



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE ESPECIALIZAÇÃO
CURSO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

MAÍRA ROBERTA MENDES CARNEIRO QUEIROZ

LEI 12.403/2011: Avanço ou retrocesso na busca do sistema
ideal?

CAMPINA GRANDE/PB

2013

MAÍRA ROBERTA MENDES CARNEIRO QUEIROZ

Lei 12.403/2011: Avanço ou retrocesso na busca do sistema
ideal?

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal na Universidade Estadual da Paraíba para a obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos.

CAMPINA GRANDE/PB

2013

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

Q3l Queiroz, Maira Roberta Mendes Carneiro.

Lei 12.403/2011 [manuscrito] : avanço ou retrocesso na busca do sistema ideal? / Maira Roberta Mendes Carneiro Queiroz. - 2013.

19 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

"Orientação: Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos, Departamento de Direito".

1. Processo penal. 2. Lei 12.403/2011. 3. Avanço processual. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

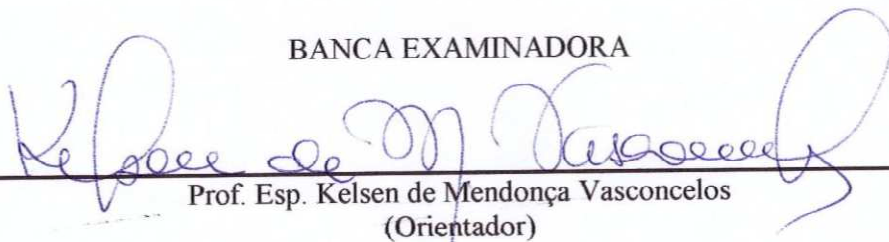
MAÍRA ROBERTA MENDES CARNEIRO QUEIROZ

**LEI 12.403/2011: AVANÇO OU
RETROCESSO NA BUSCA DO SISTEMA
IDEAL?**

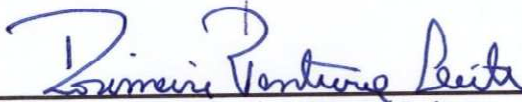
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estadual da Paraíba, em convênio com a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.
Orientador(a): Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos.

Aprovado, em: 28/10/2013
Nota: 9,0 (nove)

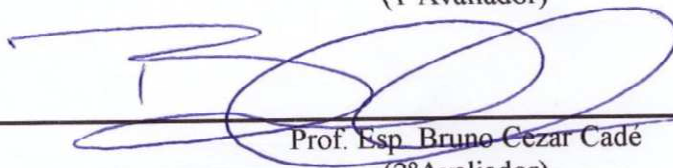
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos
(Orientador)



Prof. Dr. Rosimeire Ventura Leite
(1º Avaliador)



Prof. Esp. Bruno Cezar Cadé
(2º Avaliador)

Lei 12.403/2011: Avanço ou retrocesso na busca do sistema ideal?

QUEIROZ, Máira Roberta Mendes Carneiro¹

RESUMO

O presente artigo científico traz em seu bojo a discussão se a novel legislação que trata sobre medidas cautelares e a prisão preventiva introduzidas pela Lei 12.403/2011 é um avanço ou um retrocesso na busca do sistema ideal. Para alguns a referida Lei veio a romper paradigmas e minimizar o cárcere provisório, observando o modelo plúrimo, por criar um conjunto de medidas diversas da prisão que apresentam graus variados de restrição da liberdade de locomoção. Trouxe também importantes mudanças ao então ultrapassado instituto da fiança, revitalizando-o. Entretanto, parte da sociedade não aprovou a mudança em relação às novas medidas cautelares por entenderem que são uma forma de abrandar as punições, que resulta no aumento da sensação de impunidade, gerando um conflito entre a garantia dos direitos fundamentais priorizados pelas medidas e o suposto aumento da criminalidade diante da não eficiência das mesmas. Neste trabalho será utilizado o método lógico-dedutivo, tomando por base a construção doutrinária, jurisprudencial e normativa. A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais será o método de procedimento específico do trabalho em questão. O objetivo do presente artigo é demonstrar que a Lei 12.403/2011 trouxe mais benefícios do que desvantagens e por essa razão aprimorou o processo penal, oferecendo maior efetividade e realização de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Lei 12.403/2011. Avanço Processual.

