

FACULDADE INTEGRADA DE PERNAMBUCO
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

ADILSON LEANDRO DE MORAIS JÚNIOR

**INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011: OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO
DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Recife (PE), Novembro de 2014

FACULDADE INTEGRADA DE PERNAMBUCO
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

ADILSON LEANDRO DE MORAIS JÚNIOR

**INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011: OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO
DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Monografia apresentada como requisito indispensável à aprovação na disciplina Trabalho de Curso II para obtenção do grau em Bacharel em Direito, realizada sob orientação do Prof. Bruno Manoel Viana de Araújo.

Recife (PE), Novembro de 2014

MORAIS JUNIOR, Adilson Leandro.

Inovações Trazidas pela Lei 12.403/2011: os Critérios de Aplicação das Medidas Cautelares Alternativas à Prisão. / Adilson Leandro de Moraes Júnior; orientador Bruno Manoel Viana de Araújo, 2014.

FACULDADE INTEGRADA DE PERNAMBUCO
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

ADILSON LEANDRO DE MORAIS JÚNIOR

**INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011: OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS
CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Monografia apresentada como requisito indispensável à aprovação na disciplina Trabalho de Curso II para obtenção do grau em Bacharel em Direito, realizada sob orientação do Prof. Bruno Manoel Viana de Araújo.

.....
Prof. Orientador

.....
1º Examinador

.....
2º Examinador

Trabalho apresentado, arguido eprovado em __/__/ de 2014.

Recife (PE), Novembro de 2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, ser supremo em minha vida, foi meu inspirador para concluir este curso, nas horas tristes e noites traiçoeiras.

Aos meus pais pela leal inspiração em explicar-me deveres jurídicos e profissionais com conselhos sábios na vida pessoal e durante a minha vida acadêmica, sempre visando o melhor para o meu futuro;

À minha família que adiaram seus sonhos para que eu pudesse sonhar;

Aos meus amigos que sempre estão comigo;

Aos meus amigos conquistados durante a faculdade e que, certamente, permanecerão por longas datas, mesmo após a formatura.

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as constituições livres”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho busca mostrar as particularidades em relação à prisão processual, fiança, liberdade provisória e as demais medidas cautelares, mudanças com a entrada em vigor da lei 12.403/11. A Lei 12.403, de 4 (quatro) de maio de 2011, que entrou em vigor em 4 de julho, alterou 32 artigos do código de processo penal, e revogou integral ou parcialmente nove dispositivos e reformou os critérios para a decretação da prisão preventiva. Além disso, resgatou a figura da fiança como uma das medidas cautelares que devem ter prioridade sobre a prisão. Tratou, ainda, necessariamente de aplicar à lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, sempre evitando à prática de infrações penais adequando as medidas a gravidade dos crimes. Houve discussão a respeito de alguns doutrinadores, para muitos o estabelecimento das medidas cautelares em substituição à prisão preventiva gerará insegurança na sociedade brasileira. Para outros, a nova lei é uma evolução do direito brasileiro e coloca o Código de processo penal, de 1940, em consonância aos princípios constitucionais da carta de 1988. Mostraram-se também como os poderes legislativo, judiciário e executivo buscam solucionar esse problema que vem crescendo cada dia que passa. Entretanto, embora o Brasil não possua legislação e estrutura técnica que sejam suficientes para a ideal responsabilização dos agentes, tudo indica que as Autoridades Policiais e Judiciárias estão atuando com seriedade, fazendo o possível e impossível para superar as dificuldades existentes.

PALAVRAS-CHAVE: 1.Prisão Processual. 2.Liberdade Provisória. 3.Fiança. 4.Medidas Cautelares.

ABSTRACT

This paper seeks to show the particularities regarding arrest procedures, bail, bail and other precautionary measures, changes to the entry into force of the Law 12.403/11. Law 12,403, four (4) May 2011, which entered into force on July 4, amended 32 articles of the code of criminal procedure, and nine fully or partially revoked devices and reformed the criteria for adjudication of custody. Furthermore, rescued the figure of bail as a precautionary measures that should be prioritized over the prison. This was also necessarily criminal law will apply to the investigation or prosecution and, where expressly provided, always avoiding the practice of criminal offenses suiting measures the severity of the crimes. There was discussion of some teachers, many for the establishment of precautionary measures in place to arrest generates insecurity in Brazilian society. For others, the new law is an evolution of Brazilian law and puts the Code of Criminal Procedure, 1940, in line with the constitutional principles of the 1988 letter. It also showed how the legislative, judicial and executive try to solve this problem that is growing every day. However, although Brazil lacks legislation and technical structure that are sufficient to maintain ideal agents of accountability, it seems that the police and judicial authorities are acting with integrity, doing everything possible and impossible to overcome existing difficulties.

KEYWORDS: Prison Procedure. Provisional Freedom. Bail. Precautionary Measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – MEDIDAS CAUTELARES DE CUNHO PENAL. A PRISÃO PROVISÓRIA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO	10
1.1 Da Tutela Cautelar e sua Aplicação no Processo Penal	10
1.2 A inclusão das medidas liberatórias à luz da atual Constituição Federal.....	12
1.3 Os Requisitos para identificação no banco de dados dos mandados de prisão.....	14
1.4 Ampliações do rol de medidas cautelares alternativas à prisão, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal.....	18
CAPÍTULO II – MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/11	22
2.1 O Conflito entre as prisões cautelares e as medidas liberatórias	22
2.2 Os meios de aplicabilidade da lei 12.403/11 e os fatores negativos da referida norma.	28
2.3 A Eficiência das Medidas Liberatórias e a influência da teoria da proporcionalidade na efetivação da liberdade do acusado	30
CAPÍTULO III – BENEFÍCIOS E CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS CAUTELARES NOS CRIMES	36
3.1 Os benefícios causados pela nova lei de Medidas Cautelares	36
3.2 Análise Crítica da Lei 12.403/11	40
3.3 Os benefícios encontrados quando se utiliza a pena não superior a quatro anos.....	44
3.4 As consequências dos artigos alterados frente a uma constituição garantista.	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

Apesar da grande importância do Código de Processo Penal Brasileiro vigente, aos 70 anos em vigor, mostram-se necessárias algumas mudanças em detrimento da constante evolução da sociedade. Deste modo, o presente trabalho tem por finalidade destacar o surgimento da lei ordinária das medidas cautelares Lei 12.403/2011 bem como sua tamanha relevância e urgência para dar um suporte maior aos casos penais. Trataremos de uma mudança social na estrutura processual penal Brasileira.

Além do mais, o tema é bastante polêmico e não restrito a seara penal, visto que pode haver várias outras formas de aplicação do processo penal como um todo ainda não observado e que deverão ser detectadas e apontadas para uma melhor solução do caso de medidas cautelares na atual constituição.

Vale ressaltar ainda que, antes da nova lei, existia um vácuo em determinar o futuro do preso temporário que, por muitas vezes, esperava muito tempo para ter o seu futuro definido sem uma sentença transitada em julgado. O detalhe é que aguardava preso.

O primeiro capítulo trará um breve relato, mostrando que as medidas diversas da prisão irão beneficiar os presos indiciados e acusados, não ficando restrita da sua liberdade, a autoridade policial escolherá à medida que melhor lhe aprouver sempre usando o binômio necessidade e adequação, a tutela cautelar e sua aplicabilidade, a inclusão das medidas liberatórias mediante a interpretação da constituição, o banco de dados dos mandados de prisão, e toda a ampliação do rol de medidas cautelares alternativas a prisão, conforme o artigo 319 do código de processo penal, realizando uma análise valorativa acerca das condições pessoais do agente, gravidade do crime e circunstâncias fáticas criminosas.

O segundo capítulo irá discutir as mudanças e modificações trazidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Enfocar o conflito entre as prisões cautelares e as medidas liberatórias, os meios de aplicabilidade da lei e os fatores negativos da referida norma. A Eficiência das Medidas Liberatórias e a influência da teoria da proporcionalidade na efetivação da liberdade do acusado.

Por fim, concluindo o terceiro e último capítulo, esse trabalho tem como propósito, demonstrar que as medidas cautelares vieram pra afrouxar a rigidez legal e estabelecer novas metas com concessões de benefícios substitutivos da prisão. Isso tudo, porém com a conscientização do infrator que deverá assumir uma postura de comprometimento social. Diante de um procedimento mais rápido, com menos burocracia e menos espera com os trâmites legais e processuais.

Os benefícios e consequências das medidas cautelares nos crimes, os benefícios encontrados quando se utiliza a pena não superior a quatro anos, as consequências dos artigos

alterados frente a uma constituição garantista, Os benefícios causados pela nova lei de medidas cautelares.

Esta pesquisa, irá mostrar a busca pelo princípio da não culpabilidade, juntamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, que sejam aplicados conforme a técnica da interpretação da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, junto com a lei 12.403/2011 e o então código de processo penal de 1941.

O presente trabalho pretende analisar quais são os pontos mais benéficos desta lei para cada aplicador do direito, qual a interpretação a ser feita dos magistrados acerca desta lei em comento, qual será a aplicabilidade quando a norma abrir discussões e ideias próprias a cada operador do direito.

No primeiro capítulo, abordar-se-á sobre as medidas cautelares diversas da prisão provisória, uma vez que a aplicação desta medida deve ser excepcional. No segundo capítulo, o tema será as modificações trazidas pela Lei nº 12.403/ 2011 e o aparente conflito existente entre as medidas cautelares e as medidas restritivas de liberdade, analisando a eficiência e a aplicabilidade daquelas. Por fim, o terceiro o capítulo abordará os benefícios trazidos pela referida norma legal e uma análise crítica sobre a mesma.

10CAPÍTULO I – MEDIDAS CAUTELARES DE CUNHO PENAL. A PRISÃO PROVISÓRIA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO

1.1 Da Tutela Cautelar e sua Aplicação no Processo Penal

Em 05 de maio de 2011 foi sancionada a lei nº 12.403/11, que dispõe sobre as medidas cautelares. Tal norma tramitou dez anos no congresso como projeto de lei (4.208/2001). Esta Lei alterou uma série de artigos e dispositivos, normatizando o assunto e introduzindo conceitos, visto que a prática é recorrente e o processo necessita de uma tramitação prioritária e de medidas provisórias necessárias para a preservação das penas e medidas cautelares.

Não sendo possível admitir-se a existência de um processo penal autônomo, certo mesmo é que, em âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar seja exercida através de uma série de medidas cautelares previstas em nosso código de processo penal e na legislação penal especial, instrumentalizando, quando útil, o exercício da jurisdição.

Pois bem, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, como a futura e possível execução da sanção; além da proteção da própria população, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito (LIMA, 2011).

Com aplicação, de nada valeria, por exemplo, haver uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já estivesse foragido ou em lugar incerto e não sabido; ou garantir a parte o seu direito de produzir prova testemunhal se, ao tempo da instrução criminal, essa testemunha já estivesse morta. Fica evidente que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo (LIMA, 2011).

Com isso, mostra-se a importância da tutela cautelar no processo penal, a qual é inserida independentemente do exercício da ação dessa natureza. Isso não daria origem a um processo cautelar com estrutura procedimental própria, e sim, a medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja durante a fase investigatória, seja no curso do processo.

A objetividade desses provimentos cautelares é a possível demora na prestação jurisdicional, funcionando como instrumentos adequados para evitar-se a incidência dos efeitos avassaladores do tempo sobre a pretensão que se visa através do processo. Diante

11

dessa reforma no Código de Processo Penal Brasileiro, o Magistrado poderá optar: entre a tutela cautelar e a prisão preventiva.

A tutela cautelar, medida diversa da prisão, só se mostra a mais razoável em alguns casos. Este tipo de tutela cautelar é conhecida como medida liberatória. Na sua aplicação sempre dever-se-á utilizar os critérios da utilidade e adequação normativa. Tal possibilidade foi

ampliada com a reforma da lei processual penal. Tal reforma atenta para a garantia dos direitos do indiciado, além da aplicabilidade, eficiência e resultado do processual penal, pois se trata do direito processual penal constitucionalizado com uma visão de garantismo penal.

