

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: aplicação das medidas cautelares de acordo com a Lei nº 12.403/11

SAMUEL SILVA BASÍLIO SOARES¹

RESUMO: Este artigo abordou, como ideia central, a presunção de inocência em face das mudanças advindas da Lei 12.403/11, e por consequência, a utilização das medidas cautelares no ordenamento jurídico atual. De início foi abordado à essência do princípio constitucional da inocência, mais especificamente do seu conceito ao momento em que se materializa no processo penal. Em seguida tratou-se das medidas cautelares e do requisito “fumus comissi delicti” e “periculum libertatis” na prisão preventiva, para enfim analisar a consonância da Lei 12.403/11 com o texto constitucional. Concluiu-se pela importância das cautelares para resguardar o processo penal, que agora com as várias medidas estipuladas no Art. 319 do CPP, transformou a prisão preventiva em “ultima ratio”, tendo em vista subsidiariedade com as outras medidas acautelatórias. O estudo teve como referencial teórico: NUCCI, LOPES JR, OLIVEIRA, CAPEZ, TOURINHO FILHO.

PRESUMPTION OF INNOCENCE: precautionary measures

ABSTRACT: This article has approach as the central idea, the presumption of innocence against the changes brought by the Law number 12.403/11, and therefore the use of precautionary measures in the current brazilian legal system of law. Firstily, was addressed to the essence of the constitutional principle of innocence, specifically his concept of the moment is embodied in the criminal procediments. Then, treated the precautionary measures and the requirement “fumus comissi delicti” and “periculum libertatis” in custody, to analyze the context of Law 12.403/11 with the constitution of The Republic of Brazil. It was concluded by the importance of precautionary measures to protect the criminal procedure, now with the various measures stipules in Article 319 of the Procedure Penal Code, made the arrest on "ultima ratio" in view of subsidiarity with the other precautionary measures. The study was theoretical: NUCCI, LOPES JR, OLIVEIRA, CAPEZ, TOURINHO FILHO.

¹ Advogado, formado na UNINOVAFAPI, especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Internacional Signorelli

PALAVRAS-CHAVE: Presunção. Inocência. Medida. Cautelar. Lei 12.403/11.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 2.1 ÔNUS DA PROVA 2.2 IN DUBIO PRO REO 2.3 PUBLICIDADE ABUSIVA 2.4 PRISÃO PROCESSUAL 3 MEDIDAS CAUTELARES 3.1 LEI 12.403/2011 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 INTRODUÇÃO

Com a recente publicação da Lei n.º 12.403 de 4 de maio 2011, foram realizadas profundas modificações no Processo Penal Brasileiro, mais especificamente no que concerne as medidas cautelares, e conseqüentemente, a forma de tratamento do acusado

Na primeira parte do trabalho pretende-se por em foco a presunção de inocência como garantia constitucional do réu e em seguida verificar sua presença marcante no ordenamento jurídico brasileiros, para posteriormente constatar em quais etapas de um processo penal, ela se mostra presente.

Posteriormente, analisa-se a presunção de não culpabilidade em face das novas medidas cautelares contidas no Art. 319 do CPP, sem contar com todas as alterações realizadas no código processo penal, principalmente no Art. 282, com o objetivo de verificar se as alterações foram cruciais para a defesa dos direitos do acusado.

O artigo científico terá como referencial teórico vários autores consagrados, proporcionando uma doutrina confiável e atualizada, além de várias jurisprudências do STF e STJ, as quais demonstrarão como os tribunais mais importantes do país estão tratando o tema em comento.

Assim, pretende-se no presente estudo abordar a existência da presunção de inocência nas modificações introduzidas pela Lei nº 12.403/11, enfatizando o momento a prisão cautelar como uma medida de “ultima ratio”, subsidiária das novas medidas cautelares, a fim de proteger o acusado do encarceramento antes do transitório e julgado.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Um princípio basilar do processo penal, sem dúvidas, é a presunção de inocência, ou se preferir presunção de não culpabilidade, ele garante que todo e qualquer acusado deve ser considerado inocente até decisão final, desta forma ninguém poderá ser imputado culpado antes de sentença final condenatória. O

Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal é claro e direto: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

Pelo explicitado acima é fácil perceber que se trata aqui de uma garantia constitucional, que possui ainda bases na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Artigo XI. Portanto, trata-se de uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, resguardando ao réu o direito de responder o processo em liberdade. Veja-se:

Artigo XI - Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

Assim, podem-se extrair algumas consequências fundamentais para o estudo, primeiro a legitimação do juiz no sistema acusatório – o Brasil adota esse sistema - para exercer duas funções, uma como juiz inquisidor, com poderes de investigação e instrução, e outra como juiz garantidor, justamente para que o devido processo legal e o estado jurídico de inocência não sejam infligidos.

