

A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

RICARDO BETTIO*

BETTIO, Ricardo. **A Manutenção da Prisão em Flagrante e as Penas Restritivas de Direito**. Artigo apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR, Universidade Norte do Paraná - UNOPAR

RESUMO

O presente trabalho analisa a relação existente entre as prisões cautelares, notadamente a prisão em flagrante, com o Instituto das Penas Restritivas de Direitos, constante na Parte Geral do Código Penal. Para a elaboração do presente estudo, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, como metodologia, sendo que após a análise das penas restritivas de direitos, faz-se considerações acerca das prisões cautelares. Conclui-se que ainda nos dias de hoje, é usual que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante, não fundamente sobre a manutenção da prisão, sendo esta automática. Paradoxalmente, em muitos casos, quando não absolvido, o indivíduo é beneficiado por uma pena restritiva de direitos, razão pela qual a desproporcionalidade entre a medida acautelatória e a pena é manifesta.

Palavras-chave: Penas restritivas de direitos, prisão em flagrante, desproporção.

BETTIO, Ricardo. **The maintenance of arrest in *flagrante delicto* and the restricting rights penalties**. Study presented as a prerequisite for obtaining the title of Specialist by the Foundation School of Public Prosecution of the State of Parana - FEMP, University of Northern Parana – UNOPAR

ABSTRACT

The current study analyses the relation between precautionary arrests, particularly the arrest in *flagrante delicto*, with the institute of restricting rights penalties, stated in the general part of penal code. Aiming the elaboration of this monograph, it was managed bibliographic resources, as methodological line, which culminated in the exposed considerations about restricting rights penalties and precautionary arrests. The conclusion achieved consists in the perception that, even in current days, it's a usual practice the maintenance of the arrest in *flagrante delicto* without express motivation in the decision, which assimilates an automatic character. Paradoxically, in many cases, if not absolved, the individual is benefited by the application of a restricting rights penalty. The alluded situation demonstrates manifest disparity involving the punishment and the cautionary injunction.

Key words: Restricting rights penalties; arrest in *flagrante delicto*; disparity of judicial order.

SUMÁRIO:1 INTRODUÇÃO 02; 2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 03; 2.1 DA CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PENA DE PRISÃO 04; 2.1.1 DA IMPOSSIBILIDADE EM SE CONVERTER A PENA DE MULTA 05; 2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 05; 2.3 DA FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 06; 2.4

*Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR Londrina

DA REINCIDÊNCIA 06; 2.5 O CUSTEIO DO SISTEMA PENAL 07; 3 PRISÃO EM FLAGRANTE E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 08; 3.1 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO CAUTELAR 09; 3.1.1 PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA 09; 3.1.2 PROPORCIONALIDADE E NECESSIDADE DA MEDIDA 09; 3.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE 10; 4 CONCLUSÃO 14; REFERÊNCIAS 15

1 INTRODUÇÃO

Após quase dois séculos de hegemonia da pena privativa de liberdade, chegou-se à conclusão de que esta espécie de pena não cumpre minimamente as funções que deveria cumprir, como a função ressocializadora e a função preventiva. Os índices de reincidência daqueles que passam pelo sistema penitenciário são elevados. Da mesma forma, a criminalidade apresenta um aumento constante.

Por conta disso, surgiram no século XX, vários movimentos ao redor do mundo de forma a disseminar a aplicação de penas diferentes da pena de prisão, sendo um dos expoentes as Regras de Tóquio, das quais o Brasil se inspirou para a criação da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e a Lei n.º 9.714/98 (que ampliou o rol e a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos).

Assim, há no País, nos dias de hoje, diversos mecanismos voltados a afastar a aplicação da pena de prisão aos crimes de menor gravidade, como as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais, as penas restritivas de direitos (conhecidas como penas alternativas) e a suspensão condicional da pena.

Deveras, considerando a possibilidade da prisão cautelar daquele que comete um crime que, dada a sua natureza, dada a pena prevista em seu preceito secundário, possibilite, em caso de condenação, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos, surge uma questão altamente delicada. Qual o fundamento de se manter na prisão uma pessoa que, caso condenada poderá ter direito ao benefício de cumprir pena alternativa?

Diante disso, busca-se, com o presente trabalho, apresentar um estudo destinado a aferir as hipóteses em que a prisão cautelar aos casos passíveis de aplicação de pena restritiva de direito são aceitáveis, dado o caráter excepcional da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a proporcionalidade da medida e a pena a ser imposta.

Desse modo, ao discorrer sobre o assunto, foram tratados, no segundo capítulo, as hipóteses de cabimento das penas restritivas de direitos e de alguns benefícios trazidos à sociedade, ao se comparar com a pena de prisão de curta duração.