ABSTRACT

This scientific article brings in its bunt the discussion is a new legislation that deals with precautionary measures and preventive detention introduced by Law 12.403/2011 is an advance or a setback in the search for optimal system. This scientific article brings with it the discussion is a novel legislation that deals with precautionary measures and preventive detention introduced by Law 12.403/2011 is an advance or a setback in the search for optimal system. For some this Law came to break paradigms and minimize prison provisional observing the model assorted, create a set of diverse measures of prison who have varying degrees of restriction of freedom of movement. It also brought important changes to the then exceeded Institute bail, revitalizing it. However , the society did not approve the change in relation to new precautionary measures because they believe they are a way to slow down the punishments , which results in an increased sense of impunity , creating a conflict between the guarantee of fundamental rights and the measures prioritized by the supposed increase crime upon the non -efficiency of the same . In this work we will use the logical-deductive method, based on the construction doctrinal and jurisprudential rules. The literature on the subject, by means of legal articles, doctrine, jurisprudence, constitutional and infra be the method of procedure specific job in question. The purpose of this article is to demonstrate that the law 12.403/2011 brought more benefits than disadvantages and therefore improved the criminal proceedings, providing greater effectiveness and achieving justice.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Law 12.403/2011. Advance Procedure.

¹ Delegada de Polícia Civil do Estado da Paraíba. Atualmente exercendo suas funções na Delegacia de Repressão aos Crimes Contra a Pessoa de Campina Grande – PB. E-mail: mairarobertac@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.403/2011, oriunda do Projeto de Lei nº 4.208/2001, alterou dispositivos referentes à concessão de fiança, liberdade provisória sem fiança, novas medidas cautelares e procedimento pós-lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. Ocorreu uma reformulação das regras atinentes às medidas cautelares pessoais e ao encarceramento provisório do autor de uma infração penal, incluindo novas medidas restritivas de direito e à liberdade de locomoção.

Para alguns a Lei 12.403/2011 tem soado apenas como um aglomerado de medidas anódinas, com o efeito de amenizar o caos que paira sobre o sistema penal brasileiro que fomentaria ainda mais a criminalidade. O fato de se pensar tal sistema, no contexto social da atualidade, sem aplicabilidade célere da pena, com punições, sanções e prestação de contas consideradas brandas pela sociedade, evoca, surrealmente, a alguns, o retrocesso da lei, visto que a consciência da impunidade, gerada pela sensação de atenuação do castigo imposto ao praticante de crimes, pode provocar, além de mais criminalidade, grande insatisfação popular.

Em contextos outros, entretanto, a nova lei seria um avanço na busca do sistema ideal, pois concretiza, como prega o Estado Democrático de Direito, a ampla defesa e o contraditório a que têm direito os acusados, permitindo-lhes melhor discernimento dos seus atos praticados e a possibilidade de não reincidência. Traria, sob este ponto de vista, segurança para toda a sociedade e menores custos com o sistema prisional, que de fato, enfrenta um processo de encarcerização cruel, desordenado e ineficaz.

O aumento da violência e da intensa judicialização dos conflitos, aliados à demora na conclusão dos procedimentos na esfera policial e judicial, fez da prisão preventiva, excepcional por excelência, uma medida absurdamente utilizada, de maneira que ampliou expressivamente a população carcerária do país.

Nesse diapasão, após dez anos de tramitação legislativa, foi aprovada a Lei 12.403/11, alterando vários dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e com um novo sistema de medidas cautelares.

A grande inovação foi a introdução de medidas cautelares de cunho penal diversas da prisão, as quais antes eram encontradas apenas em legislações esparsas como o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) a Lei de Drogas (Lei 11.343/2003) e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2003).

Antes da presente lei, de forma excepcional, alguns magistrados fundamentavam a adoção de medidas cautelares de cunho penal em detrimento da prisão provisória, com base na aplicação subsidiária do chamado Poder Geral de Cautela, contido no art. 798 do Código de Processo Civil que reza:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Tal tentativa de aplicação de um instituto originariamente de cunho civil ao âmbito criminal era conhecida doutrinariamente como o Poder Geral de Cautela no Processo Penal. Como era de se esperar muitos doutrinadores entendiam que essa aplicação era ilegal, eis que o diploma normativo não tutelava tal procedimento, tudo ocorrendo, portanto, ao arrepio da lei. Com a vinda da Lei 12.403/2011 a necessidade de uma legislação alhures com o intuito de preencher essa lacuna legal se tornou menos necessária já que contemplou em seu rol medidas cautelares que propiciam ao magistrado diversas opções, tendo em vista que antes era adstrito apenas à liberdade ou prisão.

