



Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito

DANIEL RAMOS DE CARVALHO CAVALCANTI

MEDIDAS CAUTELARES
A Constitucionalização da Prisão Preventiva pela Lei 12.403/2011.

Brasília
2011

DANIEL RAMOS DE CARVALHO CAVALCANTI

MEDIDAS CAUTELARES

A Constitucionalização da Prisão Preventiva pela Lei 12.403/2011.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Débora Martins.

Brasília

2011

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

CAVALCANTI, Daniel Ramos de Carvalho.

Título: Medidas Cautelares. A Constitucionalização da Prisão Preventiva pela Lei 12.403/2011/Daniel Ramos de Carvalho Cavalcanti. – Brasília 2011.

82f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Débora Martins.

DANIEL RAMOS DE CARVALHO CAVALCANTI

MEDIDAS CAUTELARES

A Constitucionalização da Prisão Preventiva pela Lei 12.403/2011.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Débora Martins.

Brasília, _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora

DÉBORA DE ABREU MOREIRA DOS SANTOS MARTINS

Presidente/Membro

ALLYNE BORGES DE FARIAS SANDERSON

Membro da Banca

DULCE DE FÁTIMA OLIVEIRA

Membro da Banca

Dedico à minha família, ao meu amor, aos amigos pelo apoio na realização deste trabalho e, também, aos cientistas do Direito, os quais espero ajudar de alguma forma.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, pois, sem Ele, nada posso fazer; à minha orientadora, prof^a. Débora Martins, pela dedicação e paciência, bem como, aos meus demais professores.

“ Que a força esteja com você, sempre!”

Obi-Wan Kenobi

RESUMO

Este trabalho científico aborda os aspectos do advento da Lei 12.403/2011 que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativamente à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Este trabalho concentra-se nas medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva e seus aspectos concernentes. As medidas, em si, oferecem ao magistrado um poder maior de adaptação às exigências que se fizerem necessárias nas questões relativas ao processo crime e a investigação levando em conta aspectos como a personalidade do sujeito, a gravidade do crime, etc. Também permitem uma reavaliação dos casos de diversos presos provisórios que poderiam desfrutar do direito de liberdade, acautelados por alguma das novas medidas, diante das peculiaridades do caso. Isso esvaziaria parte do abarrotado sistema carcerário nacional. As medidas, de qualquer forma, asseguram a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou permitem evitar a prática de novas infrações sem ferir o direito de liberdade, a presunção de inocência e outros princípios, salvo se o interesse público assim exigir, como nos casos em que for preciso assegurar a ordem pública ou econômica pela prisão. Essa lei, contudo, enfrentará entraves. Mesmo que o objetivo seja humanizar o processo penal e esvaziar parte do sistema carcerário, a rigidez jurisprudencial do Estado Penal e a falta de investimentos em infra-estrutura podem reduzir seu texto ao desuso. As soluções desses problemas vão desde a boa vontade do judiciário a pesados investimentos em políticas concretas de segurança pública.

Palavras - chave: medidas cautelares. prisão preventiva. presunção de inocência. direito de liberdade. humanizar.

ABSTRACT

This scientific work analyzes aspects of the new Law 12.403/2011 that changes aspects of Decree Law 3.689 of October 3, 1941 - Code of Criminal Procedure relating to the arrest procedures, bail, parole, others precautionary measures, and other issues. This scientific work concentrates its vision on precautionary measures and alternatives to detention and others aspects concerned. The measures, themselves, provide to the magistrate a greater power of adaptation of the requirements that are necessary to matters relating to prosecution and its preparatory investigation procedures always taking into account aspects such as the personality of the accused or defendant, the seriousness of the crime and others ones. Also, allow a re-evaluation of cases where several provisional prisoners could enjoy the right to freedom, but cautioned by some of the new measures, taking into account the peculiarities of each case. This could empty, but just part, of the already overcrowded prison system nationwide. The measures, however, ensure the criminal investigation, law enforcement or try to avoid new violations without having injured the right to freedom, the presumption of innocence and other constitutional principles, except when the great interest public so require, such as where you need to ensure public order or the economy, and that just could be by prison. The new law, however, may face barriers to her effectiveness. Even if the goal of the new law is to humanize the criminal proceedings and empty part of the Brazilian prison system, the rigidity of the State Criminal jurisprudence of law and lack of investment in infrastructure can reduce your text to disuse. The solutions to these problems range from the willingness of judges and courts to heavy investment in public safety effective policies.

Keywords: precautionary measures. Detention. presumption of innocence. right to freedom. Humanizing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA PRISÃO CAUTELAR	14
1.1 Origem e Histórico da Prisão Cautelar	14
1.2 Conceito e Natureza Jurídica da Prisão Cautelar.....	18
1.3 O Advento da Lei 12.403/2011 e o Garantismo Jurídico	21
2 CONSTITUIÇÃO E A LEI 12.403/2011	25
2.1 Noções sobre Direito de Liberdade, liberdade de ir, vir e ficar	25
2.2 A Constitucionalização da Prisão Preventiva pela Lei 12.403/2011	30
2.3 Princípios Constitucionais e a Lei 12.403/2011	31
2.3.1 Dignidade da pessoa humana	32
2.3.2 Presunção de inocência	36
2.3.3 Princípio do devido processo legal	37
2.3.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa	39
2.3.5 Individualização da pena	40
2.4 O déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro e o déficit de vagas no distrito federal	42
3 OS PROBLEMAS A SEREM ENFRENTADOS PELA LEI 12.403/2011	45
3.1 Rigidez jurisprudencial e os aspectos peculiares do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e dos crimes hediondos	45
3.1.1 O Estado Penal	52
3.1.2 Uso compulsório da Prisão Preventiva	54
3.2 A possível ineficiência das medidas substitutivas da Prisão Preventiva	55
4 A LEI 12.403/2011	58
4.1 As Principais mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011	58
4.1.1 Novos critérios da prisão preventiva	59

4.2.2 Das medidas cautelares.....	66
4.2.2.1 Das medidas cautelares em espécie.....	71
4.3.3 A valoração do Delegado de Polícia.....	76
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

Em 5 de julho de 2011, após 60 dias de *vacatio legis*, entrara em vigor a Lei 12.403/2011, alterando dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativamente à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dando outras providências.

Essa lei entra em momento conturbado do ordenamento nacional. A influência do Estado Penal e o conseqüente anseio populacional por justiça, sendo que esta se macula na idéia sensacionalista de prisão compulsória, ainda que justificáveis, acirram as discussões em volta do novo diploma. Este, sem pretender rebaixar os interesses da comunidade perante o indivíduo indiciado ou réu, não trata de questão, unicamente, humanitária.

Põe-se em cheque o direito fundamental da liberdade, em especial, a liberdade de ir, vir e ficar. A patente regra de manutenção desse direito, sendo cerceado, apenas, quando os bens jurídicos essenciais ao corpo social são deflagrados, cede ao uso compulsório da prisão preventiva e ao sobrestamento de direitos fundamentais, ante a influência do Estado Penal.

É nesse contexto que nasce a Lei 12.403/2011, dando nova e especial disciplina à prisão cautelar.

A mencionada Lei visa uma melhor adaptação do pré-processo punitivo aos casos crimes em si, levando em conta as peculiaridades de cada indivíduo, de cada situação a justificar restrição provisória da liberdade ou outra medida, sempre com base na dignidade da pessoa humana, na presunção de inocência, no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa e na individualização da pena.

Também visa um parcial desafogamento do sistema prisional brasileiro que se vê com massivo contingente de presos provisórios, muitos deles levados à prisão sem ter cometido crime com violência ou ameaça, o que poderia justificar alguma outra medida cautelar prevista pela Lei diversa da prisão prévia. Muitos presos poderão ter suas condições revistas face ao novo diploma.

Em que pesem algumas argumentações sensatas e contrárias à nova Lei 12.403/2011, ainda assim, há que se vislumbrar a boa intenção do legislador federal ao criá-la, tanto adaptando, ainda mais, o Código de Processo Penal aos princípios

do texto da Carta Magna, como possibilitando o desafogamento do sistema prisional brasileiro sem, contudo, deixar de observar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência para a instrução criminal, de assegurar a aplicação da lei penal ou de tentar evitar a prática de novas infrações.

As medidas cautelares substitutivas de prisão trazidas pela nova lei, então, permitem ao magistrado adaptar, de forma pormenorizada, as peculiaridades de cada caso à situação que deseja acautelar, observando os elementos fáticos e às condições pessoais do indiciado ou réu.

Dessa forma, há uma ligação mais direta entre a necessidade de aprisionar alguém antes de haver uma sentença irrecorrível e os princípios constitucionais que enaltecem a liberdade como regra do ser humano no Estado Social e Democrático de Direito.

Em momento anterior ao advento da Lei 12.403/2011, enrijecidas opções se revelavam ao magistrado. Ao receber o flagrante delito, este poderia: relaxar a prisão ilegal; mantê-la ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Agora, ante a gama de medidas acautelatórias permitidas pela Lei 12.403/2011, o magistrado pode decidir por manter a regra da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado sem, contudo, deixar de levar em conta algum ou alguns dos aspectos que dão base à necessidade de prevenir à investigação ou o processo, sempre preservando o interesse público.

O presente projeto científico tenta interpretar, de forma lógica, alguns dos preceitos da nova lei, em especial, as medidas substitutivas de prisão, identificando seus pontos positivos e negativos, eficiências e deficiências.

Pretende, também, identificar, ao menos, dois problemas, e suas possíveis soluções, que a Lei 12.403/2011 poderá enfrentar para se tornar eficaz: i) a viciada rigidez jurisdicional oriunda de um presente Estado Penal; ii) e a necessidade de uma infra-estrutura dispendiosa ao Estado a fim de ceder força às medidas impostas.

O intuito investigativo deste trabalho, finalmente, é contribuir para um entendimento lógico e construtivo das intenções do legislador infraconstitucional ao elaborar a Lei 12.1034/2011 visando: constitucionalizar, ainda mais, o Código de

Processo Penal, principalmente quanto à prisão preventiva, enaltecendo a dignidade humana, a individualização da pena e a presunção de inocência, entre outros, além de prever a resolução, em parte, do déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro.

A justificativa para tanto é a formação de uma consciência de Estado Social e Democrático de Direito quanto ao poder punitivo e cautelar deste antes do trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias, ante a regra da liberdade plena e do estado de inocência.

Face a recente vigência da nova lei, não há, ainda, quando do momento de feitura deste trabalho científico, incorporação da matéria aqui tratada nos livros manuais de direito processual penal. A metodologia utilizada tem como foco, principalmente, os diversos artigos de autorizada doutrina comentando sobre a nova legislação, alguns impressos em livros comentários, outros disponibilizados na internet, em revistas e jornais.

