força e Deus me deu dificuldades para me fazer forte. Eu pedi Sabedoria e Deus me deu Problemas para resolver. Eu pedi Prosperidade e Deus me deu Cérebro e Músculos para trabalhar. Eu pedi Coragem e Deus me deu Perigo para superar. Eu pedi Amor e Deus me deu pessoas com Problemas para ajudar. Eu pedi Favores e Deus me deu oportunidades. Eu não recebi nada do que pedi, mas **eu recebi tudo de que precisava**” (autor desconhecido).

“Uma vida sem objetivos não é digna de ser vivida”.
(Sócrates)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo, estudar os tipos de prisões cautelares existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro atual em especial as prisões preventiva e flagrante, bem como, as medidas cautelares inovadas por meio da Lei 12.403/2011, para mostrar a necessidade de tais medidas sem que venha necessariamente ocorrer prisões. Concluímos que tais medidas coadunam com o Princípio da Presunção de Inocência, conhecido também como Princípio da não Culpabilidade, pois este é um Direito Constitucional individual e prevalecerá às prisões dentro da razoabilidade e proporcionalidade, pois estes são direitos coletivos. Tais medidas cautelares, em especial as prisões, são mecanismos a que tem como objetivo dar garantia ao processo de conhecimento ou de execução. Portanto, temos como objeto, na presente dissertação, entender a incidência da prisão preventiva como medida cautelar excepcional em nosso ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no campo da liberdade pessoal do cidadão. Procurou-se compreender em quais momentos a referida medida afronta os princípios constitucionais resguardados pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Para tanto, foram utilizadas como perspectiva teórico-metodológica fontes bibliográficas, em que a doutrina utilizada mostrou uma maior reflexão sobre os pressupostos que legitimam a decretação da prisão preventiva, e as hipóteses de sua admissibilidade, como também a possibilidade do delegado de Polícia analisar as causas de excludentes antes da lavratura do APFD. Por meio dessas pesquisas, podemos concluir que se a prisão preventiva seja decretada fora dos limites permissivos por lei, e a falta de legitimidade para delegado analisar excludentes, ferirão os direitos fundamentais, especialmente os princípios que asseguram os direitos do cidadão, ficando claro desta forma a antecipação dos efeitos da pena.

Palavras Chaves: Prisões Cautelares - Processo Penal – Lei 12.403/2011 – Medidas Cautelares – Princípios Constitucionais

ABSTRACT

This thesis aims to study the types of precautionary arrests in the Brazilian legal system. Current particularly preventive and flagrant prisons as well as the precautionary measures innovated by Law 12.403 / 2011 to show the need for such measures without will necessarily occur prisons. We conclude that such measures consistent with the Principle of Presumption of Innocence, also known as Principle of non Guilt, as this is an individual constitutional law prevail and to prisons within the reasonableness and proportionality, because these are collective rights. Such precautionary measures, especially bonds, are a mechanism that aims to guarantee the process of knowledge or execution. So we have as an object, in this dissertation, understand the impact of preventive detention as an exceptional precautionary measure in our Brazilian legal system, especially in the field of personal liberty of citizens. He tried to understand in which times the measure affront the constitutional principles guarded by the Brazilian Federal Constitution of 1988. To this end, were used as theoretical and methodological perspective bibliographic sources, in which the doctrine used showed a greater reflection on the assumptions that legitimize decree of probation, and the chances of its admissibility, but also the possibility of the police chief to analyze the causes of exclusionary before drawing up the APFD. Through these surveys, we can conclude that probation is ordered off the relaxed limits by law, and the lack of legitimacy to delegate analyze exclusive, hurt the fundamental rights, especially the principles that ensure the rights of the citizen, thus becoming clear the anticipation of the effects of the sentence.

Key Words: Prisons Provisional - Criminal Procedure - Law 12.403 / 2011 - Provisional Measures - Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	17
2.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	17
2.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	19
2.2.1 CONCEITO	19
2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	20
3. CONCEITO DE CRIME	27
3.1 FATO TÍPICO	28
3.1.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	29
3.2 FATO ANTIJURÍDICO	33
3.2.1 ESTADO DE NECESSIDADE	34
3.2.1.1 LEGÍTIMA DEFESA	34
3.2.1.2 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO	35
3.2.1.3 ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL	36
3.3 FATO CULPAVEL	36
4. DA REFORMA DO PROCESSO PENAL	39
4.1 DA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 310 e 319 DA LEI 12.403/2011	43
5. DAS MEDIDAS CAUTELARES	44
6. TIPOS DE PRISÕES	48
7. DAS PRISÕES CAUTELARES	53
7.1 CONCEITO	53
7.2 FUNDAMENTOS LEGAIS	58
7.3 NATUREZA JURÍDICA	63
8. ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES	65
8.1 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	66
8.1.1 REQUISITOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE E AS INOVAÇÕES DA LEI 12.403/2011	68
8.1.2 A LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE	70

8.2 ANÁLISE DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	73
8.3 PRISÃO TEMPORÁRIA	81
8.4 PRISÃO PREVENTIVA	84
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	91
ANEXOS	

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura a possibilidade de haver prisões cautelares no seu Art. 5º inciso ^{LXI (1)} quando diz que “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”. (*Grifo nosso*) Vejam que o artigo diz competente, ou seja, terá que ser um juiz, pois a constituição é clara quando descreve autoridade judiciária e que esta tem que ter competência não apenas bastando ser juiz, precisa-o ter a competência territorial ou material, para que sua ordem seja legítima. Além da fundamentação constitucional temos a infraconstitucional que é o Código de Processo Penal que assegura no seu artigo 301 a prisão em flagrante dando poderes até para o particular na modalidade de faculdade, no seu artigo 311 temos a possibilidade da decretação da prisão preventiva, desde que reconhecido algum requisito do artigo 312 do mesmo diploma legal, outra lei infraconstitucional de nº 7960/89 no seu artigo 1º inciso I e II traz os requisitos e no inciso III descreve um rol taxativo de crimes que podem ser passíveis de serem decretadas as prisões para seus infratores legitimando a prisão temporária.

A Lei 12.403/11 é mais uma de outras reformas implementadas na Lei Processual Penal e traz no seu bojo, um rol de medidas cautelares pessoais a serem aplicadas, ao acusado ou investigado. Ficando dessa forma as prisões cautelares que hoje, após a reforma de 2008 são apenas três quais sejam: *Prisão em Flagrante*, *Prisão Preventiva* e *Prisão Temporária* como sendo o último recurso adotado pelo magistrado, ou seja, a regra é a liberdade do indivíduo tendo como exceção o encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O novo regramento jurídico fortalece o Princípio Constitucional da não Culpabilidade, tipificado no art. (artigo) 5º, inciso LVII. Logo, apontamentos como a gravidade genérica do delito ou hediondez, clamor público não podem ser analisados

isoladamente para segregação cautelar. O novo artigo 319 do Código de Processo¹ Penal estabelece o encarceramento cautelar como medida extrema, oponível apenas em caso de risco de inaplicabilidade / descumprimento de quaisquer das tutelas inseridas em seu bojo. Encontra-se esculpida, por exemplo, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou o acusado tenha residência e trabalho fixos, dentre outras, que serão analisadas no desenvolvimento desta pesquisa.

Convém notar, igualmente, que após o advento da Lei 12.403/2011⁽²⁾, os advogados na prática encontram dificuldades em mostrar para o magistrado a interpretação mais adequada ao artigo 310, pois a maioria deles vem decidindo pela manutenção da prisão, quando não se tem um requisito mais objetivo eles fundamentam na questão da Ordem Pública por ser de alta subjetividade deixando muitas vezes de apreciar a princípio, a possibilidade de aplicar outras medidas contempladas na nova redação do artigo 319 do CPP, o que torna a polêmica mais acirrada existente na atual reforma que é o que determina o artigo 310 do CPP senão vejamos:

“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 do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (CPP, 1940).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (CPP, 1940)”.

¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. 5ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2004.

² BRASIL. **LEI FEDERAL Nº 12.403** de 04 de Maio de 2011.

Observe que em relação ao inc. I, não há nenhum problema em sua interpretação ficando claro que o magistrado está obrigado a relaxar a prisão ilegal e consequentemente expedir o alvará de soltura, no entanto, na prática, alguns magistrados principalmente, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes observam a necessidade de decretação da preventiva quando encontram os requisitos do art. 312 com arrimo no art. 316, ambos do Código de Processo Penal. Porém em relação ao inc. II existem várias interpretações quando se fala em converter a prisão vez que, entendem alguns autores que estando presentes os requisitos da preventiva não pode a autoridade judicial decretar outras medidas, no entanto, para a doutrina majoritária teria ela que primeiro observar a possibilidade de aplicar outras medidas constantes no rol do art. 319 do CPP ⁽³⁾ antes de determinar a prisão, vale salientar ainda que mesmo antes da prisão o magistrado tivesse como alternativa o inc. III que se refere à liberdade provisória sistemática com a qual concordamos.

Faz-se necessário ressaltar que a imprensa por sua vez vem interpretando de forma equivocada a nova Lei e com isso deixando a sociedade com entendimento também distorcido como, por exemplo: a idéia de que muitos presos iriam ser posto em liberdade após a vigência da norma em análise.

Ademais a privação da liberdade de qualquer cidadão por meio da prisão no Ordenamento Jurídico brasileiro, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, aceita apenas como medida excepcional na aplicação de uma punição às infrações penais. Até porque a liberdade (no sentido stricto sensu de liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e permanecer) deve ser considerada regra no Estado Democrático de Direito que fazemos parte, como também nas relações de poder que existem entre o Estado e o cidadão. Mesmo assim em observação ao cometimento de crimes, importante levarem em consideração os pressupostos processuais de indícios de autoria e materialidade do delito (*fumus commissi delicti*), como também os pressupostos cautelares da conveniência da

instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*), como sendo o ponto inicial para a decretação da prisão preventiva.²

Além desses, outros fatores devem ser considerada, vez que a excepcionalidade da medida e a função instrumental para proteção à efetividade do processo. Sendo assim, podemos destacar a título de conhecimento: a acessoriedade da medida, sua provisoriedade, sumariedade, homogeneidade e variabilidade. Portanto, se não observamos essas peculiaridades das cautelares, no sentido geral, e da prisão preventiva, em especial, fica claro e evidente risco de se estar aplicando uma medida abusiva, e uma antecipação ao cumprimento da pena ou até mesmo prisão manifestamente ilegal e violadora dos princípios constitucionais.

Observa-se uma possibilidade de que a contemplação das medidas cautelares no Ordenamento Jurídico Brasileiro não esteja respeitando os princípios e valores assegurados pela Constituição de 1988, visto que a unicidade e a integração do sistema jurídico brasileiro não permitem palavras sem utilidades em seu texto. Sendo assim, o limite entre o desrespeito aos princípios constitucionais da Presunção de Inocência (não culpabilidade), do Devido Processo Legal e da Dignidade da Pessoa Humana, por exemplo, é quase inexistente.

Ainda em relação à pequena linha que separa a legalidade da imposição da cautelar preventiva e o desrespeito aos direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988, existe a necessidade de fundamentação da decisão ao converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou até mesmo decretar conforme os elementos dispostos no caso in concreto. Tal necessidade é imposição não apenas prevista no art. 315 do CPP ⁽⁴⁾, mas também, na Constituição Federal, conforme

³ BRASIL. **LEI FEDERAL Nº 12.403** de 04 de Maio de 2011.
Art. 319. Dispõe sobre as diversas medidas cautelares.

⁴ **Art. 315.** “Dispõe sobre a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

disposto no art. 5º, LXI da CF/88. Salientamos ainda a reforma no ordenamento para incluir na competência do delegado de Polícia a possibilidade de análise ao caso concreto antes da lavratura do APFD, se existe alguma causa aparente de excludente, para que a autoridade policial decline pela instauração do inquérito policial por meio de portaria deixando de proceder à autuação em flagrante delito.

Fazendo um breve comentário sobre o que será abordado em toda a dissertação, de início temos uma explanação sobre os princípios constitucionais. Da mesma forma discorremos sobre o fenômeno crime, conceituando e expondo seus elementos previstos no nosso Ordenamento Jurídico, após analisamos a reforma do código de processo penal, bem como, entramos na seara das medidas cautelares e ainda sobre o instituto das prisões, dando ênfase em especial à prisão em flagrante e a prisão preventiva que é à base do nosso tema, fazendo uma análise dessas matérias para chegarmos a uma conclusão acerca dos pontos controversos no que toca a competência do Delegado de Polícia em reconhecer o princípio da insignificância e ainda as excludentes de ilicitude no auto de prisão em flagrante e em relação à prisão preventiva, a subjetividade dos magistrados ao analisar os requisitos no momento de sua decretação.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O princípio da Proporcionalidade assegurado no ordenamento jurídico brasileiro em se tratando do direito de ir, vir e ficar do cidadão deixa o magistrado com tarefa não muito fácil, quando em sua análise para decidir entre a privação de liberdade do indivíduo em detrimento a proteção da sociedade, de acordo com o mestre Luiz Roberto Barroso, o juiz não pode deixar de aplicar os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade como proteção do instrumento normativo:

“Oferece uma alternativa de atuação construtiva do judiciário para a produção do melhor resultado, ainda quando este não seja o único possível ou mesmo aquele que mais obviamente resultaria da aplicação a crítica da lei” (Barroso, 2001, p.342) ⁽⁵⁾.

A origem do referido princípio se deu na Alemanha por meio de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, onde concordaram com as idéias de que a privação da liberdade individual só tem arrimo caso seja para preservação de interesses coletivos superiores, e, dentro do direito administrativo, o exercício do poder de polícia só teria legitimidade se fosse realizado dentro dos limites de restrição dos direitos individuais, ou seja, sem excesso. Após a 2ª Guerra Mundial, a doutrina e a jurisprudência, sistematizaram o princípio da proporcionalidade com outra denominação “Princípio da Proibição do Excesso” também houve a contribuição, para tal sistematização, alguns julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (BARROSO, 2001).

No artigo 18.º, nº 2 ⁽⁶⁾ da Constituição Portuguesa, “ a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na

Constituição,devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.³

Este princípio não vincula somente o legislador, como também o intérprete e aplicador desta lei e é isto que prevê o artigo 193.º, nº 1⁽⁷⁾ do Código de Processo Penal, no qual exige uma relação de equilíbrio entre a medida de coação ou de garantia patrimonial a aplicar a gravidade do crime e as sanções que possivelmente venham a ser aplicadas.

Existem correntes doutrinárias que assemelham o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade e como garantia do devido processo legal, como por exemplo:

“Humberto Ávila destaca três acepções de razoabilidade: como equidade, como congruência e como equivalência. Entende ser possível enquadrá-la como um dos elementos da proporcionalidade, o da proporcionalidade em sentido estrito”. “A proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida, em quanto a razoabilidade é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins”. “Com a profunda elaboração doutrinária do princípio da proporcionalidade, não é mesmo correto identificá-lo como da razoabilidade (FERNANDES, 2010 p. 50 e 51)”⁽⁸⁾.

⁵ BARROSO, Luiz Roberto. José Ronald Cavalcante Soares (Coordenador). **Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTR, 2001. p. 342.

⁶ **Art. 18.** Constituição da República Portuguesa. **Revisão Constitucional**, 2005.

Nº 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

⁷ **Art. 193.** Constituição da República Portuguesa. Código de Processo Penal. **Revisão Constitucional**, 2005.