Há, contudo, unanimidade no reconhecimento de que o sistema penal brasileiro ainda não se encontra em condições de assegurar o cumprimento de medidas tão ideais. O cumprimento da Constituição Cidadã e da Lei de Execuções Penais, com os direitos dos presos sendo integralmente respeitados e com eficientes políticas ressocializadoras é ainda uma aspiração vista de maneira utópica.

2 PRINCIPAIS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA NOVA LEI

Neste capítulo, especificamente, pretende-se traçar alguns pontos principais da mudança promovida pela Lei n. 12.403/11. Para tanto, será explanado de forma sintética em subcapítulos abaixo numerados.

2.1 VALORIZAÇÃO DO BINÔMIO ADEQUAÇÃO X NECESSIDADE

Com a reformulação do Código de Processo Penal, o art. 282 prevê expressamente a exigência do binômio necessidade-adequação para a imposição de medidas cautelares, que deve ser aferida com base nos critérios de garantia da aplicação da lei penal e conveniência da investigação ou instrução criminal.

O art. 282 dispõe o seguinte:

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

I – *necessidade* para a 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.

Desta maneira, pelo descrito no art. 282 do CPP, a alteração promovida valorizou o binômio adequação x necessidade, enaltecendo que a medida cautelar tem caráter provisório e só deve ser decretada obedecendo a necessidade e a adequação.

Nessa perspectiva, é entendido que a necessidade é o fundamento, a materialização legislativa do requisito *periculun libertatis*, para a aplicação de qualquer medida cautelar restritiva de liberdade pessoal. Já a adequação da medida cautelar é a análise da pertinência da medida que serve como parâmetro de dosagem do cerceamento da liberdade do suspeito.

A prisão cautelar é legítima apenas se o sacrifício à liberdade for razoável, nos moldes dos juízos de idoneidade e necessidade da cautela, e adequada em termos comparativos à gravidade do crime e às respectivas sanções e penas que previsivelmente venham a ser impostas àquele que sofre a medida.

Desta maneira, as prisões acautelatórias somente podem ser decretadas por ordem judicial fundamentada, e devem estar sempre associadas à segurança do resultado de um processo penal de conhecimento ou de execução. Não preenchidos os requisitos necessidade e adequação, nenhuma medida cautelar, incluindo a prisão, pode ser decretada.

2.2 JUÍZO DE DELIBAÇÃO DO FLAGRANTE DELITO

A Lei 12.403/2011 deu nova redação ao art. 310 do Código de Processo Penal, o qual reza *in verbis*:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

Devido a essa alteração no citado artigo, para alguns juristas a prisão em flagrante não é mais medida cautelar. Segundo Luiz Flávio Gomes e Renato Brasileiro de Lima, a prisão em flagrante constitui uma medida precauteladora que tem como finalidade apenas capturar o autor do delito que se encontra em uma situação flagrancial e apresentá-lo ao juiz competente, para este decidir pela aplicação de uma verdadeira medida cautelar. Entendem os citados doutrinadores que a prisão em flagrante não tem mais o condão de manter alguém preso durante a ação penal. Ou o magistrado converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, de forma fundamentada, ou aplica medidas cautelares diversas da prisão, podendo, ainda, em alguns casos conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Entretanto, para o doutrinador e Delegado de Polícia, Edmundo Dias de Oliveira Filho, bem como para o professor Sílvio Maciel, o flagrante não deixou de ser uma medida cautelar, constituindo uma medida cautelar efêmera, pois guarda a natureza cautelar, tendo em vista que o indiciado fica encarcerado, a pretexto do flagrante, até que o magistrado delibere sobre sua soltura ou não. Para Edmundo Dias o legislador apenas fixou a perenidade da prisão em flagrante, tendo em vista que só permite a prisão do autuado até a apreciação judicial do Auto de Prisão em Flagrante. Na prática, como não há prazo fixado em lei para que o juiz delibere acerca da prisão em flagrante, o autuado fica recolhido no cárcere, a título de cautela, até a efetiva apreciação pelo magistrado.