Este trabalho se divide em cinco capítulos. O primeiro deles tratará de conceitos, origem histórica, natureza jurídica e explana, brevemente, sobre o advento da Lei 12.403/2011. O segundo, exporá sobre o direito de liberdade de ir, vir e ficar e relaciona a citada lei com a constituição e seus princípios, culminando com a tratativa do abarrotamento do sistema carcerário nacional. No terceiro, é feita uma análise sobre alguns dos problemas a serem enfrentados pela Lei 12.403/2011 no seu caminho de eficiência. O quarto capítulo falará da Lei 12.403/2011 em si, explanando sobre suas principais mudanças, os novos critérios da prisão preventiva, sobre as medidas cautelares em espécie e a valoração da figura do delegado de polícia.

1 DA PRISÃO PREVENTIVA.

A prisão preventiva é instituto previsto no ordenamento brasileiro e tem como pressuposto a cautelaridade necessária à investigação criminal, seja em fase de inquérito, seja em fase de persecução judicial a fim de garantir 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, conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal.¹

Neste capítulo será introduzido os conceitos básicos envolvendo o tema da prisão preventiva a fim de embasar o leitor quando da leitura do resto deste trabalho científico.

1.1 ORIGEM E HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA.

O termo prisão deriva do latim *prehensio*, que quer dizer ato de prender, capturar. Acabou que, por observação da causa e seu efeito (metonímia), a palavra também foi usada para dar nome ao local em que o indivíduo era encarcerado.

Remontam dos tempos pré-históricos as primeiras noções de prisão. Desde o tempo dos homens da caverna, a noção de segurança diante de membro grupal que representasse perigo para os demais era garantida por cerceamento do elemento perigoso. A prisão do membro indesejado nas profundezas subterrâneas das cavernas era uma das maneiras de garantir a sobriedade da tribo.²

¹ Art. 312 do Código de Processo Penal - 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. Art. 313 do Código de Processo Penal - Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - Revogado; Parágrafo único. Também será admitida a 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.

² DARWIN, Charles. **Origem das espécies**, São Paulo: Martin Claret, 2004.

A prisão, com caráter cautelar, é mais antiga que sua aceção como pena.³ Como cautelar, tem seus traços iniciais entre os Hebreus, Gregos e Romanos. *Polastri apud Almeida Júnior*.

Entre os hebreus existia, pelo menos, a prisão em flagrante, como forma de tutela cautelar: “não havia prisão preventiva: fora dos casos de flagrante delito, o acusado hebreu não era preso senão depois do conduzido ao tribunal para defender-se e ser julgado.”⁴

Já entre os Romanos, se aquele que era tido como suposto agente de ato anti-social não comparecesse diante do juiz, quando citado, seria detido, além de responder por uma outra infração, espécie de crime de desobediência⁵. Poderia, também, ser desde já libertado o detido acaso apresentasse três fiadores que garantissem sua presença na data designada pelo juiz.

No período imperial, em Roma, as cautelares se davam de três modos: *in carcelum e milite traditio* (prisões) e *custodia libera* (liberdade vigiada).⁶

Entre os Visigodos, era necessário crime notório⁷ para que fosse possível levar alguém ao cárcere antes de se haver por definitivo a culpabilidade frente a autoridade apreciadora.

Assim, vê-se que mesmo entre os antigos, a prisão provisória era exceção do sistema, devendo algum ponto ser observado para que ela fosse presente. Já havia, inclusive, a noção de que a prisão só seria decretada por quem detivesse poder para tanto, ou seja, a autoridade competente. Então, a justificativa para encarcerar alguém, antes da dita autoridade impor a pena na sentença, ainda que esta não fosse a prisão em definitivo, poderia advir da confissão, da notoriedade do crime, sua gravidade, da posição social da vítima, do número de afetados, do montante do prejuízo causado, entre outros.

³ POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p29.

⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de, **O Processo criminal brasileiro**. 1959. In: POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p30.

⁵ Art. 330 do Código Penal - Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

⁶ POLASTRI, op. cit., p31.

⁷ Aquilo que é conhecido por um grande número de pessoas; o que é público.

Na Idade Média, contudo, o instituto da prisão como medida cautelar sofreu grave retrocesso. Passou a figurar a noção de prisão como citação judicial, servido, apenas, para impor tortura e obtenção de confissão forçada por meio de testes divinos de culpabilidade.⁸

Em Portugal, porém, um pouco mais a frente, os *concelhos em cortes* tentavam evitar prisões arbitrárias exigindo fundamentos previamente estipulados.

Polastri apud Pierangelli:

Nos *Concelhos* só os juízes podiam ordenar a captura [...] se a prisão não fosse ordenada pelos juízes, *alvazis* ou *alcaides*, os presos deveriam ser a estes imediatamente apresentados. O juiz, então, averiguava se havia ou não fundamento para a prisão em flagrante, e se fundamento faltasse, expedia ordem de soltura. A partir de 1264, outorgada por D. Alfonso III, proibiu-se a prisão se o detido desse fiadores para a garantia de seu futuro comparecimento perante os juízes. Havia, porém, exceções para os homicidas, autores de feridas ou chagas graves, incendiários, autores de furto manifesto, britadores de igrejas, etc., os quais deveriam ser logo apresentados ao juiz.⁹

No Brasil, já nos conturbados anos de colonização, a desorganização imperava. Muitos dos homens que para cá vieram, eram criminosos. Para eles, duas opções eram oferecidas: ter de navegar à colônia recém descoberta, a fim de resguardar as terras conquistadas pela coroa, ou sofrer punições corporais na metrópole. Escolhiam a primeira, por óbvio, e, assim, o desrespeito às leis então vigentes era comum entre essas pessoas, já que assim procediam comumente. As leis relativas ao processo penal eram ditadas, então, pelos próprios donatários de terras e nestas se reduziam.

Em 1789, porém, como consequência da Revolução Francesa, a prisão cautelar, ou provisória, ganhou aspectos mais humanizados, face a influência do então presente princípio positivista do devido processo legal. A necessidade de garantir os direitos de 1ª geração (que exigiam uma atitude negativa do Estado), impuseram restrições escritas e de interpretação limitada, a fim de salvaguardar o indivíduo da arbitrariedade do governante, do Estado. Expressava o artigo 9º da

⁸ POLASTRI, op. cit., p32.

⁹ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal**. evolução histórica e legislativa, 1983. In: POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p33.

então Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 03 de novembro de 1789.¹⁰

Art. 9.º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

O que se vê, posteriormente, é a avalanche das idéias da Revolução tomando conta do pensamento burguês nos Estados já independentes e naqueles que iam se formando. Assim, não foi diferente no Brasil que, em 1824, dois anos após a declaração de independência, decretou a Constituição Imperial. Esta mencionava em seu artigo 179, incisos VIII e X:¹¹

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

[...]

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

[...]

[grifou-se]

A Constituição Federal de 1891, praticamente repete as normas sobre prisão e liberdade individual da Constituição anterior.¹²

Os demais textos constitucionais que se seguiram no Brasil mantiveram-se na mesma esteira, salvo aqueles que surgiram em regimes ditatoriais, em que

¹⁰ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2011.

¹¹Brasil. Constituição Federal de 1824. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 08 ago. 2011.

¹² POLASTRI, op. cit., p37.

certos institutos relativos à prisão cautelar foram omitidos, como a comunicação da prisão à autoridade competente na Carta Getuliana de 1937.

A atual Constituição Federal, de outubro de 1988 (CF/88), trouxe grande avanço em relação à prisão. Na esfera penal, a prisão, agora, só pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, é a chamada reserva de jurisdição - art. 5º, inciso LXI¹³. Muitos textos constitucionais anteriores apenas mencionavam autoridade, podendo ser administrativa ou policial, e, além dessa, nos casos de flagrante delito.¹⁴

Ainda mais, traz o texto vigente princípios ordenadores da atuação estatal em todas suas esferas de gestão cuja incidência não pode deixar de ser observada, especialmente, quando estiver o Estado a fazer uso de seu poder/dever de punir os que ferem bens jurídicos essenciais ao corpo social. Dentre esses princípios, de bom alvitre a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), individualização da pena (art. 5º, XLV), juiz natural (art. 5º, LIII), devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º, LVII).

1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA OU CAUTELAR.

Primeiramente, o que vem a ser cautela? Bom, cautelar, é aquilo que acautela, que toma, antecipadamente, providências ou medidas necessárias para evitar o prejuízo de eventos indesejados.

Assim, dentro da esfera do Direito, em específico, da área penal, se em curso uma investigação criminal dirigida pela autoridade de polícia, com a finalidade de averiguar indícios de materialidade e autoria de um infração penal¹⁵, ou em curso um processo judicial criminal, visando encontrar a verdade sobre as questões da

¹³ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso 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.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2011. p654.

¹⁵ Conforme art. 4º do Código Penal, a Polícia terá como fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Com isso, quer-se dizer que, quando noticiada a ocorrência de alguma infração penal, a autoridade policial deverá diligenciar sobre a situação para comprovar se o ilícito penal foi cometido, realmente, e quem é o autor de tal ato. O objetivo é angariar informações concisas para embasar a ação judicial penal que será promovida contra o réu, salvo se essas informações sejam notórias e a ação possa ser intentada independente da investigação policial.

infração cometida, algumas medidas cautelares podem vir a ser tomadas antes da sentença definitiva (aquela que não mais admite discussão).

O fito, então, é garantir o esclarecimento límpido do que se investiga. Por exemplo, se o juiz do processo requer que o marido se afaste da esposa agredida a fim de prevenir possíveis ameaças que poderiam fazer com que esta, quando do seu depoimento, fosse tomada de medo e não revelasse informações importantes sobre agressor e o crime, estaria o juiz tomando uma providência acautelatória de afastamento para preservar o bem estar da ofendida e o bom andar da persecução. A prisão preventiva é uma dessas medidas acautelatórias.¹⁶

Dessa forma, mesmo que o termo prisão possa carregar consigo a idéia de punição, não é esta a real índole da prisão cautelar. Seu real intento é o resguardo.

Com isso, quer-se dizer que a prisão preventiva é a medida acautelatória que pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal definitiva, desde que preenchidos os requisitos impostos na lei, a fim de resguardar o *Persecutio criminis*, seja em fase de investigação, seja na fase de processo, sem o intuito de punir o agente, mas com o objetivo de fazer com que o feito corra de acordo com a lei e sua eventual sentença seja cumprida, acaso condenatória.