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Admitimos haver estreita ligação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia, mesmo tendo objetos e fins específicos, justifica-se principalmente o fato de que, para termos igualdade, devemos primeiro superar as desigualdades dos indivíduos e determinar os critérios para que as diferenças entre eles possam ser admitidas. Para tanto, são utilizadas pesquisas desenvolvidas em relação ao princípio da proporcionalidade como diz Luiz Roberto Barroso, a “importação e sistematização do princípio da razoabilidade – proporcionalidade, no direito brasileiro, projetou novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia”. Na verdade sempre esteve presente no direito a noção de proporcionalidade. Sendo assim, em sentido amplo poderíamos dizer que referido princípio obrigaria o “operador jurídico a tratar de alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito”, porém aqui, temos que vê-lo em um sentido mais estrito como sendo um princípio que garante ao indivíduo os abusos no exercício do poder (FERNANDES, 2010, p. 51).

2.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

2.2.1 CONCEITO

O conceito genérico de culpabilidade que iremos explanar é definido como uma conduta reprovável pessoal típica e antijurídica, ou seja, do conhecido injusto típico, que quando é praticado por agente que podia determinar-se de acordo com a norma penal, devendo ser exigível referida conduta em uma situação concreta e mesmo assim, não o faz. No entanto, o instituto da culpabilidade não fica limitado a uma concepção, tendo vários significados, como também várias funções no Direito Penal (RODRIGUES, 2010, p 29) ⁽⁹⁾.

O princípio da Culpabilidade tem como objetivo regular a penalização imposta de maneira justa, garantindo ao acusado a aplicação de uma pena que não exceda

a medida de sua culpabilidade, baseando-se na extensão do bem jurídico tutelado no ordenamento jurídico brasileiro.⁴

As medidas punitivas possíveis de serem aplicadas no âmbito penal ao indivíduo estão previstas na legislação penal estabelecendo parâmetros para ser realizada uma cominação legal da pena, tendo o julgador uma discricionariedade na fixação da pena, de suma importância se faz o respeito aos limites estabelecidos pelos princípios penais e constitucionais, principalmente o da proporcionalidade e o da culpabilidade sendo eles explícitos ou implícitos, porém, terão que conter a fundamentação que motivou sua decisão. Segundo Nelson Hungria, define o conceito de culpabilidade como sendo:

“a maior ou menor capacidade de delinquir, do mesmo modo que a maior ou menor culpabilidade, serve de ponto de referência no cálculo proporcionado da pena, segundo a ‘justiça do caso concreto’ (Hungria, 1978, p. 482) ⁽¹⁰⁾.

2.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Historicamente o Princípio da Presunção de Inocência teve origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 vindo a ser posteriormente parte integrante de todas as constituições modernas.

Ao se estudar esse princípio, percebe-se que há divergências entre os doutrinadores no que tange à sua nomenclatura. Alguns o denominam princípio da presunção de inocência. Outros afirmam ser um estado de inocência e não uma presunção. Há ainda aqueles que refutam quaisquer dessas nomenclaturas e optam por chamá-lo de princípio da não-culpabilidade.

O art. 9º da referida declaração dispôs o seguinte:

⁹ RODRIGUES. Curso de **Direito Processual Penal**. 3. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2010.

¹⁰ HUNGRIA. N. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

“todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetua-la, deve ser severamente reprimido pela lei”. Cesare Beccaria já preconizava que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada” (Beccaria, 1973, p.39) ⁽¹¹⁾.

Mais tarde, a Organizações das Nações Unidas (ONU) em 1948, proclamou o referido princípio na Declaração Universal dos Direitos do Homem, já a Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969, a fez na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, sendo esta recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 1992.

O Princípio da Presunção de Inocência direciona ao individuo maior dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção, pois, está estritamente relacionado com o sistema acusatório. Por outro lado, o sistema inquisitório, antes utilizado, o indivíduo não tinha qualquer garantia e era considerado culpado presumidamente.

Para os adeptos da denominação presunção de inocência, esse princípio estabelece que qualquer pessoa seja considerada presumidamente inocente até que haja confirmação da certeza de sua culpa. No ordenamento jurídico brasileiro, está inserido o princípio da presunção de inocência, conforme o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Há doutrinadores que repudiam o termo presunção, porque a Constituição da República não expressou esse princípio de forma a considerar o réu ou investigado com uma inocência presumida. Sustentam que “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente” (RANGEL, 2003) ⁽¹²⁾ 5.

¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Milão: Giuffrè, 1973. p. 39.

Para esses estudiosos, o princípio em estudo não geraria uma presunção, e sim, um estado ou situação de inocência. Segundo Eugênio Pacelli:

“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, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal)”.

Atualmente, é reconhecido que esse princípio divide-se em três aspectos: no decorrer da instrução processual, invertendo-se o ônus da prova, devido à presunção relativa de não culpabilidade; no momento da análise da prova prevalecendo o princípio do “*in dubio pro réu*” e no trâmite do processo penal como padrão de tratamento prestado ao imputado, principalmente no que se refere ao exame da necessidade da prisão processual.

A doutrina moderna discorda da denominação presunção ou estado de inocência. Prefere a expressão não-culpabilidade, porque esta se coaduna exatamente com o texto constitucional.

Entendemos que se trata de um estado de inocência e não de presunção de inocência, uma vez que o acusado é considerado inocente até que a sentença transitada em julgado o declare culpado. Por esse motivo, é que doutrinadores preferem chamar de princípio da não culpabilidade ou da desconsideração prévia da culpabilidade, entendendo ser uma nomenclatura mais adequada.

¹² RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

A seguir discorre-se sobre os posicionamentos doutrinários a favor e contra a aplicação da prisão preventiva, considerando que deve ser respeitado o princípio constitucional da presunção de inocência; após, analisar-se-á a prisão preventiva à luz do princípio da presunção de inocência e, por fim, apresentar-se-ão as conclusões acerca de sua legalidade ou não.

Há diversos doutrinadores, especificados a seguir, que são a favor da decretação da prisão provisória e a consideram legal, mesmo em conflito com o princípio da presunção de inocência.

Na Constituição Federal está previsto o princípio da presunção de inocência no art. 5º, LVII e, inversamente, tem-se a previsão da prisão em flagrante no art. 5º, LXI, ou seja, há dois dispositivos antagônicos, pois como alguém poderá ter a garantia de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se, de outro lado, poderá haver a decretação da prisão sem o devido processo legal (BRASIL, 1988)

No art. 283 do CPP (BRASIL, 1941) ⁽¹³⁾ estão elencadas as espécies em que poderá ser decretada a prisão. Com relação à medida cautelar de prisão, ela poderá ser preventiva, temporária ou em flagrante, todas são espécies de prisão provisória.

Para a decretação da prisão provisória deverá haver uma decisão motivada, justificando os motivos que levaram a autoridade competente a tomar essa decisão, conforme art. 285 e 315, ambos do CPP (BRASIL, 1941).

Acerca das medidas cautelares, Capez (2008, p. 270) ⁽¹⁴⁾ se posiciona: “Nosso entendimento, portanto, é o de que a prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os

requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado)”.⁶

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

Com o mesmo entendimento, Borges (2001, p. 165-166) ⁽¹⁵⁾ afirma: “Pode-se concluir que o princípio de inocência cuja garantia está assegurada na Constituição Federal de 1988, art. 5.º, inciso LVII, não impede que o acusado seja preso provisoriamente, da mesma forma que também não impede que permanecendo solto o infrator, fique adstrito ao processo e ao respectivo juízo”.

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

A inclusão do princípio da presunção de inocência deu-se na Constituição Federal para respeitar a dignidade da pessoa humana no âmbito do processo penal e, conseqüentemente, haver uma limitação no poder do Estado quando intenciona aplicar a repressão ao acusado, devendo respeitar as garantias constitucionais antes de restringir a liberdade do indivíduo.

Diante das conseqüências provocadas por uma prisão cautelar, como, por exemplo, o suposto agente ser tachado pela sociedade como criminoso, é de suma importância que a autoridade que decretou a prisão tenha consciência disso e que realmente pondere sua decisão, a fim de verificar se as conseqüências não são

¹³ BRASIL. **LEI FEDERAL Nº 12.403** de 04 de Maio de 2011.

Art. 283. Dispõe que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **1800 perguntas de direito penal e de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

¹⁵ BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

excessivas para o caso concreto, uma vez que, se o suposto agente for declarado inocente, após sua prisão provisória, levará consigo as consequências dela.

Neste sentido, Nucci (2006, p. 78-79) ⁽¹⁶⁾

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

Pode-se notar que Nucci equipara a decretação da prisão preventiva com outras quebras de garantias constitucionais, como é o caso da quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, entre outros.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 73.338-RJ, decidiu o seguinte:

“(...) A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral (STF-RJ, 2015).
(...) Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência” (STF-RJ, 2015).

Assim preconiza também, Rogério Schietti (2006):

“(...) O princípio da presunção de inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja

equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva (...)"⁷⁸ Justificando-se assim, a legitimidade da prisão cautelar apenas em extrema necessidade com arrimo em preceitos legais" (CRUZ, 2006, p. 70)⁽¹⁷⁾.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 70.

3. CONCEITO DE CRIME

Para se chegar a uma conclusão de que um agente praticou uma infração penal, é preciso que o agente tenha praticado um **fato típico, antijurídico e culpável** (teoria tripartida) Esse é o entendimento da doutrina majoritária sobre o assunto, porém uma minoria de notáveis, tais como Damásio de Jesus, Mirabete e Delmanto, entendem ser o crime apenas um **fato típico e antijurídico** (teoria bipartida), para eles a culpabilidade não é um elemento do crime, mas tão somente um pressuposto da aplicação da pena. Existe ainda, uma terceira corrente que acrescenta a punibilidade também como elemento do crime, (teoria quadripartida).

O conceito material do crime é a violação de um bem jurídico penalmente protegido, e alguns destes bens jurídicos tutelados estão positivados em títulos no Código Penal⁹, como por exemplo: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio, dos crimes contra os costumes, dos crimes contra a administração pública, entre outras.

¹⁰Edgard Magalhães Noronha (2007) ⁽¹⁸⁾, afirma a melhor orientação do conceito material: “Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”.

Dando ênfase ao posicionamento majoritário, citaremos as lições de Welzel, comentado pelo mestre Rogério Greco em seu livro *Curso de Direito Penal- Parte Geral*, que assim expõe:

¹⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 410 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, Editora Impetus, 5 ed.

“a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade- a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico- pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior” (Citado por Greco, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. São Paulo: Impetus 2007. 9º edição. Pg.315)⁽¹⁹⁾.

3.1 Fato típico

Fato típico é o comportamento do ser humano, seja ele positivo ou negativo, ou seja, ação ou omissão, que é previsto na Lei como infração penal, assim como mostra o artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, (Princípio da Legalidade).

A partir do momento em que alguém pratica uma conduta tipificada como crime, e não haja nenhuma excludente de ilicitude e nenhuma dirimente da culpabilidade, essa pessoa será considerada criminosa.

Já de acordo com o código de processo penal da Constituição Portuguesa, em seus artigos 27.º e 191.º ⁽²⁰⁾, o conceito de liberdade, que é um dos direitos fundamentais, de acordo com o primeiro artigo supracitado é restrito, pois se trata apenas da liberdade física de movimentação, o que fica estabelecido no nº 2, que estabelece que ninguém poderá dela ser privado. Porém, o artigo 191.º, o âmbito de aplicação são as exigências processuais de natureza cautelar, aduz que a liberdade ¹¹das pessoas só pode ser limitada pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, Editora Impetus, 5 ed.

²⁰ PORTUGAL. Constituição Federativa. **Código Penal**, 1976.

²¹ ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1972, p. 52- 53

São elementos do fato típico a conduta que é ação voluntária dirigida à determinada finalidade; o resultado que é a consequência provocada pela conduta. Vale salientar que em alguns crimes, a simples conduta conclui o crime, como, por exemplo, o ato obsceno ou violação de domicílio; o nexos casual que perfaz a relação entre a conduta e o resultado e a tipicidade que se trata da classificação do ocorrido com a norma penal.

Como fator excludente de tipicidade, tem-se: Princípio da Insignificância, Princípio da Adequação Social e Consentimento do Ofendido.

3.1.1 Princípio da Insignificância

No ano de 1964, o Jurista Alemão Claus Roxin ⁽²¹⁾, trouxe à seara penal, o princípio da insignificância como instrumento para a concretização “dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal”. O brocardo “*de minimis non curat praetor*”, é sua síntese: O pretor não cuida de coisas pequenas. O direito penal não deve se distrair com condutas que não causam maiores danos em detrimento de condutas que trazem efetivo desequilíbrio nas relações jurídicas em sociedade.

Para ele, de fato, o Princípio da Insignificância tem a finalidade de excluir a tipicidade de danos ou perigos de danos de pouca importância na maioria dos tipos penais.

É chamado de princípio da insignificância ou bagatela aquele que trata de ações tipificadas como crime, mas cujo efeito concreto é completamente irrelevante e não causa qualquer lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima, e sendo assim, a aplicação de severas e marcantes sanções penais se torna desnecessária diante da ausência da proporcionalidade e razoabilidade (princípios constitucionais), tornando o fato atípico, impedindo, nesse caso, a atuação desse ramo sancionatório do Direito.

Seu conteúdo serve de recomendação aos julgadores em todas as instâncias para que não se detenham na dedicação de incriminar condutas de pouca ou nenhuma expressão econômica ou social.

Este princípio apresenta grande relevância para o Direito Penal, notadamente porque induz à exclusão de condutas formalmente típicas da linha punitiva do Estado. Tal fato se explica na ausência de ofensividade da lesão provocada perante o bem jurídico tutelado, a ponto de não justificar a acusação penal por falta de adequação social.

O aspecto subjetivo da insignificância é o dolo, a intenção de violar a lei. A tipicidade material implica em verificar se a conduta possui relevância penal diante da lesão provocada no bem jurídico tutelado. A intervenção do direito penal é justificada apenas quando determinado bem é exposto a um dano com relevante lesividade.

Outrossim, não se pode perder de vista que as intervenções estatais serão inconstitucionais caso não tenham por fim assegurar os objetivos expressos na Constituição Federal de 1988. E dentro dessa linha de raciocínio, destaca-se:

¹²“O mais importante compromisso vinculador da atuação do Estado brasileiro decorrente na natureza de nossa Constituição (pacto social) é o reconhecimento da existência de um núcleo inviolável de direitos, constituídos pelos direitos fundamentais, cuja tutela é prioridade máxima do Estado e que não podem ser suprimidos nem mesmo a pretexto de atender à vontade da ampla maioria ou ao consenso existente na sociedade” (BRODT, 2005)⁽²²⁾.

Segundo o nobre doutrinador Teles, o Princípio da Insignificância ou Bagatela trata-se do tratamento adequado a lesões insignificantes, senão vejamos:

²² BRODT, Luíz Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento do dever legal**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005.p.33.

“aquelas que ao Direito Penal, por sua natureza limitada, por seus objetivos tutelares, não interessa proibir, dada sua insignificante lesividade”.

No mesmo sentido, Toledo explana:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”.

Em outras palavras, para que uma conduta, embora formalmente típica, receba foros de relevância jurídico-penal apta a ensejar a aplicação de sanções dessa natureza mister se faz que ela tenha produzido algum tipo de lesão ou ao menos perigo de lesão considerável a bens jurídicos tutelados.

A insignificância não se preocupa com a criminalidade da conduta, pois aqui temos casos de excludente de tipicidade do fato, pela desproporção do resultado. O crime de bagatela não consta do ordenamento jurídico, sendo aplicado caso a caso, de forma concreta. Por outro lado, a aceitação da insignificância é cada vez maior dentre os tribunais brasileiros, mesmo que ainda ocorram vários casos vergonhosos, onde o princípio de insignificância é ignorado, causando inclusive resultados e danos irreversíveis.