É mister ponderar, por oportuno, que não se pretende trazer maiores considerações acerca de cada espécie de pena restritiva de direito, tendo se limitado às hipóteses de cabimento da substituição e à legitimação da medida.

No terceiro capítulo, discorreu-se sobre as características principais das prisões cautelares, da prisão em flagrante e da indigitada prática que ainda remanesce: a manutenção da prisão em flagrante ocorre, usualmente, de maneira automática, sem a devida fundamentação por parte do magistrado da necessidade de se manter custodiado o preso.

Por fim, tratou-se da relação existente entre a prisão cautelar com as penas restritivas de direitos, quando se verifica um evidente descompasso, já que uma pessoa presa em flagrante pela prática de um delito de médio potencial ofensivo pode responder por todo o processo custodiada, e, em caso de condenação, ter a pena substituída por restritivas de direitos.

2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

O instituto das penas restritivas de direitos, no País, foi inicialmente esculpido através da reforma da parte geral do Código Penal, com o advento da Lei n.º 7.209/1984. O artigo 32 do Código Penal, então, passou a preceituar três espécies de pena: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a de multa.

Dentre as penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 43 do Código, existiam três espécies, sendo elas a prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A corroborar a legitimidade em se cominar sanções diversas da pena de prisão, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, elencou a possibilidade da existência de cinco espécies de penas no Direito Pátrio: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Por fim, seguindo as diretrizes estabelecidas pela Resolução 45-110 da Assembléia Geral das Nações Unidas, a respeito das Regras Mínimas da ONU para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as denominadas Regras de Tóquio, no sentido de se aumentar a aplicação de institutos despenalizadores, foi criada, em 1995, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual (Lei n.º 9.099). No mesmo sentido, criou-se a Lei n.º 9.714/1998, que além de ampliar o rol das penas restritivas de direitos, abrandou os requisitos necessários para propiciar a aplicação dessas sanções.

Leonardo Sica¹ defende que o surgimento das Regras de Tóquio ocorreu em virtude do aumento da criminalidade, aliado ao “fracasso dos diversos sistemas punitivos em preveni-la e com a consciência de que tais sistemas, em geral, fundam-se na malograda experiência da pena de prisão”. Do mesmo modo, as penas alternativas à prisão, apesar de difundidas, ainda eram aplicadas de forma comedida.

Com efeito, após o advento da Lei n.º 9.714/1998, o artigo 43 do Código Penal passou a estabelecer que as penas restritivas de direitos sejam prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro, as penas restritivas de direito, chamadas comumente de penas alternativas, substituem as penas privativas de liberdade quando preenchidos alguns requisitos por parte do apenado. Na divisão feita por Cesar Roberto Bitencourt²,

¹ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 122-123.

² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São

com supedâneo no artigo 44 e seguintes do Código Penal, esses requisitos são de ordem objetiva e subjetiva.

A quantidade da pena aplicada na sentença penal condenatória, a natureza do crime praticado e a modalidade da execução dizem respeito aos requisitos objetivos.

A pena aplicada não deverá ser superior a quatro anos de detenção ou reclusão, em se tratando de crime doloso.

Se o crime foi praticado na modalidade culposa, a quantidade da pena aplicada não é, contudo, avaliada, podendo, desse modo, ser cominada pena superior a quatro anos e a substituição cabível, desde que presentes os outros requisitos autorizadores.

O condenado por crime doloso praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, entretanto, não faz jus à substituição de sua pena, já que o desvalor da ação passou a ser considerado pelo legislador.

Quanto aos requisitos subjetivos, o de maior relevância é o que veda a substituição aos reincidentes em crimes dolosos. Outrossim, conforme leciona Bitencourt³, para o cabimento da substituição da pena deve haver “prognose de suficiência da substituição.” Esse entendimento, por certo, advém do contido no artigo 44, inciso III, do Código Penal, que aduz que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem” que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos será suficiente.

Conforme preceitua o § 2º do artigo 44 do Código Penal, se a pena fixada for de até um ano de prisão, a substituição, quando cabível, será por uma pena de multa ou por uma restritiva de direito, ao passo que se a pena aplicada for superior a um ano a substituição será por uma pena de multa e uma restritiva de direitos ou por duas restritivas de direitos.

Já o § 3º do artigo 44 traz uma ressalva ao disposto no inciso II, ao estabelecer que o juiz poderá substituir a pena ao reincidente não específico – ou seja, quando não foi praticado o mesmo crime. Para aferir a viabilidade da substituição, deve considerar que a medida seja suficiente e indicada ao caso concreto.

2.1 DA CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PENA DE PRISÃO

Há no ordenamento jurídico brasileiro duas hipóteses de conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, previstas nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 44, do Código Penal.