Reforçando, as palavras de Edilson Mougenot Bonfim:

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com segregação do indivíduo. Daí falar em cautelaridade social, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso, e cautelaridade processual, que garante o normal *iter* procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção seja cumprida.¹⁷

É necessário, no entanto, que certos requisitos sejam preenchidos para ser possível a privação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado, como

¹⁶ Segundo dispõe Humberto Theodoro Júnior (**Curso de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2011): medida acautelatória é a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo. O conceito é civilista, mas sua definição é clara e precisa o suficiente para ser usada no âmbito processual penal, já que os aspectos básicos das medidas cautelares não se alteram nas duas esferas, mas apenas se adaptam. O processo civil, exige os requisitos: *fumu bonis iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora) para ser possível a medida cautelar. Já o processo penal, o *fumus comissi delict* (probabilidade da ocorrência de delito) e o *periculum in libertatis* (perigo da liberdade do acusado). Os aspectos básicos, como se vê, apenas, adaptam-se.

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2009, p398.

foi dito no conceito supramencionado e sucintamente mencionados na citação acima transcrita.

Expressa a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É o que se consagrou chamar de princípio da presunção de inocência. Por isso, os requisitos¹⁸ devem ser observados sob pena de nulidade da medida tomada, já que todos são inocentes até que a sentença definitiva diga o contrário.

Esses requisitos dizem respeito a competência para requisição e decretação, ao resguardo da sociedade e/ou do processo e serão pormenorizados em ocasião mais apropriada.

De qualquer forma, vê-se que a liberdade do indivíduo é a regra no Estado Social e Democrático de Direito. A regra tem sua lógica. Ela evita abusos por parte do Estado, já que este ostenta, exclusivamente, o *ius puniendi* (direito/poder/dever de punir), cedido pelo povo, que desejava evitar a arbitrariedade subjetiva da vingança privada e o consequente descontrole das punições.

Diante do exposto, é possível aferir sobre a natureza jurídica da prisão preventiva. Se esta se dá antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (seja na fase de investigação ou durante o processo), não tem o intuito de punir, mas de resguardo diante de certa situação que pode vir a trazer prejuízos, além de exigir requisitos especificados no Código de Processo Penal, então, sua natureza é instrumental/processual, temporária¹⁹, entendendo-se como sendo aquela que não decorre de condenação transitada em julgado²⁰.

¹⁸ Art. 313 do Código de Processo Penal - Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Parágrafo único. Também será admitida a 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.

¹⁹ **Temporária** é o termo adequado, segundo Alexandre Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 23-24pp.), para definir as cautelares, já que temporário é aquilo que dura certo tempo, mas não é substituído por nada no futuro, visa, apenas, uma situação atual e específica; deixa de existir, simplesmente, quando desaparecer a situação atual e específica. **Provisório**, já seria aquilo que será substituído por algo definitivo no futuro, termo mais adequado à noção de tutela

1.3 O ADVENTO DA LEI 12.403/2011 E O GARANTISMO JURÍDICO.

Como mencionado na introdução deste projeto científico, as sucessivas reformas processuais do Código de Processo Penal o transformaram em uma colcha de retalhos, mas sempre com o intuito de dar-lhe mais eficiência por meio de atualizações gradativas. Contudo, algumas dessas reformas nada trouxeram de vantagens, ao contrário, algumas vezes somaram ao desgaste que já se fazia presente em certas questões processuais.

A Lei 12.403/2011, porém, trazendo nova disciplina às hipóteses de prisão preventiva, mas, principalmente, trazendo medidas alternativas à restrição da liberdade, é uma dessas reformas que realmente acrescenta alguma eficiência e modernização ao antigo texto do processo penal brasileiro de 1941. No Estado Social e Democrático de Direito, a liberdade individual é a regra; a prisão cautelar, exceção.²¹ Vale dizer, que a tempos a doutrina pátria clamava por uma lei que trouxesse novos parâmetros para a prisão cautelar e o projeto que culminou na referida lei tramitava no legislativo nacional desde 2001.

Essas novas medidas acautelatórias foram criadas como o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuando os rigores da prisão em flagrante, observando mais profundamente as peculiaridades de cada caso.

Vale citar, entre as medidas trazidas, o comparecimento periódico do indivíduo em juízo, no prazo e condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; a proibição de frequentar certos lugares que estejam relacionados ao fato; a internação provisória do enfermo ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; a fiança, com novos valores e parâmetros; a inédita prisão domiciliar para os maiores de 80 anos, enfermos e que necessitam prestar cuidado a incapaz; além da moderna monitoração eletrônica.²²

antecipada, pois esta torna possível o pedido antes da sentença final. O termo temporário, no entanto, não faz confundir a prisão preventiva com a idéia da prisão temporária, da Lei 7.960/89, são institutos legais diferentes, apesar da mesma natureza acautelatória e precária.

²⁰ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Considerações sobre a prisão cautelar**. Disponível em: < <http://arapajoe.es/poenalis/Prisaocautelar.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p14.

²² Idem, p9.

Para o estabelecimento dessas novas medidas cautelares, criam-se dois critérios básicos: necessidade e adequabilidade. É exigido, agora, uma melhor apreciação do caso concreto evitando a prisão compulsória que se instalou na jurisprudência nacional. Os órgãos judiciais devem ter em mente esses critérios para não relegarem nova lei ao desuso ou dar-lhe aplicação errônea. Além, as medidas podem ser aplicadas de forma cumulativa ou isoladamente, permitindo uma melhor eficiência de suas intenções, a depender de cada caso.

Vale mencionar, também, que a lei serve de válvula de escape, temporária, no entanto, para o defasado e abarrotado sistema penitenciário brasileiro.

Os números atuais, estimados pelos estudiosos da área, demonstram que o sistema conta com cerca de 44% de presos provisórios, em torno de 220 mil indivíduos, muitos deles levados à prisão sem ter cometido crime com violência ou ameaça, o que poderia justificar alguma outra medida cautelar prevista pela lei diversa da prisão preventiva.²³

A tabela abaixo apresenta números oficiais quanto à população carcerária brasileira em dezembro de 2010.²⁴

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen			
Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos			
Todas UF's			
			Referência:12/2010
Indicadores Automáticos			
População Carcerária:			496.251
Número de Habitantes:			191.480.630
População Carcerária por 100.000 habitantes:			259,17
Categoria: Quantidade de Presos/Internados	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos (Polícia e Segurança Pública)	43.927	6.619	50.546
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP)	43.927	6.619	50.546
Indicador: Quantidade de Presos custodiados no Sistema Penitenciário	417.517	28.188	445.705
Item: Sistema Penitenciário - Presos Provisórios	154.780	9.903	164.683
Item: Sistema Penitenciário - Regime Fechado	176.910	11.867	188.777
Item: Sistema Penitenciário - Regime Semi Aberto	64.754	4.495	69.249
Item: Sistema Penitenciário - Regime Aberto	17.426	1.320	18.746
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Internação	3.120	250	3.370
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Tratamento ambulatorial	527	353	880

É inegável a adequação das novas disposições da citada lei ao texto social constitucional de 1988. A Carta atual procurar compilar os principais direitos inerentes ao indivíduo dentro da influência imperativa do Estado e os garante, em

²³ GOMES, Luiz Flávio. **A Lei 12.403 é solução para o déficit dos presídios?** Disponível em: < <http://www.lfg.com.br/portal/>> Acesso em: 23 de ago. 2011.

²⁴ INFOPEN – **Estatística Carcerária.** Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm> > Acesso em: 11 de set. 2011.

grande parte, por meio de princípios gerais que norteiam as atividades estatais em todas suas esferas de gestão (base de orientação da feitura de normas, fonte de auxílio à interpretação de normas, fonte de orientação para a realização de normas e como norma propriamente dita).

Essa posição humanizada e social da CF/88 lhe rende aspecto garantista, de acordo com a Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. De forma simplificada, menciona-se a citada teoria para enaltecer o aspecto positivo do advento da Lei 12.403/2011.

Para essa teoria, a norma jurídica, em que pese seu intuito organizacional da sociedade, não consegue suprir todos os problemas expostos pelo complexo mundo social. O Estado, como única forma legítima de produção do fenômeno jurídico, não acompanha o compasso do anseio humano, satisfatoriamente. O chamado monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado é cada vez mais uma pretensão.²⁵

Luigi Ferrajoli centra sua teoria nesse descompasso. O garantismo seria, no entender do autor, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.²⁶

Daí o motivo pelo qual o legislador constituinte originário da CF/88 prever, expressa ou implicitamente, princípios orientadores da atuação estatal, principalmente, no uso do *ius puniendi*. Os princípios, face a abrangência, incidem para permitir a melhor adaptação das normas aos eventos concretos.

A melhor incidência e adaptação das normas pelos princípios se dão pelo fato de que, para a ciência do direito, os princípios conceituam-se como preposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se

²⁵ MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli**: notas preliminares. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17>>. Acesso em: 9 set. 2011.

²⁶ Idem.

reportam, informando-o. Atuam quando da criação da norma, da interpretação e integração desta e como norma, *per si*.²⁷

A Lei 12.403/2011, então, segue na esteira desses princípios e ciente da conceituação e importância destes para o direito. Ela tenta quebrar a rigidez medieval que se fez no ordenamento brasileiro, muito em vista da influência de um Estado Penal de Direito, que faz crer ser a restrição da liberdade a solução milagrosa para a criminalidade.

Assim, norteadas pelos princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, a lei em comento permite, e requer do magistrado, uma apreciação mais pormenorizada dos casos apresentados e um uso mais adequado da prisão cautelar, já que suas proposições assim possibilitam e não podem, simplesmente, serem deixadas de lado, ao desuso, desvirtuando a intenção do legislador.

Guilherme de Souza Nucci, compartilhando da idéia de prevalência dos pontos positivos da Lei 12.403/2011 e do reforço que esta traz ao aspecto garantista da CF/88, espera que as benesses advindas da nova lei façam o judiciário brasileiro abandonar a rigidez cega do uso da prisão preventiva:

Espera-se possa ser, realmente, utilizada pelo judiciário, que precisa abandonar a cultura da prisão compulsória, analisando caso a caso, conforme a gravidade concreta. Aos poucos, a fiança pode renascer como instituto louvável de vínculo do réu ao distrito da culpa. Novas medidas cautelares, se aplicadas corretamente, podem dar ensejo a criação de outras, diminuindo-se o índice elevado de prisões provisórias.

Em suma, há fundamentos constitucionais para o êxito da nova sistemática da prisão e da liberdade no sistema processual brasileiro. Depende – e muito – da boa vontade dos operadores do Direito.²⁸

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**, Rio de Janeiro: LTR, 2008, p187-191.