Como já observava Calamandrei, os provimentos cautelares representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário (CALAMANDREI, 1936, p.20.apud, LIMA,2005, p. 58). Interessante também é o comentário de Eudes Quintino de Oliveira, o qual segue abaixo:

A cultura do povo brasileiro é totalmente favorável à decretação da prisão cautelar assim como do cumprimento da pena em regime de reclusão. A tradição da prisão, talvez com raiz nas ordenações do reino de Portugal, revela que se alguém pratica um crime que lesa sobremaneira a comunidade deve, obrigatoriamente, ser levado à prisão, sem chances de usufruir o direito de liberdade. O pensamento popular circula na faixa da reprovação imediata do ato ilícito, buscando, em primeiro plano, retomar a segurança e, em segundo, reafirmar o exemplo punitivo da segregação. Voz do Povo, voz de Deus, mas não a do legislador pátrio.

Ainda assim, a nova lei seguiu a tendência constitucional preconizada pelo artigo 5º, inciso XLVI, que positiva as penas aplicáveis em nossa legislação e pela posição topográfica, deixando claro que a privação ou restrição da liberdade deverá ser a última opção. Positivaram-se medidas cautelares, ou seja, medidas de cunho judicial que visam resguardar a eficácia e utilidade do processo principal, visando, assim, aplicar apenas excepcionalmente a prisão processual provisória (prisão preventiva e temporária) (ARAÚJO).

Além dessas medidas cautelares não se deve esquecer das medidas de contra cautela, as quais buscam a eliminação do dano provocado pela concessão de medida cautelar funcionando como um remédio em relação às medidas, como acontece com a prisão em

12

flagrante, que tem como substituto a liberdade provisória com ou sem fiança. É bem verdade que, com a entrada em vigor da lei 12.403/11 o legislador procurou dar uma nova disciplina às medidas cautelares no processo penal, porém tais modificações atingiram apenas os provimentos cautelares relativos á liberdade de locomoção do agente (LIMA, 2011).

Contudo, a admissão das medidas cautelares não previstas em no ordenamento brasileiro pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado. Esta liberdade pode

dificultar, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, deixando a cargo do magistrado de primeiro grau a escolha de providências, cujo controle de pertinência e de adequação (além da proporcionalidade, tópico discutido mais a frente) seria muito mais difícil, na medida em que não se sustenta o não cabimento do remédio de *habeas corpus* contra o deferimento de medida cautelar.

1.2 A inclusão das medidas liberatórias à luz da atual Constituição Federal.

Nota-se que as medidas cautelares foram vistas de várias maneiras, políticas e filosóficas a frente dos meios legislativos, uma vez que demorou dez anos para que esse projeto saísse do congresso e fosse realmente sancionado em 2011.

Mas a inclusão das medidas liberatórias consiste em princípios e garantias constitucionais (fundamentais) em verdadeiros limites ao poder punitivo estatal. Não só, quando se fala em garantismo penal; o escopo é maximizar a tutela dos direitos e dos valores que sustentam o estado constitucional e humanista de direito (GOMES).

Outra questão que vem sendo o cerne de discussões trata-se de uma leitura voltada aos princípios fundamentais e em consonância com a releitura da teoria geral do direito. Pode-se exemplificar, com o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade que se encontra implícito nas medidas cautelares. O artigo 514 do anteprojeto do Código de Processo Penal Brasileiro, v. g., somente admite as medidas cautelares “como meio absolutamente indispensáveis para assegurar os fins da persecução criminal e da reparação civil”. Tal preceito traduz o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, cuja análise será feita em momento oportuno (BRASIL, 2011).

Todas as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição Federal, conforme a teoria da supremacia da Constituição, adotada por Konrad Hesse, para que não seja declarada inconstitucional, tanto pela sua forma de edição, inconstitucionalidade formal, quanto pelo seu conteúdo, à denominada inconstitucionalidade material (HESSE, 2002. p. 34).

13

Partindo dessa premissa irá surgir a importante hierarquia das normas, encontrando-se no ápice a norma hipotética fundamental, consoante os ensinamentos de Hans Kelsen. A Constituição Federal, e posteriormente as leis complementares que têm uma maior rigidez na sua elaboração por exigir um quórum da maioria absoluta, em dois turnos de ambas as casas do Congresso Nacional, e seguirá assim por diante.

Pois bem, em virtude do objeto deste trabalho não ser específico às espécies normativas, a sua exposição se tornaria exaustiva e supérflua por fugir do foco central do nosso estudo sobre as medidas cautelares. Porém, vale analisar o caráter de concretude que a Carta Magna exerce, especialmente, nas leis infraconstitucionais, em especial o Código de Processo Penal.

O meio mais apropriado para que se observe se os ditames dados pela Constituição Federal estão sendo respeitados, é o controle de constitucionalidade, meio criado pelo legislador constituinte originário de 1988, onde oferece mecanismos que sujeitam os atos normativos a averiguação de legalidade.

As anotações anteriores são de grande importância, ao passo que estas garantias protegem toda a sociedade de qualquer desvirtuamento que possa vir a ser realizado pelo Poder Legislativo. Estas garantias foram trazidas de forma expressa na nossa “Lei Maior” e, conseqüentemente, deve a legislação processual Penal, recepcionada como uma “Lei Ordinária”, programá-las e estar em conformidade com esta “Lei Maior”. Para corroborar este entendimento, interessante frisar as palavras do ilustre jurista Grandinetti Carvalho: “Todo homem deve ser presumidamente inocente até que tenha sido declarado culpado, por sentença transitada em julgado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei” (CARVALHO, 2006. p. 155).

Ao trazer o princípio da presunção de inocência, o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal garantiu uma série de prerrogativas ao indivíduo, tais como: o tratamento digno durante toda a instrução criminal, conceber que o ônus da prova não fica a cargo do acusado, e sim, da acusação, como também deverá ser declarada a absolvição do acusado em caso de inexistência de elementos necessários a sua condenação, pois em caso de dúvida deverá ser o réu absolvido, *in dubio pro reo*. Pontos que passam a ser aplicados, de forma mais efetiva, com ajuda da codificação penal.

A partir dessa importância da codificação penal, para maior garantia do indivíduo, ideologia defendida pelos iluministas, vários reinos europeus trouxeram expressamente algumas mudanças legislativas, dentre elas: (a) a obrigatoriedade da defesa de ofício; (b) a

14
publicidade e a oralidade passaram a ser a tônica procedimental; (c) a necessidade de o juiz indagar sobre provas favoráveis ao acusado; (d) os interrogatórios deviam ser feitos na presença de duas pessoas; e por ser este o eixo central dos sistemas processuais penais imediatamente anteriores (ordálias e Inquisição), (e) a presunção de culpa foi substituída pela presunção de

inocência e, em decorrência disso, as hipóteses de medidas cautelares foram restringidas de forma significativa (MORAES, 2010. p. 73).

De tal forma que sem nenhuma aplicação das medidas cautelares o legislador achou por bem trazer novas e eficazes medidas acautelatórias aos indiciados e acusados. Porém, a maior dificuldade pode ser observada na prática forense, onde nem sempre se caminha do jeito que a lei manda, sendo as normas consideradas como “letras mortas ou doentes engessadas”.

Destarte, seria possível analisar a aplicação em conjunto do Código de Processo Penal e a Constituição da República Federativa do Brasil, dando valor atributivo e comparativo interpretando as duas normas. Observe-se este exemplo: A presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro, o devido processo legal, junto às medidas cautelares e liberatórias, que entraram em vigor com a referida norma; pois aqui no Brasil, a fase de investigação tem natureza administrativa e admite inúmeras providências cautelares. Mas há uma dificuldade que prejudica a investigação, que fica sem a devida movimentação e aplicação das cautelares e liberatórias: todas as medidas dependem de autorização judicial.

1.3 Os Requisitos para identificação no banco de dados dos mandados de prisão.

Menciona o artigo 289 – A do Código de Processo Penal, que visa à criação de um banco de dados, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça a fim de constar os mandados de prisão expedidos em todo o país. Vale salientar que é de suma importância o artigo, facilitando assim a busca por condenados que estão em lugar incerto e não sabido.

Artigo 289 – A. O Juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo conselho Nacional de justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no conselho nacional de justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

15

§ 3º A Prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao Juízo que a decretou.

§ 4º O Preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do artigo 5º da constituição federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do artigo 290 do atual código de Processo Penal.

Analisando a legislação processual penal, sobretudo, o Código Penal, com a nova mudança do Código de Processo Penal, hoje já em vigor, poderá a autoridade policial registrar os mandados de prisão no Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado com a emenda 45/2004 é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação jurisdicional.

Assim como foi criado um banco de dados para as ações cíveis, na mudança do CPP, foi criado um banco de dados de mandados de prisão do conselho nacional de justiça, a ideia é óbvia; o legislador quis unificar, em um único sistema, todos os mandados de prisão expedidos no país, sendo possível o seu cumprimento por qualquer agente público no exercício da função, inclusive todo o território brasileiro por extensão (artigo 5º, do CP). Conforme é claro o caput do artigo 289 – A, do CPP.

Pois bem, é de inteiro teor constitucional que o banco de dados faça uma triagem acerca dos mandados e separe os mandados de captura e os de prisão cautelar, pois nunca se deve esquecer do princípio da presunção de inocência, e dos direitos fundamentais como a honra, intimidade e imagem, havendo uma separação criteriosa acerca da condenação definitiva dos outros mandados citados acima.

Os agentes públicos responsáveis pelo cumprimento destes mandados são os agentes da Polícia (Civis, Militares ou Federais) e do Poder Judiciário (Oficiais de Justiça). Mas não se pode esquecer que quem expede o mandado de prisão será o magistrado. A polícia, em se tratando no caso das prisões cautelares, nunca poderá prender sem ordem escrita fundamentada de um juiz. Para que as prisões preventivas sejam efetivadas, seria importante sempre existir uma perfeita harmonia e troca de informações entre as polícias e o Poder Judiciário(art. 311, Lei 12.403).

A prisão sendo com o registro fora da comarca, vem destacando o parágrafo 1º do artigo 289 – A do CPP, expressamente, que qualquer agente policial poderá realizar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do magistrado que a expediu. Porém, a prisão com registro fora da

16
comarca, mas sem registro no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, por circunstâncias operacionais ou humanas, também poderá ser realizada, mas deve ser observada a regra do parágrafo 2º do artigo 289 – A, do Código de Processo Penal.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a

decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

Na hipótese prevista no parágrafo 2º, do referido artigo, que trata da prisão com base em mandado sem registro no Conselho Nacional de Justiça, há especial ressalva para que o agente policial só efetue a prisão após adotar as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e, após prender, deve comunicar ao juiz que a decretou para que regularize o registro do mandado, com baixa, no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça. Ressalta-se que é atribuição e responsabilidade do magistrado que expediu o mandado de prisão, regularizar o registro no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça.

Já na hipótese do § 1º, do referido artigo, o cuidado com a verificação da autenticidade, por parte do agente policial, é dispensado, pois todos os cuidados já foram aferidos pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, ao efetuar a confirmação do registro feito pelo magistrado (GOMES, 2011).

É de fundamental importância a participação e empenho de todos os juízes do país na alimentação do banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, em tempo real, para o perfeito e fiel cumprimento do sistema de segurança aplicado nas medidas cautelares.

Se esta medida for aplicada com responsabilidade, será possível identificar os mandados cumpridos, pendentes de cumprimento e os posteriormente cumpridos, no nosso país. Isso acarretará uma pesquisa acerca da quantidade de decisões judiciais ainda pendentes de cumprimento e a efetividade da atuação e trabalho dos policiais. Em posse destes dados, o Estado poderá buscar soluções para melhor prevenir e reprimir os conflitos com a lei de crimes que ensejem prisão.

A lei foi criteriosa trazendo a palavra imediatamente, no § 3º do art. 289 – A, do CPP. Mas qual é o real significado dessa palavra? Luiz Flávio entende que imediato significa de pronto, de plano. Em outras palavras, assim que a prisão estiver formalizada pela autoridade policial, esta tem o dever legal de comunicar ao juiz de plano, independentemente do horário, do local, do motivo da prisão.