Antes da novel legislação, o juízo do magistrado quando recebia o flagrante era meramente formal. Agora o juiz tem que imiscuir preliminarmente no mérito, fazendo o juízo de deliberação prévio, vez que deverá adotar uma das medidas previstas no citado art. 310 do CPP.

2.3 IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Com efeito, o art. 282, § 2º do CPP afirma, categoricamente, que o juiz somente poderá decretar as medidas cautelares no curso da investigação criminal por representação da Autoridade Policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Desta maneira o citado artigo é claro no sentido de conceder a titularidade exclusiva à Autoridade Policial e ao Ministério Público, no curso da investigação criminal, para representar por quaisquer medidas cautelares, vedando a decretação judicial de ofício.

Tal impedimento demonstra o intento do legislador de afastar o magistrado das decretações de ofício durante o inquérito. Este posicionamento se coaduna com o dever de imparcialidade insculpido no princípio acusatório que deve manter o magistrado quando das investigações policiais.

Em face do citado art. 282, § 2º do CPP, parte da doutrina entende que é necessária a confecção de representação sumária no bojo do Auto de Prisão em Flagrante, por parte do Delegado de Polícia, quando da necessidade da conversão do flagrante em prisão preventiva. A costumeira colheita probatória terá que transmutar para uma produção de provas mais detalhada, visando a subsidiar futura decisão judicial convertiva, tendo em vista que o fato de ser vedada ao magistrado a concessão de ofício de prisão preventiva no curso da investigação criminal impõe à Autoridade Policial a necessidade de representar sumariamente pela conversão da prisão em flagrante por uma cautelar.

Entretanto é importante mencionar que o Delegado não é obrigado a representar por nenhuma medida cautelar. Se a Autoridade Policial entender que não é necessária e adequada a conversão do flagrante delito em qualquer medida cautelar, não precisa representar. Igualmente se o Delegado entender que a prisão preventiva não é a melhor alternativa, pode representar no bojo do Auto de Prisão em Flagrante pela conversão da prisão em outra medida cautelar, vez que também cabe à Autoridade Policial valorar sobre a Necessidade e Adequação da medida proposta.

2.4 NOVAS CAUTELARES CRIADAS SOB O FUNDAMENTO DE DESAFOGAR O SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E COMO OPÇÃO DE SEGURANÇA PROCESSUAL

Atendendo aos princípios e direitos constitucionais e sob o fundamento de desafogar o sistema prisional, o legislador pátrio criou diversas medidas de natureza restritiva que visam evitar o encarceramento do autor de infrações penais cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos.

A nova lei seguiu a tendência constitucional preconizada pelo art. 5º, inciso XLVI, que positiva as penas aplicáveis em nossa legislação e pela imposição topográfica, evidencia que a privação ou restrição da liberdade deverá ser a última opção.

Validamente, há muito, o sistema prisional brasileiro não atende as suas finalidades, dentre elas, talvez a mais importante que é a ressocialização dos presos. Não restam dúvidas de que a superlotação carcerária, fundada em juízos provisórios, viola frontalmente os direitos humanos e fundamentais dispostos na Constituição da República e legislação infraconstitucional, como a Lei de Execuções Penais.

A pena privativa de liberdade, como sanção genérica, está falida. Não readapta o delincente. Ao contrário, perverte-o. Por isso, deve ser aplicada somente nos casos em que se mostra absolutamente necessária. Urgia que fosse imposta somente em relação aos crimes graves e delinquentes de intensa periculosidade. E, provisoriamente, ainda hoje, há de se ter cuidado com a sua aplicabilidade irrestrita.

Faz oportuno destacar as impressões de César Barros Leal (LEAL, 1988, p.56) quando trata do cárcere no Brasil. São suas as seguintes palavras:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absoluta ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso “sorteado” é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.

Da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (LEP), consta no item 100 que é de conhecimento que grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma nocividade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade inevitável e profunda.

A assertiva de que a cadeia é uma universidade do crime, não se deixa ser esquecida, tendo em vista que tal constatação é clara e evidenciada diuturnamente pelas circunstâncias das unidades prisionais.

Outrossim, a imposição da pena de prisão, como vinha acontecendo no Brasil, não reduz a criminalidade. Prova disso é que não se conseguiu diminuí-la após o advento da Lei dos crimes hediondos, da Lei do Crime Organizado, dentre outras que esboçam a ideia de que é com pena alta e prisão que se atende aos anseios da sociedade. Em todo o mundo, a aplicação da pena custodial, mesmo nos países onde se constata uma política favorável à expansão do parque prisional, não conseguiu conter a quantidade de crimes, cada vez mais crescente.