De acordo com o Princípio da Insignificância, sendo a lesão insignificante não há necessidade da intervenção do Direito Penal e, conseqüentemente, da incidência de suas graves reprimendas, pois tal princípio exclui a tipicidade material do delito. Sendo assim, pode-se afirmar que o Princípio da Insignificância funciona como um mensurador da tipicidade material, na medida em que permite a atuação do Direito Penal apenas diante de condutas que afrontem materialmente o bem jurídico protegido.

Para aplicação do princípio da insignificância, atualmente os Tribunais Superiores trabalham com 4 (quatro) requisitos para que o magistrado possa reconhecer esse princípio e conseqüentemente a atipicidade da conduta, são

eles: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais critérios, contudo, são revestidos de elevada subjetividade. Antes, o parâmetro para o reconhecimento da bagatela era o valor monetário, até R\$ 100 pelo crime. Mais tarde surgiu o entendimento de que o valor do bem, por si só, ainda que pequeno, deve ser analisado em meio às demais circunstâncias do fato, voltando-se os olhos para as condições subjetivas do próprio acusado, de modo a evitar que o postulado beneficie criminosos habituais.

É de supra importância citar também que a falta da condenação nesses casos não é um modo de incentivar a criminalidade, pois é dada uma especial consideração às condições do país, e sua evidente desigualdade. Trata-se de evitar a marginalização¹³ do indivíduo pela conduta insignificante, onde a pena é substituída pela aplicação de penas de multas ou alternativas.

Princípio doutrinário e jurisprudencial⁽²⁴⁾, não tipificado em lei, em que exclui a tipicidade, quando acolhido pelos tribunais, tendo que ter uma reprovação da¹⁴ sociedade e afetar substancialmente o bem jurídico protegido da vítima, vale salientar que insignificância é diferente de pequeno valor (NUCCI, 2011)⁽²³⁾.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁴ “(...) Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (...)” (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1377789 MG 2013/0127099-0 (STJ))

Entretanto, mesmo que o réu preencha todos os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, os Tribunais vêm negando a sua aceitação em casos de reincidência.

A tipicidade penal do princípio da insignificância pode ser compreendida como adequação da conduta do agente ao modelo abstrato disposta na legislação pátria. Entretanto, tal definição não satisfaz as necessidades do Direito Penal da atualidade, tendo em vista que o aspecto formal do delito não é suficiente para suprir as necessidades da sociedade contemporânea.

Neste sentido, a tipicidade não se limita ao mero aspecto formal da conduta, é necessária a ocorrência de uma relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado para que a conduta seja considerada delituosa.

3.2 Fato Antijurídico

O Código Penal brasileiro adota a teoria bipartite do crime, onde só interessa o fato típico quando este é acompanhado da antijuricidade (ilicitude). Analisado o primeiro requisito para caracterização do crime, agora será analisada a antijuricidade. A antijuricidade é a contrariedade da conduta com a norma incriminadora, é um fato ilícito não aceito no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, há causas de exclusão da antijuricidade, que são as normas permissivas e são encontradas no artigo 23.^o ⁽²⁵⁾ do Código Penal. Quando ocorrer um fato que estiver protegido por uma causa de exclusão de ilicitude, então haverá fato típico¹⁵, porém, não haverá crime.

²⁵ BRASIL, **Art. 23**. Código de Processo Penal, 1941.

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

(...) III - em “estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

²⁶ CASTRO, **Medidas de Coação e de Garantia Patrimonial**, QUIDJURIS. ED Sociedade, Lisboa, 2013.

²⁷ BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

3.2.1 Estado de Necessidade

De acordo com o Código de Processo Penal da Constituição Portuguesa em seu artigo 193.º nº 1, o princípio da necessidade exige uma correspondência entre a medida de coação ou de garantia patrimonial a aplicar em concreto e também as exigências processuais de natureza cautelar que se façam sentir (CASTRO, 2013)⁽²⁶⁾.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, ocorre Estado de Necessidade quando a ação do fato típico destina-se a afastar um perigo atual, não provocado pelo agente, como por exemplo, matar um animal feroz que ataca a vítima, sem interferência do ser humano. O estado de necessidade é a possibilidade de se sacrificar um direito para salvar outro direito. Na verdade, estamos diante de uma questão de ponderação de interesses. De acordo com o art. 24 do Código Penal:

“Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (BRASIL, 1941)⁽²⁷⁾.

A lei dispõe que o perigo tem que ser atual, o que significa que o perigo iminente não se encontra resguardado pelo estado de necessidade. Contudo, a doutrina entende que o perigo iminente também está resguardado pelo estado de necessidade. Além disso, não precisa estar sofrendo uma lesão ou um dano! Basta o perigo de dano.

3.2.1.1 Legítima Defesa

A Legítima Defesa é considerada, pelo Código Penal, como uma Excludente de Ilícitude. Isso implica dizer que quem age em legítima defesa não comete crime.

Não é a mesma coisa que dizer que o crime existe, mas não existe pena. Simplesmente não houve crime e, portanto, não há que se falar em pena.

Está amparado pela excludente da Legítima Defesa quem utilizando de meios necessários, porém moderados, reage à agressão injusta, atual ou iminente, seja o direito seu ou de terceiros. Senão vejamos o art. 25¹⁶ do Código Penal:

“Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1941).⁽²⁸⁾

A legítima defesa ocorre quando seu autor pratica um fato típico, previsto em lei como crime, para repelir a injusta agressão de outrem a um bem jurídico seu ou de terceiro. Tal agressão deve ser proveniente de ato humano, caso contrário, poderá restar caracterizado o estado de necessidade.

E, assim como no estado de necessidade, a legítima defesa também pressupõe uma agressão atual ou iminente (prestes a ocorrer). Outrossim, deve ser injusta, não cabendo invocá-la quando a agressão ao bem jurídico decorre de provocação do autor.

3.2.1.2 Exercício Regular do Direito

Há exclusão do crime também quando ocorre o fato em decorrência de exercício regular do direito, artigo 23¹⁷, inciso III, segunda parte, do Código Penal, in verbis:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
(...) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”⁽²⁹⁾.

²⁸ BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

Art. 25. “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

²⁸ BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

²⁹ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

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

Exemplo de tal excludente é a violência gerada no âmbito esportivo (sem que haja o dolo), onde é permitido que seja provocados danos a integridade corporal ou até mesmo à vida. Porém, há de existir obediência aos limites do direito, se exceder, ocorre abuso de direito sendo punido por tal fato.

3.2.1.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal

Também prevista no artigo 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal, esta excludente se caracteriza pela obediência aos limites do dever que são impostos pelas normas, ou seja, trata-se da execução de determinado fato típico que se fez necessário ao cumprimento de uma função pública, como por exemplo, o uso da força pela polícia ao impedir a fuga de um criminoso, pois em uma situação de flagrante, a lei obriga que o policial prenda o respectivo autor.

O Código não conceitua o estrito cumprimento do dever legal, mas a doutrina o entende como a obediência à norma legal escrita, que impõe ao indivíduo uma obrigação de praticar uma conduta típica. Embora se enquadre nos elementos do tipo penal, a conduta não se confrontaria com o ordenamento jurídico, já que dele partiria a obrigação.

3.3 Fato Culpável

Sabe-se que, no passado, a mera causação de um resultado danoso era suficiente para alguém respondesse pelo fato. Não se cogitava à evitabilidade ou previsibilidade do evento danoso, ou sobre a voluntariedade da conduta. Punia-se, freqüentemente, por pura **“responsabilidade penal objetiva”- responsabilidade penal atribuída a alguém pela causação de um evento danoso a que não deu causa nem por dolo nem por culpa**. A noção de culpabilidade só começa a se formar na consciência de humanidade a partir do momento em que se reconhece a

importância da previsibilidade e da voluntariedade (intencionalidade) para caracterizar a responsabilidade de alguém por um evento danoso.

A culpabilidade, como já foi visto anteriormente, para alguns doutrinadores é componente do crime, outros analisam como sendo a contradição entre a vontade do agente e a norma jurídica, ou seja, colocam a culpabilidade como condição para se estabelecer a pena pela conduta reprovável.

A teoria adotada pela legislação brasileira sobre a culpabilidade é a teoria normativa pura, no qual aduz que o dolo e a culpa fazem parte da conduta e não da culpabilidade, sendo a culpabilidade, no entanto mero juízo de reprovação a conduta do agente.

Por mais de um século reinou o Sistema Causal Naturalista, até quem em 1907, outro penalista alemão, Frank, lançou as bases da teoria normativa da culpabilidade, a partir da percepção de que nem todo ato doloso praticado por imputável merece reprovação (assim, aquele que pratica um fato crime sob uma coação irresistível – ex: o empregado de uma loja que recebe um telefonema ordenando a subtração de todo o dinheiro do caixa, sob pena, se assim não o fizer, ter o seu filho executado por assaltantes que o mantém sob a mira de uma arma, age com dolo, mas não poderia ser censurado por não se poder exigir dele conduta diversa).

Também podemos dizer que a culpabilidade é o juízo de reprovação, de censura, nesse sentido, para que esse juízo de censura seja exercido é necessário que o agente tenha condições mentais para discernir a conduta coerente, exigida por nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica

sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença do tribunal.

Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa.

São componentes da culpabilidade: Imputabilidade, Exigibilidade de Conduta Diversa e Potencial Consciência da Ilcitude. São excludentes de culpabilidade: Inimputabilidade, Inexigibilidade de Conduta Diversa (coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal) e Erro de Proibição Inevitável.

4. DA REFORMA DO PROCESSO PENAL

A reforma processual advinda, sem dúvida necessária, todavia, tida por grande parte da doutrina como “desordenada, assistemática e, por isso, contraproducente em determinados momentos” (NUCCI, 2008, p. 115). Ao analisar os novos dispositivos legais, tem-se a impressão de que o legislador “lançou-se na tarefa de realizar uma obra sem haver [...] projeto que lhe permitisse produzir resultados com linhas harmônicas” (NUCCI 2008, p. 115).

A reforma processual penal advinda em agosto de 2008 permaneceu utilizando-se do critério do não-prazo, omitindo-se em relação à fixação de limites para o tempo da prisão cautelar preventiva. A decisão do legislador em não delimitar prazos legais para o tempo de duração da prisão preventiva vai ao encontro da doutrina que entende pela desnecessidade desse marco legal.

A indeterminação do tempo da prisão cautelar pessoal preventiva, mesmo após a reforma do CPP, corrobora a necessidade de utilização do princípio da Razoabilidade como fator determinante para estabelecer os contornos de duração daquela medida. Atualmente não há qualquer critério para limitar o tempo da medida cautelar, havendo a imperiosidade de análise da razoabilidade como fixador do prazo máximo de duração da prisão preventiva e consequente verificação de constrangimento ilegal em face do acusado encarcerado.

Verificando a necessidade de análise do Princípio da Razoabilidade frente a qualquer situação fática que envolva a prisão cautelar do indivíduo, parece claro que a partir da reforma do Código de Processo penal, omissão do legislador em tomar para si a responsabilidade de determinar o prazo da medida cautelar com a reforma processual e sucessiva queda da doutrina dos 81 dias, o princípio constitucional recebe um *status* ainda maior, deixando de ser apenas um norteador das decisões jurisprudenciais e passando a ser o único meio de fixação do tempo da prisão preventiva e delimitação do excesso de prazo de tal medida, sendo a melhor

forma de coadunar a regra processual penal com os preceitos e garantias constitucionais.

A mais recente reforma do Processo Penal está na Lei 12.403/2011, promulgada pela Presidenta da República Dilma Rousseff em 04 de maio de 2011, e teve “Vacatio legis” de 60 dias após sua publicação, a referida norma tem em sua ementa o seguinte “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências”, ela tem em seu eixo principal modificações no TÍTULO IX “Da Prisão e da Liberdade Provisória” do Código de Processo Penal a começar pela nomenclatura que passará a ser “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA” , tais modificações são radicais em alguns capítulos e artigos como por exemplo o Capítulo IV “ Da apresentação espontânea do acusado” passando a ser “DA PRISÃO DOMICILIAR¹⁸” e o Capítulo V “ DA PRISÃO ADMINISTRATIVA” passando a ser “DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES” .

A reforma processual penal alterou significativamente os ritos, em especial o comum, regulado nos arts. 394 a 405 do CPP. Na nova dinâmica procedimental, atenta-se para o fortalecimento da ampla defesa através da obrigatoriedade de uma resposta à acusação escrita e anterior a qualquer produção probatória, havendo possibilidade de, logo após, operar-se a absolvição sumária do denunciado, e da inversão da ordem de ouvida deste. O novo posicionamento do interrogatório trouxe novamente a discussão sobre a sua natureza.

No ordenamento jurídico brasileiro a prisão domiciliar apenas era prevista na LEP “Leis de Execuções Penais” em seu art. 117⁽³⁰⁾, quando o preso estivesse em regime aberto e em alguns casos específicos e subjetivos como, por exemplo, no Inc II refere-se a “doença grave”, no inc III “filho menor ou deficiente físico ou mental”, no inc IV “gestante”, tendo o único inciso objetivo o I “maior de 70 (setenta anos)”. Já

³⁰ BRASIL, **LEI FEDERAL 7.210** de 11 de julho de 1984.

a nova Lei 12.403/2011¹⁹ que reforma parcialmente o Código de Processo Penal, trás critérios mais objetivos e taxativos e abrange para presos com prisão preventiva decretada, desde que preencha alguns dos requisitos como, por exemplo, na nova redação do artigo 318,

“Art 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I- maior de 80 (oitenta) anos;
- II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV- gestante a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.
- V- Parágrafo único. Para substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo” (BRASIL, 2011).

Em todos os casos o juiz exigirá prova idônea dos requisitos, a LEP deixava livre o convencimento do juiz em interpretar o que seria doença grave, filho menor não se referia à idade e grávida não se referindo a qual mês de gestação.

Por outro lado a nova Lei, trás no seu conteúdo critérios objetivos como, por exemplo, maior de 80 anos, gestante a partir do 7^o mês de gravidez ou sendo de risco a qualquer mês e cuidados especiais para filho menor de 06 (seis) anos, podemos observar que esta foi mais benéfica para o réu, vez que pode ser decretada em qualquer fase do processo que poderia ser decretada a preventiva e antes havia a possibilidade apenas para presos já condenados e que estivessem em regime aberto, portanto temos agora duas possibilidades de prisão domiciliar, uma antes da condenação e outra após a condenação com requisitos quase iguais, apesar da prisão domiciliar substituta da preventiva prevista nessa nova norma s um pouco mais exigida.

³¹ BRASIL. **Lei 12.403/2011**. Reforma do Código de Processo Penal, 2011.

O outro capítulo inovador é o V²⁰ “DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES” que *traz in verbis*,

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica” ⁽³²⁾.

Os outros artigos modificados não trás nenhum resultado relevante para o nosso estudo nesse trabalho, motivo que nos faz abster-se de comentar (BRASIL, 2011).

³² BRASIL. Código de Processo Penal, 1941.

Art. 319. Das medidas cautelares diversas da prisão.

4.1 DA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 310 e 319 DA LEI 12.403/2011

Antes da reforma do Código de Processo Penal por meio da referida lei, o artigo 310 tratava da necessidade do juiz conceder liberdade provisória quando verificasse que o auto de prisão em flagrante foi proveniente de uma ação que se enquadrava como excludente de ilicitude.