Indubitavelmente, a possibilidade de conversão tem como escopo dar maior legitimidade e credibilidade ao instituto das penas restritivas de direitos, o qual, não raro, passa à sociedade um sentimento equivocado de impunidade.

Paulo: Saraiva, 2004. p. 81-85.

³ Idem.

O § 4º do mencionado dispositivo prevê a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade nos casos de descumprimento injustificado da restrição. Para o cálculo da pena remanescente será considerada a pena já cumprida (detracção), respeitando o limite de 30 (trinta) dias de reclusão ou detenção. Assim, aquele que descumprir os últimos 10 (dez) dias de prestação de serviços à comunidade, por exemplo, deverá cumprir 30 (trinta) dias de reclusão ou detenção, em caso de conversão da pena restritiva de direitos por privativa de liberdade.

Duras críticas são feitas pela doutrina em razão desse dispositivo. O criminalista Luiz Flávio Gomes⁴, por exemplo, considera de duvidosa constitucionalidade essa previsão, posto que se estaria aplicando dupla punição ao condenado, pois “seria punido novamente pelo mesmo fato”.

A outra possibilidade de conversão, capitulada no § 5º do artigo 44, é aquela em que sobrevier condenação posterior a pena de prisão. Nesta hipótese, o juiz da execução penal decidirá se a conversão deverá ser feita ou não. Se for possível o cumprimento da pena substitutiva anterior, a conversão poderá ser evitada. Destarte, no caso de nova condenação, a conversão não é medida automática. A compatibilidade entre as duas sanções será aferida após o juiz da execução realizar a unificação das penas (artigo 111 da Lei das Execuções Penais).

2.1.1 Da impossibilidade em se converter a pena de multa

A Lei n.º 9.268/1996 trouxe profundas alterações no artigo 51 do Código Penal, extirpando a conversão da pena de multa não cumprida em pena de prisão. Hodiernamente, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a multa será considerada como dívida de valor, e em caso de descumprimento serão observadas as regras atinentes à execução fiscal.

Esta opção do legislador pode ser entendida como corolário do princípio constitucional que veda a pena de prisão por dívidas.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

A pena de prisão continua a ser a medida mais aceita pela sociedade como forma de repressão ao crime. Notadamente, impera nesta era pós-moderna o sentimento do medo e por consequência a divulgação por parte da mídia da necessidade do recrudescimento das sanções penais, com o aumento dos tipos penais e das sanções, da diminuição das garantias dadas à pessoa do apenado, como a limitação das visitas e da entrevista reservada com o advogado, além dos reclamos pela diminuição da menoridade penal, sem contar os reclamos por medidas preventivas da violência.

É certo, todavia, que aos criminosos contumazes, aos membros de organizações criminosas é devido um tratamento diferenciado, visando ao efetivo combate ao crime. Deve receber tratamento diferenciado, também, o indivíduo que comete um crime de menor potencial ofensivo – conforme

⁴ GOMES, Luiz Flavio apud SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 234.

regras delimitadas na Lei dos Juizados Especiais Criminais, como sendo aqueles cuja pena máxima contida no preceito secundário do tipo penal não seja superior a dois anos de prisão, bem como aos que preenchem os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Diante desse quadro, as discussões tendentes a propiciar a aplicação em maior escala de institutos despenalizadores tendem a ser depreciadas por parte da opinião pública, ao defender que esses benefícios são sinônimos de impunidade. Assim, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre os benefícios da aplicação de penas restritivas de direitos – ou mesmo outros institutos despenalizantes – em substituição às penas de curta duração, de modo a se evitar os efeitos deletérios do cárcere.

2.3 DA FALÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

É inegável que a pena de prisão não cumpre, satisfatoriamente, as funções que deveria cumprir, quais sejam a preventiva e a ressocializadora, por infindáveis fatores, precipuamente a falta de infraestrutura adequada para albergar todos os aprisionados.

Ao discorrer sobre o assunto, Loïc Wacquant⁵, em nota aos leitores brasileiros, aponta que as prisões em países subdesenvolvidos, como o Brasil, possuem condições sobejamente insalubres, superlotadas, devendo as pessoas ficarem amontoadas, como se bichos fossem. E dado o “estado apavorante das prisões do país, se parecem mais com ‘campos de concentração para pobres’, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica”.

Sem embargo dessas considerações, bem como do fato de que um dia na prisão pode ser suficiente para que a pessoa sofra os mais variados tipos de violência, adquira a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) - diante do alto risco de violência sexual e de considerada taxa de pessoas contaminadas - ou doenças como a tuberculose, diante das péssimas condições de higiene e superlotação dos presídios, a pena de prisão ainda continua a ser a resposta penal mais aceitável, sobretudo para se punir as pessoas altamente perigosas, as que fazem do crime uma profissão, um meio de vida ou as que praticaram crimes graves.