Pois bem, a avaliação da legalidade e constitucionalidade da prisão recém-efetivada deve ser imediata. Para isso, sempre em qualquer comarca do Brasil, deve existir um

17

magistrado de plantão. Compete ao poder Judiciário, no plano administrativo, organizar seus recursos humanos para viabilizar o controle imediato de toda e qualquer prisão (GOMES, 2011).

A Constituição Federal do Brasil traz em seu conteúdo as regras necessárias para assegurar a todos os princípios da ampla defesa, do contraditório e do acesso à justiça. Sabendo-se que a maioria dos clientes na seara penal são desprovidos de recursos.

Eis a defensoria pública com seu papel fundamental. Sua atuação encontra arrimo no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil traz o direito do preso a ter a defesa técnica ainda na fase policial, desde o momento da prisão em flagrante: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

O parágrafo 4º é uma mistura do novo artigo 289-A com o artigo 306 do Código de Processo Penal, em vigor atualmente, com o inciso LXIII do artigo 5º da nossa carta magna. A comparação irá mostrar a diferença na forma como a comunicação se dará. A regra do § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal determinava o envio de cópias do flagrante para a Defensoria Pública. Tivemos, na prática, uma discordância no cumprimento da disposição, pois tanto as delegacias quanto a defensoria não possuem este tipo de verba para custear o envio e recebimento. Neste ponto, a Lei ficou sem ter aplicação por falta de verbas.

Esta situação foi resolvida, do ponto de vista da não aplicabilidade da norma, com a entrada em vigor do § 4º do artigo 289 - A, a lei apenas afirma; ‘será comunicado a “Defensoria Pública.”. Pondo fim a análise do banco de dados, havendo dúvida sobre a legitimidade e identidade do réu custodiado aplica-se o § 2ª do artigo 290 conforme expressa o § 5ª do artigo 289-A do Código de Processo Penal.

Na interpretação dessa regra, dentro do art. 290, existe um fundamento para a custódia. Diz a regra que se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente a autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará a remoção do preso. Temos uma fuga, uma perseguição e uma prisão tumultuada. Natural que se verifique tanto do executor da prisão quanto da pessoa presa. Até que se ultime essa verificação, por se tratar de um preso em longa fuga, de comarca a comarca, até poderíamos aceitar a manutenção da custódia, desde que a verificação da identidade seja rápida.

Outra situação é a aplicação da custódia para verificação fora do contexto do art. 290. Temos uma odiosa hipótese de prisão *ex lege*, repudiada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tem-se a prisão em flagrante delito, pré-cautelar, como fundamento da prisão se um crime estava sendo cometido ou logo após a sua realização. É por essa razão que a prisão se sustenta independente da confirmação do agente. Ainda que se aceite a possibilidade de manter uma

pessoa presa até que se verifique a sua identidade, reafirmamos agora que o fato deve se dar de forma célere.

Trata-se de prisões feitas em diversos locais do país com base em registro de mandados de prisão documentados no Conselho Nacional de Justiça. Em regra, a legalidade do mandado e sua autenticidade já foram confirmadas. O Conselho Nacional de Justiça apenas deverá disponibilizar em seu sistema mandado de prisão já confirmado. Não se manda prender pessoa indeterminada. O mandado de prisão deve possuir as características necessárias para viabilizar a identificação da pessoa que se deve prender (GOMES, 2011).

1.4 Ampliações do rol de medidas cautelares alternativas à prisão, conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal.

A nova legislação já em vigor há certo tempo traz relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art.319, CPP):

Lei 12.403/11, Capítulo V, Das outras Medidas Cautelares, Artigo 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 CP) e houver risco de reiteração;

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

19

IX – Monitoração Eletrônica.

§ 1º (Revogado)

§ 2º (Revogado)

§ 3º (Revogado)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do capítulo VI deste título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

As ampliações do artigo citado se explicam facilmente. É que, agora, assumiu-se a natureza cautelar de toda a prisão antes da transito em julgado; junto a isso, ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares.

Compreendendo as espécies de provimento cautelar, vale ressaltar que tais medidas jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação está condicionada à presença do “fumus comissi delicti” e de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. A propósito, o art. 282, inc. I prevê que as medidas cautelares previstas no título IX do Código de Processo Penal deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; O comparecimento em questão poderá ser fixado a critério do juiz, de acordo com o caso concreto, pois determinadas situações que vão exigir do judiciário um acompanhamento mais cuidadoso do indivíduo que cumpre a medida cautelar.

Essa medida não é novidade no processo penal, já sendo comportada nos casos de suspensão condicional do processo, figurando como uma das condições para a aceitação do citado benefício (art. 89, Lei 9099/95).

A 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(art. 319, II, Lei 12.403/11). Vejam bem, esse dispositivo é totalmente genérico, pois trata de determinados lugares, não especificando quais, o que poderia ou deveria ter sido feito, tendo em vista tratar-se de medida cautelar. Pois bem, caberá ao juiz adequar a medida ao caso concreto. O exemplo, vedando o acesso do indiciado a bares, shows ou estádios de futebol, sempre tomando por base o fato de que a medida cautelar tem uma finalidade preventiva, a prática de novas infrações criminais pelo indiciado. O difícil é saber que a fiscalização ficará a cargo das polícias que receberão ofícios das varas criminais para cumprir essa fiscalização o que destarte é pouco provável tendo em vista o contingente policial.

20

Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante(art. 319, III, Lei 12.403/11).; Na nova lei de prisões o legislador tratou da presente medida pelos fatos

determinados. Certamente essa medida será aplicada em crimes contra a honra, a pessoa e grave ameaça.

Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução(art. 319, IV, Lei 12.403/11). Há essa medida será aplicada em substituição a prisão preventiva, quando haja a necessidade ou a conveniência para a investigação ou a instrução criminal. O que de fato o indivíduo pode se ausentar do município onde reside, desde que não se ausente da comarca de seu domicílio, isso vale ser lembrado, pois algumas comarcas são compostas de vários municípios.

Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos(art. 319, V, Lei 12.403/11). Isso deve ocorrer no período noturno a partir das 18h00min e nos dias de folga todo o dia, sempre o acautelado tendo residência e trabalho fixo. Tal medida é diferente da prisão domiciliar que será abordado em momento oportuno, pois a prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva, sendo de caráter mais severo que a medida de recolhimento.

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(art. 319, VI, Lei 12.403/11). Pois bem, essa medida visa à suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e não perda que é de caráter definitivo, só sendo admitida após o trânsito em julgado de sentença judicial.

O legislador prevê a suspensão para que haja justo receio da utilização da função pública. O exemplo de Peculato, o diretor de uma instituição bancária que vinha praticando condutas que, a princípio configuram crimes financeiros.

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(art. 319, VII, Lei 12.403/11).; Mas uma medida cautelar, é uma medida de segurança provisória que é um acumulativo de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando a perícia atestar que o agente é imputável ou semi-imputável, ou seja, a medida só poderá ser aplicada após a realização da perícia, conforme nos mostra o parágrafo ora comentado. Em se tratando de crime com violência ou grave ameaça à pessoa, demonstra uma maior periculosidade, dado estas circunstâncias cabe à internação cautelar.

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(art. 319, VIII, Lei 12.403/11).; Realmente, não podemos seguir tal entendimento do

legislador ao prever a fiança como medida cautelar, pois o instituto da fiança trata-se de verdadeiro benefício penal. Pois bem, não podemos pensar em substituir uma prisão preventiva com requisitos por pecúnia.

Isso será abordado em conformidade com a reforma do CPP no § 4 do artigo 319 podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. Por fim, a monitoração eletrônica (IX) desde que devidamente aplicada pelo estado, sendo controlada e aperfeiçoada será uma das medidas cautelares mais eficazes.

Criada no Brasil para aplicação aos indivíduos condenados, monitorados eletronicamente em casos de saída temporária e prisão domiciliar, o instituto é agora também adotado como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

CAPÍTULO II – MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/11

2.1 O Conflito entre as prisões cautelares e as medidas liberatórias

A nova legislação traz relevantes alterações entre as prisões, liberdade provisória, inserindo inúmeras alternativas ao cárcere. É que, agora, assumiu-se a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso se ampliou o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares.

A expressão liberdade provisória somente foi mantida em razão de seu inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no artigo 5º, LXVI, a dizer que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A primeira crítica das novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo após a condenação transitada em julgado, a prisão a ser aplicada não será perpétua e sim sempre provisória (OLIVEIRA, 2011).

Sempre até prova em contrário o réu é presumidamente inocente, em virtude dos vários termos dados ao princípio da presunção de inocência, é pacífico a aceitação por parte da doutrina das nomenclaturas de estado de inocência ou da não culpabilidade, possuindo o mesmo significado, afirmando que todo e qualquer acusado são presumidamente inocentes, salvo seja declarado culpado em sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, tendo fundamentação e amparo legal no artigo 5º, inciso LVII, Constituição originária.

O princípio da não culpabilidade surgiu com o intuito de impor ao poder público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado. A primeira que no ato persecutório, o réu não sofra qualquer subtração de sua liberdade pessoal fundada unicamente na possibilidade de condenação. E a segunda, em relação aos elementos probatórios, impõem que o ônus da prova é dever da acusação e não do acusado, pois o indivíduo é presumivelmente inocente desde a sua concepção (NICOLITT, 2006, 101-102).

Em relação à primeira das imposições, para haver uma exceção à regra, contudo, é imprescindível que o estado (acusação), comprove de maneira cabal e clara, ao Estado (juiz),

a existência do fato e à sua autoria a responsabilidade do acusado, além dos requisitos legais que fundamentam a restrição da liberdade do acusado.

O estado de inocência exerce função relevante na proteção dos direitos do acusado, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado tenha caráter excepcional, além de impor a necessidade da existência de uma ordem judicial devidamente motivada. Assim, proíbe-se a antecipação dos efeitos de uma possível condenação, salvo quando fundada em razões de relevante necessidade, relacionadas com a tutela de efetividade do processo ou da garantia de aplicação da lei penal ou para garantir a ordem pública ou econômica.

Não se pode mascarar o ponto polêmico oriundo da possibilidade da autoridade policial, no inquérito policial, realizar o indiciamento do acusado com insuficiência de prova da materialidade ou da autoria. Tal ato é caracterizado pela formalização da situação do investigado, o que lhe restaria reclamar a presença de justa causa, requisito da ação penal, mas que se aplica ao inquérito policial, haja vista o indiciamento afetar a situação jurídica de inocente do indiciado.

Analisando tal questionamento, o Supremo Tribunal Federal coloca que urgente se faz a existência de justa causa para que possa vir à autoridade policial realizar o indiciamento do indivíduo, pela consequência prejudicial oferecida por tal ato.

EMENTA: I. Habeas corpus: admissibilidade: trancamento de inquérito policial. Trata-se de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o Habeas corpus, dado que de um ou outro possa advir condenação à pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia ser viciada pela ilegalidade contra a qual se volta à impetração da ordem. II. Crime material contra a ordem tributária (L. 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo: precedente (HC 81.611, Pleno, 10.12.2003, Pertence, Inf. STF 333).

É necessário esclarecer o conflito entre as prisões e as medidas liberatórias, uma vez que ambas exercem o mesmo papel e a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal.

As medidas liberatórias podem ser impostas sem haver prisão em flagrante (artigo 282 parágrafo 2º do Código de Processo Penal), pois não era o que acontecia anteriormente, só haveria liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito, como

medida cautelar. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na fase processual.

As prisões cautelares do sistema de 1941 a 2011, no Código de Processo Penal de 1941, que foi inspirado no fascismo, à prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A Prisão era convertida automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para ser convertida em prisão preventiva. A Liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória. (Código de Processo Penal, artigo 310, na sua redação original) (OLIVEIRA, 2010. P, 501).