Hoje, com a nova redação, o juiz fica obrigado a decidir com fundamentação se relaxa a prisão ilegal, converter em prisão preventiva quando estiverem presentes seus requisitos desde que as medidas cautelares diversas da prisão, constantes no artigo 319 se revelem inadequadas ou insuficientes, e a terceira opção, é conceder liberdade provisória com ou sem fiança, trazendo no parágrafo único as possibilidades de liberdade quando perceber que o agente agiu amparado por uma excludente de ilicitude.

A polêmica surge no momento em que os magistrados terão que decidir sobre os requisitos previstos no artigo 310. Ocorre que, frequentemente eles analisam os requisitos da preventiva decidindo muitas vezes pela manutenção da prisão fundamentando-a na garantia da ordem pública – critério altamente subjetivo – deixando dessa forma, de dar cumprimento à nova ideia trazida pela lei 12.403/2011, qual seja, a liberdade ser regra e a prisão exceção. Ferindo assim, o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Convém ressaltar que a imprensa por sua vez vem interpretando de forma equivocada a nova Lei e com isso deixando a sociedade com entendimento também distorcido como, por exemplo: a ideia de que muitos presos iriam ser posto em liberdade após a vigência da norma em análise (BRASIL, 2011).

5. DAS MEDIDAS CAUTELARES

É um procedimento intentado para prevenir, conservar ou defender direitos. Trata-se de ato de prevenção promovido no Judiciário, quando da gravidade do fato, do comprovado risco de lesão de qualquer natureza ou da existência de motivo justo, desde que amparado por lei. Deve-se examinar se há verdade nas alegações (*fumus boni iuris*); e se a demora da decisão no processo principal pode causar prejuízos à parte (*periculum in mora*).

A medida cautelar será preventiva, quando pedida e autorizada antes da propositura do processo principal. Quando requerida durante o curso da ação principal, a medida cautelar será incidental.

É de competência originária do Supremo Tribunal Federal julgar o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (BRASIL, 2011).

As medidas cautelares alternativas introduzidas pela nova lei 12.403/2011 no seu artigo 319 têm o objetivo de evitar os males da segregação provisória por meio da prisão de acusados, que, no fim da instrução criminal, poderão ser absolvidos ou até ser condenados a penas menores que as já cumpridas. Ficando dessa forma, o magistrado livre para decretar a prisão preventiva como *ultima ratio* caso as medidas por ele aplicadas, não forem cumpridas. Portanto, a nosso ver, as mudanças a princípio são bem vindas, ficando o Estado responsável por sua implementação na prática.

Não se pode esquecer que a Medida Cautelar, pela sua própria natureza, está vinculada à decisão do processo principal e, por isso, tem caráter de provisoriedade, ou seja, só manterá seus efeitos se, ao final da demanda, o juiz acolher na sentença do processo principal o reconhecimento da legalidade e legitimidade do pedido que lhe deu origem e fundamentação.

A primeira medida trazida pelo artigo 319, é o **comparecimento periódico em juízo (...)**, já existe em outros institutos penais como, por exemplo, do regime aberto, da suspensão condicional da pena, do livramento condicional, entre outros. Essa medida nos parece uma das mais adequadas para se aplicar durante a instrução criminal, pois, assegura um controle sobre o comportamento do acusado. No entanto, o juiz deve estipular o prazo e as condições observando o princípio da razoabilidade para que não seja extrapolado em razão do que poderá ser aplicado caso venha ser condenado.

A segunda medida refere-se à proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. Tal medida pode ser considerada como uma pena alternativa apesar de sua dificuldade de fiscalização, porém, existe a possibilidade dessa fiscalização ser feita pela vítima ou seus familiares, deixando dessa forma, o beneficiário da medida com um maior cuidado no seu cumprimento para evitar a decretação da preventiva pelo magistrado. Essa proibição será mais frequente em lugares onde aconteceu o fato, em bares e outros locais onde se possa vender bebida alcoólica caso a prática delituosa tenha sido praticada por circunstâncias relacionada ao consumo de álcool.

A terceira medida refere-se à **proibição de manter contato com pessoa determinada quando (...) deva o indiciado (...) permanecer distante**. Essa medida teve origem na lei de violência doméstica e é necessária a sua aplicação como regra nos crimes que envolvem violência ou grave ameaça contra pessoa em que o alvo é a vítima, como por exemplo, ameaça, lesão corporal, tentativa de homicídio, entre outras, sendo de fácil fiscalização, pois, temos a vítima como o principal fiscal.

A quarta medida trata-se da **proibição de ausentar-se da comarca (...)**. Essa medida tem como objetivo principal, evitar a fuga do distrito da culpa, pois, caso ela seja descumprida já temos o requisito para assegurar a aplicação da lei penal previsto no artigo 312 do CPP devendo a magistrado decretar a prisão

preventiva, neste caso, podemos citar como exemplo, a determinação recente do STF em recolher os passaportes dos políticos envolvidos no escândalo do mensalão, decisão que por si só já dificulta o descumprimento da medida aqui tratada.

A quinta medida é o **recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (...)**. Na referida medida podemos fazer uma analogia com o atual regime aberto que determina seu cumprimento em casas de albergado, porém, sua existência é mínima, tornando dessa forma, o domicílio em prisão albergue domiciliar que não diferente das outras, fica difícil sua fiscalização. Mas, o seu descumprimento gera a decretação da preventiva, isso inibe o descumprimento por parte do acusado.

A sexta medida é a **suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica (...)**. Temos nessa medida uma correlação com a pena restritiva de direitos, no que se refere à função pública, aplica-se ao funcionalismo em geral, enquanto que, para os particulares são aplicadas as atividades de natureza econômica ou financeira, tal medida necessita da prova do justo receio dos agentes praticarem novas infrações, caso contrário, em que não haja a prova de justo receio, não se aplica a suspensão referida na sexta medida. No entanto, decreta-se a prisão preventiva com fundamentos na garantia da ordem econômica, se o crime praticado der subsídios suficientes que eles voltaram a praticar novas infrações.

A sétima medida é a **internação do acusado (...) crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (...)**. Desde que foi revogada a medida de segurança provisória após a edição da Lei de Execução Penal de 1984, ficou uma lacuna na legislação em relação ao recolhimento provisório e imediato dos inimputáveis e semi-imputáveis. Vindo essa medida suprir tal déficit, pois, os hospitais de custódia recusavam-se a receber os pacientes sem acompanhamento do laudo médico,

deixando dessa forma, muitos doentes mentais em cárcere comum tornando um flagrante prejuízo a sua saúde como também, a tranquilidade dos detentos sem esses problemas. Portanto, assim que for detectada a enfermidade mental, mesmo na fase investigatória, caso for preciso, realiza-se o exame de insanidade mental o qual fixará a internação provisória decretada pelo juiz como sendo indispensável.

A oitava medida trata-se da **fiança**. Esta medida deverá ser prestada em dinheiro como regra, porém são aceitáveis objetos, pedras ou metais preciosos como também, títulos de crédito e até imóveis. Tem como finalidade compelir o réu ao cumprimento do dever de comparecer e permanecer vinculado ao distrito da culpa e como garantia do comparecimento do réu aos atos do processo.

A nona medida refere-se à **monitoração eletrônica**²¹. Já existia na nossa legislação sendo ela aplicada para saídas temporárias no decorrer do cumprimento da pena como também, para o regime aberto. Sendo esta agora aplicável na fase processual e caso seja eficiente, poderá trazer bons resultados, caso contrário, será um fracasso. Porém, entende-se que para que seja eficaz, necessita que seja estabelecido um paralelo com o recolhimento domiciliar, a proibição de acesso ou a frequência a determinado lugares, pois se assim não for, não terá eficácia alguma. (NUCCI, 2012)⁽³³⁾.

³³ NUCCI. **Código de Processo Penal Comentado**. 11^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

6. TIPOS DE PRISÕES

A nomenclatura prisão quer dizer; a real privação da liberdade física da pessoa mediante o encarceramento, para isso ocorrer, deve estar legalmente previsto, pois como expõe Beccaria (1973) ⁽³⁴⁾ 22: “a lei deve estatuir, de maneira fixa, por quais indícios de delito um acusado pode ser preso e submetido a interrogatório”.

Conforme a doutrina existe dois tipos de prisões, a prisão decorrente da pena é aquela decursiva de sentença penal condenatória irrecorrível; e a prisão sem pena, que compreende todas as espécies de prisões não decorrentes de sentença penal condenatória irrecorrível, a saber, as prisões provisórias.

A prisão, enquanto pena, é a decretada pelo Juiz, quando da publicação da sentença de processo criminal a que o indivíduo foi submetido por cometer um fato definido como crime.

Por outro lado, a prisão sem pena, conhecida como prisão provisória, processual ou cautelar, dividia-se em cinco tipos:

Prisão Temporária

Prisão em Flagrante

Prisão Preventiva

Prisão decorrente de pronúncia

Prisão decorrente de sentença irrecorrível

³⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Milão: Giuffrè, 1973. p. 39.

Com o advento das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 ⁽³⁵⁾, o Ordenamento Jurídico Brasileiro passou a contar apenas com três tipos de prisão processual, a saber:

Prisão em Flagrante

Prisão Temporária

Prisão Preventiva

Porém, a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que alterou o Código de Processo Penal²³, fez com que as prisões para alguns doutrinadores fossem reduzidas em apenas Prisão Temporária e Prisão Preventiva. Para eles, a **Prisão em Flagrante** passou a ser subcautelar e efêmera, devendo o Juiz, ao receber o Auto de Prisão em Flagrante Delito, observar se estão presentes os requisitos do artigo 312, CPP, e se revelarem insuficientes às medidas cautelares, deve converter a Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva expedindo o competente mandado.

O capítulo II, do Título IX do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941) trata da Prisão em Flagrante. No artigo 301, da referida Lei, é dito que: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. O que é, então, Flagrante Delito? É a prisão que ocorre no instante em que acontece ou é concluído o crime. É a prisão que ocorre, portanto, no calor da ação (daí o nome FLAGRANTE, cuja origem em latim - “*flagrare, flagrans*” significa ardente, calor, que queima). Assim, se o calor se esvai, se apaga, deixa de existir o “*flagrans*”, o flagrante, portanto, não podendo haver a prisão em flagrante.

³⁵ BRASIL. LEI FEDERAL Nº 11.689 de 09 de Junho de 2008.

BRASIL. LEI FEDERAL Nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

Uma característica da prisão em flagrante é que ela não necessita de mandado judicial uma ordem do juiz - pois é facultado ao particular e dever da Polícia “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Assim, a Prisão em Flagrante é de caráter administrativo não judicial, pois, como vimos, ela não necessita de interferência judicial para que ocorra, podendo neste caso, ser considerada detenção e não prisão, uma vez que necessita que um juiz a converta em prisão. Entretanto, depois de ocorrido o flagrante o Poder Judiciário deverá ser comunicado, para homologação ou não do Auto de Prisão em Flagrante (APF), bem como a Defensoria Pública, por força do artigo 306⁽³⁶⁾ do Código de Processo Penal – CPP. Antes da alteração do CPP promovida pela Lei Federal 12.403/2011²⁴, o encaminhamento do APF ao Ministério Público não estava previsto no Código de Processo Penal. A cientificação do flagrante, mediante o APF, era normatizada em outros dispositivos legais, a exemplo do art. 67, da Lei 5.010/66 que diz: “A autoridade Policial deverá remeter, em 24 (vinte e quatro horas), cópia do auto de prisão em flagrante ao Procurador da República que funcionar junto ao Juiz competente para o procedimento criminal”.

Para outra parte da doutrina, a prisão em flagrante delito continua tendo a sua natureza jurídica como cautelar, porém com a obrigatoriedade do Juiz convertê-la em preventiva se presente os requisitos do artigo 312⁽³⁷⁾ do CPP ao tomar conhecimento do auto de prisão em flagrante, e caso ausentes os requisitos da preventiva, conceder a liberdade provisória, tornando-se dessa forma a prisão em flagrante necessariamente com um lapso temporal mais curto do que como era

³⁶ “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

³⁷ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

anteriormente à Lei 12.403/2011²⁵ em que a referida prisão se prolongava até o fim do processo se não houvesse a liberdade do réu no decurso do mesmo.

A **Prisão Temporária**, como o próprio nome diz, é por tempo determinado. Segundo a Lei 7.960/89 o prazo desta prisão é de 5 dias, podendo ser prorrogado por mais 5. Entretanto, se o crime for considerado hediondo (aqueles enumerados na Lei 8.072/90) a prisão temporária será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30. Essa prisão pode ser decretada por representação da Autoridade Policial (Delegado) ou requerimento do Ministério Público (Promotor de Justiça ou Procurador da República). Se for por representação, o Juiz, ante de decidir, deverá, obrigatoriamente, ouvir o Ministério Público (art. 2º, § 1º, da Lei 7.960/89).

A **Prisão Preventiva** é outra modalidade de prisão sem flagrante, também de procedimento judicial obrigatório antes de sua ocorrência efetivamente dizendo, ou seja, antes de a pessoa ser presa. Conforme dito, a prisão preventiva está prevista no Código de Processo Penal, cuja decretação deverá seguir os critérios estabelecidos no art. 312, do citado código, com as modificações da Lei 12.403/2011:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único: A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

O prazo da prisão preventiva é aquele do tempo legal destinado a finalização do processo, pois, depois de encerrado o processo o réu deverá cumprir a pena imposta ou ser absolvido. Impende, entretanto, destacar, que a qualquer tempo o Juiz, motivadamente, poderá revogar a prisão preventiva, bem como decretá-la novamente, consoante o artigo 316⁽³⁹⁾, do CPP.

³⁸ BRASIL. **LEI FEDERAL 7.960** de 21 de dezembro de 1989.

Pois bem, com estas breves informações se traz aqui o que a lei, a doutrina e a jurisprudência trazem sobre os tipos de prisão no Brasil. Assim, se o criminoso não é preso em flagrante, poderá ser preso temporária e/ ou preventivamente. O flagrante ocorre em até 24h, caso passe o tempo do flagrante a Autoridade Policial ou o Ministério Público²⁶ poderá pedir ao Judiciário que decrete sua prisão, desde que preenchidos os requisitos legais. Dessa forma, o criminoso que se apresenta a polícia, depois de vencido o flagrante, não está isento de ser preso, pois, pode ocorrer sua custódia provisória e/ou preventiva.

³⁹ “**Art. 316.** O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

7. DAS PRISÕES CAUTELARES

7.1 CONCEITO

As prisões cautelares são medidas adotadas no curso do inquérito policial ou do processo penal, com o objetivo de limitar a liberdade individual de pessoas, para assegurar a manutenção da ordem pública, com exceção da temporária que é apenas admissível no decorrer do inquérito policial, desde que presente os requisitos necessários inerentes às cautelares em geral: o *fumus commissi delicti* entendendo-se aqui como a certeza do fato e indício suficiente de autoria e o *periculum libertatis* entendendo-se como sendo o perigo de que representa o acusado em liberdade, como também outros requisitos que veremos do decorrer deste trabalho. Tais requisitos foram elaborados para cumprir a exigência do princípio constitucional elencado no inciso LIV da CF, que diz “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, portanto, para se determinar uma prisão cautelar temos faz-se mister obedecer a regras processuais para sua legitimidade (MIRABETE, 2005)⁽⁴⁰⁾.

“A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal.”, já o conceito de Fernando Tourinho é um pouco mais amplo quando ele diz que “Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria”²⁷ (MIRABETE, 2005).