Na mesma linha de raciocínio, não há como deixar de reconhecer as péssimas condições atuais do cárcere brasileiro. O sistema é omissivo. Não há saúde nem educação para a ressocialização dos presos, os quais saem mais perniciosos de dentro do regime prisional. As estatísticas atuais são alarmantes. A superlotação não se restringe apenas aos presídios com presos condenados. Há uma grande quantidade de presos provisórios em condições inadequadas em presídios, juntos a presos condenados de extrema periculosidade, e até em delegacias (que, em tese, apenas devem custodiar o preso em casos de flagrante delito, de forma momentânea), todos sem possibilidades de cumprimento de pena em tais localidades.

Não há como retirar dos apenados os direitos que a própria Constituição da República assegura expressamente. Afinal, é inviolável o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade. A Constituição Federal não pode ser reconhecida como uma carta de intenções, uma vez que possui eficácia material e valorativa em cada um de seus dispositivos.

Desta feita, como demonstrado, o sistema carcerário precisa de alterações, e, para tanto, igualmente, era necessária a mudança na legislação processual penal a fim de adequá-la aos novos rumos que, já se encontravam traçados há muito pela própria Constituição da

República: presunção de inocência ou não culpabilidade, liberdade e prisão apenas se estritamente necessário.

O Código de Processo Penal partia de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, a qual se tornou absolutamente despropositada com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente no art. 5º, incisos LVII e LXI.

Na lição de LUIZ FLAVIO GOMES & IVAN LUÍS MARQUES (2011, p. 24):

No sistema de Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente facista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem a necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória.

Neste contexto foram criadas pela Lei 12.403/2011 as medidas cautelares diversas da prisão com o intuito de minorar as agruras do sistema carcerário, ao limitar a prisão a *ultima ratio*. Segundo, ainda, o ilustre professor LUIZ FLÁVIO GOMES (2011, p.16) “a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a *extrema ratio* da *ultima ratio*.”

Desta feita, se verifica que a sobredita lei tem a intenção de desafogar o regime prisional que é uma questão de necessidade contemporânea. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual, porém necessária. Assim, introduz no processo penal uma gama de medidas cautelares específicas, algumas inovadoras, ou como citado anteriormente, importadas de lei diversa, como a Lei Maria da Penha ou de outros momentos processuais, antecipadas agora ao limiar da *persecutio criminis*.

Em verdade, a duração excessiva dos processos criminais no país tem sido um dos vilões que impossibilitam o desenvolvimento da justiça, pois reduz o grau de eficácia do sistema punitivo como um todo, e, igualmente, à perda de sua legitimidade. Nesse sentido, a sociedade possui a impressão de que é nas prisões cautelares que deve ser transferido todo o anseio de solução imediata para aquele que comete um delito. Colocar quem comete crime no cárcere, seja ele qual for, é o mais eficaz propósito punitivo.

Entretanto, o direito processual penal deve ser entendido como um instrumento garantidor das liberdades humanas, e não como se tem visto, lamentavelmente, voltado muitas vezes para a satisfação deste direito simbólico que é esculpido na mente da sociedade: a justiça só é feita se o acusado estiver preso.

Igualmente, a novel Lei n. 12.403/11, teve também o objetivo de romper com uma cultura inquisitorial que encarcerava primeiro para depois avaliar a necessidade e

proporcionalidade dessa medida. Atualmente, imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis* e a comprovação da necessidade da prisão preventiva ou provisória, nos termos do art. 282, § 6º do CPC, ou seja, desde que não possa ser substituída por outra medida cautelar disposta no art. 319 do mesmo *codex*, atendendo sempre ao princípio da proporcionalidade na sua vertente do binômio necessidade-adequação, já previsto implicitamente na Constituição Federal e diretamente ligado à garantia dos direitos fundamentais.

Pretendeu romper com o binário de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao Juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, bem como revitalizar o instituto da fiança, que havia sido completamente esquecido e sem aplicabilidade na legislação, antes das mudanças em questão promovidas no Código de Processo Penal.