Em seguida, ressalta-se que as regras de tratamento do acusado, devem ser tomadas com a devida proporcionalidade, posto que a intervenção do processo penal acontece sobre um cidadão inocente, devendo cada ato do juiz ser devidamente pensado e motivado, valorando sempre o real resultado de suas ações.

Dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos. Indubitável é que as regras de tratamentos do acusado são especiais, posto que a intervenção do processo penal acontece em relação a um inocente.

Suannes (apud LOPES JR, 2006, p. 188), chama a atenção para o fato de que, por aplicação elementar do princípio constitucional da isonomia e do *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, não existem pessoas “mais presumidas” inocentes e pessoas “menos presumidas”, a regra é a mesma para todos, todos são presumidamente inocentes, qualquer seja o fato que nos é atribuído.

Tendo em vista que o processo percorrido pelo réu, do indiciamento até a sentença, é extenso, torna-se necessário a identificação das ocasiões em que Estado de Inocência é preservado. O doutrinador Capez (2010, p.81) é bastante enfático ao dividi-los:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Nesse contexto, merece destaque os seguintes consectários do princípio da presunção de inocência, devidamente enumerados nos itens: 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4.

2.1 Ônus da Prova

Seguindo a ordem cronológica de um processo penal, a inocência do réu é preservada logo de início na inversão do ônus da prova, cabendo à acusação provar os fatos alegados. Da mesma forma afirma Nucci (2008, p. 75):

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

Em um caso concreto, no qual a acusação não conseguiu provar os fatos alegados, o Supremo Tribunal Federal entendeu o seguinte:

[...] AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Os princípios constitucionais que regem o processo penal põem em evidência o nexo de indiscutível vinculação que existe entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta, de um lado, e o direito individual à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. É que, para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, **ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.** É sempre importante reiterar - na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria - que nenhuma acusação penal se presume provada. **Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência.** Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, 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 (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. (HC 83947, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00327) (Grifo nosso)

O ônus da prova na ação penal pública, recai sobre quem acusa, devendo este provar a autoria e materialidade do fato alegado pelo autor da ação. Entretanto existe uma corrente que sustenta a hipótese de caber ao acusado provar causas

excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade. Veja-se:

No processo penal condenatório oferecida a denúncia ou queixa cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas privilegiadoras etc.) ou concessão de benefícios penais. (MIRABETE, 2002, p.264)

Porém esta tese encontra forte contestação na doutrina, a qual afirma que o denunciado nada deve provar inclusive os fatos que lhe beneficiam como a inexistência de dolo e causas extintivas de punibilidade, visto que no processo penal não pode ocorrer a inversão do ônus da prova, de maneira que se o órgão acusador se abster da obrigação jurídica de provar o alegado, não implica ao réu demonstrar sua inocência. Nesse sentido Lopes Jr. (2006, p. 190) afirma que:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que a defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.

Assim, fica evidente, que nas ações penais públicas o órgão acusador tem a obrigação de provar o alegado e não o réu de demonstrar sua inocência, constituindo uma característica inafastável do sistema processual penal acusatório, como retratado no art. 156 do Código de Processo Penal, “A prova da alegação incumbirá a quem fizer, sendo, porém facultado ao juiz: [...]”.

Desta forma, cabe ao réu apenas negar os fatos a ele imputados, ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação, visto que a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu, em virtude do instituto jurídico da presunção de inocência.

2.2 In Dubio Pro Reo

Em momento posterior com as evidências já apresentadas, o Juiz deve na dúvida, na hipótese de falta de provas sólidas contra o acusado, decidir em “favor rei”, ou seja, não havendo uma certeza da autoria ou materialidade do crime,

preservar o cidadão de uma possível sentença injusta, onde os danos causados seriam irreparáveis.