Por sua vez, quando o crime praticado for de menor gravidade, tirante os disciplinados pelas leis dos Juizados Especiais Criminais (Estadual e Federal), posto que trazem regras especiais, a punição mais indicada está inserida no rol das penas restritivas de direitos, já que é uma medida menos drástica, mais econômica para o Estado, que cumpre o papel ressocializador com maior eficiência, “e, portanto, com maior probabilidade de prestar-se ao respeito à dignidade da pessoa humana⁶”

2.4 DA REINCIDÊNCIA

⁵ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 07.

⁶ ROCHA GOMES, Geder Luiz. **A substituição da prisão - alternativas penais: legitimidade e adequação**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 62.

Ainda, a pena de prisão exerce, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos⁷, uma “ação criminógena” sobre o condenado, sendo uma das causas da reincidência.

O tema da reincidência, por certo, é um dos mais importantes quando se compara a eficácia da pena de prisão com as restritivas de direitos, por apresentar dados concretos. A reincidência é uma circunstância que agrava a pena (artigo 61, inciso I, do Código Penal), verificando-se “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (artigo 63 do Código Penal). Caso decorrido mais de cinco anos da extinção da pena pelo crime anterior ou de seu cumprimento, não haverá, todavia, a reincidência (artigo 64, inciso I, do Código Penal).

A reincidência pode ser entendida também como o retorno à atividade criminosa por quem já tenha passado por um estabelecimento prisional.

Comparando-se os índices de reincidência dos apenados à pena privativa de liberdade com os beneficiados por penas restritivas de direitos, verifica-se que no último caso os índices são bem menores.

Conforme pesquisa feita pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), no ano de 1997, o índice de reincidência dos cumpridores de uma pena de prisão era de 85% (oitenta e cinco por cento). Ao analisar os índices de reincidência do beneficiado por uma alternativa penal, a realidade é diversa, já que a reincidência ficou em apenas 12% (doze por cento)⁸.

No País, os índices são variáveis, sendo que a média, conforme aferição feita pelo Censo Penitenciário Nacional, de 1995, foi de 85% (oitenta e cinco por cento) de reincidência das pessoas que passaram por estabelecimentos penais.

Conforme dados divulgados pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário (DEPEN), os índices de reincidência dos beneficiados por alternativas penais variam de 2 a 12% (dois a doze por cento).

Assim sendo, é inegável que a função ressocializadora é mais bem atendida quando da aplicação de penas não privativas de liberdade.

2.5 O CUSTEIO DO SISTEMA PENAL

O gasto do Estado para o custeio do sistema penitenciário nacional é demasiadamente elevado. Dados do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), entre os anos de 2003 a 2005, revelam que o Governo Federal repassou aos Estados-membros R\$ 1.186.853.549,30 (um bilhão, cento e oitenta e seis milhões, oitocentos e cinquenta e três mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta centavos), destinados a atividades e programas de combate ao crime e aprimoramento do sistema penitenciário.

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2007. p. 570-572.

⁸ ROCHA GOMES, Geder Luiz. Op. cit., p. 193.

O custeio mensal de um apenado, igualmente, é extremamente alto, ficando em torno de R\$ 600 (seiscentos reais) a R\$ 1.000,00 (mil reais). O valor médio, ademais, para se criar uma nova vaga em uma penitenciária é de R\$ 14.000,00 (catorze mil reais)⁹.

Pesquisa desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no ano de 2001, indica que, para o custeio mensal de uma pessoa cumpridora de pena alternativa no Estado, o valor foi de aproximadamente R\$ 36,00 (trinta e seis reais). Já no Estado da Bahia, o valor, também baixo, foi de R\$ 41,00 (quarenta e um reais) mensais¹⁰.

Neste aspecto, da mesma forma, o prejuízo sofrido pela sociedade quando da manutenção de um cumpridor de pena alternativa é menor, se comparado aos gastos necessários para se manter uma pessoa na prisão.

Se houvesse uma diminuição dos gastos com a manutenção do sistema prisional brasileiro esta verba poderia ser revertida para setores mais caros da sociedade, como por exemplo, a educação. Apenas para servir de comparativo, relatório divulgado no dia 01 de março de 2011 pela UNESCO¹¹ (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), apontou que o Brasil investe apenas o equivalente a R\$ 2.659 (dois mil, seiscentos e cinquenta e nove reais) por ano com cada estudante do ensino fundamental. O que vale dizer que o investimento mensal é de pouco mais de R\$ 221,00 (duzentos e vinte e um reais).