Ao tratar de prisão cautelar, obrigatoriamente implica na obediência às garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5.º, LIV); da ampla defesa (art. 5.º, LV); do dever de motivar as decisões judiciais (art. 5.º, LXI e 93, IX); da presunção de não culpabilidade do acusado ou “presunção de inocência” (art. 5.º, LVII); do direito à liberdade provisória (art. 5.º, LXVI); ao princípio publicístico; ao

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

cânone da legalidade e às regras do processo penal, notadamente pela regra da oficialidade e sua “subregra” da inevitabilidade do processo; pela regra da judiciariedade e sua “subregra” da jurisdicionalidade. Também a regra da verdade material se faz presente, notadamente pelas “subregras” da inquisitividade e do livre convencimento do juiz.

Trazido à colação a concepção de que o tema da prisão cautelar ou prisão provisória é dos mais importantes de toda a ciência processual penal, isto porque afeta diretamente o soberano direito de liberdade, paralelamente, emerge o princípio publicístico, trazendo no seu âmago “o direito de punir com a função estatal de resguardo da liberdade (especialmente a pessoal, reveladora da mais alta expressão de interesse público)”.

Não obstante ao necessário cumprimento do princípio publicístico, a decretação de uma prisão cautelar deve se dar na estrita obediência ao cânone da legalidade, resultante que é do *ius positum*, afastando-se parcialidades e arbítrios, onde se estabelece que o poder de impor restrições à liberdade tem fundamento só na lei. Assim, é o processo penal o único meio deferido à efetivação de restrição à liberdade, toda e qualquer coação ao indivíduo deve ocorrer dentro dele e em consequência dele. “E, do mesmo modo, por meio dele deve ser evitada a ocorrência de qualquer coação abusiva à liberdade do cidadão”.

Antes da vigência das Leis nº 11.689/08 e 11.719/08²⁸ existia mais duas modalidades de prisões cautelares quais sejam: a prisão decorrente de sentença penal condenatória não transitada em julgado e da decisão de pronúncia, que tinham arrimo no motivo de o réu ter maus antecedentes ou ser ele reincidente,

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de processo penal para concursos**. Bahia: Juspodivm, 2010.

⁴² FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

porém, a doutrina fazia muitas críticas à míngua da necessidade de tais prisões, motivo pelo qual, talvez, não exista hoje essas prisões, podendo ser decretadas a prisão preventiva em qualquer caso se presentes os requisitos que a lei exige, pois agora a regra é a liberdade e a exceção a prisão (TÁVORA, 2010, p.361)⁽⁴¹⁾.

A prisão em geral pode ser de duas maneiras quais sejam: prisões com pena e prisões sem pena e elas podem ser de natureza penal, processual, civil ou administrativa. A prisão penal pode-se definir como sendo aquela que está prevista no Código Penal resultante da condenação transitada em julgado, já a prisão sem pena que a doutrina chama de prisão processual, está deriva de flagrante delito ou de ordem judicial, esses tipos de prisões são os mais antigos historicamente e tem o pressuposto de medida cautelar (GRECO FILHO, 2010, p. 249)⁽⁴²⁾.

Em relação à prisão civil, como o próprio nome já diz é imposta a alguém para cumprimento de uma obrigação civil de natureza alimentar, ou depositário infiel – art. 5º, LXVII, da CF e art. 320 do CPP - apesar de haver discussão polêmica neste último caso, se existe ainda ou não a possibilidade de ser decretada a prisão, por conta da Convenção Americana de Direitos Humanos conhecida por “Pacto de San José da Costa Rica” em que o Brasil faz parte (GRECO FILHO, 2010, p. 250).

A necessidade de prender alguém no momento em que ele está cometendo ou acabou de cometer um ilícito penal é pacificamente aceita pela doutrina e pela legislação brasileira, mesmo sabendo nós que existe uma quebra de um direito fundamental do ser humano previsto na constituição federal que é a liberdade individual, direito este reconhecido e legitimado por todas as legislações do mundo sendo elas democráticas, portanto seria salutar que todo réu aguardasse o julgamento em liberdade para evitar constrangimento de sua pessoa caso o resultado de seu julgamento fosse favorável a ele. Para Flamand a prisão em flagrante é um mal necessário, ele alega que não se configura uma medida arbitrária, mas “que atende ao impulso natural do homem de bem, em prol da

segurança e da ordem”, para outro doutrinador Basileu Garcia²⁹ diz ele que se a lei permite que prenda o indivíduo no momento do cometimento da infração penal ou quando acaba ele de cometer, o ordenamento jurídico torna legítima a ação tendo impulso natural que é fundamental para a proteção da sociedade por ter violado normas de condutas sociais existentes em nosso Direito (TOURINHO, 2010)⁽⁴³⁾.

Podemos ainda dizer que por existir a prisão-albergue no ordenamento jurídico brasileiro, “a prisão seria a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria” e que este conceito divide prisão em duas espécies: a prisão-pena decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível e prisão sem pena conhecida sob a denominação genérica (TOURINHO, 2010, p.634).

Em relação ao conceito de prisão no sentido amplo, todos os doutrinadores concordam em dizer que é a privação da liberdade, já Capez é muito sucinto quando diz que prisão “É a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito” e além dessas duas hipóteses mencionadas diz que a Constituição Federal prevê mais duas quais sejam: a denominada prisão por crime militar próprio previsto em lei e por infração disciplinar de acordo com o Art. 5º, inc. LXI, CF, bem como a do período de exceção conhecido como estado de sítio com arrimo no art.139, inc II da CF, enquanto que a recaptura de preso fugado ou em fuga, não caracteriza outro tipo de prisão, pois se é entendido que este já estava preso por flagrante ou mandado de prisão, neste caso específico não teria sentido exigir que um agente penitenciário ou mesmo outro policial de qualquer instituição para a prisão de um detento em fuga fosse preciso uma determinação judicial, porque de acordo com o art. 684 do CPP, a prisão poderá ser efetuada por qualquer pessoa (CAPEZ, 2010, p.294)⁽⁴⁴⁾.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 471.

⁴⁴ CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A doutrina européia vem sustentando que o Direito Penal está em crise, isto porque de um lado a produção legislativa intensa aponta para o embrutecimento das penas, de outro lado, os modernos estudos de criminologia e política criminal, reconhecem a imprestabilidade da pena privativa de liberdade para inserir ou reinserir o condenado ao convívio social, já tendo sido assentado que as teorias acerca da pena, prevenção geral e específica, positiva e negativa da pena, hoje não conseguem responder a pergunta por que punir com penas tão severas?

Já o Direito Processual Penal, concebido modernamente pela doutrina como instrumento garantidor das liberdades humanas, lamentavelmente, vê-se também voltado muitas vezes para a satisfação deste direito simbólico, violando em muitas oportunidades, direitos e garantias internacionalmente concebidos e ratificados pela República Federativa do Brasil, e noutros casos violando regras processuais penais igualmente postas a patamar constitucional.

Inicialmente, entende-se como hábil para o tema em apreço, a estipulação de preceitos técnicos de âmbito geral, norteadores das espécies de prisão cautelar, de forma a unificar os motivos para a sua decretação, em obediência à Carta Constitucional, mormente ao postulado republicano do respeito à dignidade da pessoa humana, *ex vi* do art. 1.º, inciso III.

Por ser compatível com o sistema, a elaboração de uma teoria geral da prisão cautelar serviria com grande precisão ao operador do direito, afastando igualmente a edição de reformas pontuais, com posições demagógicas no sentido de destinar à população uma segurança que não é verdadeira, com o inquinamento de cidadãos potencialmente inocentes à luz da própria Constituição Federal.

Mantendo-se o ideal de uma teoria geral da prisão cautelar, a mesma no seu bojo só poderia reunir elementos processuais, despidendo-se de elementos de direito

material ou até mesmo estranho ao próprio direito, isto em obediência à mesma Carta da República, supedâneo anterior e lógico de todas as liberdades públicas.

Nesta linha de pensamento, elementos hoje presentes nas diversas espécies de custódia cautelar restariam esvaziados por manifesta desobediência constitucional-legais, limitando-se de outro lado conceitos pouco precisos e ensejadores de arbítrio por parte de alguns operadores do direito. Se de plano concebe-se que a custódia cautelar deve ser ao processo e ao seu bom andamento, não pode a mesma confundir-se com os fins da pena, tampouco servindo de juízo preliminar antecipatório de culpabilidade como sustentam alguns autores estrangeiros.

Deve a teoria geral da prisão cautelar estar afinada com as garantias constitucionais e tratados estrangeiros ratificados pelo Brasil, pelo princípio publicístico e regras processuais, afastando-se por completo cargas de sentimentalismo exarcebado.

7.2 FUNDAMENTOS LEGAIS

Destarte, as condições gerais para a adoção das medidas cautelares penais são o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, expressões de manifesta adesão por parte dos autores italianos, ou na expressão dos espanhóis, *fumus delicti*.

Diante destas condições, aufere-se pela análise dos autores italianos, que é necessário além da comprovação dos indícios de autoria e materialidade, uma notável base probatória definida nos termos de “graves indícios de culpabilidade”, sendo este o pressuposto indispensável para a adoção de qualquer medida restritiva da liberdade da pessoa. Em que pese esta posição dogmática, entende-se que qualquer carga de apreciação de direito material, mormente para o tema

culpabilidade, não pode servir como fundamento processual de decretação de qualquer prisão cautelar, sendo impossível e intolerável uma presunção antecipada de reprovabilidade ou de responsabilidade do imputado, à luz das modernas teorias acerca da culpabilidade, sem se falar que o imputado sequer pode exercer o seu direito de defesa e contraditório.

Sobre o tema em apreço, afirma Víctor Moreno Catena³⁰ que “no processo penal, tratando-se da futura atuação do *ius puniendi*, como consequência da comissão de um delito, apoia-se a decretação na razoável atribuição do fato punível a uma pessoa determinada. Ainda, diz o autor espanhol que o pressuposto material de toda medida cautelar penal é a imputação. “Sem imputado, não existe possibilidade alguma de adoção de medidas cautelares, sejam pessoais ou reais”.

Contudo, este pressuposto não é o único a exigir-se. O perigo que a pessoa destinatária da medida, deixada livre, possa prejudicar as exigências conexas a averiguação, conservação e guarda do interesse discutido no processo, mormente ao bom desempenho do processo, figura como sendo o mérito da proteção. Importante ressaltar que, quando a esta argumentação, a doutrina de uma maneira geral não discorda como fundamento.

A prisão em flagrante delito é uma das modalidades de prisão cautelar e está prevista no art. 301⁽⁴⁵⁾ do Código de Processo Penal que diz *in verbis*:

“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (CPP, 1941).

O referido artigo é dividido pela doutrina em duas modalidades, no momento em que se fala em “qualquer do povo poderá...” denomina-se de flagrante facultativo onde a lei deixa a possibilidade de qualquer pessoa da sociedade ou até mesmo a

⁴⁵ “**Art. 301.** Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

vítima prender quem quer que esteja em situação de flagrante como forma do exercício de cidadania para o cumprimento da lei de seu país, já em relação às autoridades policiais, estendendo-se aqui as polícias civis, militar e federal a lei determina que estas tenham o dever de efetuar a prisão denominando este de flagrante obrigatório, tendo em vista que o policial detém o porte de arma permanente estando este, atrelado as suas funções 24 horas por dia, e caso estes fiquem omissos deverão responder criminalmente e administrativamente pelos seus atos negativos tendo sido julgado um HC pelo relator Barbosa Pereira³¹ em 2001, que quando o particular prende alguém em flagrante delito esta ele agindo amparado por lei na modalidade de exercício regular de direito e quanto as policiais estão em estrito cumprimento de dever legal, ambas tipificadas no art 23, inc III do Código Penal Brasileiro (NUCCI, 2008, p.567)⁽⁴⁶⁾.

Todo o ato que pode ser observado no momento de sua ocorrência e que é manifesto ou evidente está em situação de flagrante. Portanto prisão em flagrante é um tipo de prisão administrativa de natureza cautelar, executada no momento em que está ocorrendo um ato ilícito penal seja crime ou contravenção penal, essa prisão está autorizada pela Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LXI, sem a necessidade de expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária ficando a cargo da autoridade policial ou qualquer pessoa, sendo desnecessário à apreciação de um Juiz de Direito a princípio, pois logo que a autoridade policial autuar fica responsável pelo ato podendo responder por abuso de autoridade caso cometa alguma arbitrariedade e apos comunicar a autoridade judiciária, esta passará a ser a autoridade coatora (para fins de habeas corpus) caso mantenha a prisão após análise da legalidade, devendo, portanto relaxar à prisão caso perceba alguma irregularidade (NUCCI, 2008, p. 566).

⁴⁶ Nucci, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A segunda modalidade diz respeito à prisão preventiva elencada no Art; 311 do Código de Processo Penal que diz in verbis:

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

Este tipo de prisão deve ser observado como sendo o último recurso para o magistrado, como bem dizia Bento de Faria³² “é uma injusta necessária do Estado contra o indivíduo, e, portanto deve ser reservada para casos excepcionais”. Pois causaria um mal irreparável para aos indivíduos julgados inocentes no fim do processo, por isso defendemos que ela deva ser decretada com o mínimo indispensável e observando os seus pressupostos e condições evitando dessa forma uma prisão injusta, a prisão preventiva comporta apenas duas situações segundo Tourinho Filho, quais sejam: impedir que o acusado perturbe a instrução criminal ou para que não se torne eficaz a sansão que poderá ser-lhe imposta (TOURINHO FILHO, 2010, P. 668)⁽⁴⁷⁾.

De acordo com o art. 311 do Código de Processo Penal a prisão preventiva pode ser decretada de ofício, no curso da ação penal, ou seja, quando o magistrado observar que existem os requisitos legais, ele decreta sem a necessidade de pedido da autoridade policial, do Ministério Público, do querelante ou assistente, pessoas com legitimidade para tal pedido. No entanto o ilustre Desembargador Amilton Bueno de Carvalho julgou com os cuidados necessários que sempre tem o HC 70018920934/RS, onde concedeu determinação para a liberdade de réu preso preventivamente de ofício por juiz singular, com a fundamentação de que:

“a regra do jogo processual democrática é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. Ou seja, se está frente a processo penal de partes: cada um com suas funções bem definidas. Nesta ótica, compete ao Ministério Público, e tão somente a ele, além de deflagração de ação quanto

⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 471.

das cautelares que sustentam o processo penal. No momento em que o julgador invade a competência do acusador, é estabelecida uma relação incestuosa entre aquele que julga e aquele que persegue, abalando a imparcialidade vista como equidistância” (TOURINHO FILHO, 2010, p.669).

E por fim temos a terceira e ultima modalidade de prisão cautelar (fora às exceções determinadas por lei), que é a prisão temporária que tem lei específica para ela qual seja a 7960/89³³ como veremos mais a frente os requisitos e crimes para a decretação. Portanto como bem nos ensina Nestor Távora, “podemos reduzir as hipóteses de prisão a duas: decorrente do flagrante delito e de ordem judicial” e esta se subdividem em Prisão Preventiva e Prisão Temporária, ou seja, as prisões determinadas por ordem judicial poderão apenas ser decretadas por autoridade judicial (juiz de Direito), enquanto que a prisão em flagrante delito deverá ser por autoridade policial (Delegado de Polícia), pois se assim não fosse, ficaria sem sentido fazer o auto de prisão em flagrante, e não seria possível conseguir a ordem judicial, vez que precisávamos da ouvida do Ministério Público, depois a decisão judicial para poder executar a prisão, ficaria, pois descaracterizada a prisão em flagrante, por esses motivos é que a lei deixou a prisão em flagrante a cargo da autoridade policial, pois é ela que está presente no calor dos fatos.

O Artigo 283 ⁽⁴⁸⁾ do Código de Processo Penal em seu § 2º diz que: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições à inviolabilidade do domicílio”, restrição esta prevista no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 no seu inciso XI que diz *in verbis*:

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Percebe-se que no tema relativo à prisão podemos ingressar em uma residência de cinco maneiras: prisão em flagrante delito, desastre, prestar socorro, consentimento do morador ou ordem judicial fundamentada.