Portanto, as mudanças trazidas pela novel legislação além de tentar minorar a superlotação carcerária, têm também como um dos seus objetivos fundamentais munir o Juiz do poder de utilizar de várias medidas em substituição à prisão para fazer a chamada Justiça Social.

Assim, o art. 319 do CPP criou as seguintes medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

Além dessas, continuam vigentes as medidas cautelares de segregação, ou seja, prisão em flagrante, preventiva e temporária (esta última regulada por lei extravagante).

Para a aplicação das medidas cautelares, deverão ser verificados de forma cumulativa os requisitos da proporcionalidade, cabendo ao magistrado identificar, diante do caso concreto a 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. Deve o magistrado se ater também à adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e proporcionalidade, através das condições pessoais do indiciado ou acusado.

Interessante observar que o art. 282, § 3º do CPP, no tocante à concessão das medidas cautelares, prevê um procedimento contraditório em que o juiz deverá intimar a parte contrária, lhe entregando cópia do requerimento e peças, antes de proferir a decisão, para que venha contra-argumentar o pedido.

Acertadamente, tal dispositivo traz uma exceção à observância desse rito contraditório, ao estabelecer que seja dispensado nos casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, haja vista que se a parte contrária fosse intimada acerca da prisão preventiva ou mandado de busca e apreensão, poderia implicar na impossibilidade e/ou ineficácia do seu cumprimento.

Em caso de descumprimento das medidas cautelares impostas o CPP prevê que o magistrado poderá substituir a medida por outra que se mostre mais adequada ao caso concreto, impor outra medida cumulativamente e por fim, se inadequada a substituição da medida por outra, ou quando a cumulação se mostre insuficiente, poderá o magistrado decretar a prisão preventiva quando presentes seus requisitos autorizadores.

3. DA FIANÇA NA NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL

O art. 319, inciso VIII do CPP, definiu a fiança como medida cautelar a ser imposta, 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. As infrações que a admitem estão descritas no art. 322, que define que a autoridade policial

poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Acima deste patamar apenas o juiz pode fixar a fiança.

Com a novel modificação processual, foi aumentado o rol das infrações passíveis de concessão da liberdade provisória mediante fiança, arbitrada pelo Delegado de Polícia. É percebida a inserção definitiva da Autoridade Policial como importante ator social na promoção de justiça efetiva no exercício da sua legítima atividade de carreira jurídica.

Nesse contexto, os doutrinadores e Delegados de Polícia do Estado da Paraíba, FRANCISCO IASLEY LOPES DE ALMEIDA E CLAUDIO MARCOS ROMERO LAMEIRÃO (2012, p.175) corroboram que:

“As únicas autoridades que possuem o poder-dever de conceder fiança são o Juiz e o Delegado de Polícia (art.322 e seu parágrafo único). Neste ponto se faz mister reconhecer que o legislador pátrio, de forma clara e inequívoca, quis fortalecer a carreira de Delegado de Polícia em nosso país, pois este só possuía autorização para conceder fiança nas hipóteses de infrações penais punidas com detenção e prisão simples. Atualmente, com as novas regras instituídas pela Lei nº 12.403/2011, a Autoridade Policial teve seu campo de decisão referente ao arbitramento de fiança ampliado, e desse modo, poderá arbitrar fiança em relações a infrações penais punidas com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos.”

É oportuno dizer que sob a égide da nova lei, se faz necessário que o Delegado faça a compatibilização das causas de aumento e diminuição da pena para se chegar à pena máxima em abstrato do crime, com o intuito de verificar a compatibilidade do arbitramento da fiança, já que elas alteram a pena abstratamente cominada.

Antes da vigência da Lei 12.403/2011, a respeito do tema fiança, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 81 cujo enunciado segue:

Súmula 81 do STJ – Não se concede fiança quando, em concurso material a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.

Em razão da mudança da base de cálculo para aplicação do instituto da fiança, alguns doutrinadores consideram a aludida súmula como tacitamente revogada.

Embora a questão ainda não tenha sido abordada com a devida profundidade pela doutrina, há que se questionar a atual aplicabilidade da Súmula nº 81, com base na sua finalidade. Desta forma, por meio de processo de interpretação teleológica é possível efetuar a subsunção do objetivo da aludida Súmula com as alterações trazidas pela Lei 12.403/2011.