De acordo com a legislação atual o réu (indiciado) é presumivelmente inocente, de acordo com nossa carta magna a presunção de inocência é uma regra de tratamento, antes da mudança o artigo 393 que fora revogado pela lei 12.403/11, dizia expressamente que ser o réu preso ou conservado na prisão e o inciso II e o mais gritante, ser o nome do réu lançado no rol dos culpados:

Artigo 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – Ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – Ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Os efeitos da prisão anterior ao trânsito em julgado (conforme. art. 393 do Código de Processo Penal) antes da mudança ofendiam ao princípio da presunção de inocência. Por se tratar de matéria de presunção de inocência, vieram ao efeito da presunção de inocência sobre as regras de distribuição do ônus da prova. Observe-se o que diz o artigo 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Com a Lei 11.719/08, deu ênfase ao artigo 387 o juiz deve levar as circunstâncias apuradas durante toda a fase de instrução criminal, para aplicação da pena. Essa evolução constante no Direito processual Penal deve continuar existindo, mas junto com políticas públicas preventivas a prática de crimes e infrações por delinquentes, o estado investindo antes dos acontecimentos, diminui a criminalidade no país:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

25

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

A Lei 11.719/08 revogou o artigo 594 e esqueceu-se de revogar o 595. Dizia o art. 594 do Código de Processo Penal, “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

E quem era o indiciado que se livra solto? Surgiu a lei 9.099/95 com a transação penal, conforme explicita o artigo 44 do Código Penal, direito subjetivo de liberdade, pois as penas de detenção são sempre inferiores a 4 anos, pena de até 4 anos substituída pela pena restritiva de direitos. Tem-se como exemplo o furto simples (art.155 do código penal), onde a pena e de reclusão de um a quatro anos.

E qual o prazo do flagrante? A Lei é omissa em prazo de flagrante, auto de prisão em flagrante, diz genericamente o artigo 46 do Código de Processo Penal. “O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de cinco dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial.”

Quanto à liberdade Provisória a Lei 8.072/90 de crimes hediondos, redação original vedava a liberdade provisória com ou sem fiança, do auto de prisão em flagrante até a denúncia decorria-se 8 (oito) dias, após a denúncia o preso continuava no seu estado de flagrância, ou seja, permanece preso até a sentença, prisão essa decorrida de flagrante.

Os advogados requeriam a liberdade provisória prevista no art. 310 parágrafo único. Mas os magistrados, costumeiramente, negavam, fundamentando que é “contra legem”. Com a mudança trazida pela Lei 11.464/06 altera a lei de crimes hediondos permitindo a liberdade provisória. A nova lei passa a exigir do juiz que ele se manifeste o quanto antes ou concede a liberdade provisória ou decreta a prisão preventiva, essa foi à alteração importantíssima feita no artigo 310 do código de processo penal.

Mas o conflito entre as prisões cautelares e as medidas liberatórias é extenso, pois a prisão em flagrante e prisão preventiva somente ocorrerá em casos raríssimos. Isto poderá aumentar a impunidade frente ao sistema acusatório, visto que apenas os mais graves crimes existentes em nosso ordenamento jurídico teriam a aplicação da prisão. Para a maioria dos juristas isso é bom, pois é um avanço na seara processual penal. Já para a população não, pois gera a impunidade frente aos delinquentes que só serão presos por crimes mais graves, os com penas até 4 anos serão postos em liberdade.

Diante do exposto, pose-se invocar o artigo 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, onde menciona que o membro do parquet, o Ministério Público é função institucional do membro: I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Isso importa dizer que o dono da ação penal é o titular da mesma, prestando contas ao sistema acusatório, não sendo cabível advir do sistema inquisitorial. A nova lei dá um legado ao delegado de polícia, que pode conceder fiança, podendo trazer a sensação de impunidade relativa aos crimes e delitos.

Mas a lei vem socorrer àquele cidadão que em um momento de fraqueza e ímpeto veio a cometer um crime, um cidadão que tem uma linha de conduta limpa sem maiores deslizes. Isso porque não é só “bandido” que comete o crime, o pai de família, o trabalhador, também pode delinquir. Em se tratando em estado democrático de direito, devemos primar sempre pela recuperação e não pela punição, pois essa é a bandeira que o supremo defende os direitos e garantias fundamentais.

Não se esquecendo nunca que a regra é a liberdade do indivíduo, essa lei não veio excluir do ordenamento jurídico a prisão e sim ponderar a respeito da gravidade do fato e do possível dever de cumprir a pena, pois o que bitola a prisão é o princípio da proporcionalidade. Mas o que é proporcional? É aquilo que evita o excesso, isso é o norte da prisão processual no Brasil, a prisão cautelar serve para resguardar os bens e características envolvidas no processo, a bem dos interesses do processo e da segurança jurídica.

A redação contida no artigo 312 do código de processo penal no qual se encontram emoldurada as hipóteses de decretação. O Conflito entre a Prisão preventiva e as medidas cautelares diversas (GOMES, 2011).

A redação do caput do art. 312, no qual se encontram emolduradas as hipóteses de decretação, manteve-se íntegra: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.” Porém, criou-se um parágrafo prevendo a possibilidade de prisão

preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Mas quais são estas “outras medidas cautelares”?

As diversas da prisão, previstas no novo art. 319 do CPP, aplicadas isoladas ou cumulativamente, a saber:

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.

Segundo dispõe o novo art. 321, quando ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, se for o caso, e observados os seguintes critérios, conforme aborda o doutrinador Renato Lima:

Previstas no novo art. 282 do Código de Processo Penal.

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 à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Quanto à legitimidade para a decretação, prevê o parágrafo segundo do novo art. 282 do CPP: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício

ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do

Ministério Público.”. Outra limitação à prisão preventiva, consta do parágrafo sexto do novo art. 282, que prevê a decretação da medida privativa de liberdade (prisão preventiva) somente quando não for cabível a sua substituição pelas novas medidas cautelares acima dispostas (LIMA, 2011). Isso Significa dizer que o magistrado deve, em primeiro instante, perceber se estão presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 cumulados com o art. 313 e seus respectivos incisos; se não for caso de decretação da prisão preventiva, deve verificar os fundamentos e hipóteses de decretação das medidas cautelares do art. 319 e, sendo o caso, decreta-a a prisão. Caso haja o descumprimento da medida cautelar imposta, poderá ser convertida em prisão preventiva conforme o art. 312 do código de processo penal (LIMA, 2011).

Outro Problema era o artigo 311 do código de Processo penal, onde trata da legitimidade da prisão preventiva, antes da mudança vinha de ofício, mediante representação policial (delegado) ou a requerimento do ministério público ou do querelante. Hoje, veio para a fase processual de ofício, mediante representação policial ou a requerimento do ministério público ou querelante. Eis as palavras dos ilustres doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Antonni: “Quando houver ‘periculum in mora’ que é a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Também quando houver prova do crime e indícios suficientes de autoria “fumus boni iuris”(TÁVORA, 2012).

O Juiz decreta durante a ação penal de Ofício e o Juiz pode decretar tanto a requerimento no inquérito policial, quanto durante o processo em si.

2.2 Os meios de aplicabilidade da lei 12.403/11 e os fatores negativos da referida norma

A lei 12.403/11 foi criada com o intuito de reduzir o número de presos provisórios no país, pois os governos não querem atrair gastos na construção de novos presídios (isso tudo porque é uma medida contra política e que dificilmente rende votos). Por isso, adota-se a medidas que soltem os presos e evitem a prisão preventiva, independentemente de serem ineficazes e a sociedade ficar mais ainda a mercê dos criminosos. Pois bem, é importante mencionar algumas das alterações ocorridas e os fatores negativos da referida norma.

Antes do surgimento dessa lei, quando alguém praticava um crime, destes comuns que ocorrem a todo instante em nossas cidades (exceto os chamados crimes de menor

potencial ofensivo, de pena até dois anos Lei 9.099/95), como um furto, um estelionato, uma receptação, um porte ilegal de arma, um cárcere privado, formação de quadrilha dentre outros.

Se estivesse em situação de flagrante, o acusado seria preso e autuado em flagrante pela autoridade policial, sem direito a fiança na delegacia, permanecendo preso em flagrante, até a apreciação do juiz, que poderia posteriormente manter a prisão, se, por exemplo, fosse um agente teimoso na prática de delitos, para preservar a prova ou houvesse a possibilidade de fuga (um dos requisitos da prisão preventiva).

Pois bem, agora a autoridade policial, nestes mesmos casos, efetua a prisão em flagrante do acusado, mas agora foi dada a competência para arbitrar fiança imediatamente, uma vez que a lei permite que o delegado arbitre fiança aos crimes de pena máxima até quatro anos, salvo se o acusado for reincidente, para que o acusado responda ao processo em liberdade.

Diante disso, é possível que se passe uma maior sensação de insegurança, pois o delinquente é colocado imediatamente em liberdade, saindo da delegacia junto com a vítima e os policiais autores da apreensão, voltando às ruas ao convívio social. O ponto negativo desta situação é que o delinquente pode voltar a delinquir.

Outra importante mudança é sobre a prisão preventiva prevista no código de Processo Penal, que antes era possível esta modalidade de prisão provisória para os crimes dolosos punidos com reclusão e detenção, preenchidos determinados requisitos, independente da quantidade de pena, salvo se fosse crime de menor potencial ofensivo. Agora, houve uma restrição a esta modalidade, pois a prisão preventiva doravante apenas cabe nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 anos, salvo se o acusado for reincidente, casos de violência doméstica e familiar e quando houver dúvida sobre a identidade do acusado.

E a lei ainda diz que a prisão preventiva será aplicada apenas em último caso e poderá o juiz substituir a prisão em flagrante pelas chamadas medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva, que são elencadas no art. 319 do código de processo penal. Em outras palavras, a prisão em flagrante do acusado será substituída por medidas restritivas de direito, como comparecimento em juízo, recolhimento domiciliar, proibição de ausentar-se da comarca, monitoração eletrônica dentre outras citadas no artigo acima.

Também a prisão domiciliar contida em artigo próprio 318 do código de processo penal, e também a própria fiança, que agora pode ser concedida em quase todos os crimes, com exceção do crime de racismo e dos crimes hediondos e parecidos e quando houver as hipóteses da prisão preventiva.

Ou seja, vai acontecer na prática a manutenção da prisão do acusado ocorrendo apenas em casos mais graves, como homicídio qualificado, estupro, tráfico de drogas, latrocínio, o que, provavelmente, aumentará a sensação de insegurança. Isso sem considerar que as medidas

cautelares substitutivas da prisão dificilmente serão fiscalizadas (recolhimento domiciliar e afastamento de determinada pessoa etc.), situação que traz ainda mais desânimo aos operadores do direito da seara penal, especialmente os encarregados de atuar na defesa da sociedade civil.

Tendo em vista que a prisão preventiva não tem finalidade punitiva, mas uma finalidade de prisão cautelar, que é de preservar a tranquilidade pública, proteger a prova e evitar a fuga do indiciado, o fato é que muitas vezes apenas a prisão provisória do acusado é que traz uma sensação de segurança à sociedade.

Diante de tais pontos negativos expostos, resta aos operadores do direito esperar que a política criminal adotada atualmente, preocupe-se, de fato, em esvaziar as superlotadas penitenciárias brasileiras. Mas também que não se deixe de adotar uma política criminal com foco não só na ressocialização, mas também na defesa da sociedade e à tranquilidade social.

Espera-se que realmente nosso sistema acusatório, olhe um pouco mais para a nossa Constituição da República Federativa do Brasil e aplique os princípios inseridos em nossa Carta, afim de que se possam garantir os Direitos Individuais, os princípios fundamentais, e os direitos e garantias fundamentais. Respeitando acima de tudo a dignidade da pessoa humana, olhando caso a caso pelo primado da garantia a ordem pública o respeito e a segurança jurídica.

2.3 A Eficiência das Medidas Liberatórias e a influência da teoria da proporcionalidade na efetivação da liberdade do acusado

O Princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal, mas não está ausente da mesma, pois está implícito. Não há como negar sua fonte material na própria Constituição Federal, estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal. “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV) (LIMA, 2011).

Cabe esclarecer, que o princípio da proporcionalidade foi aplicado pela primeira vez no Direito Penal da Alemanha, em 1875, no julgamento de alguns jornalistas que haviam se obstado a testemunhar, e para quais se pleiteava a aplicação de penas proporcionais em

31
relação aos crimes alvo do processo originário, no qual os jornalistas tinham se recusado a testemunhar (CARVALHO, 2006. p. 31-32).