⁴⁸ **Art. 283** “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições à inviolabilidade do domicílio”.

A prisão em flagrante delito pode ser feita a qualquer momento com o objetivo de cessar a agressão, e devemos interpretar a expressão delito como sinônimo de crime de maneira extensiva para podermos abranger a contravenção penal (TÁVORA, 2010, p.362)⁴⁹. Já na ordem judicial só podemos efetuar durante o dia e sendo este interpretado como o lapso de tempo entre 06 e 18 horas, apesar de ter doutrinadores que não fazem menção ao horário e sim entre o amanhecer e o escurecer (TÁVORA, 2010, p. 362)⁽⁴⁹⁾.

7.3 NATUREZA JURÍDICA

A prisão em flagrante delito representa um ato de natureza administrativa, não importando qual o sujeito que efetuou a prisão, tendo a Polícia Civil o dever de zelar pela ordem pública, portanto a natureza jurídica da prisão em flagrante delito é a mesma da prisão preventivas sendo ambas consideradas medidas cautelares, de modo que havendo prisão em flagrante, essa só tem argumento para sua subsistência se presente os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

“Para Marcelo Luiz Leano: A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida acautelatória e não uma forma de antecipar a pena que, possivelmente, será aplicada ao indivíduo após o regular processo” (LEANO, 2002, p.23)⁽⁵⁰⁾.

Para a execução da prisão em flagrante delito não se exige nenhuma valorização sobre a culpabilidade ou ilicitude, necessitando apenas a aparência da tipicidade, sendo dessa forma uma medida cautelar de segregação provisória da liberdade do autor de ilícito penal, tem caráter inicial administrativo, devido à

⁴⁹ TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de processo penal para concursos**. Bahia: Juspodivm, 2010.

⁵⁰ LEANO, Marcelo Luiz, **Prisão em flagrante**. 2. ed. São Paulo: Lawbook, 2002.

formalização do auto de prisão em flagrante ser realizado pela Polícia Judiciária, com a presidência de um Delegado de Polícia. Porém torna-se jurisdicional, quando o juiz de direito competente para julgar o feito, toma conhecimento oficial da prisão e deixa de relaxar, mantendo-a por entender que é legal, neste caso para fins de “Habeas Corpus”, passa a ser autoridade coatora, devendo aquele ser impetrado no Tribunal.

Existem também alguns tipos penais que não exigem a formalidade da prisão, ou seja, o “auto de prisão” como, por exemplo, nas infrações de menor potencial ofensivo, desde que o conduzido se comprometa a comparecer em juízo de acordo com que determina o art. 69, parágrafo único da lei 9099/95, a expressão da lei de que “não se imporá prisão em flagrante” deverá ser interpretada que esta não se formalizará por meio de auto, pois a constituição brasileira permite em caráter facultativo que a prisão em flagrante delito pode ser feita até por qualquer do povo, e este não tem a obrigação legal de saber que tipicidade está prevista em determinada lei específica e qual não está (NUCCI, 2007, p.567).

Capez define a natureza jurídica da prisão em flagrante delito, em duas fases, a primeira o diz: “No momento da captura: o ato de captura possui natureza jurídica de ato administrativo, e quando” A lavratura de auto de prisão em flagrante: é momento processual e a partir daí possui natureza de prisão cautelar de natureza processual (CAPEZ, 2006, p. 320).

8. ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

De forma uníssona, afirma a doutrina que constituem elementos das medidas cautelares a jurisdicionalidade, instrumentalidade, provisoriedade e homogeneidade.

Pela jurisdicionalidade, há sua imediata incidência, fazendo-se valer pela regra da judiciedade, pelo que só pode a medida ser determinada pela autoridade jurisdicional competente. Excepcionalmente, a prisão em flagrante delito pode ocorrer, contudo, não se olvidando que deve a mesma ser comunicada ao juiz, que dela conhecendo, verificará a necessidade de sua manutenção, como também a sua legalidade.

Pela instrumentalidade, as medidas cautelares estão subordinadas a um processo penal em curso, de forma que serão finalizadas com o término do processo, extinguindo seus efeitos ou transformando-se em medidas executivas. Diz-se assim que as cautelares existem para servir o processo principal.

Pela provisoriedade, duram pelo tempo em que permaneça pendente o processo principal, ou enquanto subsistam os pressupostos que a justificaram no transcurso do processo.

Por fim, pelo elemento da homogeneidade, a cautelar está destinada a garantir os futuros efeitos da sentença, se constituindo, pois num antecedente lógico da execução.

8.1 PRISÕES EM FLAGRANTE DELITO

A expressão flagrante é definida por Ruth Rocha⁵¹ como sendo “ato em cuja prática a pessoa é surpreendida” ou “Ação de surpreender um ato no instante em que é praticado” (ROCHA, 1995, p. 284).

⁵¹ CAPEZ. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A terminologia flagrante deriva do latim “flagrare” quem tem como significado queimar, arder. Segundo a definição de Hélio Tornaghi, “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer”, considera-se então uma medida restritiva de liberdade da pessoa e que tem natureza cautelar e processual, cabendo a referida prisão tanto para crimes como também para contravenções, pois o art. 302, inciso I, descreve “infração penal” (CAPEZ, 2010, p. 307) ⁽⁵¹⁾.

Prisão em flagrante delito é “a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal” (TOURINHO FILHO, 2010, P.654) ⁽⁵²⁾.

O Código de processo penal, trás três espécies de flagrante, a saber:

“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.”

Apesar de termos quatro incisos descrevendo o flagrante, a doutrina é pacífica em dizer que existem três modalidades de flagrante. Os incisos I e II é conhecido por flagrante próprio ou real, o inciso III temos o flagrante impróprio ou quase flagrante e no inciso IV o flagrante presumido ou ficto.

O **flagrante próprio** é aquele em que o agente é surpreendido cometendo a infração penal (inciso I) ou logo após de cometê-la (inciso II), para NUCCI, o próprio do inciso I acontece no momento em sujeito ativo da ação encontra-se praticando os atos executórios da conduta criminosa, e caso exista o impedimento do termino da execução por alguém impedindo sua consumação estamos diante de crime tentado, porém nos crimes permanentes como a consumação se prolonga no tempo, o

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 471.

flagrante existe, Já no flagrante também considerado pela doutrina como próprio referindo-se ao inciso II do mesmo artigo com a expressão logo após, apesar de ser polêmica a discussão do conceito de logo após, pois é muito subjetiva tal expressão foi utilizada pela lei com o objetivo de iniciar-se a perseguição em ato contínuo ao crime, com intervalo mínimo possível para não demonstrar a falta de indicativos da ação, pois segundo Roberto Delmanto Junior, “a perseguição há que ser imediata e ininterrupta, não restando ao indigitado autor do delito qualquer momento de tranqüilidade”, portanto seria ilegal a prisão do agente que consegue permanecer com sua identidade preservada diante da situação por horas, vindo posteriormente a ser identificado pela polícia, por meio de investigação tendo como arrimo para esta indagação o que dispõe o artigo 290 § 1º, alínea a e b, do Código de Processo Penal que diz:

“Art. 290 - Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso (CPP, 1940).

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a)** tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b)** sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for ao seu encalço.

§ 2º - Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar poderá pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida” (CPP, 1940).

A segunda modalidade de flagrante delito é dita pela doutrina como **imprópria ou imperfeita ou ainda quase flagrante** que é tipificada no art.302⁵⁶ inc III CPP, “situação de quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido

⁵³ FEITOZA, Denilson, **Direito Processual Penal**.7 ed. Rio de Janeiro: Impetus,2010.

ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração” (FEITOZA, p.878, 2010)⁽⁵³⁾.

No caso concreto fica o magistrado com a responsabilidade para avaliar e decidir se realmente foram cumpridos os requisitos da expressão “logo após”, contida no artigo 302, inciso III do CPP. (NUCCI, 2007, p. 569, 570).

Em relação à terceira modalidade temos o **flagrante presumido** também chamado pela doutrina de **facto**, como dispõe o inc IV do referido acima citado, diz-se presumido quando o agente “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (FEITOZA, p.878, 2010).

8.1.1 REQUISITOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE E AS INOVAÇÕES DA LEI 12.403/2011.

A Lei 12.403/2011 trouxe várias inovações procedimentais, estabelecendo uma sistemática própria para lavratura do auto de prisão em flagrante (TÁVORA, 2011, p.544).

Segue artigos do Código de Processo Penal que mostram em detalhes como ficou a nova ordem:

“Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos

duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.

Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o 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 do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança” (CPP, 2011).

8.1.2 A LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Atualmente é notório o entendimento que somente cabe ao Delegado de Polícia à decisão pela lavratura ou não do ADPF (Auto de Prisão em Flagrante Delito) em se tratado de crimes comuns, até mesmo porque está previsto legalmente conforme podemos constar do art. 2º, ³⁷§6º, da Lei 12.830/2013⁽⁵⁴⁾, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, e ainda do art. 4º, parágrafo único do Código de Processo Penal, senão vejamos:

“Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que **“deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”** (grifo nosso).

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função” (CPP, 2013).

Tal fato se dá pelo motivo de que quando se lavra um Auto de Prisão em Flagrante, conseqüentemente estará realizando o indiciamento de uma pessoa pela prática de um determinado “crime”. Indiciamento este de caráter “privativo” do Delegado de Polícia, ou seja, da autoridade policial. Portanto, o indiciado nada mais é que um sujeito de direitos eleito pelo Delegado como agente de uma infração penal, de acordo com seu entendimento jurídico, representando assim, o Estado-investigador.

⁵⁴ BRASIL. LEI FEDERAL Nº 12.830, de 20 de junho de 2013.

Ocorre que a grande problemática trazida neste presente trabalho é sobre a competência do Delegado de Polícia para analisar o caso concreto, se de fato o indiciado cometeu algum delito ou se estava amparado por quaisquer das excludentes de ilicitude ou até mesmo, reconhecer o princípio da insignificância e deixar de proceder com a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante Delito e sim, baixar Portaria para conclusão do Inquérito e conseqüentemente o arquivamento pela Autoridade Judiciária, já que a Autoridade Policial não tem competência para arquivar o Inquérito Policial.

O referido tema não tem previsão normativa e ainda não chegou a ser objeto de análise por parte do Superior Tribunal de Justiça, tampouco, pelo Supremo Tribunal Federal, sendo assim, o estudo demanda uma análise exclusivamente doutrinária e se trata de um tema altamente controverso, apesar de já existir discussão do tema em projeto de reforma do Código Penal.

Começaremos primeiramente fazendo uma análise do posicionamento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, no que toca ao tema ora explanado:

“confirmado o fato, a autoridade policial deve lavrar, sempre, o auto de prisão em flagrante tão-logo tome conhecimento da detenção ocorrida, realizando apenas o juízo de tipicidade, sem adentrar as demais excludentes do crime” (Nucci, Guilherme de Souza- Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: RT 2008, p.61.)

De acordo com Nucci, a autoridade policial é limitada, e tem como atribuição exclusiva, fazer um “juízo de tipicidade” dos fatos, sem submergir-se nas demais excludentes.

Diferentemente do que defende Nucci, o Professor Silvio Maciel em seu livro *Prisões e Medidas Cautelares*, coordenado por Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, com colaboração, também, dos doutrinadores Alice Bianchini e Rogério Sanches Cunha, traz posicionamento quanto ao parágrafo único do artigo 310 do CPP, senão vejamos:

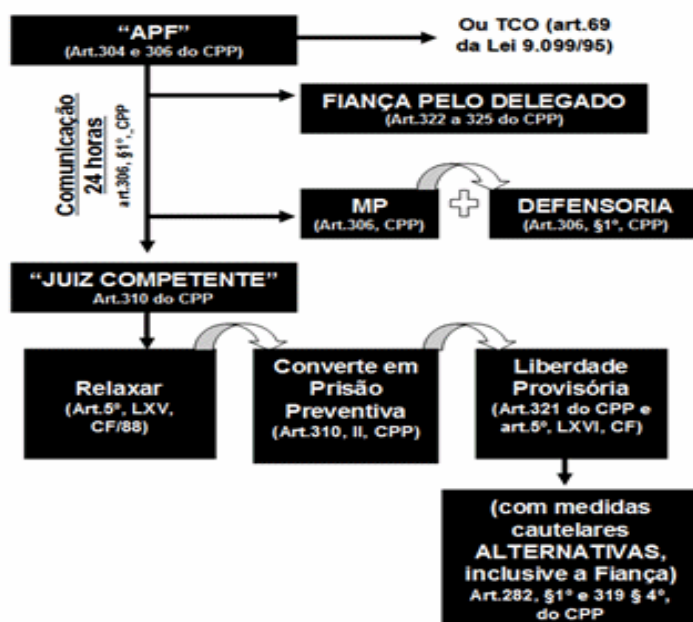
(...) “O dispositivo fere até mesmo o senso comum. Tomemos alguns exemplos: Um atirador de elite, após suas negociações frustradas, mata o infrator que mantinha o refém sob a mira do revólver; o marido entra em luta corporal com o assaltante e consegue matá-lo quando o infrator prepara-se para executar a esposa; policiais, ante a recusa do morador, arrombam a porta (art.245 §2 do CPP) e prendem um perigosíssimo procurado, em cumprimento de mandado de prisão; o boxeador, dentro das regras do jogo, fere o adversário. A seguir a lógica do CPP, nessas hipóteses o Delegado de Polícia (que para parte da doutrina deve fazer apenas um juízo de tipicidade do fato), deve autuar em flagrante o atirador de elite (que agiu no estrito cumprimento do dever legal), o marido (que agiu em legítima defesa da esposa), os policiais (que agiram no estrito cumprimento do dever legal) e o boxeador (que agiu no exercício regular de direito). E somente depois o juiz é quem deve conceder a liberdade provisória ao preso, com compromisso de ele comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade” (Gomes, Luiz Flávio. Et all. Prisões e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT 2011. Pg.137).

Mais adiante, continuam elucidando o tema, nos seguintes termos:

“A verdade é que o Delegado de Polícia – autoridade com poder discricionário de decisões processuais- analisa se houve crime ou não quando decidir pela lavratura do Auto de Prisão. E ele não analisa apenas a tipicidade, mas também a ilicitude do fato. Se o fato não viola a lei, mas ao contrário, é permitida por ela (art. 23 do CP) não há crime e, portanto, não há situação de flagrante. Não pode haver situação de flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no momento da decisão da autoridade policial). O Delegado de Polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existem apenas por questões didáticas. Ao Delegado de Polícia cabe decidir se houve crime ou não. E o artigo 23, I a III, em letras garrafais, diz que não há crime em situações de excludentes de ilicitude” (Gomes, Luiz Flávio, et all. Op.cit. pg.138).

8.2 ANÁLISE DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Para sermos mais detalhados, passaremos a analisar cada momento da prisão em flagrante, conforme quadro esquematizado que segue abaixo no quadro 01:

QUADRO 01:

Fonte: Elaborado pelo autor, 2016.

1º) Primeiramente tem-se a captura do agente em flagrante. Captura esta que poderá ser feita por qualquer pessoa, sendo obrigatória para as autoridades policiais, bem como, seus agentes, desde que presentes, cumulativamente no caso concreto, em relação a estas autoridades, o dever objetivo e a possibilidade real de agir, bem como a razoabilidade da exigência da efetivação da captura. Importante frisar que nesta fase, deve ser observado um juízo aparente de tipificação, visto que existem situações que sugerem estar o agente desempenhando ação ou omissão tipificada em lei como delito.

