

Andrey Borges de Mendonça

PRISÃO PREVENTIVA NA LEI 12.403/2011

**Análise de acordo com modelos
estrangeiros e com a Convenção
Americana de Direitos Humanos**

2016

 **EDITORA**
Jus **PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br



Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050

E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: PVictor Editoração Eletrônica (pvictoredit@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
-------------------------	-----------

CAPÍTULO I

PRISÃO PREVENTIVA: PRINCIPAIS PONTOS CONTROVERTIDOS

SURGIDOS COM A LEI 12.403/2011	23
1. Prisão preventiva antes da edição da Lei 12.403/2011	23
2. Espírito das alterações e antecedentes imediatos	28
3. Estudo panorâmico das principais alterações trazidas pela Lei 12.403/2011 no tema da prisão preventiva.....	28
4. Alterações e pontos controvertidos	32
4.1. Proporcionalidade. Extensão	33
4.2. Aspectos gerais no tocante à prisão preventiva.....	34
4.3. Decretação da prisão preventiva de ofício	35
4.4. Legitimidade do Assistente da Acusação	38
4.5. Possibilidade de decretação da prisão com base em representação da autoridade policial.....	40
4.6. Contraditório. Limites e forma de exercício	41
4.7. Processo e procedimento Cautelar	42
4.8. Motivação	43
4.9. Garantia da ordem pública.....	44
4.10. Modelos de prisão preventiva.....	46
4.11. Condições de admissibilidade da prisão preventiva. Regra geral e exceções. Prisão preventiva protetiva	46
4.12. Prisão preventiva em caso de dúvida sobre a identidade - prisão preventiva esclarecedora	50
4.13. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Art. 310 do CPP	53
4.14. Prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas aplicadas.....	57

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DESDE O CPP DE 1942

ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 12.403/2011	61
1. Introdução.....	61
2. Regime originário do CPP de 1942. Seu contexto histórico, político e jurídico	63
2.1. Escola Positivista, a Escola Técnico-Jurídica e o Código Rocco ..	67
2.2. A Sistemática originária do CPP de 1942	71
2.2.1. Prisão em flagrante e liberdade provisória	74
2.2.2. Prisão preventiva	79
2.2.3. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e de pronúncia	83
3. Evolução do CPP até a edição da Lei 12.403/2011	83
3.1. Processo Penal constitucional	84
3.2. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Processual Penal Internacional.....	87
3.3. Noções de cautelaridade	93
3.4. A Prisão-pena como última <i>ratio</i> – <i>despenalização</i> . Reflexo na prisão processual e na necessidade de criação de medidas alternativas	104
3.5. Alterações legais posteriores	108

CAPÍTULO III

A LIBERDADE AMBULATORIAL E A PRISÃO NA CONVENÇÃO

AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.	121
1. Considerações gerais sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos. Natureza suprallegal e autoaplicável.....	121
1.1. Necessidade de uma interpretação originária da Convenção e seu efeito vinculante	126
2. Garantias gerais e específicas no tocante à liberdade pessoal, atinentes ao momento da detenção	131
3. Direito à liberdade e à segurança.....	131
4. Garantia contra a prisão ilegal e arbitrária	134
4.1. Prisão ilegal	135
4.2. Prisão arbitrária	137

4.2.1.	Mérito Substancial.....	139
4.2.2.	Finalidades legítimas da prisão preventiva. Presunção de inocência.....	141
4.2.3.	Princípio da proporcionalidade.....	147
4.2.4.	Judicialidade e Motivação. Participação do imputado	150
5.	Direito de ser informado das razões de sua detenção	152
5.1.	Aspecto Subjetivo. Titular do direito	154
5.2.	Aspecto substancial. Objeto e conteúdo da informação.....	156
5.3.	Aspecto temporal	157
5.4.	Aspecto Formal	158
6.	Direito de ser levado pessoalmente e sem demora perante um juiz	159
6.1.	Apresentação perante juiz ou autoridade judiciária.....	162
6.2.	Intervenção efetiva.....	163
6.3.	Sem demora.....	164
6.4.	Apresentação pessoal do imputado e direito a ser ouvido ...	166
7.	Direito a um recurso simples, rápido e efetivo contra a prisão.....	168
8.	Direito à assistência pelo defensor, desde o momento da prisão...	173
9.	Incomunicabilidade.....	178
10.	Direito de ser julgado dentro de um prazo razoável ou ser colocado em liberdade	179
11.	Ônus da Prova do cumprimento dos direitos.....	182
12.	Considerações finais. Alguns standards	184

CAPÍTULO IV

ESTUDO DA PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO COMPARADO.....		191
1.	Considerações Iniciais.....	191
2.	Prisão Preventiva na Itália.....	193
2.1.	Condições gerais de aplicabilidade. <i>Fumus commissi delicti</i> ..	194
2.2.	Finalidades da prisão preventiva. Exigências cautelares (<i>periculum libertatis</i>).....	197
2.2.1.	Perigo de deturpação das provas.....	198
2.2.2.	Perigo de subtração à Justiça.....	200
2.2.3.	Perigo de realização de outros delitos graves	202