²⁸ NUCCI, op. cit., p23.

2 CONSTITUIÇÃO E A LEI 12.403/2011.

O Direito Penal brasileiro, material e processual, tem como princípio vetor o da dignidade da pessoa humana, trazido no bojo da Constituição da República como fundamento do Estado brasileiro. Dele derivam todos os outros princípios a serem observadas tanto quando da elaboração da lei penal, sua interpretação e aplicação.

A Lei 12.403/2011 aproxima o instituto da prisão preventiva ainda mais das noções humanitárias e da idéia da Carta Magna de criação de novo um sistema despenalizador, descarcerizador, que preserve o estado de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste capítulo serão explorados os aspectos constitucionais da nova Lei 12.403/2011, que deu novas diretrizes ao instituto da prisão preventiva, em especial, sua relação com alguns dos princípios constitucionais de grande vínculo com o Direito Processual Penal.

2.1 NOÇÕES SOBRE O *JUS LIBERTATIS*, LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR E A PRISÃO PREVENTIVA.

No cerne da discussão filosófica sobre o tema liberdade, opunha-se liberdade e necessidade. Uns negam a existência da liberdade humana, afirmando ser uma necessidade (toda vontade é determinada pela necessidade da natureza); outros, em oposto, afirmavam o livre-arbítrio, negando o condicionamento da liberdade pelas necessidades naturais.²⁹

Contudo, essas posições afastam o homem do processo da natureza, o afastam da consideração de que o homem faz parte dessa natureza. O homem, em verdade, se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais.³⁰ Ele é criador e produto da natureza.³¹

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2011, pp 230-231.

³⁰ Idem, p231.

³¹ GARAUDY, Roger, *La libertad*, Buenos Aires: Lautaro, 1960. In: SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2011, p231.

Em verdade, o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e conseqüente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade.³²

Dessa noção, depreende-se a questão da liberdade interna e liberdade externa. A primeira diz respeito ao livre arbítrio, ao poder de querer e escolher, racionalmente. Esta, desenvolve-se pela cognição das coisas. A segunda, traz a idéia de exteriorização da escolha feita pela primeira vertente. Trata-se, essa segunda acepção, da exteriorização da vontade do indivíduo.

É pela liberdade externa que experimentamos e compreendemos o direito de liberdade. A liberdade, então, deve ser vista como um fenômeno.

Sendo um fenômeno observável, tangível, o tema da liberdade, segundo Rizzatto Nunes, é um dos mais caros ao estudo do Direito, pois difícil mostrá-lo em um texto³³.

A liberdade nasce, basicamente, da exteriorização da racionalidade humana, assim como o Direito, mas apenas vinculada ao domínio da natureza; deve ser observada; é limitada pelas convenções racionais dos homens por meio das regras do Pacto Social³⁴ - pelo princípio da legalidade, por exemplo, consistente em fazer tudo aquilo que não se proíbe por convenção legal - mas nunca limitado pelas necessidades da natureza.

Fenômeno que se expressa externamente, então, a liberdade de locomoção (Ir, Vir e Ficar) é a grande representante do direito de liberdade *lato sensu*. É ela a exata apreciação possível de captação, possível de ser tocada, observada e sentida.

A liberdade de locomoção, sem dúvida, é a mais clara forma de vislumbrar as possibilidades de expressão do indivíduo no Estado Social e Democrático de Direito. De certo, pois, que a locomoção se encontra inerente as demais formas de liberdade, mesmo aquelas mais intelectuais e intra-subjetivas,

³² SILVA, op. cit., p231.

³³ NUNES, Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**, São Paulo: Saraiva, 2011, p26.

³⁴ Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762) são os mais famosos filósofos do contratualismo.

como a liberdade de manifestação de pensamento, de informação, religiosa, entre outras.

De uma forma ou de outra, estas demais noções acabam por ser tornar palpáveis pelo vínculo com a possibilidade de locomoção, seja o deslocamento para alcançar e expressar o pensamentos aos demais, seja para permanecer e um lugar, expressar-se ou absorver a informação do mesmo modo. Não é por menos que o simbolismo da libertação de um pássaro engaiolado ou a soltura de uma pomba ao ar é expressão de liberdade e paz reconhecida em qualquer parte do mundo, e nada mais representa que a liberdade para ir onde se deseja ir.

A locomoção, porém, não precisar estar presa a idéia de liberdade física. O encurtamento dos espaços pelas novas mídias comunicativas, permite o deslocamento virtual do indivíduo para colher, expressar pensamento ou, até mesmo, praticar atos a distância e, mesmo assim, pode-se aferir a idéia de liberdade de locomoção. A noção de espaço-tempo não é a mesma de anos atrás.³⁵

Por ser a liberdade de locomover-se mais palpável e, por isso, de grande relevância ao homem, seu constrangimento representa maior angústia para o ser necessariamente social que o homem.

A privação da liberdade de locomoção pelo cárcere é antiga e a mais temida forma de punição. Mesmo a morte não se mostra, historicamente, algo tão aterrorizante como o enclausuramento. Até mesmo nas crenças religiosas, por vezes, o ser humano é considerado um prisioneiro do mundo e enxergam a morte como caminho para atingir a libertação.

Esse, quase que, sagrado direito de livre locomoção merece, por óbvio, alguma proteção. O homem, ao decidir viver em sociedade, convenciona a proteção desse direito de forma a tornar sua restrição a exceção de qualquer sistema de controle, face sua importância e abrangência.

A liberdade de locomoção é tratada em dois incisos do artigo 5º da Magna Carta, quais sejam, o XV e o LXI.

O texto da Constituição República brasileira menciona em seu artigo 5º, inciso XV que, é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo

³⁵ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**, Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Essa é a regra geral de expressão e exteriorização do direito de livre locomoção.

A livre locomoção, como se depreende do texto constitucional, é inerente ao pacto federativo, à democracia. Só é possível o desenvolvimento e liberdade do homem em um ambiente que lhe permite o domínio das leis da natureza e as relações sociais. Não é possível vislumbrar um Estado federado em que os indivíduos formadores não possam transitar no território da organização que concordaram em criar.³⁶

No mesmo artigo, no inciso LXI, mas já abrangendo a esfera penal, a idéia se mantém e expresso que, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

A proteção, no primeiro caso, vem da exigência de ser o indivíduo pego em meio a prática de comportamento indesejado. No segundo caso, com a obrigação de que a justificativa para a prisão seja precedida de ordem escrita de autoridade judiciária.

A prisão preventiva tem um de seus fundamentos de validade neste último formalismo - ordem escrita de autoridade judiciária. Essa ordem, porém, deve ser fundamentada, segundo o que impõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal³⁷ e os tópicos a serem, necessariamente, fundamentados, encontram-se no taxativo e mencionado artigo 313 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 12.403/2011.

Essa imposição de regras se dá pelo fato de que a liberdade, em especial, a de locomoção, como se viu, é a regra geral do ordenamento jurídico, mas também se depreende daí que, se há regras para permitir a restrição, a liberdade

³⁶ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**, Brasília: Senado Federal, 2006, p222.

³⁷ Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

não pode ser absoluta, acabando por flexibilizar-se quando em confronto com outros preceitos fundamentais, como o da segurança pública, por exemplo.

Assim, toda vez que o indivíduo rompe o pacto social para voltar ao estado da natureza, em que se nega os limites legais, a restrição da liberdade de ir, vir e ficar, deve ser imposta ao sujeito a fim de manter a higidez do corpo social. *Prima facie*, a separação do indivíduo do resto da comunidade é ato básico, adotado ao longo da história, para a proteção dessa mesma comunidade. Modernamente, outros institutos se fazem presentes.

A liberdade individual, então, cede espaço à segurança pública, abrindo caminho para a aplicação da prisão cautelar.³⁸

Contudo, as situações que ensejam essa restrição nem sempre se mostram claras quanto ao indivíduo que a merece receber. É necessário uma persecução para fazer florescer o responsável pela conduta e analisar os pormenores dessa conduta indesejada.

A prisão preventiva se faz presente nesse exato momento, de investigação, seja em sede de inquérito policial ou já durante o processo judicial acusatório. Ela torna possível a persecução sem que prejuízos possam embaçar o andamento dos procedimentos, acaso o investigado ou réu estivesse solto. A Idéia é de cautelaridade, como já mencionado no item 1.2 deste trabalho científico.³⁹

Porém, em que pese esse fator cautelar, que tem como fundamento o bom curso do processo investigatório, seja qual for a fase investigativa, a prisão sempre será vista como exceção. Ela deve ser restringida ao máximo, somente sendo justificada em hipóteses específicas e comprovadas.⁴⁰

Ainda, modernamente, deve-se aferir a possibilidade de substituir a prisão preventiva por outra medida acautelatória, se assim recomendar a situação. É esta a intenção das medidas trazidas pela Lei 12.403/2011.

³⁸ NUCCI, op. cit., p13.

³⁹ Op. cit., p19.

⁴⁰ Verificar nota de rodapé de número 1.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA LEI 12.403/2011.

Como dito anteriormente, é inegável a adequação das novas disposições da citada lei ao texto social constitucional de 1988. A Carta atual procurar compilar os principais direitos inerentes ao indivíduo dentro da influência imperativa do Estado e os garante, em grande parte, por meio de princípios gerais que norteiam as atividades estatais em todas suas esferas de gestão.

A Carta de 1988 tem a liberdade como regra. A Lei 12.403/2011 reforça essa idéia, pois implantou reformas favoráveis ao entendimento de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mas necessária, devidamente regradada e substancialmente motivada.⁴¹

A mencionada lei, dessa forma, segue na esteira dos princípios constitucionais e ciente da conceituação e importância destes para o direito. Ela tenta quebrar a rigidez medieval que se fez no ordenamento brasileiro, muito em vista da influência de um Estado Penal de Direito, que faz crer ser a restrição da liberdade a solução milagrosa para a criminalidade.

Os parâmetros da nova lei permitem ao magistrado uma análise mais pormenorizada das situações concretas que poderão vir a justificar medidas substitutivas à prisão preventiva e, ainda assim, garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal.⁴²

E isso porquê a idéia da Carta Magna é a criação de novo um sistema despenalizador, descarcerizador, basicamente despertado com a Lei 9.099/95,⁴³ e

⁴¹ NUCCI, op. cit., p13.

⁴² Verificar nota de rodapé de número 1.