2º) Passado a primeira fase, temos o momento da condução, onde deverá o capturado ser encaminhado a presença da autoridade da polícia judiciária mais próxima do local da captura, ainda que este não tenha sido o local da ocorrência do delito, lembrando que tem-se que prestar atenção quanto as circunscrições de

atuação das Delegacias Especializadas, tais como Homicídios, Criança e Adolescente, Entorpecentes, Mulher, Roubos e Furtos, entre outras, bem como as atribuições inerentes as autoridades policiais disciplinadas ao teor do art. 144 da Carta Magna.

3º) Temos como terceira fase a da apresentação do conduzido a autoridade policial, momento em que os condutores entregarão objetos inerentes ao delito, se houver, e indicarão vítimas e testemunhas que eventualmente os tenha acompanhado. E conseqüentemente, serão ouvidos os condutores, entregando a estes copia do termo de oitiva e ainda recibo de entrega do conduzido. Será procedido também com a oitiva da (s) vítima (s) e testemunhas, caso presentes na DP. Por fim, serão observados os objetos ligados ao delito, caso existam, e efetuado o interrogatório do capturado.

Essa etapa é o ponto chave do nosso trabalho, pois entendemos ser cabível, por parte da autoridade da polícia judiciária, a observação da tipicidade no âmbito material e formal, não sendo suficiente um mero juízo de adequação entre a conduta e a previsão normativa. Necessária também devem ser a observação quanto à ilicitude da conduta e a manifestação de seus excludentes, normativos ou supralegal.

A Lei 12.830 entrou em vigor no ano de 2013 e trouxe mudanças em seu conteúdo, uma delas foi quanto às atividades dos delegados de polícia que deixou de ser um procedimento meramente administrativo. Visto que externa taxativamente serem as funções de polícia judiciária de natureza jurídica, ou seja, o inquérito policial continua sendo procedimento administrativo, no entanto as atividades prestadas pelos Delegados de Polícia passam a ser consideradas como atividades jurídicas para fins diversos.

Logo, elementos constitutivos do fato típico, ou seja, conduta, resultado, nexo causal, previsão normativa, elemento subjetivo, relevância jurídica-social, e sua

ilicitude, devem e necessitam ser observados, visto que podem levar ao encarceramento de um cidadão de forma indevida.

Neste sentido, segue exemplo no que toca a análise do Delegado no auto de prisão em flagrante sob o prisma do princípio da insignificância:

“O STF e o STJ possuem entendimento consolidado que a manifestação do princípio da insignificância produz o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Assim sendo, caso estejam presentes os quatro vetores elencados por estes Tribunais Superiores ao reconhecimento da insignificância – mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica produzida – não existirá crime”.

Sendo assim, impedir que o Delegado de Polícia tenha a competência para analisar excludentes de ilicitude e ainda a manifestação da insignificância é fazer com que o mundo jurídico se torne um caos. Atribuir lavratura de APFD (Auto de Prisão em Flagrante Delito) contra alguém com fundamento em uma circunstância que claramente caracteriza-se como materialmente atípica é ir de encontro a toda lógica adotada atualmente por nosso Ordenamento Jurídico, até porque gera uma situação de desrespeito a premissas constitucionais básicas e reduz os Delegados de Polícia a meros observadores de tipificação em sentido estrito.

Portanto, não é o real propósito imputar punição a quem agiu claramente amparado por uma excludente de ilicitude, ou outro elemento desnaturador do crime, dessa forma, torna-se inexigível que o delegado de polícia sujeite um cidadão, nas mesmas condições, a lavratura de APFD.

Por outro lado, se é notória e evidente uma situação delituosa por parte do indivíduo, nada mais justo que se iniciar a **quarta etapa** da prisão em flagrante, que versa na própria Lavratura do APFD.

Por fim, podemos citar como **quinta** e ultima etapa, as formalidades posteriores à lavratura do APFD que são altamente essenciais a validade do ato, são elas: comunicação imediata da lavratura a autoridade judicial, expedição da nota

de culpa em até 24 horas, comunicação ao Ministério Público, comunicação ao Defensor Público caso não haja Advogado constituído no APFD, comunicação à família ou a quem o indiciado indicar e em casos de crimes que necessitam da prova da materialidade, como por exemplo: drogas, falsificação de moeda e etc deverão ter também como formalidade obrigatória o laudo preliminar (laudo de constatação).

Tais argumentos acima explanados, divididos em etapas / fases, encontram-se lastreados legalmente, posto que à Autoridade Policial Judiciária compete, de acordo com as disposições do art. 144, §4, da CF, bem como do 4º do CPP, “**apurar infrações penais e sua autoria**”, senão vejamos:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a **apuração de infrações penais**, exceto as militares.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a **apuração das infrações penais e da sua autoria**” (*grifo nosso*).

Assim sendo, é de competência da autoridade policial a apuração de autoria de infração penal, ou seja, autoria de “crime”.

Se por acaso o Delegado entender juridicamente, após análises dos fatos do caso em concreto, sob o prisma de quaisquer teorias da tipicidade que o “autor” não praticou “crime”, a posição a ser tomada será de decidir pelo não indiciamento do indivíduo, ou então pela não lavratura do APFD, visto que não lhe compete indiciar “autor de fato ATÍPICO”, nem “autor de conduta típica e LÍCITA”, porém “autor de infração penal”, ou, sendo mais específico, autor de crime.

Nesse mesmo sentido, a decisão do delegado de polícia em proceder ou não com o indiciamento do indivíduo após a investigação policial, não serve apenas para

fornecer subsídios para que o membro do Ministério Público promova a denúncia, mas sim para fundamentar, de igual modo, uma “*opinio delicti negativa*”, a fim de que seja o inquérito policial arquivado pelo Magistrado, a pedido do “*parquet*”. De igual modo, coopera para que o magistrado desempenhe o primeiro juízo de admissibilidade da acusação, ou seja, o recebimento da denúncia.

Assim sendo, deverá a autoridade policial cumprir seu ofício de forma completa, ou seja, apurar a “autoria de crime”, e não somente apurar autoria de “metade do conceito analítico de crime”, isto é, autoria de fato típico, evitando-se assim, um mal estar desnecessário ao suspeito, apto a lhe causar dano social às vezes irreparável.

Sem falar que temos em nosso Ordenamento Jurídico o princípio da Presunção de Inocência que é garantido de forma Constitucional ao réu e sendo assim, nada mais justo e benéfico que o primeiro profissional do Direito em contato direto e imediato com o caso penalmente relevante, lhe garanta a fiel efetividade desse postulado, aplicando seus conhecimentos jurídicos exigidos quando da assunção ao cargo em prol da legalidade, da humanidade, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Assim, de acordo com a Lei 12.830/2013, deve a autoridade policial lançar nos autos de persecução criminal sua decisão de indiciamento fundamentada, de acordo com o que preconiza o artigo 2º, §6º, do mesmo diploma, senão vejamos:

“Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (CPP, 2013).

Tais fundamentações deverão ser elaboradas tanto em Inquérito Policial instaurado por meio de Portaria e ainda na lavratura de Termo Circunstanciado ou de Auto de Prisão em Flagrante. Competindo aos delegados de polícia “decidirem”, ao final da investigação criminal que presidem, se irão indiciar ou não os indivíduos pela prática de crime, de igual modo, cabem aos magistrados “decidirem”, ao final dos processos que presidem, se irão condenar ou não o réu devidamente denunciado pelo membro do Ministério Público. Tendo tais decisões que serem fundamentadas, conforme se observa das diretrizes Constitucionais e Legais, produto da nova tendência garantidora que dirigi ao inquérito policial hodiernamente.

O delegado de Polícia do estado do Rio Grande do Sul, Fabrício de Santis, se posicionou de forma brilhante quanto ao tema em seu artigo “Lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de Polícia com o advento da Lei 12.830/13”, quando disse:

“De fato, sustentar pensamento contrário quanto ao real legitimado para presidir-decidir sobre lavratura ou não de auto de prisão em flagrante conduziria a uma desnecessidade da própria existência da figura do delegado de polícia, pois, se assim o fosse, bastar-se-ia instalar nos portões dos Fóruns locais “caixas eletrônicas penais”, os quais contivessem todos os preceitos primários e secundários possíveis e, acompanhados pelo policial/condutor, obter o suspeito seu ‘e-ticket’ de encaminhamento ao presídio, com início imediato à prisão provisória, aguardando-se, então, a acusação e devido julgamento” (SANTIS, 2013).

Mas, tal situação não é o que está previsto na nossa carta Magna, tampouco nas Leis processuais penais relacionadas ao tema. Portanto, todos os atos da Administração Pública devem obediência ao princípio da Legalidade, previsto no art. 37, ‘caput’, da Constituição Federal, e ainda a garantia prevista no art. 5º, LIV, do mesmo diploma legal, a qual diz que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’, e ainda no inciso II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O doutrinador Guilherme Nucci, em sua obra MANUAL DE PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL, 3ª Ed., pág. 553, menciona hipótese em que a

autoridade policial poderá efetuar o instituto do relaxamento do Auto de Prisão em Flagrante elaborado, senão vejamos:

“O delegado quando se inteira do que houve e acreditando haver hipótese de flagrância, inicia a lavratura do auto. Excepcionalmente, no entanto, pode ocorrer a situação descrita no §1º do Art. 304, isto é, conforme o auto de prisão em flagrante desenvolve-se, com a colheita formal dos depoimentos, observa a autoridade policial que a pessoa presa não é, aparentemente, culpada” (NUCCI, 2007).

No mesmo diapasão, o doutrinador Maurício Henrique Guimarães Pereira, em sua obra explica que:

“O Delegado de Polícia pode e deve relaxar a prisão em flagrante, com fulcro no art. 304, §1º, interpretado a “contrario sensu”, correspondente ao primeiro contraste de legalidade obrigatório, quando não estiverem presentes algumas condições somente passíveis de verificação ao final da formalização do auto, como, por exemplo, o convencimento, pela prova testemunhal colhida, de que o preso não é o autor do delito, ou, ainda, quando chega à conclusão que o fato é atípico (Habeas Corpus e polícia judiciária, p. 233-234)” – (grifo nosso).

A seguir trazemos várias jurisprudências no sentido de que a autoridade policial possui um grau de discricionariedade amparado pelos limites da Lei, quando da decisão pela lavratura do flagrante.

“TACRSP:(...) Inocorre o delito do art. 319 do CP, na conduta de Delegado de Polícia que deixou de lavrar auto de prisão em flagrante de acusado que nessa situação se encontrava, iniciando somente o Inquérito Policial, pois a regra da lavratura do auto de prisão em flagrante em situações que o exijam, não é rígida, sendo possível certa discricionariedade no ato da Autoridade Policial, que pode deixar de fazê-lo em conformidade com as circunstâncias que envolvem cada caso” (RDJTACRIM 51/193).

“TACRSP:Para a configuração do crime previsto no art. 319 do CP é indispensável que o ato retardado ou omitido se revele contra disposição expressa de lei, inexistindo norma que obrigue o Delegado de Polícia autuar em flagrante todo cidadão apresentado como autor de ilícito penal, considerando seu poder discricionário, não há se falar em prevaricação (RT 728/540)” – (grifo nosso).

“TACRSP:A autoridade policial goza de poder discricionário de avaliar se efetivamente está diante de notícia procedente, ainda que em tese e que

avaliados perfunctoriamente os dados de que dispõe, não operando como mero agente de protocolo, que ordena, sem avaliação alguma, flagrantes e boletins indiscriminadamente” (RJTACRIM 39/341) – (grifo nosso).

“TACRSP: Compete privativamente ao delegado de polícia discernir, dentre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrência de conflito, qual a mais verossímil e, então, decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou atuação em flagrante. Somente pode ser acusado de se deixar levar por sentimentos pessoais quando a verdade transparecer cristalina em favor do autuado ou indiciado e, ao mesmo tempo, em desfavor daquele que possa ter razões para ser beneficiado pelos sentimentos pessoais da autoridade (RT 622/296-7)” No mesmo sentido, TACRSP: RT 679/351, JTACRIM 91/192.

Em nossos estudos encontramos também a existência do projeto de Lei nº 1843/2011 de autoria do Deputado Federal João Campos, Delegado de Polícia do Estado de Goiás, que possibilita a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

O citado deputado fundamentou seu projeto de lei da seguinte forma:

“O projeto em tela preenche imensa lacuna legislativa, que tem dificultado o exercício da atividade de Polícia Judiciária e causado situações de extrema injustiça.

Para aquilatar a complexidade da questão, basta dizer que, atualmente, se uma pessoa for apresentada ao plantão policial, por ter matado, em legítima defesa, criminoso que tentava estuprar sua filha, o delegado de polícia é obrigado a autuá-la em flagrante.

Tal situação é absurda, mas ocorre com frequência!

A autoridade policial é obrigada a tomar tal medida, porque a atual redação do parágrafo único, do artigo 310, do Código de Processo Penal, permite somente ao juiz apreciar as chamadas excludentes de antijuridicidade – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, descritas no art. 23, do Código Penal.

Acontece que, muitas vezes, a situação acima descrita, ocorre na sexta-feira, à noite, e, por falta de plantão do poder Judiciário, a pessoa permanece injustamente presa o final de semana inteiro.

Isto significa que pessoas inocentes permanecem presas na companhia de criminosos de alta periculosidade, até que o poder Judiciário aprecie o caso. “Ressalte-se que a situação descrita é ilegal e injusta, pois, sob o aspecto formal, essas pessoas não cometeram crime” (CAMPOS, 2011).

Referido projeto de lei encontra-se aguardando designação de Relator da Comissão de Constituição de Justiça e da Cidadania. Seu ultimo despacho é datado de 08/08/2011, com o seguinte teor: “Às comissões de segurança pública e combate ao crime organizado e constituição e justiça e de cidadania (Mérito e Art. 54, RICD). Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação: Ordinária”.

O Deputado João Campos, aproveitando do seu conhecimento e experiência profissional, formulou a seguinte proposta:

“Art. 1º Esta Lei acrescenta § 4º ao art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, permitindo a autoridade policial apreciar a existência de causas excludentes de antijuridicidade, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Art. 2º O art. 304, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º: “§ 4º Se a autoridade policial verificar, pelos elementos coligidos ao auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III, do art. 23, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao investigado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório ao juízo competente, sob pena de revogação.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação” (CPP, 1940).

8.3 PRISÃO TEMPORÁRIA

A espécie de prisão aqui denominada de Temporária teve sua origem na promulgação da lei 7.960/89 que teve o objetivo de legitimar as prisões para fins de averiguações, denominação tida anteriormente à lei, porém esta não tinha arrimo constitucional, mas era exercida pela polícia judiciária (mesmo sendo considerado crime de abuso de autoridade de acordo com a lei 4.898/65) para elucidar fatos em que a liberdade do suspeito tornava impossível a conclusão da investigação, pois eram circunstâncias que não cabiam a preventiva. Este tipo de prisão também é uma prisão provisória de natureza cautelar e processual penal (FEITOZA, p.918. 2010).

Logo no art. 1º da lei de prisão temporária (7.960/89) ele enuncia os requisitos e pressupostos legais para sua decretação quais sejam:

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

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 suas 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).