Sobre a questão Nucci (2008, p. 76) ressalta a existência de um princípio derivado da inocência, para ele seria um desdobramento da presunção nos atos processuais, ele diz, “Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantir que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado. “

Não obstante, o princípio em tela encontra-se positivado de maneira explícita no Código Processual Penal: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII- não existir prova suficiente para a condenação”.

O acusado, no caso de absolvição pelo inciso VII, do art. 386, do Código de Processo Penal, não precisa provar nada, pois a dúvida sobre os chamados "fatos da acusação" leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento do réu.

Para corroborar com este entendimento, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, decidiu-se na ausência de provas necessárias para demonstrar o envolvimento do réu em organização criminosa, o qual em tese afastaria a diminuição de pena, o seguinte:

[...]O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 exige fundamentação idônea. A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do *in dubio pro reo*. Precedentes. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar o óbice à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, devendo a fixação do quantum ser realizada pelo juízo do processo de origem ou, se já tiver ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo juízo da execução da pena. (HC 103225, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/10/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00144) (Grifo nosso)

Por isso, para que o réu sempre se beneficie da dúvida, é necessário que se harmonize a primeira parte do art. 156 com o arts. 41 e 386, VII, do Código de Processo Penal, exigindo-se do Estado que exerça sua pretensão punitiva, provando que o acusado praticou uma infração penal típica, ilícita e culpável, e, no caso de não lograr êxito nesta imputação, não convencendo o órgão julgador, este deve absolver o réu pelo benefício da dúvida (princípio *in dubio pro reo*).

De forma sintetizada se diz que a partir do momento em que o acusado – presumidamente inocente – é imputado, não lhe incumbe provar absolutamente nada, ou seja, a inocência do réu deverá ser destruída pelo acusador, sem que o réu não tem nenhum papel nessa destruição. Além do mais, neste mesmo momento, preserva-se outro direito, a prerrogativa do silêncio (*nemo tenetur se detegere*), e consequentemente o direito de não auto-incriminação. Veja-se:

[...] **direito de ser presumido inocente** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) **direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio** (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO.** - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) **o direito de permanecer em silêncio**, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa [...] (HC 99289, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075)

Assim, a não-exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação das provas é oriundo dos sistemas de garantias públicas instituídas pela Constituição, também expressa no Artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pactos de São Jose da Costa Rica), já devidamente integrado ao ordenamento jurídico.

2.3 Publicidade Abusiva

O princípio da publicidade também precisa ser dimensionado em relação à inocência do réu. É de comum a todos que o processo precisa ser transparente, que tudo, exceto no segredo de justiça, fique registrado perante a sociedade, a fim de evitar abusos e consequentemente injustiças. Desta forma, sempre houve a ideia

de que um juízo justo é um juízo cujo seus atos são motivados e expostos para os cidadãos.

Entretanto os tempos mudaram, precisa-se entender que da mesma forma que o segredo é uma antigarantia, a publicidade abusiva também é, pois, com a imprensa globalizada como está, a informação, muitas das vezes inverídicas e infundadas, percorrem o mundo em poucos minutos, denegrindo a imagem de um indivíduo, abrindo feridas, em que caso o acusado seja inocente, dificilmente serão cicatrizadas.

O nobre doutrinador Aury Lopes Jr (2008, p. 192) fala com propriedade, veja-se:

Não há como negar que a publicidade realmente prejudicial não é a imediata, mas sim a mediata, pois a natural limitação do local em que são realizadas as audiências (momento máximo da publicidade) ou as tomadas depoimento na polícia só permitem que algumas poucas pessoas assistam ao ato. O grande prejuízo vem da publicidade mediata, levada a cabo pelo meios de comunicação de massa, como o rádio, a televisão e a imprensa crítica, que informam a milhões de pessoas de todo o ocorrido, muitas vezes deturpando a verdade em nome do sensacionalismo.

O importante é entender que a Justiça deve estar alheia à imprensa e ao seu sensacionalismo, neste momento preserva-se a presunção de inocência, pois, após o acontecimento de um crime surgem milhares de juízos paralelos, que julgam e condenam em poucos dias, ou até mesmo horas. Assim, não existe dúvida que a exposição massiva dos fatos e dos atos processuais afetam o (in)consciente do juiz e dos envolvidos nele, além de corroborar com intranquilidade e apreensão pré-existente, o “livre” convencimento passar a ser utópico diante do contaminado estado ânimo do julgador natural.