⁴³ O art. 89 da Lei 9.099/95 traz a figura da suspensão condicional do processo, por prazo certo, por meio de cumprimento de certas restrições, a fim de extinguir a punibilidade, desde eu cumpridas as restrições. Isso impede o cárcere compulsório da futura e possível condenação ao final do processo.

ampliado pela Lei 9.714/98,⁴⁴ cujas disposições trouxeram alterações profundas na estrutura sancionatória do Direito Penal brasileiro.⁴⁵

A necessidade de prisão preventiva, portanto, deve ser analisada com maiores cuidados, dada possibilidade concreta de desproporção entre processo cautelar e o processo principal. Deve, ainda, ser orientada pelos princípios constitucionais. Alguns desses princípios, os julgados mais relevantes para o contexto aqui explorado, serão analisados mais a frente.

Eugênio Pacelli de Oliveira, antes mesmo da criação da Lei 12.403/2011, e de acordo com a maioria da doutrina pátria, já orientava pela necessidade e adequação da aplicação da prisão preventiva, muito além do mero exame abstrato (legal). Segundo o autor, deve ser levado em consideração a natureza do crime e a efetiva viabilidade de imposição de sanção privativa de liberdade antes do trânsito em julgado.⁴⁶

Por fim, menciona-se os critérios trazidos pela Lei 12.403/2011 e que devem ser analisados para aplicação de medida diversa da prisão preventiva. Eles vêm expressos no artigo 282 do Código de Processo Penal, quais sejam: a necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (inciso I); e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias de fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (inciso II).

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A LEI 12.403/2011.

O sistema processual penal, com seus princípios constitucionais, está ligado ao penal e seus princípios constitucionais. Portanto, deve-se visualizar o cenário único e harmônico das ciências criminais, com regras mínimas de coerência

⁴⁴ A Lei 9.714/98 reduziu, drasticamente, a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, com a previsão de pena alternativa para as condenações até 4 anos, se a infração for praticada sem violência ou sem grave ameaça, inclusive em hipóteses de reincidência.

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p434.

⁴⁶ Idem.

e eficácia, regidas que são pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal.⁴⁷

Como já expressado no início do item anterior, é inegável a adequação das novas disposições da Lei 12.403/2011 ao texto social constitucional de 1988. A nova lei reforça a prevalência dos princípios constitucionais, tanto os relativos ao processo penal quanto aos penais materiais, ao preservar a liberdade antes do trânsito em julgado, face a possibilidade de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa.

Neste subitem 3 do capítulo 2, serão confrontados alguns princípios de grande relevância ao direito penal e processual penal com a Lei 12.403/2011, a fim de compreender as vantagens por ela trazidas ao ordenamento, em especial, ao âmbito penal e processual penal.

De início, será apreciado o princípio da dignidade humana, pilar do ordenamento jurídico e do qual todos os outros princípios derivam, pois, o mesmo, tem por foco os direitos e garantias fundamentais do homem.

2.3.1 Dignidade da pessoa humana e igualdade.

O homem é o centro, o fundamento das sociedades modernas.⁴⁸

Na antiga noção de Estado, aquela em que este, sendo criador da ordem jurídica, não se submetia a ela, mas apenas obrigava os súditos; em que o soberano era indemandável pelo indivíduo e tudo se concentrava em suas mãos, não mais tem espaço na concepção moderna de comunidade soberana.

A transformação radical da regulação do poder e criação de uma noção de Estado como ente pensado com o único e exclusivo fim de gerar bem estar aos destinatários, tem seus marcos históricos mais notáveis nas revoluções Americana e Francesa.⁴⁹

A partir de então, o homem passou a ser o centro das atividades do poder político. As influências religiosas na vida econômica e política do Estado e,

⁴⁷ NUCCI, op. cit., p13.

⁴⁸ BULOS, op. cit., p502.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**, São Paulo: Malheiros, 2010.

consequentemente, do homem, diminuíram drasticamente e o pensamento moderno pode florescer até o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito como conhecemos. Mas de início, não era assim.

O antigo liberalismo revolucionário acreditava que o homem só seria realmente livre e próspero com o absentéismo estatal. As Constituições revolucionárias foram criadas para conter e limitar o poder político e garantir o mínimo para a sobrevivência, dita, digna. Reflexamente, as garantias fundamentais clássicas surgem (liberdade de locomoção, liberdade de crença, de associação, comércio, entre outros), mas ao homem ainda não era garantido a igualdade plena (formal e material).

Assim, em que pese o ser humano poder, agora, se desvincular das regras divinas inquestionáveis, aqueles que já se viam em condições miseráveis antes da revolução, nem mais as migalhas divinas e misericordiosas jogadas ao chão eram possíveis.

Um Estado como este, percebe-se, não é necessariamente libertador. Após a primeira e segunda guerras mundiais, o colapso econômico levou as sociedades a miséria extrema. Não mais podia manter-se a idéia de Estado ausente. Um papel ativo era exigido, forçado, diga-se, pela própria sociedade que antes se insurgiu por uma posição negativa do ente estatal.

Agora, o papel a ser desempenhado pelo Estado é positivo, fazendo-se presente, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos ou financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria.⁵⁰

Dessa necessidade positiva, surge a dignidade da pessoa humana como valor constitucional supremo. A partir de então, inicia o princípio a figurar nos textos legais que se reorganizavam: Lei Fundamental de Bonn de 1949, diploma que muito influenciou a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição portuguesa de 1978.

A partir dessa nova noção, a dignidade da pessoa humana passa a ser vetor determinante da atividade estatal, inclusive, exegética, consignando um

⁵⁰ Idem, p55.

sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como a da legalidade, da liberdade de profissão, moralidade administrativa, entre vários outros.⁵¹

Na constituição federal do Brasil de 1988 esse vetor primordial surge no art. 1º, inciso III que assim dispõe:⁵²

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

[grifou-se]

Quanto ao princípio da dignidade humana na Constituição de 1988, o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos dispõe:

Este vetor agrega em trono de si uma unidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o texto maior proclama a dignidade da pessoa humana, esta consagrando um imperativo de justiça social, um *valor constitucional supremo*. Por isso, o primado consubstancia o espaço da integridade moral do ser humano, independente de raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores *espirituais* (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e *materiais* (renda mínima, saúde, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e opressão. A dignidade reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade humana.⁵³

Na mesma esteira, atestando a indiferença que o princípio da dignidade humana revela quanto às singularidades de cada indivíduo, *Rabenhorst apud*

⁵¹ BULOS, op. cit., p502.

⁵² Brasil. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em 5 de set. 2011.

⁵³ Idem.

Vlastos: a dignidade humana só faz sentido se ela for vista como um valor que pertence de forma irrevogável a todos os homens, independente se suas qualidades singulares.⁵⁴

Essa indiferença é imprescindível para apreciação do princípio da dignidade humana no direito penal e processual penal, em especial à Lei 12.403/2011.

Ora, entenda-se, a independência de qualidades singulares dos indivíduos que justificam a aplicação irrevogável da dignidade humana a todos os homens, não significa, no âmbito processual penal, imposição de prisão compulsória antes da sentença condenatória a todos aqueles que são suspeitos de cometer crime. Sempre se deve levar em conta as peculiaridades de cada indivíduo e de cada infração.

Melhor analisada mais a frente, a individualização da pena, ciente de que na prisão preventiva⁵⁵ não haver, ainda, pena, e ao contrário do que se pode pensar, enaltece a dignidade humana por que leva em conta as diferenças de cada infrator e infração.

Ser a dignidade humana aplicada à todos os homens, independente se suas qualidades singulares, significa sem preconceitos, independente de raça, cor, origem ou status social. Nesse contexto, a análise das diferenças deve ser observada para a melhor aplicação das possibilidades da Lei 12.403/2011.⁵⁶

⁵⁴ VLASTOS, Gregory. **Justice and Equality**, 1962. In: RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, Brasília: Brasília Jurídica, 2001, pp40-41.

⁵⁵ A prisão cautelar, inclusive, é tida pela doutrina com prisão sem pena. Nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim: é a que não decorre de sentença condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico jurídico (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2009, p397).

⁵⁶ Art. 319 do Código de Processo Penal - 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

Ausência de preconceitos significa tratamento igualitário e este, por sua vez, significa observância das características de cada caso para que as medidas restritivas de direitos, constitucionalmente protegidos, sejam tomadas na exata proporção.

Por isso, cabe dizer que a citada lei é compatível com a dignidade humana. Suas medidas substitutivas à prisão cautelar preservam tal princípio como vetor maior do ordenamento jurídico assegurando os direitos fundamentais do indivíduo, ainda que indicado ou acusado pela prática de infração penal, sem, contudo, deixar de observar os princípios da igualdade e da segurança pública, calcado este último no interesse público de se expurgar possível criminoso do convívio social ou, ao menos, tentar reabilitá-lo.

2.3.2 Presunção de inocência.

Assim dispõe o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal brasileira: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E continua no inciso LXV: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. Já no LXVI do mesmo artigo: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ora, se a preservação da liberdade de locomoção é a regra do sistema e a prisão sua exceção, como foi visto aqui, então, o estado de inocência é preservado até que sentença penal condenatória diga o oposto.

Estado de inocência é termo mais adequado ao princípio, já que a Constituição Federal não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.⁵⁷

processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

⁵⁷ BONFIM, op. cit., p45.

No caso da prisão preventiva, porém, o fundamento que lhe dá ensejo difere do conteúdo deste princípio.⁵⁸ A jurisprudência reconhece pacificamente que as modalidades de prisões provisórias não ferem o princípio do estado de inocência. Contudo, este princípio é aqui mencionado face o desvirtuamento que hoje se faz presente no instituto da prisão cautelar.⁵⁹

Como visto no item 1.2 desse trabalho científico,⁶⁰ a natureza jurídica da prisão cautelar é instrumental/processual, entendendo-se como sendo aquela que não decorre de condenação transitada em julgado. Assim, a idéia segundo a qual, no momento do *iter persecutório*, o indivíduo pode sofrer restrições pessoais baseadas em possibilidade de condenação, não condiz com o conteúdo da prisão cautelar.⁶¹

Mas, infelizmente, não é o que se percebe.⁶² Daí a necessidade de nova normatividade na matéria, como o foi o caso da Lei 12.403/2011. Esta veio para restabelecer a noção de prisão preventiva como medida acautelatória, diante das várias hipóteses de substituição da restrição de locomoção que a lei trouxe.

A prisão preventiva tem sido comumente utilizada como adiantamento de punição, diante do clamor social oriundo de uma sensação de injustiça e abandono da população pelas autoridades públicas. É em virtude dessa realidade que se menciona o princípio do estado de inocência aqui.

E isso para reforçar a idéia de que, mesmo quando se desvirtua a natureza da prisão cautelar, para punir previamente o suposto criminoso, mesmo assim, se esbarra no princípio do estado de inocência.