Existe uma discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual inciso seria requisito isolado para a decretação da prisão temporária, temos quatro posicionamentos referentes ao caso o primeiro interpreta que basta o inciso I para que se caracterize a fundamentação da prisão, o segundo diz que precisa ter o concurso de dois incisos quais sejam o inc. I combinado com o III ou o inc. II combinado com o III, o terceiro entendimento diz que precisa dos três incisos simultaneamente, e por fim o quarto que diz que basta apenas um inciso, desde que estejam concorrendo os requisitos da prisão preventiva. Concordamos com a segunda posição haja vista que é a mais lógica por necessitar de combinação de incisos, pois na hipótese do inciso I sozinho, eram suficientes para decretar prisão de qualquer pessoa inclusive testemunhas e vítimas, no inciso II⁵⁵, poderia em tese

⁵⁵ FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ser decretada a prisão de qualquer pessoa que estivesse no seu direito de ir, vir e permanecer sem emprego e sem condição de se auto custear e no inciso III seria possível decretar a prisão temporária apenas pelo fato de lhe ser imputado um crime, sem os cuidados cautelar para as investigações, sendo assim a interpretação literal da lei estaria ferindo um direito constitucional que é o direito a liberdade (FEITOZA, p.919).

A prisão temporária é uma espécie de prisão provisória, tendo esta uma característica mais própria que a preventiva, vez que na primeira tem prazo certo de 05 (cinco) dias prorrogável por mais 05 (cinco), em caso de extrema e comprovada necessidade em regra geral e como exceção 30 (trinta) prorrogável por igual período demonstrado a sua extrema necessidade nos crimes hediondos e equiparado, definidos na Lei de crimes hediondos (lei 8.072/90), enquanto que na segunda o prazo não tem data expressa para findar, podendo se estender até o trânsito em julgado da condenação criminal, já que não existe mais a prisão por sentença recorrível. Para alguns doutrinadores, entende-se que o prazo seria de 81 dias que é o prazo da instrução criminal, porém, não são cumpridos pelo judiciário tendo como fundamento, o princípio da razoabilidade (FERNANDES, p.539, 2010)⁽⁵⁵⁾.

8.4 PRISÃO PREVENTIVA

Prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, de natureza processual e cautelar, podendo ser decretada de ofício pelo Magistrado (Juiz de Direito), a requerimento do Ministério Público (Promotor de Justiça) ou representação da Autoridade Policial (Delegado de Polícia) como também requerimento do querelante, pode ainda também ser Decretada por Tribunal, quando a competência for originária por prerrogativa de função e competência recursal (FERNANDES, p.889, 2010).

No Brasil, se teve no Código de Processo Penal de 1941, a previsão de uma prisão preventiva obrigatória, posteriormente essa previsão foi revogada em 1967. Contudo, hoje se tem algumas modalidades disfarçadas de obrigatoriedade da prisão provisória. É o caso, por exemplo, da proibição do recurso em liberdade. Quando se exige do réu para apelar que se recolha à prisão, independentemente de haver necessidade concreta, independentemente da existência de fatos que justifiquem a pertinência desta prisão, se tem na verdade, uma forma disfarçada, uma forma escondida de uma prisão obrigatória, que colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência. Ainda existem outras formas disfarçadas de prisão obrigatória, naquelas situações em que o legislador proíbe a liberdade provisória.

A liberdade provisória, hoje, constitui uma garantia prevista na Constituição. O direito do preso, o direito à liberdade provisória, ou seja, a prisão só se justifica na sua manutenção quando houver uma necessidade cautelar.

Infelizmente, não é o que ocorre. O legislador pátrio em diversos diplomas posteriores à Constituição Federal, tem exatamente proibido a liberdade provisória, sem que, contudo, por parte da jurisprudência salvo honrosas exceções se tenha estabelecido alguma proclamação da inconstitucionalidade desta previsão.

Os pressupostos ou requisitos legais são os mesmos de outras cautelares, devendo estar presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

O Código de Processo Penal enumera no seu artigo 312, as condições possíveis de se decretar uma prisão preventiva, quais sejam in verbis:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (CPP, 1940).

Em relação à ordem pública, devemos interpretar como sendo ela a paz social presente em toda a sociedade vivendo em plena harmonia, dessa forma se o

acusado permanecer em liberdade praticando ilícitos penais, estará ele perturbando a ordem pública e caso haja indícios suficiente da autoria bem como a existência do crime estará presente os requisitos da decretação da prisão preventiva, destarte que estando presente qualquer pressuposto legal descrito na primeira parte do art. 312³⁹ do CPP, necessariamente precisamos que esteja presente também a segunda parte por completo do referido artigo, ou seja, “...prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, para legitimar a privação da liberdade de qualquer cidadão (RANGEL, p.771, 2010)⁽⁵⁶⁾.

A sociedade e a imprensa no sentido geral confundem “clamor público” com “ordem pública” interpretando que sejam sinônimos e não o são, pois a primeira entende que seja quando um determinado crime chama à atenção na mídia e revolta a população a ponto de querer linchá-lo, mas isso não é motivo para decretação da prisão preventiva, diferente da ordem pública como já explicamos acima, é dever do estado promover a manutenção dela, e caso um indivíduo venha quebrar a possibilidade de mantê-la será motivo para decretação da prisão.

No tocante a conveniência da instrução criminal, pode dizer que ela é necessária e imprescindível baseado nos princípios do contraditório, da verdade processual e devido processo legal, com o objetivo de comprovar ao acusado a existência de um Estado Democrático de Direito, assegurando-lhe todos os meios de defesa garantidos na constituição federal. Dessa forma pode-se decretar a prisão do autor de um ilícito penal, se ele estiver em liberdade e estiver ameaçando testemunhas, tentar subornar o perito responsável pelo relatório do laudo, ameaçar o juiz ou representante do Ministério Público que estiver à frente do processo, destruir ou subtrair documentos que comprovem o ilícito penal e etc. Tal privação da liberdade objetiva que o juiz possa forma sua livre e honesta convicção (RANGEL, p.772, 2010).

⁵⁶ RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

A expressão ordem econômica foi inserida no art. 312 do Código de Processo Penal, por meio do art. 86 da Lei nº 8.884 de 11/06/1994, para que fosse possível decretar a prisão preventiva do autor de fato considerado crime que atentasse o livre exercício de atividade econômica, com o objetivo de dominar o mercado, eliminar concorrente, aumentar arbitrariamente os lucros, devendo a prisão nestes casos ser decretada apenas nos crimes tipificados nas leis nº 8.137/90, 8.176/91, 8078/90⁴⁰ e 7.492/86, bem como todas as normas que se referem à ordem econômica de acordo com o art. 170 e seguintes da Constituição Federal c/c o art. 20 da lei nº 8.884/94 (RANGEL, p.772, 2010)⁽⁵⁷⁾.

Entende-se por “assegurar a aplicação da lei penal” para motivo de decretação de prisão, quando houver provas cabais de que caso o acusado esteja em liberdade, irá vender seus bens com o objetivo de não restituir o prejuízo causado a outrem, bem como fugir para lugar incerto e não sabido, e assim assegurar a impunidade e não se submetendo ao império da lei. Contudo não se pode presumir judicialmente a fuga, deve-se demonstrar no curso do processo que o acusado deseja subtrair-se da ação da justiça. O baixo poder aquisitivo do acusado não deve ser motivo suficiente para a prisão dele, necessário se faz que exista nos autos provas que demonstre a dolo de querer fugir para evitar a aplicação da lei, do mesmo modo não se pode também confundir o termo desempregado com vadio, ou seja, o problema do réu estar sem emprego é uma questão social que tem a responsabilidade em tese do governo por não investir em políticas públicas destinadas a promover e criar novas frentes de trabalho, deixando dessa forma um número expressivo de indivíduos sem emprego e não necessariamente estão praticando vadiagem (RANGEL, p. 772, 773, 2010).

A prisão preventiva só é admitida em casos específicos definidos em lei quais sejam de acordo com o Art. 313 do Código de Processo Penal *in verbis*:

⁵⁷ RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

“**Art. 313.** Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Alterado pela L-012.403-2011)”

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Alterado pela L-012.403-2011)

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; (Alterado pela L-012.403-2011)

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; (Alterado pela L-012.403-2011)

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”.

No Brasil, se tem uma situação curiosa. A previsão no CPP do recurso em sentido estrito contra a decisão que denega a prisão preventiva, mas não temos recurso contra a decisão que decreta a prisão preventiva na forma de restrição da legalidade individual. É verdade que temos o *Habeas Corpus*, que tem se mostrado ser um instrumento importante para a tutela do direito de liberdade. Contudo, restrições a este remédio são postas pela jurisprudência, de uma maneira quase que uniforme, que é da impossibilidade de ser examinada a prova.

CONCLUSÃO

A regra no Brasil é a liberdade do indivíduo, assegurado pela Constituição Federal Brasileira, porém existem exceções em todos os ramos e não seria em prisões que inexistiria, a lei pátria presume dentro dos direitos fundamentais, que o ser humano não será privado de sua liberdade enquanto não transitar em julgado a decisão prolatada pelo magistrado. Imaginemos agora o caos que ficaria o Brasil caso essa regra fosse absoluta, a população carcerária brasileira teria que está pelo menos 60 % nas ruas, pois este é o numero em média de pessoas presas aguardando julgamento no sistema prisional brasileiro.

Antes de 2008 existiam cinco tipos de prisões cautelares, as que tratamos neste trabalho e além delas tínhamos a prisão por sentença de pronuncia e de sentença definitiva não transitada em julgado sendo estas abolidas pelas leis 11.689/2008 e 11.719/2008, A nova lei de reforma do processo penal nº 12.403 de 04 de maio de 2011 que entrou em vigor em 03 de julho de 2011, trouxe modificações no processo penal, porém em relação à prisão ela não extingue a prisão em flagrante, mas dá uma duração menor a ela, ou seja, pelo texto da nova lei a prisão em flagrante delito perdurará apenas enquanto o juiz não tomar conhecimento, pois após isso ele terá que relaxar a prisão caso seja ilegal, aplicar outras medidas admissíveis agora no código e caso não se enquadre nos requisitos e estando presentes os pressupostos da preventiva será a prisão em flagrante convertida em preventiva e em ultima análise terá o magistrado a possibilidade de decretar a liberdade provisória com ou sem fiança.

Princípio no sentido lato senso é presumido como absoluto, no entanto não podemos olhar dessa forma, temos que analisarmos como relativos, vez que, muitos deles são de caráter individual e estes não podem sobrepor ao interesse publico, pois, trata-se de interesse da maioria, logo, não seria justo que o cidadão tivesse seu direito assegurado em relação ao direito da coletividade. Por esse motivo, devem ser relativizados e para isso devemos usar o princípio geral da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da presunção de inocência deve ser interpretado não como muitos analisam, que o cidadão é presumido inocente, mas sim que ele não é culpado até que se prove por decisão transitada em julgado. Interpretação essa, feita por boa parte da doutrina. O referido princípio já se observava desde o século XVIII pelo ilustre mestre Cesare Beccaria, que era um defensor do direito a liberdade e tratamento digno ao ser humano. Dizia ele “sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando o reclamar a necessidade” *Grifo Nosso*. Percebe-se que tanto naquela época tanto nos dias de hoje o princípio da proporcionalidade é o que trás harmonia para aplicação das prisões cautelares sem que estas venham a ferir o tão respeitado princípio da presunção de inocência.

Alguns doutrinadores consideram *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora) como sendo requisito básico para decretação de cautelares, porém, a doutrina contemporânea como, por exemplo, Aury Lopes Junior, entendem que para o processo penal essas expressões teriam que ser substituídas por *fumus comissi delicti* (fumaça da existência de um delito) e *periculum libertatis* (perigo na liberdade do acusado).

Em se tratando de prisão preventiva o *fumus comissi delicti* é interpretado como indícios suficientes de autoria e a prova da existência do crime e o *periculum libertatis* pode ser entendido como sendo os fundamentos do artigo 312 do (Código de Processo Penal, I parte), ou seja, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar aplicação da lei penal.

Diante disso, entende-se que para legitimação das prisões cautelares, necessário se faz analisar os requisitos narrados no parágrafo anterior e considerando a edição da nova lei nº 12.403/11 as prisões cautelares só devem ser aplicadas em casos excepcionais e em último recurso evitando dessa forma violar o princípio constitucional da presunção de inocência como também do devido processo legal. Além de outras medidas cautelares como por exemplos: restrição de frequentar determinados lugares ou restrição de se aproximar de determinadas pessoas entre outras, a Lei inovou quando trouxe um novo capítulo tratando também

de prisão domiciliar ampliando dessa forma o rol de decisões que poderá tomar o magistrado antes da decretação de qualquer medida cautelar.

Em momento algum os debates sobre o princípio da insignificância podem ser encarados como poder da Autoridade Policial para arquivar autos de inquérito. Muito pelo contrário o que se propõe é a possibilidade real de que, em prol da apuração de ilícitos mais graves, aqueles procedimentos referentes a fatos aparentemente atípicos no seu aspecto material acabassem por abarcar uma “sistemática processual” extremamente mais simples e célere do que a costumeira, o que é por demais plausíveis diante da nossa conjuntura atual.

Essa sistemática processual sintética concretizar-se-ia por meio de uma verdadeira faculdade a ser concedida legalmente à Autoridade Policial, quer pela norma federal, como se disse acima, quer, ao menos, em decorrência de acordos a nível estadual, onde esta não necessitaria instaurar inquéritos policiais acerca de delitos materialmente atípicos, remetendo-se, de qualquer forma, os seus registros respectivos de ocorrências policiais à apreciação dos Promotores de Justiça competentes. Na hipótese de estes discordarem de um ou de outro critério seletivo adotado pelo Delegado de Polícia, restituíriam, então, os autos à Delegacia de Polícia, a fim de ver-se instaurado o procedimento policial a respeito.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. José Ronald Cavalcante Soares (Coordenador). **Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.** Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTR, 2001. p. 342.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Milão: Giuffrè, 1973. p. 39.
- BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.338-RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de agosto de 1996. Diário de Justiça da União, 19 dez. 1996.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. 5ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2004.
- BRASIL. LEI FEDERAL Nº 11.689 de 09 de Junho de 2008.
- BRASIL. LEI FEDERAL Nº 11.719, de 20 de junho de 2008.
- BRASIL. LEI FEDERAL Nº 12.403 de 04 de Maio de 2011.
- BRASIL. LEI FEDERAL Nº 12.830, de 20 de junho de 2013.
- CAPEZ, Fernando. **1800 perguntas de direito penal e de processo penal.** 3 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- **Curso de Processo Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

----- **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011.**

1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 70.

DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEITOZA, Denilson, **Direito Processual Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 3.v.

-----, **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

-----, **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO, Paulo Alves. **Prisão, liberdade provisória, fiança e medida cautelar no processo penal: efeito das leis nºs 12.403/2011 e 12.433/2011, na prática**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Et all. Prisões e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT 2011. Pg.137.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral, Editora Impetus, 5 ed.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal.. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 2.v.

JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEANO, Marcelo Luiz, **Prisão em flagrante**. 2. ed. São Paulo: Lawbook, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa, **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 410 In Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 82.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

----- . **Código de Processo Penal Comentado**.11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

----- . **Código de Processo Penal Comentado**.12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAULO, Vicente, **Aulas de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães - Habeas Corpus e polícia judiciária, p. 233-234).

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1972, p. 52 – 53.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de processo penal para concursos**. Bahia: JusPodivm, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3, p. 471.

<http://www.dicionariodoaurelio.com/prisao>, data de acesso 07 de Maio de 2015.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512488>, data de acesso 12 de Maio de 2015.

<http://www.tjpe.jus.br/processos/consulta1grau/OleBuscaProcessoNumeroTexto.asp?num=123808720128170001&data=2012/07/05%2018:39&txtCodigoSeguranca=&m=1> data de acesso 14 de Maio de 2015.

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18496395/habeas-corpus-hc-174328-mg-2010-0096817-5/inteiro-teor-18496396> data de acesso 18 de maio de 2015.