Ademais, preserva-se também a presunção de inocência no inquérito policial ao ponto em que a lei prever que o mesmo deverá ser sigiloso. A sigilosidade, a priori, funda-se na eficácia da investigação, o vazamento de qualquer informação, sobre o suspeito ou alguma diligência a fazer, poderia prejudicar todo o inquérito. Mas ao ter cuidado na divulgação de informação à imprensa, preserva-se a inocência, basta pensar que as provas até ali existentes não tem nenhuma força, pois como se sabe no inquérito policial não há ampla defesa, nem contraditório.

Entretanto, em nenhum momento reprimi-se a atuação da imprensa, ao contrário sabe-se da sua importância para divulgação das informações, contudo, segundo Lopes Jr. (2009, p 195), existe um grande conflito: a importância da

comunicação na democracia *versus* direitos fundamentais, ou ainda, entre o direito de informar (e ser informado) e o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

2.4 Prisão Processual

O momento prisão processual, um dos enfoques do trabalho, no qual está presente o cerceamento da liberdade do indivíduo antes do trânsito e julgado, é um momento crucial de todo o processo, pois, assim como a sentença, merece uma atenção especial do julgador. Como já citado acima, na divisão realizada por Capez, a análise da necessidade da prisão preventiva deve ser observada em conjunto com a presunção de inocência, visto que a decretação de uma preventiva é peça-chave em um processo que busca um resultado efetivo e justo. E por ser a justiça juntamente com a verdade real, uns dos principais objetivos da ação penal, deve-se levar em conta que a preventiva pode ser uma medida causadora de danos, em certos casos irreparáveis.

É de suma importância entender que a aplicação da prisão antes do trânsito em julgado é apoiada no princípio da inocência, ao contrário do que muitos pensam, não se afasta o princípio em tela no momento da aplicação da preventiva. É notável assimilar a ideia que todas as “cautelares” adotadas ao se privar a liberdade de um acusado, resultam para uma decisão justa, cujo seu teor preserva a inocência do réu por ser na ocasião a única saída.

Tendo em vista a complexidade do assunto, torna-se necessário o estudo das medidas cautelares como um todo, no qual a prisão preventiva é uma espécie. Além do mais as mudanças advindas da Lei Federal 12.403 de 2011 trouxeram ao ordenamento jurídico inovações que necessitam de uma atenção maior.

3 MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares, que nada mais são que um instrumento do processo na seara penal, possuem peculiaridades que os tornam bem diferente do estudado no processo civil. Muitos processualistas se equivocam ao afirmar a existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, como existe nas cautelares civilistas.

No processo penal não há a fumaça do bom direito, não se cogita a existência da pretensão “justa” do Ministério Público de exercer seu direito, entretanto sabe-se da materialidade de um procedimento contra um cidadão que aparentemente infringiu as normas penais.

Em vez de se falar em *fumus boni iuris*, a aplicação de uma medida cautelar no processo penal está ligada intimamente com a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, portanto se trata aqui de *fumus comisso delicti*, afastando totalmente a utilização analógica do *fumus boni iuris*. Em seu livro, *Introdução Crítica ao Processo Penal*, Aury Lopes Jr. (2006, p. 200) defende esse posicionamento.

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o **requisito** para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do **fumus comisso delicti**, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (Grifos e negritos do autor)

Portanto, nas medidas cautelares, não há o que se falar de “fumaça do bom direito”, a probabilidade da existência do direito de acusar da promotoria não irá nortear a decisão em sua aplicação, pois, seguindo o princípio da presunção de inocência, deve-se ter como base a existência do crime e indícios fortes que indiquem a autoria do réu.

No concerne “periculum in mora”, também se entende pela impossibilidade de sua aplicação como fundamento de uma cautelar, exemplifica-se com a situação de perigo criada pela conduta do imputado, no caso do risco de fuga, em que a possibilidade da frustração do processo torna-se evidente com a eventual liberdade do réu. Assim, evidencia-se totalmente contra com a ideia do perigo da demora do processo, tratando-se aqui de *periculum libertatis*.

O perigo de fuga é um dos principais fundamentos justificadores das medidas cautelares, pois a possível evasão do acusado tornaria impossível a execução da pena provavelmente imposta. Ressalta-se mais uma vez que é imprescindível um juízo sério, imparcial e principalmente racional, visto que o *periculum libertatis* deverá ser tratado com a devida importância, devendo ser apresentado na fundamentação um fato claro e de fácil comprovação.