Entendeu a jurisprudência que não seria correto tratar os autores de uma pluralidade de delitos da mesma forma que os autores de delitos singulares. Isto posto, de

acordo com o entendimento jurisprudencial, na hipótese de pluralidade de delitos em que a soma das penas ultrapasse o limite legal, é prudente que o Delegado de Polícia descreva o enquadramento legal e a soma das penas e despache negando a concessão da fiança.

Vejamos uma recente jurisprudência a respeito do assunto:

TJ-PE - Habeas Corpus : HC 208405 PE 00017581520108170810

Data de publicação: 08/05/2012

Ementa: PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO, CONTRA A CEF. MATERIALIDADE DELITIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. CRIMES INAFIANÇÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. LEI N. 12.403 /2011, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTIGOS 313 c/c 282, § 6º, DO CPP. SÚMULA81 /STJ. 1. A prisão preventiva é medida excepcional que somente poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade delitiva), indícios suficientes de autoria e quando ocorrerem pelo menos um dos fundamentos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública ou econômica, conveniência de instrução criminal e aplicação da lei penal, tendo em vista que, "por meio dessa medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado" (STJ, RHC n. 19.981/SC). 2. A partir do advento da Lei n. 12.403 /2011, que conferiu caráter ainda mais excepcional às prisões cautelares, para a decretação da prisão preventiva, exige-se, além da presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a não ocorrência dos elementos fixados no artigo 313 dessa mesma Codificação (condições de admissibilidade). 3. Consoante as disposições do artigo 282, § 6º c/c o inciso I do artigo 313, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403 /2011, será admitida a decretação de prisão preventiva nos crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a 04 (quatro) anos. 4. Caso em que o Paciente está sendo investigado como incurso nas sanções dos crimes previstos nos artigos 297 e 304 , do Código Penal - falsificação de documento público e uso de documento falso contra a Caixa Econômica Federal, cujas penas máximas correspondem a 06 (seis) anos, o que impossibilita a substituição da prisão preventiva por prestação de fiança (CPP , artigo 319 , inciso VIII , com a redação dada pela Lei n. 12.403 /2011). 5. Caso de aplicação da vetusta Súmula 81 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão", por isso que, na hipótese, tal soma resulta em quatro anos de reclusão. 6. Ordem denegada...

Ainda em relação ao instituto da fiança em face da Lei 12.403/2011 é importante ressaltar que a referida legislação proporcionou um avanço extraordinário no quesito referente à reparação penal, vez que previu que o prejuízo da vítima fosse levado em consideração na dosimetria da fiança. Tal inferência se faz com fulcro no art. 336 do Código de Processo Penal, com sua nova redação:

Art. 336 – O dinheiro ou objetos dados como fianças servirão ao pagamento das custas, *da indenização do dano*, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

É evidente que se o legislador entendeu que um dos novos desideratos da fiança é proporcionar a indenização do dano, moral ou material, nada mais acertado que levar

esse prejuízo em consideração quando do arbitramento da fiança. Caso contrário, o numerário recolhido como fiança pode se mostrar insuficiente para atendimento de todas as suas finalidades. Tal mudança legislativa se mostra como uma tentativa do legislador de garantir o ressarcimento da vítima já nos átrios da própria delegacia.

Assim, havendo a condenação do autor do fato, o magistrado, na sentença fixará o valor mínimo da indenização da vítima, valor este que provavelmente estará contabilizado e assegurado pelo recolhimento da fiança. Essa é a nova sistemática. A fiança é o primeiro e mais importante passo na tentativa de recomposição material e moral da vítima.

As Autoridades Policiais receberam um instrumento eficiente e adequado para que, diante do caso concreto, promovam a *mens legis* da alteração advinda da Lei nº 12.403/11.

4 CONCLUSÃO

Com efeito, foi propagada a ideia de que as inovações se destinam a reduzir a decretação de prisões preventivas, substituindo esta medida extrema por outras cautelares em casos em que a restrição da liberdade não se mostre adequada nem necessária.

É oportuno ressaltar que a lei em comento tem sido duramente criticada e por muitos é lamentada, com a alegação de que dificultará a decretação da prisão preventiva, ao impor como alternativa a ser examinada pelo Juiz a decretação de outras medidas cautelares menos severas do que o encarceramento preventivo, muitas apontadas de frágil eficácia ou difícil fiscalização.