Mais um pouco adiante, em 1926, houve a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal alemão, processo que apurava a responsabilidade do famoso

político Dr. Hofle, que preso preventivamente, acabou falecendo na prisão. (CARVALHO, 2006)

Da mesma forma como o âmbito de proteção não pode permanecer ilimitado e absoluto, sob pena do direito *prima facie* atingir um nível expansivo tão exacerbado que chegue à sua absolutização, também as restrições não podem ser ilimitadas sob pena de se obter a supressão da norma fundamental. Para isso existem duas formas de limitação para as restrições (MORAES, 2010. P. 130): a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Todavia, ambas as formas de limitação não estão expressas no ordenamento constitucional brasileiro, mas insurge através da própria existência de um Estado Democrático (e Social) de Direito, no qual insere prevalência dos direitos e garantias fundamentais.

A Influência da proporcionalidade como garantia dos direitos fundamentais, tem seu sentido e finalidade voltados para a limitação das restrições. Logo, serve de proteção da norma fundamental para o controle da constitucionalidade em dois níveis distintos, são eles: o destinado ao campo legislativo-abstrato, pelo qual o judiciário verifica se a construção normativa apresentou justificção constitucional, e o segundo, que é o relacionado com a seara da aplicação concreta e execução das leis pelo judiciário e pelo executivo, no caso específico.

No âmbito abstrato, a importância do controle de constitucionalidade das leis pela proporcionalidade se mostra relevante para esse âmbito processual, no tocante à necessidade de controle de constitucionalidade da legislação pelo julgador. Devendo o judiciário se manifestar sobre eventual falta de justificção/legalidade constitucional de uma lei, tanto de modo difuso como concentrado, afastando sua incidência no caso concreto.

O plano concreto, todavia, é maior a ocorrência prática na área processual penal. Neste momento, deverá o julgador examinar a proporcionalidade da aplicação de uma lei, sobre a qual já se tenha feito o primeiro controle, que fora o de nível abstrato.

Desta forma, mesmo uma lei que tenha justificção constitucional correta no plano abstrato da norma poderá, no caso empírico, se mostrar desproporcional em virtude de sua aplicação ser abusiva ou excessiva. Razão esta que se denomina a proporcionalidade também de “proibição de excesso”(MORAES, 2010. p. 312).

32

Mas, sobretudo, unindo a proporcionalidade e a eficiência advinda da lei 12.403/11, a qual será bem aplicada pelos magistrados no contexto atual. Houve um grande espanto e terror pela mídia não especializada que anunciou que, por conta dessa nova lei, quase todos os presos sairiam das prisões brasileiras.

É certo que não é bem assim. Tal pronunciamento causou um aumento do sentimento de insegurança nutrido pela população, contribuindo ainda mais para o sensacionalismo do medo e do terror, incentivando grande parte da população que tem interesse num maior controle social, e, conseqüentemente, na supressão de direitos e garantias fundamentais.

Com um ano de entrada em vigor da lei, pode-se afirmar que, ao contrário do que a mídia anunciou, sequer houve a aplicação que ela mostraria em dizer que seriam postos em liberdade milhões de presos, mas de maneira alguma foram postos em liberdade milhares de presos. Claro e evidente que quem milita no foro sabe que cada caso é um caso e são situações específicas e bem distintas de preso para preso (TÁVORA, 2012).

Pois bem, a referida lei 12.403/11, quando alterou diversos dispositivos do código de Processo Penal, permite agora ao juiz, explorar uma variedade de alternativas, pondo fim aquele sistema bipolar até então ainda existente em alguns fóruns, pois eles só tinham duas escolhas: ou o acusado respondia o processo em liberdade ou respondia o processo preso.

A nova legislação vem ratificar o que dispõe a Carta Magna, onde a prisão é a exceção e a liberdade sendo regra (art. 282, § 6º, CPP “A Prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”). É dever do magistrado decidir pela medida cautelar necessária e adequada para resguardar e garantir o bom e fiel andamento do processo (cautela instrumental), bem como o seu efetivo resultado (cautela final), sem ferir garantias individuais do acusado (TÁVORA, 2012).

Conforme exposto, uma vez reconhecida expressamente a subsidiariedade da prisão preventiva em relação às demais medidas cautelares, todas as prisões deverão ser revistas, de ofício ou a pedido da defesa ou do ministério público, para avaliar se naquela situação em concreto seria possível a sua substituição por uma medida menos gravosa, que cumpra adequadamente a finalidade para a qual foi imposta.

Os juristas críticos desta lei defendem e argumentam que o estado não tem condições de fiscalizar o cumprimento de medidas alternativas à prisão, como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art.319 II), o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art.319, V), ou o monitoramento eletrônico (art. 319, IX), seja por razões econômicas ou crônicas, como falta de servidores, equipamentos etc., o que poderia aumentar a sensação de impunidade.

33

A alteração promovida pelo legislador no sistema de medidas cautelares no código de processo penal, apesar de não ser a ideal, é muito bem vinda, pois adapta, ao menos em parte, o velho código de processo penal aos princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Mas de nada adianta a mudança legislativa, se não houver uma mudança de mentalidade e de cultura. Como se costuma dizer: “É preciso mudar corações e mentes”. Isso porque a sociedade sempre conviveu no sistema da culpa, e ainda não houve mudança no pensamento, no sentido de incorporar à cultura nacional o manto da presunção de inocência, verdadeira conquista civilizatória.

Com isso, corre-se o risco de um incremento de medidas punitivas, que não foi a intenção do legislador ao editar a lei 12.403/11. Teme-se que no dia a dia haja uma proliferação de medidas alternativas à prisão preventiva. Assim, naquele caso em que o acusado respondia em liberdade o processo, em que não se cogitava da decretação da prisão, seja-lhe imposta uma medida alternativa qualquer, totalmente desnecessária. É necessário que o magistrado atue com prudência.

Contudo, é preciso romper com o passado. Vivemos em uma república Democrática com abalos de um estado de exceção. A lei 12.403/11 é uma oportunidade de se viver novas experiências, já que está provado que o sistema até então vigente não atende aos anseios de construção de uma sociedade que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Exemplificando o sobredito, tome-se a situação da área penal para demonstrar uma lei que mesmo sendo abstratamente proporcional poderá ter sua incidência considerada desproporcional diante do caso concreto. Por exemplo, nas situações de crimes de bagatela ou cuja conduta não gere ofensividade penal relevante. Não se discute a justificção constitucional, no plano legislativo, v.g., do crime de furto e sonegação fiscal; porém, se o valor furtado ou sonegado for irrisório, a aplicação da pena seria desproporcional entre a conduta realizada e a consequência jurídico-penal prevista.

É comum, ao analisar o instituto da proporcionalidade sobre a ótica dos direitos fundamentais, que se conceda mais ênfase no estudo dos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista está mais preocupada com âmbito legislativo e o controle da constitucionalidade na produção das normas. Porém, ao trazer o instituto da proporcionalidade para seara processual penal, deve-se ter como já fixados determinados pontos relevantes antes de ingressar no exame daqueles três elementos analisados no âmbito dos direitos fundamentais.

Estes três pontos prévios, no estudo da presunção de inocência, assumem papel importantíssimo. Dentre os três, destacamos: *a existência de norma infraconstitucional*, porquanto nenhuma restrição de liberdade poderá ocorrer no campo processual penal, sem prévia existência de lei que a preveja, como também que ela seja justificada teleológica e

constitucionalmente, ou seja, deve ser fruto de um aceitável equilíbrio constitucional ao menos no campo abstrato da norma. Por se tratar de uma área processual, impõe ainda, que o exame sobre aqueles pontos pressupostos, seja realizado por juiz competente e por meio de decisão fundamentada (MORAES, 2010. p. 312).

Desta forma, o exame da proporcionalidade na área processual penal deve ser realizado levando em conta a existência de pressupostos (legalidade e justificação), dos requisitos extrínsecos (judicialidade e motivação), antes que ocorra o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – equilíbrio ou ponderação – da proporcionalidade *lato sensu*.

É evidente que em tema de medidas cautelares é comum o recurso às expressões latinas: *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *libertatis*), significando a aparência do bom direito e o perigo da demora, valendo também, em matéria penal, o *fumus comissi delicti*, a ser traduzido pela aparência do fato delituoso (PACELLI, 2011).

Sobre tais pontos, cabem algumas ponderações iniciais no âmbito Geral do Processo Penal brasileiro. Primeiramente, há que se observar que, ao contrário do que ocorre no processo de natureza não penal, inexistente no processo penal o processo cautelar propriamente dito, no sentido mais tradicional da teoria geral do processo, a exigir a demanda, partes legitimadas, pedido e demais requisitos da citada tutela cautelar.

Assim, e embora não o povo não esteja de acordo com a opção legislativa, parece irrecusável a validade da legislação ora vigente (e sempre foi assim, desde o ano de 1941), que atribui à polícia judiciária a capacidade de representação junto ao juiz, para fins de imposição de determinadas medidas cautelares, quando no curso da fase de investigação. Neste sentido, o disposto no art. 282 parágrafo 2º, do CPP.

Mas não há medidas cautelares apenas na fase jurisdicional do crime. Também se refere às autoridades policiais (os delegados) na fase de investigação. Conforme explicita o artigo 311, do Código de Processo Penal Pátrio:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá á prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Há quem não admita semelhante possibilidade, ao entendimento que apenas a parte legitimada ao processo – querelante, na ação privada, e Ministério Público – teria capacidade postulatória. É o caso, por exemplo, da 2ª Câmara de coordenação e revisão do Ministério Público Federal, em entendimento manifestado na apreciação do procedimento MPF –

1.00.001.000095/2010-86, julgado em 2.12.2010 (PACELLI, 2010. p. 495). O Inconformismo é justificável, do ponto de vista teórico. A nosso juízo, deveria mesmo caber ao legitimado ativo à postulação de quaisquer providências que tenham consequências, ainda que futuras, no processo.

CAPÍTULO III – BENEFÍCIOS E CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS CAUTELARES NOS CRIMES

3.1 Os benefícios causados pela nova lei de Medidas Cautelares

Existem vários benefícios que vieram para administrar o sistema processual penal. Inicialmente, abordar-se-á as medidas de contra cautela. São elas: o relaxamento de prisão, a liberdade provisória e a revogação da preventiva, que são expressões advindas das medidas de causa ou cautela que são: Prisão ilegal, prisão legal em flagrante, prisão legal convertida em prisão preventiva. Advinda destas surgem os efeitos: da liberdade plena, vinculação e novamente a liberdade plena.

Vale destacar que a prisão temporária a termo, não tem medida de contra cautela, em regra a prisão temporária aplica-se logo habeas corpus no tribunal; por interpretação lógica dar-se-á a revogação da preventiva.

A manifestação do juiz quanto à prisão em flagrante deve ser manifestamente fundamentada; o juiz de acordo com o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da Constituição Federal) e no caso da prisão em flagrante, uma garantia de que o magistrado realizou o devido controle quanto à legalidade da medida e sobre a necessidade da manutenção da prisão. É bastante comum na prática forense o juiz limitar-se a lançar a conhecida chancela do “flagrante formalmente em ordem”. Conforme preleciona Pacelli:

O que se vê na dura realidade do dia a dia, para a maioria dos presos provisórios, que não tem dinheiro para contratar um advogado, é a manutenção da prisão pelo simples exame de regularidade formal do auto de prisão em flagrante. Nenhuma palavra sobre a necessidade acerca da prisão. Afirma-se, laconicamente, ‘aguarde-se o encerramento do inquérito’, como se a única questão a ser analisada naquele momento fosse à aparência do delito (OLIVEIRA, 2008. p. 462).

Mas com a inovação trazida pela lei 12.403/11, impõe ao juiz relaxar a prisão ilegal ou converter o flagrante em prisão preventiva sobre a qual esta sendo comunicada. A ausência de fundamentação do magistrado, por si só, é motivo para o relaxamento da prisão em flagrante pelo tribunal. É que a não fundamentação do juiz sobre a prisão em flagrante à torna ilegal, pois significa que o magistrado não a converteu em preventiva (conforme determina o artigo 310, II) ou a converteu sem a necessária demonstração de sua necessidade.