2.3.3 Princípio do devido processo legal.

A idéia de Estado não pode estar desvinculada do princípio do devido processo legal. A partir do momento em que os indivíduos decidiram viver em

⁵⁸ Como visto, a prisão preventiva nada tem haver com presunção de culpabilidade, seu intuito é acautelatório.

⁵⁹ BONFIM, op. cit., p46.

⁶⁰ Op. cit., p19.

⁶¹ OLIVEIRA, op. cit., p37.

⁶² NUCCI, op. cit., p13-24.

sociedade, estes abriram mão de certas prerrogativas em favor de um ente maior e transcendental, a fim de evitar que o interesse particular sobrepujasse o coletivo.

O direito de punir aquele que se comportasse de maneira prejudicial aos bens de outros indivíduos, foi uma das prerrogativas de que os indivíduos abriram mão. Mas se o intuito é evitar a desorganização que acompanha a vingança privada, então, o processo punitivo deve seguir procedimentos específicos, não só com a intenção de organizar, mas, principalmente, de preservar a regra da liberdade do indivíduo e seu estado de inocência.

Inovando em relação as cartas constitucionais passadas, que não referiam-se expressamente ao princípio em comento, a Constituição Federal de 1988 assim dispõe no artigo 5º, inciso LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Por óbvio, que o devido processo legal é garantia constitucional que também se faz presente quando da aplicação das medidas acautelatórias da Lei 12.403/2011. Assim, certos requisitos e atitudes são exigidos.

Dentre esses requisitos, consta no artigo 283 do Código de Processo Penal que, não se aplicam as medidas à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Além, as medidas devem ter como justificativa 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 (artigo 282, incisos I e II).

Não podem, também, estar presentes as situações que autorizam a decretação da prisão preventiva (artigo 312).⁶³ E a decisão que decidir pela aplicação de medida diversa da prisão cautelar, deve ser fundamentada, por força do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Por fim, de bom alvitre, discorrer brevemente sobre questão relacionada ao contraditório e a ampla defesa.

Ambos são corolários do devido processo legal e devem ser assegurados aos litigantes e acusados em geral.

⁶³ Verificar nota de rodapé nº 1.

E isso por quê o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, quanto no âmbito formal, ao assegurar paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁶⁴

O contraditório e a ampla defesa serão melhor analisados a seguir.

2.3.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como já explicitado, o contraditório e da ampla defesa são garantias constitucionais dirigidas a todos os litigantes, em todos os procedimentos que de algum modo são acusatórios (penais, civis, administrativos e militares). Dessa forma, são, também, corolários do devido processo legal.

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética de processo (*par conditio*), pois a todo alto produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se ou de dar-lhe a versão que lhe, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão.⁶⁵

Diante desse entendimento - de que tais princípios são garantias constitucionais dirigidas a todos os litigantes em todos os procedimentos que de algum modo são acusatórios - o contraditório e a ampla defesa estão presentes nas medidas acautelatórias substitutivas da prisão preventiva.

Até poderia se pensar que, a substituição de prisão por medida cautelar que restringe direitos, seria mais vantajosa ao indicado ou acusado, não havendo

⁶⁴ MORAES, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2000, p255.

⁶⁵ Idem, p256.

necessidade de se confrontar a medida tomada com o contraditório e a ampla defesa. Só a comunicação ao Ministério Público para se manifestar - quando não for ele quem requisitar o pedido - seria necessária. Contudo, o § 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 12.403/2011, preceitua:⁶⁶

§ 3º - 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.

Diz o citado parágrafo que o contraditório e a ampla defesa devem ser observados, mesmo em casos de urgência. Neste caso, pode ser que a comunicação do recebimento de pedido de medida cautelar ao indicado ou réu, antes de sua efetivação, poderia significar o retardamento ou frustração da medida. Nessa situação, o contraditório e a ampla defesa são diferidos para depois da efetivação da medida cautelar, sendo caso de pleitear por sua revogação posterior, se assim for entendido.

Essa previsão tem razão de ser. Mesmo que a substituição de prisão por medida restritiva tenha caráter mais benéfico, ainda sim é restrição de direitos, podendo ser de locomoção, inclusive. Por exemplo: proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (inciso II do artigo 282); proibição de ausentar-se da Comarca (inciso IV); recolhimento domiciliar (inciso V); internação provisória de inimputável e semi-imputável (inciso VII).

Dessa forma, pode ser que uma medida se mostre mais gravosa do que outra, a depender da situação fática do indiciado ou réu, justificando, assim, ouvir o interessado quanto a aplicação de certa medida.

Vê-se, por fim, que os princípios do contraditório e da ampla defesa são inafastáveis em qualquer situação de restrição de direitos, em maior ou menor grau.

2.3.5 Individualização da pena.

O princípio da individualização da pena é outro postulado constitucional de vital importância neste contexto.

⁶⁶ Brasil. Lei 12.403/2011. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

Em que pese o fato do princípio se fazer presente quando do sistema de aplicação da pena (sistema Hungria⁶⁷), já em fase de finalização do *persecutio criminis in judicio*, sua abrangência alcança e norteia os critérios de aplicação das medidas cautelares da Lei 12.403/2011, especialmente, antes da denúncia. Ou seja, durante a fase de inquérito policial.

Conforme dispõe Uadi Lammêgo Bulos: pelo princípio constitucional da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime. Não é outra a idéia que se depreende da Lei 12.403/2011 ao modificar o artigo 282 do Código de Processo Penal e prever as medidas substitutivas da prisão provisória.⁶⁸

Como explanado, a mencionada lei, para averiguar a possibilidade de substituição de prisão cautelar por outra medida, analisa dois critérios básicos: necessidade e adequabilidade. Estes têm o objetivo de orientar o Ministério Público, a autoridade policial, o particular (pois este pode requisitar medidas cautelares nas ações privadas) e, também, o juiz, quando da possibilidade de aplicação de medida cautelar e a escolha mais apropriada. Vale lembrar que o juiz é o único capaz de proferir tal decisão de aplicação de medida cautelar (princípio da reserva legal).

A individualização da pena (leia-se: das restrições), por lógica, abarca o critério de adequabilidade das medidas cautelares da Lei 12.403/2011.

⁶⁷ Sistema trifásico de cominação de pena adotado pelo Código Penal brasileiro. Idealizado pelo professor Nelson Hungria, o sistema analisa, primeiramente, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do citado código. Basicamente, são requisitos subjetivos do réu (como personalidade do agente, conduta social e antecedentes) e requisitos objetivos do crime (como motivos, circunstâncias e conseqüências do crime). Na segunda fase, são analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 61, 62, 65, 66 do Código). Por fim, na terceira fase, são analisadas as causas de aumento e diminuição de pena, tanto da parte geral do código (do artigo 1º ao 120), quanto da parte especial (do artigo 121 ao 359).

⁶⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

2.4 O DÉFICIT DE VAGAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O DÉFICIT DE VAGAS NO DISTRITO FEDERAL.

O esgotamento das vagas no sistema carcerário nacional é uma realidade infeliz, tanto pelo fato de que muitos criminosos que deveriam estar presos se beneficiam da falta de vagas, como, também, pelo fato de que a criminalidade cresce exponencialmente em relação à estrutura carcerária. Contudo, é no primeiro fator que se concentra a discussão deste item.

Segundo dados da Secretaria de Justiça e Segurança Pública, atualizados até dezembro de 2010, existem no Brasil uma disponibilização de 298.275 vagas no sistema prisional brasileiro, sendo a população carcerária de 496.251 presos. Desses 496.251 presos, 164.683 são presos provisórios, ou seja, aproximadamente, 33% da população carcerária.⁶⁹

Levando em conta as mudanças até a presente data deste trabalho, há um déficit de, aproximadamente, 198.000 vagas no sistema carcerário.

De acordo com a pesquisa sobre o Sistema Penitenciário realizada pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, em 2011, 50% da população carcerária nacional corresponde a crimes cometidos sem violência e grave ameaça. Além disso, segundo a pesquisa, já chega a 44% o número de presos provisórios no Brasil.⁷⁰

Há que se indagar sobre o fato de que, com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, pensada em conjunto com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica,⁷¹ cerca de 247.625 indivíduos (50% de presos que cometeram crime sem violência ou grave ameaça de um total de 496.251 presos) deverão ter sua condição prisional reavaliada. Logo, poderão alguns desses detentos ter de se submeter à alguma medida cautelar diversa da prisão.

Ora, com um déficit de aproximadamente 198.000 vagas e uma população de presos provisórios de 164.683, só a influência da Lei 12.403/2011

⁶⁹ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRNN.htm>>. Acesso em: 30 set. 2011.

⁷⁰ GOMES, op. cit., <<http://www.lfg.com.br/portal/>>

⁷¹ Artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

pode diminuir esse número drasticamente, tornando a atuação da administração pública na construção de novos estabelecimentos carcerários menos onerosa.

Nesse ponto, muitas críticas foram despejadas nos diversos meios de comunicação, principalmente de massa, sobre o mal que estava por vir com o advento da Lei 12.403/2011. Muitos formadores de opinião, entre estes, advogados e bacharéis em direito, alegam que a referida lei irá libertar maciço contingente carcerário, o que seria prejudicial para a população, justificando com o vulgar argumento de que, se alguém está preso é por merecer tal condição.

Este pensamento, derivado da influência do Estado Penal de Direito, alimenta a noção de prisão preventiva como adiantamento de pena e embaça sua real índole cautelar, pois para o leigo, prisão é de um só tipo e preso também.

O que não percebem os que compartilham de tal visão é que, justamente por esta característica acautelatória, alguns presos provisórios precisam ter sua condição reavaliada e sua liberdade locomotiva garantida, pois muitos deles não representam perigo algum para a população ou para o processo. A soltura desses indivíduos, então, é questão de dignidade humana.

Libertar os que se encontram em situação de inexistência de periculosidade não significa deixar de punir, e sim, permitir que essas pessoas respondam o processo de possível punição em liberdade.

Quanto ao Distrito Federal, base territorial em que se desenvolve este trabalho científico, o quadro não apresenta melhoras em relação ao ambiente nacional.

A população carcerária na Distrito Federal atinge o contingente de 8.976, segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, e o número de vagas disponibilizadas é de 6.582. Isso representa um déficit de 2.394 vagas.

No Distrito Federal, a porcentagem de presos provisórios atinge cerca de 20% do total de encarcerados, cerca de 1.800 presos.