Também se fala em “perigo de liberdade”, quando o acusado atenta contra o devido andamento do processo, ameaçando testemunhas, destruindo provas, ou seja, dificultando de forma geral o trabalho da justiça. Neste caso encontra-se vital aplicação de uma cautelar, a fim de se assegurar o resultado efetivo do processo.

A jurisprudência encontra-se bastante sedimentada tanto no STF como no STJ, sendo que os institutos acima citados são rotineiramente usados por eles, veja-se:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. IMPOSSIBILIDADE. POSTERIORIDADE. CONCESSÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA.

ORDEM PREJUDICADA.

1. A prisão preventiva é tida como um "mal necessário", somente se justificando quando há elementos que levem a crer que a liberdade do acusado coloca em risco a conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a ordem pública.

2. Destarte, estando presente o **fumus comissi delicti** e o **periculum libertatis**, com a devida fundamentação em relação à garantia da ordem pública, outra solução não há a não ser denegar a ordem.

3. Retificação do voto: A concessão de liberdade provisória ao paciente em 23.9.2011 implica o prejuízo do habeas corpus 4. Ordem prejudicada.

(HC 210.633/CE, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 30/04/2012) (Grifo nosso)

e no Supremo Tribunal Federal também:

1. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, consagrado pelo inciso IX do art. 93 da Constituição da República, quando manifestado no decorrer da persecução penal, transmuda-se em garantia do Estado democrático de direito. 2. A prisão preventiva deve ter amparo nos requisitos legais e nos elementos concretos e fáticos dos autos, restando insuficiente a mera remissão ao art. 312 do Código de Processo Penal. 3. A natureza jurídica de medida cautelar da prisão preventiva exige o **fumus comissi delicti**, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. [...]. 5. A prisão preventiva é justificável quando circunstâncias revelam situação de fuga do acusado [...] 7. Ordem denegada.

(HC 103460, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 EMENT VOL-02576-02 PP-00182) (Grifo nosso)

Ademais, além do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, o juiz no momento de aplicação de uma medida cautelar, terá como ponto de partida a probabilidade da existência de razões positivas, que são elas a conduta típica, ilícita e culpável, havendo que valorar em confronto com as razões negativas ou denegatórias do crime, como a exclusão de ilicitude e culpabilidade. Ressalta-se que é vedada a aplicação de prisão preventiva a quem tiver cometido o fato típico sob alguma excludente de ilicitude.

3.1 Lei 12.403/2011

A Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011, é um das várias reformas que vem sendo realizadas pontualmente no Código de Processo Penal Brasileiro. Essa mesma lei trouxe inúmeras inovações, sendo elas mais voltadas para a aplicação de

medidas cautelares. O Legislador positivou novas medidas cautelares a fim de possibilitar ao julgador tomar outras medidas, menos drásticas, antes de uma possível prisão cautelar.

Antes de vigorar a supracitada lei, pesava-se muito a falta de critérios, o próprio ordenamento jurídico não trazia alternativas ao magistrado, e por consequência a presunção da inocência enfraquecia-se no processo em prol de uma decisão “*pro societate*”. A utilização desproporcional deste instituto causava injustiças chegando ao ponto extremo dos acusados serem presos preventivamente por um tempo maior do que a pena definitiva.

Eram comum decisões baseadas apenas na Ordem Pública, tanto é que Lopes Jr. (2006, p. 204) traz em seu livro a seguinte decisão: “Homologo o flagrante, eis que formalmente perfeito. Decreto prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou conveniência da instrução criminal)”. Tal decisão, desprovida de fundamentação, implicava ao juiz um ato discricionário, ao mesmo que simplório, por ser ao tempo tão simples o cerceamento da liberdade de um cidadão.

Ainda sim, vale salientar que mesmo antes da entrada em vigor da lei, vários doutrinadores como Lopes Jr (2006) já mencionava a necessidade da criação de institutos que resguardassem a efetividade do processo penal, sem violar a liberdade do réu.

Não obstante, Carnelutti (1950) já apontava a existência de outras formas menos onerosas de assegurar a presença do acusado, proporcionais e adequadas a cada situação. Ele dizia que após a quebra da confiança do acusado, perante o chamamento do Estado, é que se podia afastar a presunção de inocência, e conseqüentemente, aplicação de uma medida restritiva de liberdade.