Outro fator inovador que foi restaurado é a figura da fiança, com a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança; que consiste em razão do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal). A regra sempre será a liberdade do indiciado ou acusado enquanto não condenado por decisão transitada em julgado.

Daí porque o artigo 5º, LXVI, da constituição federal dispõe que: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Assim sendo, se não for caso nem de relaxamento da prisão em flagrante, nem de decretação de prisão preventiva, deverá o magistrado, também fundamentadamente, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. Esse sistema já estava previsto no artigo 310, parágrafo único do código de processo penal que dispunha que o juiz deveria conceder liberdade provisória ao preso em flagrante se verificasse, pelo Auto de prisão, a ausência de quaisquer dos motivos da prisão preventiva (GOMES, 2011).

Ainda, há possibilidade de aplicação de forma cumulada, devendo obedecer, para tanto, aos princípios da necessidade e adequação, bem como à natureza ou à modalidade das medidas a serem aplicadas, sob o prisma da compatibilidade. Resta expressamente que a aplicação da prisão cautelar é última medida a ser utilizada pelo magistrado no momento de buscar resguardar a instrução através da utilização de medidas cautelares.

Por outro lado, vale salientar que dentre erros e acertos, avanços e retrocessos, a reforma processual deve ser vista com bons olhos, eis que o espírito do novel dispositivo é digno do Estado Democrático de Direito, visando prestigiar a gama principiológica que compõe o ordenamento, sendo revestido de certo grau de garantismo penal, onde os poderes do Estado que limitam a liberdade individual devem ser mitigados numa razão inversamente proporcional ao status da referida garantia retro mencionada.

Esse parece ter sido o intuito da Lei 12403/11. Desencarcerar ao máximo os presos sem condenação, mantendo a prisão apenas em casos de extrema necessidade. Nessa esteira, cumpre analisar os princípios trazidos pela Carta Magna a respeito da constrição da liberdade dos indivíduos.

Os princípios, por serem diretrizes a balizar o caminho a ser trilhado pelos intérpretes aplicadores, e que têm o escopo de trazer coesão e sentido ao sistema jurídico, portanto, devem ser aplicados à exaustão. Ademais, resta mais sobrar tal necessidade quando a tais princípios versarem sobre garantias individuais, corolários consagrados pela Carta Cidadã, a fim de afastarem arbítrios que mitiguem direitos subjetivos.

Ao tratar de princípios, é válido trazer à colação conceituações doutrinárias acerca da temática, como a definição de Luís Roberto Barroso quando afirma que “os princípios

38

constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”(BARROS, 2009. p. 155).

Diante das mudanças, demonstrar-se-á o primeiro ponto de análise: a prisão “em último caso” (§ 4º do artigo 282 do código de processo penal). Ademais, a partir da análise do

critério bidimensional necessidade e adequação (incisos I e II do artigo 282), o juiz deverá verificar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas a prisão, passando o cárcere ad cautelam a ocupar expressamente caráter subsidiário.

Note-se que a prisão cautelar, mesmo antes da lei 12.403/11, já era vista como medida de exceção. Tal análise deve ser feita sob o prisma da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, cabe ao hermenêuta comparar a relevância da realização do fim em face da intensidade da restrição aos direitos fundamentais, somente se aplicando a medida mais gravosa – a prisão –, repita-se, “em último caso” (LIMA, 2011).

Destarte, o segundo ponto de análise: “o remédio não pode ser mais agressivo do que a enfermidade” desta feita, vamos analisar o artigo 313, I do código de processo penal. Pois este artigo referido foi cauteloso quanto ao prever como requisito de cabimento de prisão preventiva a pena máxima superior a quatro anos. Admite-se a preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, não importando se castigados com reclusão ou detenção. Na busca da pena máxima em abstrato (norte da medida extrema), consideram-se as causas de aumento e diminuição de pena e, quando variáveis, observar a que mais aumenta ou a que menos diminui (GOMES, 2011).

O ponto crucial e importante neste terceiro ponto é a pena privativa de liberdade como requisito para imposição de qualquer medida cautelar. Sem muito teor a condição imposta para aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, qual seja: a pena privativa de liberdade (§1º do artigo 283 do código de processo penal). Contudo, essa restrição deveria ser feita somente para a prisão, e não em face de todas as medidas cautelares, pois bem, pra que restringir a proibição de o investigado ou acusado manter contato com determinada pessoa somente nos crimes punidos com pena privativa de liberdade.

Essa vedação se dá absolutamente nas medidas cautelares aplicando o princípio da homogeneidade, por força do §1º, do artigo 283, do CPP: “as medidas cautelares previstas neste título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.” Se o fato punível não é sancionado com pena privativa de liberdade (esse é o caso de várias contravenções penais), impossível se torna a aplicação de qualquer tipo de medida cautelar (seja prisão ou outra medida cautelar alternativa).

Cuida-se de uma vedação imposta pelo constituinte, já fazendo uso do princípio da proporcionalidade ou, mais especificamente, do princípio da homogeneidade (entre a medida cautelar e o resultado final que se espera com o processo). Se a infração não é punida com prisão, torna-se excessiva (abusiva) qualquer tipo de medida cautelar, durante o andamento do

processo. Se a sanção final é totalmente branda (pena de multa), faltaria inteira homogeneidade entre a medida cautelar e a pena esperada. Daí a proibição absoluta contemplada neste parágrafo1º (GOMES, 2011).

Mais um benefício causado pela lei de medidas cautelares e concluindo este ponto do terceiro capítulo. Foi à impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz durante a fase de investigações (artigo 282, §2º c/c artigo 311). Tal previsão encontra amparo constitucional nos princípios da imparcialidade, acusatório e devido processo legal. Diante do caso, o sistema processual penal brasileiro, considerado pela doutrina majoritária como misto, caminhou-se, em certa medida, de “inquisitório-garantista” em direção ao garantismo que se espera em um estado constitucional de direito (MARINONI, 2006).

Pois bem, concluindo o 5º ponto de análise: dúvida quanto à identidade civil como fundamento da prisão preventiva (parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal). O artigo 313 do diploma atual prevê as condições em que se admite a prisão preventiva (condições de admissibilidade), selecionando crimes (com exceção de quando decretada nos delitos culposos e muito menos nas contravenções penais, nesses a prisão preventiva não pode ser decretada) que, por sua natureza, quantidade da pena máxima em abstrato, condições pessoais do agente ou qualidades da vítima, é compatível com a custódia cautelar preventiva (GOMES, 2011).

Esse dispositivo mostra-se, a constitucionalidade duvidosa (“quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa”). Ora, faz-se, neste caso, a identificação criminal. Com efeito, somente há falar em prisão preventiva se presentes os requisitos tridimensionais e cautelares. Pontos positivos acerca da nova lei 12.403/11, vamos em breve sistematizar e fazer uma abordagem crítica em paralelo à constituição da república federativa do Brasil.

Do qual dispõe o artigo 5º, LVII, que é taxativo:

Art. 5º [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI – 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.

No próximo tópico vamos à análise da lei em aspecto prático e teórico, análise crítica e espelhada na constituição da república federativa do Brasil.

40

3.2 Análise Crítica da Lei 12.403/11

A nova lei, em seu texto, traz pontos relevantes, principalmente no tocante aos meios de prisões, medidas cautelares, fiança e liberdade provisória. Pois bem analisando a vigência

desta lei já em vigor e aplicação durante uns três anos, faz-se necessária breve consideração acerca de sua constitucionalidade e quanto à técnica de interpretação da constituição.

Conforme a mudança de vários artigos fica com o artigo 310 e seus incisos do código de processo penal para tecer alguns comentários, esse artigo pode dar margem a uma precipitada conclusão de que o juiz, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante delito, somente poderia relaxar a prisão, se ilegalmente realizada, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, ainda, decretar, de ofício, a prisão preventiva do indiciado.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

c Caput com a redação dada pela Lei no 12.403, de 4-5-2011.

I – relaxar a prisão ilegal; ou.

c Art. 5o, LXV, da CF.

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do Artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da Prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

c Incisos I a III acrescidos pela Lei no 12.403, de 4-5-2011.

c Art. 5o, LXVI, da CF.

c Arts. 270 e 271 do CPPM.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas

Condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro

De 1940 – Códigos Penais poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante

Termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Parágrafo único com a redação dada pela Lei no 12.403, de 4-5-2011.

Entretanto, não é bem assim que acontece, na prática no dia a dia forense. A interpretação literal de leis infraconstitucionais quase nunca é a que mais serve aos propósitos constitucionais expressos na constituição da república federativa do Brasil de 1988. Sempre teremos que ponderar os dispositivos constitucionalmente, fazer sempre que necessário uma “filtragem constitucional”.

Logo, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da determinação contida no artigo 310, II, do Código de Processo Penal, quando comanda ao juiz “converter” a prisão em

41

flagrante em prisão preventiva, sem que haja requerimento do ministério público ou representação da autoridade policial. Se assim procedesse, estaria o juiz ferindo de morte o sistema acusatório (exposto no artigo 129, I, da Constituição federal, além de outros artigos), a inércia jurisdicional e sua imparcialidade.

É notório, também, que tal procedimento ainda estaria de encontro ao próprio dispositivo do referido código e dos artigos 282, §2º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, que revelam não poder o juiz decretar cautelares, e especialmente a prisão preventiva, de ofício, em sede inquisitorial.

Sabe-se desde sempre que o magistrado na fase inquisitorial, somente deve atuar mediante provocação, a fim de resguardar o princípio da imparcialidade, pois o princípio da inércia do poder jurisdicional é umbilicalmente ligado à manutenção da imparcialidade do juiz.

Contudo, para que o juiz venha a decretar uma prisão preventiva deve cogitar qual crime teria sido cometido, a fim de verificar a admissibilidade da prisão preventiva (artigo 313 do código de processo penal). Formula o juiz, portanto, em momento absolutamente impróprio (porque próprio do ministério público), uma verdadeira opinio delicti. Também deve o juiz verificar a existência de prova da materialidade delitiva e indícios de sua autoria (artigo 311 do Código de Processo Penal), cogitando dos requisitos necessários para o oferecimento da denúncia, quando sequer foi exercida a ação penal. Em síntese, o juiz ainda precisaria atuar de ofício para verificar um dos fundamentos previstos do artigo 312 do código de processo penal (TÁVORA, 2012).

Tudo isso, o magistrado deveria fazer mediante atuação de ofício numa clara violação à imparcialidade que deve ostentar no processo. Pois bem, decretando a prisão preventiva do autuado em flagrante sem qualquer requerimento ministerial ou representação policial, o juiz se depare com um requerimento do ministério público pelo arquivamento do inquérito policial. A única forma coerente seria a utilização do artigo 28 do código de processo penal, provocando o órgão de revisão ministerial acerca do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, pois tudo que seria necessário ao oferecimento da denúncia já foi objeto de cogitação positiva pelo juiz e, pior, em atuação sem provocação.

Quanto ao surgimento de mais um requisito para a decretação da prisão preventiva é importante ressaltar algo trazido pela reforma: A prisão preventiva somente poderá ser decretada em substituição da prisão em flagrante se estiverem presentes os requisitos do artigo 312 do código de processo penal e se não for suficiente outra medida cautelar diversa da prisão. É claríssima, nesse sentido, a letra do artigo 310, II. A Prisão preventiva, como se verá

42

mais detalhadamente, é a ultima *ratio* das medidas cautelares. Ela somente deve ser decretada quando todas as demais medidas cautelares se revelarem inadequadas e insuficientes para o caso concreto. Em outras palavras, a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão passou a ser mais um requisito para o cabimento da prisão preventiva.