Pelas razões apuradas, inegável, desse modo, que as penas restritivas de direitos são as mais indicadas quando envolver delitos de menor potencial ofensivo, bem como a resposta penal mais eficaz quando os requisitos autorizadores da medida se fizerem presentes. E, portanto, a prisão cautelar só deve ser aplicada com a mais absoluta excepcionalidade.

3 PRISÃO EM FLAGRANTE E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Inicialmente, cumpre destacar que a prisão, em seu sentido jurídico, “é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal¹².” Toda prisão, ainda, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é uma prisão cautelar, que visa a garantir os fins do processo.

Sobre o tema, inegável a possibilidade de aquele que pratica um delito passível de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ser preso em flagrante. A manutenção da prisão em flagrante, no entanto, conforme se discorrerá, deverá ser devidamente fundamentada, levando-se em consideração, inicialmente, o caráter cautelar das prisões processuais (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão resultante de pronúncia, prisão resultante de sentença penal condenatória e a prisão temporária).

⁹ Ibidem, p. 200

¹⁰ Ibidem, p. 202.

¹¹ BRASIL. **Relatório de monitoramento global de educação para todos. A crise oculta: conflitos armados e educação.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001911/191186POR.pdf>> . Acesso em: 12 de março de 2011.

¹² MIRABETE, Julio Fabrini. Op. cit., p. 361.

3.1 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO CAUTELAR

Necessário se faz, pois, uma análise da prisão cautelar, que pode ser entendida como aquela aplicada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No ordenamento jurídico brasileiro, com efeito, o instituto sofreu grandes alterações recentemente, a considerar, por exemplo, que a simples prolação de sentença penal condenatória era causa de se determinar a prisão. Do mesmo modo, quando da prolação da sentença de pronúncia, de forma automática era decretada a prisão do acusado. Para o conhecimento do recurso de apelação, outrossim, imprescindível que o condenado se recolhesse à prisão, sob pena de ter o recurso não conhecido, julgado deserto.

Adequando-se à Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal sofreu grandes reformas nessa sistemática, sobretudo com o advento das Leis n.º 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008. Suprimiu-se, assim, a prisão automática após a sentença condenatória, de pronúncia e, de igual modo, o recurso de apelação poderá ser conhecido mesmo se o réu não for recolhido à prisão.

3.1.1 Princípio da inocência

Sobre o assunto, Eugênio Pacelli de Oliveira¹³ defende que, mesmo antes da minireforma do Código de Processo Penal, duas importantes consequências recaíram sobre o sistema prisional brasileiro em virtude da Carta Magna de 1988. Uma das alterações refere-se à “instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal.” A segunda importante alteração é “que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.”

Conforme o renomado autor, a Constituição Federal não passa a ideia de nenhuma “presunção de inocência”, mas de verdadeira afirmação de que antes da sentença ser passada em julgado a pessoa investigada é inocente, trazendo reflexos tanto na fase pré-processual como na fase processual.

Em decorrência dessa situação jurídica de inocente, indispensável que a prisão seja ordenada pelo Poder Judiciário e que a decisão seja devidamente fundamentada e “que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.”

Inegável, no entanto, a dispensa da fundamentação exigida no tocante à prisão em flagrante delito, em face da imediatidade da medida. Eugênio Pacelli, todavia, faz uma importante ponderação ao afirmar que, após a lavratura da prisão em flagrante, por certo, a autoridade judiciária competente será comunicada, sendo indispensável que fundamente a decisão em caso de manutenção.

3.1.2 Proporcionalidade e necessidade da medida

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 503-504.

A prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como já exposto, é uma medida cautelar, visando garantir a eficácia da sanção penal, de modo que deve se coadunar com a pena porventura a ser fixada na sentença. O legislador pátrio, por certo, não descuidou completamente dessa questão, ao vedar a cominação da prisão preventiva às contravenções penais e aos delitos culposos, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal, uma vez que, em caso de condenação, de regra, a pena de prisão será substituída por uma das alternativas sancionatórias dos artigos 43 e 44 do Código Penal, as penas alternativas.

Se assim não fosse, a prisão cautelar seria mais onerosa que a própria prisão-pena, desempenhando uma função extremamente punitiva¹⁴.

3.2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da prisão em flagrante, uma vez que é a modalidade de prisão cautelar mais aplicada quando o sujeito comete um delito passível de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos, já que a manutenção da prisão em flagrante, em total desrespeito à Constituição Federal e ao restante do ordenamento jurídico brasileiro.

Inegável, por certo, que a liberdade foi erigida pela Constituição Federal como um direito fundamental, tanto que a Carta Magna traz as hipóteses de mitigação desse direito. Nessa esteira, o artigo 5º, inciso LXI, estabelece 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.”