Prosseguindo sobre o tema, cabe ressaltar que a principal função das cautelares em um processo é resguardar o resultado efetivo do mesmo, não obstante as mudanças aqui suscitadas vieram pra reforçar esse objetivo, mas sem violar, evidentemente, os direitos do réu que é presumidamente inocente. A respeito disto OLIVEIRA (2011) leciona:

Embora a Lei 12.403/11 mantenha a distinção conceitual entre prisões, *medidas cautelares* e liberdade provisória, todos esses institutos exercem a mesma função processual, a de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal.

Frente ao caráter de exceção, a prisão só será aplicada quando não forem cabíveis as demais medidas cautelares, o que demonstra a preocupação de evitar o excesso de prisões antes do trânsito e julgado. Agora não existem mais prisões cautelares, a não ser a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP) e prisão temporária (Lei 7.960/89). Portanto, não existe mais a prisão administrativa e também não se pode mais exigir que o réu seja recolhido à prisão para ter o direito a apelação.

De acordo com artigo 319 do CPP, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, nove medidas cautelares diversas da prisão. Essas medidas acautelatórias podem ser tidas como um meio termo com o fim de impedir a sensação de impunidade, bem como não permitir que a pena seja executada provisoriamente. Veja como a lei alocou cada uma delas:

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.

Desta forma, o legislador possibilitou ao magistrado várias formas de se alcançar o resultado efetivo do processo sem privar a liberdade do acusado, pois antes não se tinha muitas alternativas, e logo, a prisão preventiva era a cautelar mais usada.

A respeito do tempo de sua aplicação, diferentemente de como era antes, onde o Código de Processo Penal omitia-se, agora, de acordo com art. 282, estas

medidas podem ser usadas até mesmo antes da ação penal, ou seja, no momento inquérito policial.

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

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

II – adequação da medida a gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indicado ou acusado (Grifo nosso)

Entretanto é necessário se fazer uma ressalva, pois, fala-se da aplicação do princípio da presunção de inocência como um dos pilares das alterações, e aplicar uma sanção antes, ou até mesmo durante o processo penal, deve-se ser feito com muito cuidado, em concordância com todos os requisitos estipulados pela própria lei.

Assim, as medidas cautelares não poderão ser aplicadas pela discricionariedade do magistrado, uma vez que o legislador elaborou no artigo 282, no inciso II, algumas exigências para sua aplicação.

Além do mais uma forma de evitar excessos será a observância do princípio da proporcionalidade (Utilidade, Necessidade), um princípio fundamental das medidas cautelares, devendo sempre nortear as decisões dos juízes.

Salienta-se ainda que além dos requisitos explícitos na lei, outros são fundamentais como por exemplo, a instrumentalidade das medidas cautelares, prova da existência do crime, indícios da autoria, princípio da presunção de inocência, o risco que pode apresentar a liberdade do acusado, o princípio da liberdade, a excepcionalidade das medidas cautelares, o princípio da intervenção mínima e a relação custo-benefício.

Na sua obra sobre Prisão e Liberdade, Nucci (2012), aborda com propriedade o assunto:

Para o estabelecimento das novas medidas cautelares, criam-se dois critérios básicos: necessidade e adequabilidade. Sob o manto do primeiro, deve-se verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para instrução criminal, além de servir para evitar a prática de infrações penais. Sob o segundo, atende-se a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Sem dúvidas as alterações cominam em um juízo mais justo pautado na real situação do acusado, pois agora, aplicação de uma prisão preventiva será devidamente fundamentado, levando-se em conta todos os aspectos acima transcritos.

No que concerne a prisão em flagrante, a mesma deixa de ter o significado de presunção de culpabilidade, não podendo mais ser automaticamente convertida em prisão cautelar. Somente poderá ser convertida em prisão preventiva, em decisão devidamente fundamentada quando presentes os requisitos contidos no artigo 312 do CPP e a demonstração inequívoca – como já explicado em tópico anterior - do "*fumus commissi delicti*", exteriorizado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do "*periculum libertatis*".