Realmente a decisão de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva deve ser efetivamente fundamentada, demonstrando-se a real necessidade da prisão. Simples referência às expressões legais constantes do artigo 312 do código de processo penal ou meras suposições desamparadas de dados concretos que justifiquem a custódia não podem ser consideradas como motivação idônea a justificar a cautelar (GOMES, 2011).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERAÇÃO TÃO-SÓ A GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO AO DECRETO DE PRISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2. A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: "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" (inciso LXI do art. 5º). 3. Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social. 4. Ordem concedida. STF - 1ª Turma - HC 101705-BA - Rel. Min. Ayres Brito - Dje 02.09.2010.

Pois bem, nessa fundamentação idônea deve o juiz agora acrescentar também os motivos pelos quais nenhuma medida cautelar diversa da prisão revela-se suficiente.

A lei da prisão temporária (Lei nº 7.960 / 89) reforça esse argumento. Tendo seu âmbito de incidência limitado à fase preliminar, a própria lei, atenta ao novo sistema

acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988 (artigo 129, inciso I), não possibilitou que o juiz decretasse a medida cautelar de ofício. Em outras palavras, se ao juiz não é permitido, durante a fase das investigações, expedir ordem de prisão temporária, cuja vedação consta

expressamente do artigo 2º, caput, da lei nº 7.960/89, por que não acolher igual vedação em relação às demais medidas cautelares.

Todavia, uma vez provocada à jurisdição por denúncia do ministério Público ou queixa crime do particular ofendido, a autoridade judiciária competente passa a deter poderes inerentes à própria jurisdição penal, podendo, assim, decretar medidas cautelares de ofício caso verifique a necessidade do provimento para preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade.

Portanto, diante do teor dos parágrafos 2º e 4º do artigo 282 do código de processo penal, conclui-se que, durante a fase investigatória, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial ou do ministério público. No curso do processo, porém tais medidas poderão ser decretadas pelo juiz de ofício, ou mediante requerimento do ministério público, do querelante ou do assistente (LIMA, 2011).

Pois bem, como sempre a regra é a liberdade à nova lei traz para a preventiva o cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (artigo 313, I, do código de processo penal, com redação determinada pela lei nº 12.403/11). Os crimes culposos e as contravenções penais, neste parâmetro inicial, não admitem a prisão preventiva. A lei é intransigente, restringindo aos crimes dolosos (com pena de reclusão ou detenção superior a quatro anos), o âmbito de incidência desta medida prisional.

Abordar-se-á agora o que veio marcar na nova lei, que são as medidas cautelares diversas da prisão, que estão elencadas no artigo 319 o rol e específico. As novas medidas impostas ao Brasil, como parece claro se espelham em uma legislação comparada, na legislação portuguesa, lá se encontram contidas no artigo 197 do código de processo penal de Portugal, lá são tratadas como medida de coação, e que, a seu turno, se inspiraram no código de Processo Penal Italiano e suas *misure coercitive do código di procedura penale italiano* (PACELLI, 2011. p. 502).

Conforme foi explicado no primeiro capítulo das suas modificações e generalidades, nenhuma delas deixa abster de o indiciado cumprir alguma medida cautelar se não ao cárcere. Outro tópico a ser abordado em seguida é o da prisão temporária, essa que tem lei específica e aplicada em situações específicas, vamos tecer alguns comentários.

A lei da prisão temporária (Lei nº 7.960 / 89) a prisão temporária não foge a regra também é uma prisão cautelar, como a provisória, e será ainda provisória, porque tem a sua

duração expressamente fixada em lei, como se observa do seu artigo 2º e também do disposto no artigo 2º, § 3º, da lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Quanto à lei 12.403/11, ela haverá que estender seus efeitos uma vez que não tratou expressamente acerca da prisão temporária, e sim implicitamente, no ponto em que ela dispõe no artigo 313, parágrafo único do código de processo penal, que:

Art. 313. [...]

Parágrafo único. Será também admitida à prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

De outra forma, caberá à prisão temporária autônoma é claro, já que ela não se presta a garantir a eficácia de outras cautelares. Para hipóteses em que não seria cabível a preventiva autônoma.

Pois bem, o único caso em que tal ocorre, ou seja, a única hipótese em que os crimes mencionados na lei nº 7.960/89 não atingiriam o teto do artigo 313, I, do código de processo penal (superior a quatro anos) é exatamente no delito de formação de quadrilha ou bando, conforme o artigo 288 do Código Penal, cuja sanção é de um a três anos.

A referência expressa à prisão temporária no artigo 283, caput, do código de processo penal, e tem o condão de manter a sua validade junto às demais cautelares, nos moldes e com as consequências previstas na lei nº 7.960/89, instituindo, por isso mesmo, uma exceção à regra do teto do artigo 313, I, e permitindo, não só a decretação da temporária para tais delitos, mas a própria prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do código de processo penal.

Tudo isso decorre, da manutenção da eficácia do artigo 2º, § 7º, da citada lei nº 7.960/89, que autoriza a preventiva para os crimes para os quais é prevista a prisão temporária, mas não é só, a prisão temporária se justifica, ou pretende se justificar, diante da complexidade das investigações nos delitos que arrola. Nesse passo, não há como recusar a pertinência da medida nos delitos de formação de quadrilha ou bando, de difícil comprovação (PACELLI, 2011. p. 542).

3.3 Os benefícios encontrados quando se utiliza a pena não superior a quatro anos

O artigo 313 é sem dúvida um dos mais comentados na seara jurídica, nas universidades, pois, prevê as condições em que se admite a prisão preventiva (condições de admissibilidade). Selecionando crimes, a prisão preventiva não pode ser decretada nos delitos

culposos e muito menos nas contravenções penais que, por sua natureza, quantidade da pena máxima em abstrato, condições pessoais do agente ou qualidades da vítima, é compatível com a custódia cautelar preventiva.

As prisões preventivas com base na pena máxima prevista em abstrato trouxeram benefícios quando se utiliza a pena não superior a quatro anos, pois se admite a preventiva nos delitos dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, não importando se castigados com reclusão ou detenção. Na busca da pena máxima em abstrato (norte da medida extrema), consideram-se as causas de aumento e de diminuição de pena e, quando variáveis, observar a que mais aumenta ou a que menos diminui (GOMES, 2011).

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, o artigo 313, inciso I, do código de processo penal, contemplava a regra geral em relação às quais se admitia a decretação da prisão preventiva: Crimes dolosos punidos com reclusão. Essa regra guardava pertinência com o fato de o crime punido com reclusão ser cumprido em regime fechado, semiaberto ou aberto (Código Penal, artigo 33 caput).

Com a entrada em vigor da lei nº 12.403/11, o artigo 313, inciso I, do código de processo penal, passa a dispor que, nos termos do artigo 312, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Logo, independentemente da natureza da pena, reclusão ou detenção, será cabível a decretação da prisão preventiva quando a pena máxima cominada ao delito for superior a 4 (quatro) anos (LIMA, 2011).

Os benefícios encontrados são: O quantum de pena fixado como limite para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e para o início do cumprimento da pena em regime aberto.

Logo, segundo o artigo 44, inciso I, do código penal, pelo menos em regra, será cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando for aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Por sua vez, de acordo com o artigo 33, § 2º, alínea “c”, do código penal, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Alguns crimes listados ao rol das penas não superiores a 4 (quatro) anos: Formação de quadrilha entre os crimes contidos nesse rol, nos casos de crimes de formação de quadrilha,

46

porte ou disparo de arma de fogo, furto simples, receptação, apropriação indébita, cárcere privado, corrupção de menores, coação de testemunhas no curso do processo, falso testemunho e vários outros crimes punidos com até quatro anos de prisão.

Como se pode perceber, a mudança do artigo 313, inciso I, do código de processo penal, está diretamente relacionada ao princípio da proporcionalidade. Na verdade, com a mudança o legislador visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando de seu término.

Em outras palavras, ao decretar a prisão preventiva, deve um juiz fazer um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade. Assim, se o juiz, *ab initio*, percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritivas de direitos, não faz sentido que decrete uma prisão preventiva. Impõe-se, pois, a observância da homogeneidade ou proporcionalidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida (LIMA, 2011. p. 254).

Nesse sentido, mesmo antes das modificações produzidas pela lei nº 12.403/11, o STJ já tinha precedentes no sentido de que, sendo a liberdade à regra e a prisão à exceção, não se justificaria manter o acusado preso em infração que admite fiança, mormente quando a pena privativa de liberdade em tese projetada não fosse superior a quatro anos.

Pois bem, razoável o critério usado pelo legislador no artigo 313, inciso I, do código de processo penal, leva em consideração a pena máxima prevista para o crime doloso, que deve ser superior a 4 (quatro) anos. Tendo em conta que, pelo menos em regra, o cabimento da prisão preventiva será determinado a partir do quantum de pena máxima cominada ao delito, há de se dispensar especial atenção às hipóteses de concursos de crimes, qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena, agravantes e atenuantes.

Deve-se lembrar do aspecto valorativo comentado neste tópico acerca do artigo 313 inciso I e ponderar analogicamente a cada delito e suas consequências no mundo jurídico e seu âmbito familiar nos crimes, pra mim a lei foi fiel à garantia constitucional neste artigo.

3.4 As consequências dos artigos alterados frente a uma constituição garantista.

A Função primordial da nova legislação foi trazer ao sistema processual penal uma garantia a mais de cumprimento dos nossos princípios constitucionais, que são: Princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade ou estado de inocência, o princípio da

47

obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, e o principal que é o contraditório ou ampla defesa.

Como se mostra garantista aos princípios a lei 12.403/11, vamos tratar do artigo 282 § 3º que menciona “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o

juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”.

O legislador no artigo mencionado anteriormente quis prestigiar o princípio do contraditório, mas não obteve êxito, salvo em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Por exemplo: Na interceptação telefônica não pode o juiz intimar a “parte contrária”. A medida resultaria totalmente ineficaz. Na Prisão preventiva fundada no risco de fuga tampouco o juiz vai ouvir a parte contrária.

O novo diploma comentado aduz que: “parte contrária”. Isso é passível de críticas, sempre, pois é o que ocorre na prática, será intimado o indiciado ou acusado. O texto não foi claro quanto à forma de resposta do acusado ou do indiciado (oral ou escrita). Sendo assim, nada impede que o juiz adote uma ou outra. Pode conferir um determinado prazo para resposta (escrita) ou marcar uma audiência para ouvir o acusado. O que compete ao juiz é garantir o contraditório e a ampla defesa.

Desde então, ouvir a parte contrária, quer dizer: o imputado, significa abrir, para o juiz, a possibilidade de maior acerto na medida a ser decretada. O contraditório ora determinado pela lei parece burocratizado, mas na verdade é ele que vai iluminar a decisão do juiz, na sua brilhante decisão. Pois bem, tudo que favoreça a defesa pode ser invocado em sua resposta. Pode-se questionar o *fumus commissi*, o *periculum libertatis*, a necessidade ou adequação da medida cautelar (GOMES, 2011. p. 72).

Os requisitos para a decretação de qualquer medida cautelar (de forma ampla) são o *fumus boni iuris*, “fumaça do bom direito”, aparência de direito da parte requerente, que no contexto das prisões cautelares é chamado pela doutrina de *Fumus commissi delicti*, repousando tal premissa na prova da existência de um fato tido como crime e da existência de indícios de que alguém o tenha cometido.

Com a introdução da nova carta constitucional revestida de características propulsoras garantistas, impondo limitações ao poder do estado, cumpre visualizar o processo penal em uma dimensão mais compatível com o direito penal nas sociedades democráticas extinguindo, toda forma de arbítrio e abuso por parte do ente estatal. O processo penal precisa estar inserido nesse contexto, se adequando a essa estrutura “não podendo servir de base à

48

construção de corpos de normas jurídicas aplicáveis de per si, ignorando-se as constantes e sucessivas mutações de ordem constitucional brasileira.”(NUCCI, 2007. p. 132).

Diante de uma constituição digna de respeito, muito bem elaborada, que reflete os ideais mais importantes do ser humano, como a liberdade em todas as esferas, especialmente a

liberdade de locomoção, cabe mencionar algumas críticas necessárias e válidas frente à banalização das prisões cautelares como mecanismo de punição antecipada da pena e arbítrio estatal.