A prisão em flagrante é definida por Tourinho Filho como “a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal,” justificando-se como providência a acautelar a prova da materialidade do fato e da autoria delitiva¹⁵. É, também, um sistema de autodefesa da sociedade, “derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica¹⁶.” Dada sua importância, tem-se que qualquer pessoa do povo poderá e a autoridade policial e seus agentes deverão prender aquele que estiver em situação de flagrante delito, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal. Outrossim, a Constituição Federal mitiga o direito à inviolabilidade de domicílio, permitindo, mesmo durante a noite, e sem mandado judicial ou consentimento de seu morador, sua violação no caso de flagrante delito (artigo 5º, inciso XI, da CF).

O artigo 302 do Código de Processo Penal, por sua vez, prevê que se considera em estado de flagrante delito aquele que “está cometendo a infração penal” (inciso I), “acaba de cometê-la” (inciso II), “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em

¹⁴ Ibidem, p. 468-469.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, 3º volume**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 458.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. Op. cit., p. 374

situação que faça presumir ser autor da infração” (inciso III) e aquele que “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (inciso IV).

Doutrinariamente, os casos capitulados nos incisos I e II são chamados de “flagrante próprio”, ao passo que a situação abarcada no inciso III é conhecida como “flagrante impróprio” ou “quase-flagrante” e a situação descrita no inciso IV do artigo 302 do Código de Processo Penal é chamada de “flagrante presumido”.

Pois bem, efetuada a prisão em flagrante, a pessoa que se encontrar nesta situação deve ser conduzida à presença da autoridade competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante (artigo 290 do CPP), a qual, dentro de vinte e quatro horas deverá entregar ao preso a nota de culpa assinada pela autoridade, onde constará o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas (artigo 306, § 2º, do CPP), ou mesmo nem formalizará o auto de prisão em flagrante, conforme regra do artigo 69 da Lei n.º 9.099/1995, fundada na menor gravidade dos crimes tutelados pela Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Em vários outros casos, logo após a lavratura da prisão em flagrante o preso poderá ser colocado em liberdade, mediante o pagamento de fiança.

Inegável, conforme já exposto, a importância da prisão em flagrante, pois procura evitar, sempre que possível, que a conduta delitiva possa produzir todos os seus efeitos. Seja impedindo a consumação do crime, sua exasperação, seja para possibilitar a imediata coleta de provas, visando o efetivo esclarecimento dos fatos.¹⁷

No entanto, como toda prisão provisória, a prisão em flagrante só é justificada se presente seu caráter cautelar, caso contrário haveria um desrespeito à Constituição Federal.

Dessarte, formalizada a prisão em flagrante, deve a Autoridade Judiciária analisar, além da legalidade da prisão, os fundamentos para sua manutenção. O artigo 310 e seu parágrafo único assumem, quanto a isso, um papel importantíssimo.

A constrição da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida extrema, excepcional, que deve ser evitada. “Deve ser decretada dentro dos limites do indispensável, do necessário, como se fosse uma medida de segurança de natureza processual¹⁸.”

Nesta esteira, reza o mencionado dispositivo que “quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.”

Se presente, então, de forma manifesta, alguma causa excludente da ilicitude, capitulada atualmente no artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), o juiz, depois de ouvido o Ministério Público, poderá conceder a liberdade provisória ao preso.

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 484-485.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 494.

Por mais que o texto legal fale na possibilidade de o juiz conceder a liberdade provisória, se for verificado que o agente cometeu o fato acobertado por alguma das excludentes de ilicitude mencionadas acima, o juiz terá o dever de conceder a liberdade provisória.

De igual importância o parágrafo único do artigo 310 do CPP, ao estabelecer que a concessão da liberdade será adotada “quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).”

Tem-se assim que, superada a análise das formalidades, da legalidade da prisão em flagrante, se não for o caso de relaxamento, imperioso aferir se estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, não podendo a manutenção da prisão em flagrante ser automática, sem a devida fundamentação.

Nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, verifica-se que a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.”

Bem, em se tratando de prisão em flagrante, inquestionáveis os indícios de autoria. Da mesma forma, a prova da materialidade foi analisada perfunctoriamente pela autoridade que lavrou o auto de prisão em flagrante e deliberou pelo recolhimento do preso ao cárcere, bem como pela autoridade judiciária, quando da aferição da legalidade da prisão. Somados a estes dois requisitos, deve estar presente ao menos um dos outros requisitos dispostos no artigo.

Ausentes os requisitos, o juiz deverá abrir vista dos autos de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público e, ao final, poderá conceder a liberdade provisória mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo.

Deve o juiz, então, perquirir se o infrator, estando solto, poderá ameaçar a ordem pública, se trará prejuízos para a instrução criminal, como no caso de ameaças a testemunhas, ou se em liberdade frustrará eventual aplicação da lei penal. Esta análise, por certo, não deve ter arrimo em suposições, e sim em fatos concretos.