Do total de presos (8.976) cerca de 2.020 deles cometeram crimes de Furto simples, Estelionato e Recepção na modalidade comum ou qualificada, ou seja, crimes sem violência ou grave ameaça. Isso poderia justificar uma reavaliação

da prisão preventiva dessas pessoas para permitir a influência da Lei 12.403/2011 e, conseqüentemente, alguma medida cautelar diversa da atual prisão. É claro que, alguns desses presos já podem estar desfrutando de liberdade provisória.

3 OS PROBLEMAS A SEREM ENFRENTADOS PELA LEI 12.403/2011.

Há problemas a serem enfrentados pela Lei 12.403/2011, em especial: a rigidez jurisprudencial que se estabeleceu no Brasil, face a influência de um Estado Penal e sua política de tolerância zero, e a possível ineficiência das medidas substitutivas da prisão preventiva diante do desrespeito da pessoa do indicado ou réu.

Neste ponto do trabalho serão explorados os aspectos intrínsecos aos problemas avançados e suas soluções.

3.1 RIGIDEZ JURISPRUDENCIAL E OS ASPECTOS PECULIARES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS E DOS CRIMES HEDIONDOS.

Como se sabe, qualquer prisão, anterior ao trânsito em julgado e salvo as prisões decorrentes de transgressões militares, é de natureza preventiva, ou seja, tem natureza acautelatória e não caracteriza adiantamento de punição que ainda verificada sua possibilidade pelo processo.

Justamente por ser uma medida tão gravosa ao direito de liberdade, sendo que, nem ao menos, ainda, há certeza da culpabilidade, seu uso deve ser restrito às hipóteses de 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, conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal.⁷²

Contudo, pela influência de um Estado Penal de Direito que se instala no Brasil nos dias de hoje, o uso compulsório da prisão preventiva se torna um problema na medida em que é tomada como resposta à sociedade, ainda que antes do trânsito em julgado, aos seus clamores de justiça. Mas essa noção justiça é viciada e leiga, pois vê culpa antes mesmo de findar o processo pela simples análise sensacionalista, por exemplo, de uma reportagem televisiva.

⁷² Verificar nota de rodapé nº 1.

Essa mesma noção deturpada direcionou, infelizmente, o constituinte de 1988 ao artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, gravando no bojo do texto Maior a marca nefasta do Estado Penal.⁷³

Essa ignorância desvirtua o caminho a ser percorrido pelo sistema acusatório até a condenação criminal fazendo desta muito mais fruto da manifestação de poder (se autoridade), do que da investigação, do conhecimento, do saber. Assim, satisfaz-se a fome desesperada de alguma noção arcaica de justiça oriunda de uma população que quer, simplesmente, se livrar da criminalidade, apenas isso, e que acaba por depositar todas suas esperanças na separação do criminoso do corpo social.⁷⁴

Atualmente, a prisão preventiva se afigura, na maioria das vezes, em nítida antecipação dos efeitos da tutela⁷⁵ em um processo em que a opinião pública e o sensacionalismo da mídia retiram do magistrado a imparcialidade, fazendo do indiciado ou réu culpado antes do trânsito em julgado da sentença.

Nesse quadro, recentes decisões do Superior Tribunal Federal atestando a rigidez que aqui se avença, com especial foco no tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e crimes hediondos:⁷⁶

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – O indeferimento do pedido de liberdade provisória, além de fundar-se na vedação legal prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006 também destacou a necessidade de se preservar a ordem pública, em razão da reiteração criminosa. II – **Além disso, convém**

⁷³ Artigo 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

⁷⁴ OLIVEIRA, op. cit., p25.

⁷⁵ Instituto de direito civil, a antecipação dos efeitos da tutela consiste em conceder ao interessado aquilo que pediu ao judiciário antes do final da sentença que fizer trânsito em julgado ou recorrível sem efeito suspensivo, acaso o mesmo seja vitorioso na lide e nos casos específicos em que se demonstre prova inequívoca e verossimilhança da alegação (artigo 273 do Código de Processo Civil). Aqui, se faz uma adaptação didática para explicar o que veio a se tornar a prisão preventiva no Brasil.

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 02 out. 2011.

destacar que, apesar de o tema ainda não ter sido decidido definitivamente pelo Plenário desta Suprema Corte, a atual jurisprudência desta Primeira Turma permanece inalterada no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/2006. Precedentes. III – Ordem denegada.

(grifou-se).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. 1. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 2. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA: FUNDAMENTO CAUTELAR AUTÔNOMO E IDÔNEO PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO: NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EM RAZÃO DA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA E DA PERICULOSIDADE DO PACIENTE. 1. A superveniência de sentença condenatória não prejudica a pretensão do paciente de concessão de liberdade provisória para desconstituir a prisão em flagrante por tráfico de entorpecente, pois a solução dessa controvérsia tem influência direta na discussão quanto à possibilidade de apelar em liberdade. Tendo o paciente respondido ao processo preso em razão do flagrante e sendo correta a tese sustentada de que deveria ter sido concedida a liberdade provisória, ele, ao tempo da sentença, estaria em liberdade e, portanto, poderia, em princípio, suscitar a aplicação do art. 59 da Lei n. 11.343/2006 e pleitear o benefício de apelar em liberdade. Precedentes. **2. Fundamento cautelar autônomo e idôneo para a manutenção da prisão apresentado nas instâncias antecedentes: necessidade de garantia de ordem pública, consideradas a possibilidade de reiteração delitiva e a periculosidade do Paciente. 3. Ordem denegada.**

(grifou-se).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR SUPOSTA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. PRISÃO MANTIDA POR NOVO FUNDAMENTO. PREJUÍZO DA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS PREJUDICADO. **1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). P recedentes.**

[...]

(grifou-se).

O crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e o crime hediondo são os crimes em que mais nitidamente é possível enxergar a rigidez jurisprudencial e uso compulsório da prisão preventiva. Vale a pena tecer pormenores quanto ao aspecto a fim de explicar sobre essa rigidez.

Dispõe o artigo 44 da Lei 11.343/2006 que os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Ora, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Não é possível acatar a disposição legal infraconstitucional que padronize penas e medidas cautelares. Os mecanismos de engessamento do judiciário, pretendendo transformá-lo em poder de segunda classe devem ser prontamente rechaçados.

Por certo cabe ao legislador a criação de leis, mas não cabe a tal Poder a sua concretização. A partir do momento em que se edita uma lei padronizada, cuja aplicação se dá de maneira automatizada, sem qualquer reflexão do juiz, está-se tomando atribuição de poder alheio.⁷⁷

Essa padronização e não questionamento quanto aos aspectos sociais pela jurisprudência pátria, em especial do Supremo, visto acima, se dá pela influência do Estado Penal. Na decisão avançada, inclusive, a denegação se dá por maioria de votos.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a rigidez também é patente.⁷⁸

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. NÃO CONFIGURAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/2006. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ESTREITA VIA DO WRIT. EXCESSO DE PRAZO E AUSÊNCIA DO ESTADO FLAGRANCIAL. MATERIAIS QUE NÃO FORAM ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. PRISÃO PROCESSUAL FUNDAMENTADA, AINDA, NOS DITAMES DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA IMPEDIR A REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

1. O Paciente e um Corréu foram presos em flagrante, em 08/10/2010, na Rodovia Presidente Dutra, Km 204, Sentido São Paulo-Rio de Janeiro, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33, c.c. o art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque surpreendidos, por policiais, trazendo no carro que trafegavam: 10.478,1g de cocaína na forma de crack e 880,2g de cocaína. 2. A questão relativa à incidência, na espécie, da majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06 não pode ser conhecida,

⁷⁷ NUCCI, op. cit., p15.

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 out. 2011.

ante a impropriedade da via eleita, já que demanda o exame de aspecto do mérito da ação, ligado ao conjunto fático-probatório dos autos, o qual será analisado durante a instrução processual. 3. Pela leitura do acórdão combatido, o alegado excesso de prazo para a formação da culpa e a aludida ausência de configuração do estado flagrancial não foram analisados pela Corte de origem. Logo, inviável o exame *per saltum* dos temas, sob pena de indevida supressão de instância. **4. É firme a orientação da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição da República, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Turma e do Supremo Tribunal Federal.** 5. Ademais, que as instâncias ordinárias reconheceram a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da possibilidade de fuga do Paciente, que não mantém residência no distrito da culpa, e para impedir a reiteração da prática delitativa, já que o Custodiado respondeu a processo-crime pelo mesmo delito. 6. A existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela. 7. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.

(grifou-se)

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a rigidez também se repete em vários e recentes julgados.⁷⁹

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - TRÁFICO DE DROGAS - LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 - PRESENTES OS REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR.

I. A vedação legal de liberdade provisória veiculada no art. 44 da Lei 11.343/06 deve ser vista com reservas. Entendimento da Relatora.
II. Mantém-se a prisão quando presentes indícios da autoria e materialidade do crime, bem como a necessidade de garantia da saúde e ordem públicas.
III. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS. LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NECESSIDADE DE SE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DE FATOS CONCRETOS QUE DEMONSTRAM A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
1. Persistindo os motivos ensejadores da custódia preventiva, ainda mais

⁷⁹ (20110020172474HBC, Relatora SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 22/09/2011, DJ 27/09/2011 p. 191); (20110020162592HBC, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 15/09/2011, DJ 26/09/2011 p. 182); (20110020165822HBC, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 08/09/2011, DJ 13/09/2011 p. 97) Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>>. Acesso em: 02 out. 2011.

em se tratando de delito grave contra a saúde pública como é o tráfico de drogas, deve a prisão cautelar ser mantida.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando as circunstâncias fáticas demonstram a necessidade da custódia cautelar do Paciente para garantir a ordem pública, sobretudo quando se trata da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, para o qual há vedação expressa para a concessão do benefício da liberdade provisória (artigo 44 da Lei 11.343/06), razão não outra do preceito legal, senão a periculosidade real do tóxico em face da necessidade de se resguardar a saúde pública.

3. As condições pessoais favoráveis como residência fixa, primariedade não obstam o decreto da prisão preventiva, quando verificados outros elementos a recomendarem a prisão cautelar.

4. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRESENÇA DE REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA A IMPEDIR A PRETENDIDA LIBERDADE.

Necessidade de se resguardar a ordem pública concretamente aferida a partir dos fatos noticiados no auto de prisão, a indicar a periculosidade do paciente, preso em flagrante por ter em sua residência 303g (trezentos e três gramas) de maconha, quantidade suficiente para confeccionar em torno de 300 (trezentos) a 600 (seiscentos) cigarros de maconha. Prisão esta também subsidiada na declaração de usuários que confirmaram terem adquirido droga do paciente, que a comercializava às margens de um córrego.

Inadequação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Ordem denegada.