Os fundamentos para a decretação da prisão processual precisam servir de instrumentos de validade das normas, pois inexecutável “os critérios não instrumentais na adoção das prisões cautelares, com o objeto claro e inequívoco de alargar o aspecto da liberdade da parte mais fraca da relação jurídica, no caso o sujeito passivo” (WEDY, 2006. p. 151).

Os critérios utilizados para o cerceamento da liberdade não condizem com a visão constitucional e garantista, que assegura aos indivíduos garantias fundamentais que precisam ser respeitadas acima da necessidade do dever de punir do estado. É necessário que os bens constitucionais sejam sopesados, buscando um equilíbrio perfeito e justo quando da aplicação da medida.

Há de se analisar os critérios de ordem pública, ordem econômica, clamor social, perigo de reiteração delitiva e outros critérios que refogem a esfera de instrumentalidade do processo penal, o qual na visão garantista não é um meio exclusivo de punição, mas principalmente um meio de resguardar os direitos do indivíduo em todas as suas dimensões.

A visão utilitarista do processo, extremamente repressiva e autoritária, dispunha que a decretação das medidas cautelares era um mal necessário, ainda que viesse a afetar a esfera das liberdades individuais e comprometesse seus direitos fundados na constituição.

De fato, quem lida com a liberdade humana jamais poderá tratá-la como um assunto comum, principalmente quando se trata de prisões processuais, extremamente gravosas e que afetam substancialmente a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o devido processo legal, dentre outras garantias. É necessária atenção, e, sobretudo, racionalidade daqueles por meio de quem o estado atua. Não há como deixar de proceder a uma ponderada avaliação de todos os malefícios gerados no ambiente carcerário, procurando equilibrar a disfunção social, não deixando de igual modo desprotegidos os interesses da sociedade.

Dentro dessa íntima relação de necessidade e ponderação de bens é preciso rever os critérios necessários e imprescindíveis, a fim de resguardar o processo, evitar injustiças sociais e a banalização das prisões cautelares.

49

Dentro deste conceito surge a nova lei de medidas cautelares para evitar as injustiças sociais e a banalização das prisões cautelares, utilizando princípios e seguindo uma constituição garantista, dessa conjugação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade com as máximas parciais da necessidade e adequação aplicáveis às medidas cautelares, decorre a noção de cautelaridade no processo penal.

Antes do advento da Lei 12.403/11, as modalidades de prisões processuais previstas consistiam na prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Na primeira hipótese, o acusado preso em flagrante, em virtude do viés fascista do Código Processo Penal de 1941, tinha contra si formado um juízo de culpabilidade, a despeito de ser preso no cometimento do delito ou logo após este, tanto é que a expressão utilizada pelo legislador para a liberação do indivíduo é “Liberdade Provisória”, sendo que a liberdade é a regra, e a prisão, mesmo que decorrente de condenação transitada em julgado, é que será provisória.

No sistema anterior, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, teria que verificar a legalidade do procedimento, como ainda tem atualmente. Estando a situação flagrancial em conformidade com a Lei, deveria ser homologada, restando ao acusado, querendo livrar-se do cárcere, acionar o Judiciário com pedido de liberdade provisória, com ou sem fiança e demonstrar que no caso concreto não estariam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Estando o flagrante ilegal, caberia ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, relaxá-lo (WEDY, 2006).

As consequências dos artigos alterados frente a uma constituição garantista, foram ótimas, incentivaram o cumprimento e determinação da carta magna, a norma determinando a liberdade provisória como regra, mas na prática forense continua como antes, privilegiando a prisão.

A lei 12.403/11, que reformou o código de processo penal no capítulo da prisão e liberdade (erroneamente denominada provisória, conhecida como nova lei da prisão preventiva, está mal da saúde). Em vigor desde o dia 4 de julho de 2011, ela não durou muito tempo. As decisões judiciais não tardaram em acabar com ela e fazer letra morta do novo texto. Basta acompanhar a prática forense e se verá que parece que não houve reforma nenhuma. A mentalidade é a mesma, ou seja, prisão preventiva continua sendo a regra.

A nova lei veio com novas regras, ela não só mudou o texto, aquilo que estava escrito, mas mudou o modo, a forma de encarar a prisão processual. Agora, a regra é a liberdade, como registrado com todas as letras na redação dos dispositivos. Em outras palavras, parte-se da liberdade. Para esta não ser possível, deve haver fundamentos claros, rigorosos, explícitos de contrariedade.

50

Inaceitável em dias atuais a manutenção desde sempre execrável de converter ou manter a prisão preventiva sob o fundamento de estarem “presentes os requisitos do artigo 312” (que fundamenta tal prisão). Há necessidade, há obrigatoriedade, há exigência absoluta de ficarem claros quais são tais requisitos. Não é possível que genérica e indistintamente eles possam valer para todos os casos.

É preciso perguntar: quando a ordem econômica está em risco? Quando o está a ordem pública E as testemunhas e partes? E a necessidade de garantia da instrução? Ou a garantia do cumprimento da lei penal? É tudo uma coisa só? Escolha quem estiver lendo, é isso? Danem-se os acusados, dane-se a justiça, danem-se os institutos processuais penais, conquistados a preço do sangue de muitos inocentes?

Fica também a pergunta: de que adianta a mudança da lei se a prática continua a mesma? De que adianta acusar uma legislação de estar “velha” demais se, ao ser mudado, continua-se a agir como antes?

Mudança de lei significa antes de tudo mudança de horizontes, mudança de forma de trabalhar com o texto. Inovar um texto legislativo não é trocar palavras, para dar-lhe feições de modernidade; não é enfeitar-lhe com adereços linguísticos, gramaticais e sintáticos; não é apor-lhe hífen acompanhado de “letrinhas” para aumentar a quantidade das normas.

A norma muda e se altera porque precisa adequar-se ao tempo para viger com todo o seu vigor. O trabalho do operador do Direito é justamente esse: ser um leitor da realidade de seu tempo e conseguir articular a vigor da lei com esse mesmo tempo, até porque é impossível que as leis mudem à mesma velocidade dos eventos sociais. O operador do direito dá vida á norma e a mantém viva com suas manifestações e decisões .

É chegado o momento de serem rejeitadas decisões do tipo “presentes os pressupostos, probatórios e cautelares, do artigo 312, do código de processo penal, indefere-se o pedido de liberdade provisória”, que se vê no dia a dia forense. A nova lei o exige, o combate à criminalidade precisa disso e a sociedade clama por isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade com o passar dos anos vem sendo modificada. Pode-se afirmar que até em meio a controvérsias, a reforma processual foi um avanço em nosso ordenamento jurídico, devido ao espírito pelo qual a norma foi investida. Visando mitigar prisões desnecessárias, o

que é elogiável, tanto do ponto de vista político, uma vez que no ano de 2010 os presos provisórios representavam 44% da população carcerária em todo o país.

Isto representa, portanto, grande ônus aos cofres públicos com presos sem condenação. Quando do ponto de vista jurídico, na edição da Lei 12.403/11 foi trazido exhaustivamente ao texto legal que para o decreto cautelar constritivo da liberdade deve haver a necessidade expressa da utilização da medida. Além de permitir tal segregação em último caso, tendo o novel dispositivo legal dotado o sistema das prisões cautelares de um espírito garantista, mitigando a possibilidade do Estado tolher a liberdade individual.

Por outro aspecto, andou muito bem o legislador ao proibir a duração injustificada da prisão em flagrante, ao passo que o novo comando do art. 310 e seus incisos impõem ao magistrado que ao receber o auto de prisão deve tomar alguma providência. Dentre tais providências poderiam ser o decreto de prisão preventiva, desde que se enquadre nos requisitos e fundamentos legais, ou concessão da liberdade provisória ou relaxamento de prisão ilegal.

Portanto, afastando a possibilidade de uma prisão sem justificativa, como por exemplo, na prática, os magistrados homologavam o flagrante e o acusado chegava a ficar preso durante toda a instrução sem que fosse analisada a necessidade real e concreta do seu encarceramento.

Ao proibir expressamente o decreto de prisão preventiva de ofício no curso da investigação, o legislador promoveu grande avanço, prestigiando o sistema acusatório, que tem guarida no art. 129, I, da Carta Magna. Contudo, entende-se que a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício viola o sistema acusatório, mesmo que ocorra já no curso da ação penal, face a titularidade da mesma, que pertence ao órgão ministerial.

Não obstante os avanços, a novel Lei 12.403/11 possui pontos que merecem críticas, como a fixação de critérios muito fechados para a concessão de prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, onde o legislador deveria ter deixado a cargo do magistrado que, de posse do caso concreto, analisando suas nuances, verificaria se naquele caso seria cabível a substituição.

Outro ponto que não concordamos com o legislador é o fato de ter previsto o uso do contraditório nas medidas cautelares do processo penal, tendo o legislador aduzido que o mesmo princípio deve ser utilizado nos casos que não houver urgência na aplicação da medida. Todavia, entende-se que a urgência é intrínseca às medidas cautelares, e que oportunizar o contraditório ao acusado é oportunizar ao mesmo a chance de se furtar a aplicação das mesmas, ocasião em que opina-se pelo uso do contraditório diferido ou postergado.

Desta feita, cumpre destacar que foi de muita importância tal reforma, uma vez que passados setenta anos da edição do Código de Processo Penal e vinte e três anos da promulgação da Constituição Cidadã, o legislador buscou adequar tão importante instituto, como o das prisões cautelares, à ordem jurídica imposta pela Carta Cidadã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzine allo Studio sistemático dei provvedimenti cautelari**. Pádua: Cedam, 1936, p.20. **Apud** LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P.58. – 2 A tutela cautelar no Processo Penal. Op. Cit. P. 159

CARVALHO. L.G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Iuris, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; Marques, Ivan Luís (Org.) **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduçã de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro, **Nova Prisão Cautelar**, Doutrina, Jurisprudência e Prática, De acordo com a Lei 12.403/11, Editora Impetus, Niterói, RJ, 2011.

LIMA, Marco Antonio Ferreira; Nogueira, Ranieri Ferraz, **Prisões e Medidas Liberatórias**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

54

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocência Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Paulo Gustavo Gonet Branco, Saraiva, 2008.

MINAGÉ, Thiago. **Das Prisões, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória: Lei nº 12.403/11, de 04 de maio de 2011, interpretada e comentada**. 1 ed. São Paulo. Edipro. 2011.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **Subversões da Presunção de Inocência**, As Violência, Cidade e Processo Penal. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2006, pp 101/102).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 3º Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Curso de Processo Penal**, 16º Edição Editora: Atlas, 2012, Atualizado com as leis nº 12.403/11, 12.432, 12.461, 12.483, 12.529, Todas de 2011 e lei complementar nº140, de 8 de Dezembro de 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.

TÁVORA, Nestor e ANTONNI Rosmar, **Curso de Direito Processual Penal** – 7º edição, Revista, ampliada e atualizada (2012).

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia para Operadores de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS:

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira, **Novas Regras de Prisão**, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=137061> Acesso em: 14/03/2012.

LANGARO, **O Instituto da Prisão em Flagrante diante da Lei nº 12.403/2011 e a Técnica de Interpretação Conforme a Constituição** (Sem Redução dos Textos), em 16/09/2011, disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/Artigo.aspx?Art=29>> Acesso em: 01/06/2011.

REFERÊNCIAS LEGAIS:

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

BRASIL. **Lei Nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941.. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. **Lei Nº 12.401**, 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.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>.

REVISTAS:

JURÌDICA, Revista visão, www.revistavisaojuridica.com.br, editora escala número 65. Capa Nova Lei de Prisões. Lei 12.403/11 - **Cria alternativas à prisão preventiva e provoca polêmica sobre bandido solto nas ruas**.

MELO, Ednilson Andrade Arraes – Professor do Curso de Direito das Faculdades integradas Rio Branco e promotor de justiça criminal de São Paulo – SP, da 1 Promotoria de justiça criminal central de São Paulo – SP, JURÌDICA, Revista visão, www.revistavisaojuridica.com.br, editora escala número 65. **Capa Nova Lei de Prisões. Lei**

12.403/11 - Cria alternativas à prisão preventiva e provoca polêmica sobre bandido solto nas ruas.