2.3.	Critérios de escolha das medidas. Princípio da Proporcionalidade	203
2.3.1.	Regime cautelar especial de natureza excepcional ou regime do duplo binário (“doppio binario”).....	206
2.4.	Procedimento aplicável	211
2.4.1.	Prisão preventiva em caso de descumprimento.....	218
2.4.2.	Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva	222
2.4.2.1.	Procedimento de “convalidação”	223
2.4.2.2.	Audiência para “convalidação”	225
2.4.3.	Condução Coercitiva para fins de identificação.....	230
3.	Prisão Preventiva em Portugal	231
3.1.	Condições Gerais de aplicação. <i>Fumus commissi delicti e periculum libertatis</i>	235
3.2.	Procedimento aplicável	240
3.3.	Prisão preventiva por transgressão das medidas impostas ..	247
3.4.	Detenção para fins de identificação. Conversão da detenção em flagrante em prisão preventiva.....	248
3.4.1.	Detenção para fins de identificação	249
3.4.2.	Conversão da detenção em flagrante em preventiva	252
4.	Prisão Preventiva no Chile	252
4.1.	Requisitos e condições de admissibilidade da prisão preventiva.....	257
4.2.	Procedimento para a decretação da prisão preventiva e sua revisão	264
4.3.	Decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das outras medidas.....	270
4.4.	Detenção em flagrante e sua conversão em prisão preventiva.....	271
4.5.	Detenção para fins de identificação	274
5.	Conclusões e tendências (<i>standards</i>) internacionais.....	276

CAPÍTULO V

A ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DA PRISÃO PREVENTIVA, INTRODUZIDO PELA LEI 12.403/2011	283
1. Aspectos gerais.....	283

2.	Delimitação do conceito de privação da liberdade.....	284
3.	Espécies de prisão. Classificação funcional	293
4.	Princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos	299
4.1.	Legalidade e Justificação teleológica	301
4.2.	Judicialidade e Motivação	304
4.2.1.	Extensão do dever de motivar e subsidiariedade da prisão preventiva	310
4.3.	Requisitos intrínsecos.....	314
4.3.1.	Adequação.....	314
4.3.2.	Necessidade.....	316
4.3.3.	Proporcionalidade em sentido estrito	318
4.4.	Dever de Proteção e a Proibição da insuficiência.....	321
5.	Requisitos da cautelaridade	325
5.1.	<i>Fumus commissi delicti</i>	329
5.2.	<i>Periculum libertatis</i>	332
6.	Condições de Admissibilidade. Concurso de crimes.....	333
7.	Ônus da prova	336
8.	Audiência de custódia ou de controle da prisão. Interrogatório de garantia.....	343
9.	Contraditório e sua extensão	349
9.1.	Forma de exercício. Audiência de controle da prisão e interrogatório de garantia	354
9.2.	Exercício da ampla defesa. Imputado em sentido material ..	357
10.	Atuação de ofício do juiz. Representação da polícia e assistente da acusação	363
11.	Procedimento incidental cautelar ou de liberdade	369
11.1.	Fases e atos que compõem o procedimento incidental de liberdade.....	378

CAPÍTULO VI**ANÁLISE DE CADA UM DOS MODELOS DE PRISÃO PREVENTIVA, À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO E DAS TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS IDENTIFICADAS.** 383

1.	Importância dos modelos.....	383
----	------------------------------	-----

2.	Prisão preventiva originária.....	387
3.	Prisão preventiva derivada do flagrante ou substitutiva de prisão em flagrante.....	387
3.1.	Função e natureza da prisão em flagrante	389
3.2.	Condições de admissibilidade	394
3.3.	Procedimento. Audiência de Custódia ou de controle da decisão e decisões possíveis.....	396
3.	Prisão preventiva esclarecedora de imputado “inidentificado”	407
3.1.	Natureza jurídica. Controle de identidade pela polícia	412
3.2.	Requisitos	414
3.2.1.	Identificação criminal	416
3.3.	Procedimento.....	419
3.3.1.	Prisão esclarecedora decorrente de prisão em flagrante. Ônus de se identificar.....	423
3.4.	Prisão temporária e prisão preventiva esclarecedora	424
4.	Prisão preventiva sancionatória ou regressiva	425
4.1.	Natureza jurídica. <i>Contempt of Court</i>	427
4.2.	Condições de admissibilidade e requisitos	433
4.3.	Procedimento.....	439
5.	Prisão preventiva protetiva.....	442
5.1.	Natureza jurídica.....	445
5.2.	Condições de admissibilidade e requisitos	445
5.3.	Procedimento.....	451
	CONCLUSÃO.....	453
	BIBLIOGRAFIA	461
	RELATÓRIOS	481
	DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS..	483
	OPINIÕES CONSULTIVAS	487
	INFORMES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	489
	DECISÕES DA CORTE EUROPEIA.....	491