Com a nova lei, a prisão em flagrante será imediatamente submetida ao juiz, colocando-se Princípio da Jurisdicionalidade em primeiro plano, resguardando assim o Princípio do Devido Processo Legal. O Juiz poderá também relaxar o flagrante da prisão ilegal, ou libertar o indivíduo e aplicar, cumulativamente ou isoladamente algumas das cautelares do Art. 319. O Art. 310 assim diz:

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.

Quando o legislador quis dizer, “e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”, ele atribuiu à prisão preventiva o caráter de medida de "*ultima ratio*", ou se preferir de "*extrema ratio*". Com isso, deverá se evitar o encarcerização provisória, tendo em vista principalmente que o cárcere brasileiro não é exemplo pra nenhum país. De acordo com essa linha de pensamento Lopes Jr. (2006, p. 205) preceitua:

não há nenhum exagero no nível de exigência que estamos sustentando, pois exagero sim é a violência real, concreta, de aplicar-se uma pena antecipada, sem processo e sem sentença, a ser cumprida numa delegacia de polícia ou estabelecimento carcerário, em condições subumanas, de superlotação e com seríssimos risco de vida.

Ademais, o próprio legislador, ciente da realidade carcerária do Brasil, e desta forma, resguardando o estado de inocência do réu, estipulou no art. 300 do Código Processo Penal os seguintes termos: “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

Nota-se que o trabalho apresentado pelo Professor Aury Lopes Jr., já em 2006, abordava a necessidade de soluções para a não ocorrência de prisões processuais com frequência, e na época cravou o seguinte:

Existem outras formas menos onerosas de assegurar a presença do acusado, proporcionais e adequadas à situação. Em caso de violação desses deveres, demonstrando a intenção de fugir, teríamos uma prova válida e suficiente para se falar em prisão decorrente do perigo de fuga.

Para corroborar com esse entendimento, o art. 282 §6, reforça a ideia da prisão preventiva como ultimo recurso: “Art. 282 [...] § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Nucci (2012), ao elencar pontos positivos da lei, faz uma abordagem bastante pontual sobre o assunto:

“Outro ponto positivo da nova lei é apresentar a prisão preventiva como *ultima ratio* (ultima opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre princípios penais e processuais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter conotação de *subsidiariedade* (§§ 4 e 6 do art. 282)”

Então a prisão preventiva é medida subsidiária, portanto aconselha-se a não ser decretada sem que antes tenha sido imposta uma medida cautelar alternativa. Ressalva-se que inaplicável as medidas cautelares mais brandas, nada impede do juiz aplicar de início uma prisão preventiva.

4 CONSIDERACOES FINAIS

Desta forma conclui-se que a presença da presunção de inocência no Código Processual Penal Brasileiro é evidenciada em três momentos, primeiro no ônus das prova, restando à acusação incriminar o réu, em segundo no momento da avaliação da prova, devendo o juiz decidir, na dúvida, em “favor rei”, e por último,

uns principais focos do trabalho, no curso do processo penal, na forma de tratamento do acusado, em especial no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

As mudanças introduzidas pela Lei 12.403/2011, em especial as nove cautelares, consagram o princípio constitucional da presunção de inocência, pois agora, possibilita-se ao julgador várias medidas coercitivas brandas para se evitar a encarcerização réu. A rigor, agora, há duas modalidades de cautelares, as prisões e as medidas cautelares diversas da prisão.

Portanto percebe-se que a nova Lei trouxe um grande avanço ao direito processual penal, pois ao definir critérios para sua aplicação, adequou a medida acautelatória de prisão ao texto constitucional, respeitando o princípio da presunção de inocência e evitando, conseqüentemente, qualquer aplicação de prisão injusta.

Assim, a reforma trazida pela Lei n.º 12.403/11, foi de grande valia ao processo penal, tendo em vista principalmente a valoração da inocência do réu, colacionando à prisão preventiva um caráter excepcional, pautado na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser demonstrada na fundamentação do juiz.

Entende-se, portanto, que o instituto da prisão cautelar, o qual já foi em muitos casos injusto e desnecessário, deve ser fincado também no princípio da proporcionalidade, devendo ser tomados os devidos cuidados na sua aplicação, caracterizando-o, desta forma, como a “*ultima ratio*”, uma medida subsidiária das outras cautelares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 6 jun. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 04 de maio de 2011. *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. Brasília, 4 de maio de 2011. Disponível em:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 6 jun 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SUANNES. Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999.