Assim como no *caput* do artigo, a palavra “poder” deve ser entendida como “dever”, no caso de não estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁹ entende que a inexistência dos requisitos “confere ao indiciado ou réu o direito subjetivo de natureza processual à liberdade provisória.”

Esta análise, com muito mais razão, deve ser efetuada quando o delito em tese praticado possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pautado pelo princípio da reserva legal²⁰, o magistrado tem a possibilidade, apenas da análise do auto de prisão em flagrante, de aferir, perfunctoriamente qual a pena aproximada a ser aplicada ao delito supostamente cometido, se o crime foi praticado com violência ou grave ameaça e se, da análise dos antecedentes criminais do réu, em caso de condenação, qual o regime inicial para o cumprimento da

¹⁹ Ibidem, p. 499.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

pena, lembrando que, como já exposto, existe a possibilidade da substituição por pena alternativa até mesmo para os reincidentes.

Defender que a possibilidade da fixação de regime aberto, ou mesmo a substituição da pena por restritivas de direito é mera expectativa, alegando que a análise do regime inicial para o cumprimento de pena ser afeta à sentença é desarrazoado. Isso pelo fato de o artigo 59 do Código Penal²¹ traçar as balizas necessárias para que o magistrado fixe a pena base e a pacificada corrente jurisprudencial de que a pena a ser cominada não deve se afastar do mínimo legal, a não ser que as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao acusado.

Perceba-se, da simples leitura dos autos de comunicação em flagrante, que é possível saber, em cognição sumária, qual o delito, em tese, praticado e qual a pena cominada ao mesmo. Se o crime foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, se o infrator possui antecedentes criminais, se a vítima concorreu para o crime, quais foram as consequências do delito.

Como exemplo, o delito de furto qualificado, previsto no artigo 155, § 4º, do Código Penal estabelece pena de 02 (dois) a 08 (oito) anos de reclusão, e multa. Se o delitivo for primário, não possuir maus antecedentes, por certo a pena ficará muito próxima ao mínimo legal. Assim, uma vez que o delito de furto não é cometido com violência ou grave ameaça, em caso de condenação, o regime inicial para o cumprimento de pena, a par do artigo 33 do Código Penal, será o aberto, sendo altamente provável que a pena privativa de liberdade será substituída por restritivas de direitos. De modo que, se ausentes os requisitos da prisão preventiva, é desproporcional manter o infrator no cárcere.

Eugênio Pacelli de Oliveira²² defende a existência da proporcionalidade entre a prisão cautelar com a pena porventura fixada em sentença. Aduz que ante a drástica redução da possibilidade de se cominar pena privativa de liberdade a quem pratica um crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena a ser fixada não deverá ser superior a quatro anos, a necessidade da prisão provisória deverá ser analisada com maior cautela, posto ser medida extrema.

Tourinho Filho²³, igualmente, lembrando as péssimas condições das prisões provisórias e penitenciárias brasileiras, que “são verdadeiras universidades do crime”, defende o uso da pena de prisão apenas aos delitos mais graves, apenas às infrações menos toleradas pela população. Para os crimes de menor e médio potencial ofensivo, devem ser utilizadas as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais e as penas alternativas, previstas nos artigos 43 e 44 do Código Penal.

Não raro, no País, uma pessoa presa em flagrante, por exemplo, pela prática de furto, de receptação ou de porte ilegal de arma de fogo fica presa por vários meses e quiçá, anos aguardando julgamento e, paradoxalmente, quando condenada, a pena privativa de liberdade é substituída por restritiva de direitos.

²¹ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 484-485.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 408-409.

Inegável, indiscutivelmente, que essa pessoa será beneficiada pelo instituto da detração, inculcado no artigo 42 do Código Penal. A injustiça da prisão cautelar, no entanto, é patente, já que o infrator sofreu os efeitos deletérios do cárcere.

Ressalta-se, uma vez mais, que não se está a defender a impossibilidade da decretação da custódia preventiva contra quem comete um delito passível de aplicação de pena alternativa (conhecido doutrinariamente como de médio potencial ofensivo). Se presentes os requisitos da prisão preventiva, o enclausuramento se faz necessário, caso contrário, é medida odiosa.

Após uma brilhante pesquisa realizada durante seu curso de mestrado, feito pela Universidade de Brasília, a promotora de justiça Fabiana Costa Oliveira Barreto chegou à conclusão de que nas cidades de Recife, São Paulo e Belém, a manutenção da prisão em flagrante nos casos de furto é verificada na quase totalidade dos casos, de modo que o controle judicial sobre a imperiosa necessidade da imposição da medida cautelar é falho, reduzindo-se apenas ao controle formal da legalidade.