Igualmente é discutido que a reforma realizada no CPP favorecerá criminosos do “colarinho branco” cujos crimes, não sendo normalmente praticados com violência ou grave ameaça, cujos delitos têm penas inferiores a quatro anos, dificilmente seriam presos provisoriamente.

Com a devida vênia, este movimento contrário à lei tem uma explicação sociocultural: grande parte da sociedade entende que alguém só é punido se for preso. Há uma ilusão, pois parte da sociedade acredita que a prisão garante a segurança pública, porém manter na prisão quem comete infrações sem violência, que não é perigoso, nem se constitui ameaça concreta ao convívio social é uma insensatez e desperdício de recursos gerados com o pagamento de impostos. Outrossim, não se pode olvidar que a prisão preventiva não é para punir. É uma medida, excepcional, aplicada antes de uma pessoa ser considerada culpada.

Como qualquer ato novo ainda será debatida e revolvida pelos operadores do direito, pela doutrina e jurisprudência sob todas as suas perspectivas, pois é possível localizar na doutrina fundamentos contrapostos em relação à mesma legislação.

Parte da doutrina entende que as liberdades provisórias devem ser concedidas mesmo a presos perigosos, pois deve ser utilizado o argumento do art. 93, IX, CF/88, alegando uma sorte de princípios em favor do autor da infração penal, como ofensa ao devido processo legal, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da individualização da pena, a questão da co-culpabilidade social, igualdade formal e material, presunção de inocência, acreditando ser este o espírito da Lei.

Outros doutrinadores argumentam que mesmo com a nova Lei é possível negar a concessão de liberdade provisória a perigosos “sociocidas” em situações problemáticas sob o argumento de quando houver conflito de direitos fundamentais se deve optar pela proteção da sociedade e supremacia do interesse público, a força normativa da Constituição para a proteção da maioria, e finalmente pela proibição da proteção deficiente e do retrocesso social, alegando que a impunidade tolerada sempre conduz ao caminho da cumplicidade.

Postas as duas opções os operadores do direito podem escolher entre uma delas de acordo com sua consciência e grau de comprometimento social.

Contudo, inovações legislativas se faziam a algum tempo imprescindíveis, devido a uma série de incongruências e incompatibilidades com a Lei Maior.

É salutar que a legislação de um país permaneça consentânea com as demandas sociais mais prementes. Para isso o legislador deve acompanhar atento e vigilante às necessidades e as dinâmicas sociais que podem exigir inovações que possibilitem catalisar as lúdimas aspirações da própria sociedade, dentro do contexto estabelecido no Estado Democrático de Direito.

Por todo o exposto, não olvidando que a Lei 12.403/2011 para a sua implementação ainda merece profundas mudanças na sua estrutura para que haja adequação do Direito à realidade social, é um avanço na busca do sistema ideal e esta tendência do direito processual brasileiro moderno é irreversível e pode defluir, num futuro bem próximo em um Código de Processo Penal de linhas ainda mais garantistas e de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de; LAMEIRÃO, Cláudio Marcos Romero. **Sinopse de Processo Penal Tomo I**, 2ª Ed. Leme: CL Edjur, 2012.

BRASIL. Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 04 mai. 2011. Disponível em:. Acesso em 08 ago. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 3 Out. 1941. Disponível em:. Acesso em: 15 de ago. 2013.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 5 out. 1988. Disponível em:. Acesso em: 21 de set. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.258 de 15 de junho de 2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 15 jun. 2010. Disponível em:. Acesso em 23 de set. 2013.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Edemundo Dias de Oliveira; COSTA, Adriano Sousa. **Lei 12.403/2011 na prática**. Alterações da novel legislação e os Delegados de Polícia. Goiânia: Editora Kelps, 2011.

GOMES, apud MARQUES, Ivan Luís. Resumo em 15 Tópicos Sobre as Mudanças da Lei 12.403/2011. Disponível em: . Acesso em 17 mai. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís, Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e Medidas Cautelares, Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.

LEAL, César Barros. **Prisão crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAYA, André Machado. *Lei 12.403/11: As Outras Medidas Cautelares*. Disponível em:. Publicado em 13/05/2011. Acesso em: 25 de set. 2013.

NICOLITT, André Luiz. **Lei n. 12.403/11 o novo processo penal cautelar**: A prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANNINI NETO, Francisco. Reforma processual (Lei nº 12.403/2011) e o Delegado de Polícia. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em:. Acesso em: 26 de set. 2013.