Verificou-se, da mesma forma, excesso no prazo para a formação da culpa, na maioria dos casos analisados, e que em mais de dois terços dos casos analisados nas cidades de São Paulo, Recife, Belém e Distrito Federal o regime inicial para o cumprimento de pena foi o aberto, havendo grande aplicação de pena restritiva de direitos ²⁴.

4 CONCLUSÃO

Ante a inegável falência da pena de prisão, posto não cumprir suas funções justificadoras (preventiva e ressocializadora), foram criados diversos institutos a fim de se evitar a pena de prisão de curta duração.

Dentre os institutos, merece destaque as medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º 9.099/95 e as penas restritivas de direitos, capituladas no artigo 44 do Código Penal Brasileiro.

Conforme verificado, vários são os benefícios ao apenado e à sociedade nos casos em que a pena de prisão é substituída por restritivas de direitos, quando da prática de delitos de menor e médio potencial ofensivo, os quais, por sua natureza são de menor gravidade, como a diminuição dos índices de reincidência, o baixo custo do cumprimento e fiscalização da medida, quando comparado com a pena de prisão, além do que o delinqüente fica privado dos efeitos deletérios da pena de prisão.

Ao tratar do assunto da prisão cautelar, foi consignado que esta modalidade de prisão somente deve ser aplicada como acautelamento do processo, sendo medida extrema e necessária para que os fins da persecução criminal sejam atendidos.

²⁴ BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização do furto: da presunção de inocência à antecipação da pena.** Brasília, 2006. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/5179/1/2006_FabianaCostaOliveiraBarreto.pdf>. Acesso em: 16 de janeiro de 2011.

Sobre o tema, discutiu-se a necessidade de que a medida constritiva da liberdade não seja desproporcional à pena a ser aplicada ao infrator, em caso de condenação.

Algumas considerações foram feitas, ademais, sobre o instituto da prisão em flagrante, já que esta espécie de prisão cautelar alberga a grande maioria das prisões processuais referentes aos delitos passíveis de aplicação de pena restritiva de direito.

Conforme exposto, o juiz competente deve ter conhecimento da prisão em flagrante em até vinte e quatro horas após a prisão. O magistrado, além de aferir a legalidade da prisão, deve fundamentar sua decisão caso opte pela manutenção da prisão em flagrante, oportunidade em que esta será convertida em prisão preventiva.

A par do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, se inexistentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, o juiz “deverá” conceder a liberdade provisória ao investigado, sob o compromisso de comparecer a todos os atos do processo.

Assim, de modo a evitar manifesta desproporcionalidade na medida, tão logo receba o auto de prisão em flagrante, o magistrado deve analisar se a prisão cautelar deve prevalecer, se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, caso contrário deverá conceder a liberdade provisória ao investigado.

É usual, entretanto, que uma pessoa presa em flagrante por delitos como o de furto responda todo o processo enclausurada e, ao final, tenha sua pena substituída por restritiva de direitos ou lhe seja fixado o regime aberto para o cumprimento da sanção. Em casos como esses, a prisão cautelar foi mais gravosa que o próprio édito condenatório, desarrazoada, portanto.

A fim de solucionar esta celeuma, foi publicada no dia 04 de maio de 2011 a Lei nº 12.403, que veio a alterar vários dispositivos concernentes à prisão cautelar. Digno de destaque a nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal, no sentido de que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, de forma fundamentada, relaxar a prisão, conceder liberdade provisória com ou sem fiança ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo Diploma Legal.

O artigo 313 do Código de Processo Penal sofreu, da mesma forma, importantes alterações. Segundo este artigo, a decretação da prisão preventiva só será admitida aos crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a quatro anos, ou se o agente for reincidente ou tenha descumprido uma medida protetiva, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, após o período da *vacatio legis* de sessenta dias, aquele que for preso em flagrante a praticar, em tese, um delito passível de cominação de pena restritiva de direito, em caso de condenação, deverá, se não reincidente, receber a liberdade provisória com ou sem fiança e não mais ser mantido no cárcere, como usualmente o era, no aguardo da sentença.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização do furto: da presunção de inocência à antecipação da pena.** Brasília, 2006. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Disponível em:

⟨http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/5179/1/2006_FabianaCostaOliveiraBarreto.pdf⟩. Acesso em: 16 de janeiro de 2011.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Relatório de monitoramento global de educação para todos. A crise oculta: conflitos armados e educação**. Disponível em: ⟨<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001911/191186POR.pdf>⟩. Acesso em: 12 de março de 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA GOMES, Geder Luiz. **A substituição da prisão - alternativas penais: legitimidade e adequação**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

GOMES, Luiz Flavio apud SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 234.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, 3º volume**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.