Percebe-se, além da rigidez em não conceder a liberdade provisória, mantendo a prisão preventiva com base em interpretação meramente gramatical, uma parca fundamentação como praxe para denegar o *writ* ou outra medida substitutiva de prisão. Isso conduz a Lei 12.403/2011, conforme temido e mencionado ao longo deste trabalho, ao possível desuso. Por certo, por ser humanitária demais e contrariar os preceitos do Estado Penal vigente. Quanto a este, mencionará o item 3.1.1 deste trabalho.⁸⁰

Em relação aos crimes hediondos, os aspectos não variam, ao contrário, mesmo com o advento da Lei 11.464/2007, que modificou a redação do inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, suprimindo o termo liberdade provisória antes vedada, foi o

⁸⁰ Op. cit., p53.

suficiente para afastar a rigidez da magistratura nacional quanto à flexibilização da prisão preventiva aos crimes dessa natureza.⁸¹⁻⁸²

O argumento utilizado nas decisões que negaram liberdade provisória com fiança em crimes hediondos é de que o inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a fiança e a liberdade provisória, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do Artigo 5º da Constituição Federal), tal ressalva era desnecessária. Tal redundância teria sido, segundo sustentam as decisões do STF, reparada pelo legislador ordinário, ao retirar o excesso verbal e manter, tão somente, a vedação do instituto da fiança.⁸³

Em que pese posições em contrário tanto no Supremo como no Superior Tribunal de Justiça, a rigidez ainda prevalece, dificultando os aspectos sociais da Lei 12.403/2011, já que os juízes e tribunais pátrios seguem, via de regra, a jurisprudência das cortes superiores, como demonstrado nos julgados no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Enfim, como dito, a Lei 12.403/2011 tenta quebrar essa rigidez medieval que se instalou no ordenamento brasileiro, que faz crer ser a restrição da liberdade a solução milagrosa para a criminalidade.

A nova lei propicia ao magistrado aplicação de medidas restritivas de direitos diversas da prisão preventiva sem deixar de levar em conta as garantias do artigo 312 do Código de Processo Penal, pois as medidas substitutivas só se fazem presentes quando não recomendado a prisão, segundo os ditames legais.

Vale mencionar, aqui, as palavras de Fernando Capez:

Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas *etc*, não havendo necessidade de prisão

⁸¹ A antiga redação do inciso II do artigo 2º dizia: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: II - fiança e liberdade provisória. Com a Lei 11.464/2007, o termo Liberdade Provisória foi suprimido.

⁸² (STF – 1ª T. - HC 92.942/SP – Rel. Min. Carlos Britto – j. 1º - 4- 2008 – DJE, 14/11/2008); (STF – 1ª T. - HC 93.229/SP – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 1º - 4- 2008 – DJE, 25/04/2008); (STF – 1ª T. - HC 93.240/SE – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 6 - 5- 2008 – DJE, 06/06/2008) *In*: ANDREUCCI, Ricardo Antônio, *Legislação Penal Especial*, São Paulo: Saraiva, 2010, 164-165p; (STF – 1ª T. - HC 104862/SC - Rel. Min. Cármen Lúcia - Dje-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011); (STF – 1ª T. - HC 103715/RJ - Rel. Min. Cármen Lúcia - Dje-055 DIVULG 23-03-2011 PUBLIC 24-03-2011) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 02 out. 2011.

⁸³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio, **Legislação Penal Especial**, São Paulo: Saraiva, 2010, p164.

preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória.⁸⁴

Atesta o autor, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares mesmo às infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas.

A solução para a rigidez jurisprudencial, então, passa a depender da boa vontade dos magistrados em perceber que a nova lei enaltece os princípios constitucionais penais e beneficia o esgotado sistema carcerário que, como dito no item 2.4,⁸⁵ possui cerca de 500.000 presos, deles, 44% provisórios, sendo em sua grade maioria agentes de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, o que poderia justificar outra medida diversa da prisão.

Esse desafogamento, diga-se, não põe em risco a sociedade, nem deixa de lado a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a aplicação da lei penal, pois o que há é uma adaptação fundamentada, caso a caso, para aplicação das medidas cautelares em situações que se justificam, excluídas dessa adaptação, aquelas que trouxerem algum perigo para a sociedade.

3.1.1 O Estado Penal de Direito.

Paulatinamente, o Estado de Direito, advindo do liberalismo burguês pós-revolução industrial, foi sendo substituído pelo Estado Social cujo o objetivo não é só a preservação e proteção dos direitos individuais do homem, mas seu bem estar no seio da comunidade, lhe ofertando o mínimo para uma vida digna.⁸⁶

Quando, no entanto, o Estado comete falhas na sua missão de garantir o bem estar social e a base justa e comum de desenvolvimento dos cidadãos falece, as discriminações entre seus componentes é percebida.

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **A Lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

⁸⁵ Op. cit., p43.

⁸⁶ SUNDFELD, op. cit., p54.

A criminalidade, então, aumenta quando Estado deixa de ser eficiente na aplicação de políticas públicas que visem erradicar discriminações e, conseqüentemente, exterminar o mal da criminalidade, seja direta ou preventivamente, sendo esta última de real eficiência e mais econômica aos cofres públicos, pois para sua aplicação exige-se, apenas, livros e cadeiras e não helicópteros e coletes a prova de balas.

Essas falhas geram o desgosto da população que, em sua apreciação vulgar dos aspectos vinculados a criminalidade, que tem como inimigo a figura do outro,⁸⁷ entendem ser a punição do agente criminal a solução, única e exclusivamente, satisfatória para almejar a justiça.

Em resposta a esse clamor da opinião pública, nasce o Estado Penal e sua política de tolerância zero: condenações mais severas, encarceramento massivo, estabelecimento compulsório de início de cumprimento de regime carcerário, regimes carcerários diferenciados, uso compulsório de prisão preventiva antes do trânsito em julgado, projetos de diminuição da maioria penal, entre outras medidas.

Enfim, são legislações que nada mais expressam do que o desejo de vingança orquestrado pelo velho discurso da “lei e da ordem”. Sob o enunciado da “proteção” ofertada aos “cidadãos de bem”, oculta-se a impotência dos governantes em face da catarse de conflitos e tensões aos quais eles não podem (ou não estão dispostos a) responder senão através de uma justificativa meramente retórica à opinião pública, criando uma falsa idéia de unidade diante de um inimigo interno personificado na figura do “outro”: selecionado entre os membros dos setores socialmente vulneráveis.⁸⁸

O que não percebem, ou não querem perceber os defensores da política de tolerância zero, é que a violência tem como causa aspectos que vão além da exclusiva escolha feita pelo agente criminoso em se portar com consciente do crime e desejando seu resultado, de forma que o crime sempre é de absoluta responsabilidade o delinqüente. Não percebem que deve-se levar em conta uma relação que envolva o social, o político e o econômico.⁸⁹

⁸⁷ ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2011.

⁸⁸ Idem, p1.

⁸⁹ SANTOS, Fátima Ferreira P. dos. **Estado Penal: O Direito no Estado Capitalista**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35228>>. Acesso em: 30 set. 2011.

Nesse contexto, nasce o Estado Penal que, basicamente, se funda em uma política de tolerância zero contra a criminalidade passando para a opinião pública a idéia de que a repressão violenta é a solução para os males do crime, além de fazer convencer a população de que, realmente, o problema se solucionará por estes aspectos e o apoio a eles deve ser mantido.

É diante desse quadro que a prisão preventiva perde seu direcionamento cautelar, de não adiantamento de pena, de não presunção de culpabilidade, para ceder ao clamor público de falsa justiça e se transformar em punição antes do fim do devido processo legal para tanto. Esse aspecto será melhor explorado no subitem a seguir.

3.1.2 Uso Compulsório da Prisão Preventiva.

Sob a influência do Estado Penal a prisão preventiva que, como visto no item 1.2,⁹⁰ tem natureza cautelar, torna-se adiantamento de pena, de presunção de culpabilidade.

Diante da exigência da massa popular, em conjunto com a antiga e nefasta justificação legal do clamor público para a não concessão de fiança,⁹¹ a prisão preventiva torna-se, em verdade, punição preventiva.

A prisão preventiva, como visto anteriormente, tem vez quando algum aspecto referente a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal, ou a aplicação da lei penal é afetado, justificando a prisão do indicado ou réu antes do trânsito em julgado, mas com o fim único de preservar o bom andamento da investigação criminal ou judicial diante de alguma ameaça que poderia oferecer o suposto meliante acaso estivesse solto.

Sendo assim, preso em flagrante o sujeito ou preso por mandado judicial, torna-se imperiosa a avaliação do direito de liberdade provisória, já que constitui preceito pacífico na doutrina e na jurisprudência inexistir prisão preventiva

⁹⁰ Op. cit., p19.

⁹¹ A antiga redação do artigo 323, inciso V, do Código de processo Penal, assim dizia: Não será concedida fiança: V – nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. A nova redação dada pela Lei 12.403/2011 retirou a hipótese de clamor público como justificativa para não conceder de fiança e consequente liberdade do réu após seu pagamento.

obrigatória. Não há nenhum crime que implique em decretação da prisão cautelar, pela simples existência da acusação contra determinada pessoa,⁹² apesar de não ser o que se vislumbra, atualmente, diante do numeroso contingente de presos provisórios, conforme itens 2.4 e 2.4.1 deste trabalho.⁹³

Intimamente relacionado à rigidez jurisprudencial, o uso compulsório da prisão preventiva é praxe na jurisprudência nacional, mas a solução desse problema passa pelos aspectos explanados no final do mesmo item 3.1.⁹⁴

3.2 A POSSÍVEL INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA.

Muitas das medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva trazidas pela Lei 12.7403/2011 dependem de aparato e boa vontade dos indiciados ou réus para sua eficácia, como enaltecedoras de princípios constitucionais, por exemplo, Dignidade humana e Presunção de inocência.

Dispõe o artigo 319 como medidas alternativas à prisão preventiva:⁹⁵

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.

⁹² NUCCI, op. cit., p15.

⁹³ Op. cit., pp43-44.

⁹⁴ Op. cit., p46.

⁹⁵ Brasil. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

A questão que se põe é a seguinte, a maioria das medidas depende de um aparato fiscalizatório muito dispendioso ao Estado. Os patronatos públicos ou particulares previstos na Lei 7.210/84, por exemplo, não conseguem dar conta das prerrogativas de prestar assistência aos albergados e aos egressos devido a grande demanda de presos nessas condições (egressos ou em albergue).⁹⁶⁻⁹⁷

A medida é, de fato, dispendiosa, tanto o é que legislador previu a participação privada na constituição dos patronatos, em parceria.

Às medidas cautelares, seria necessário instituto similar para a fiscalização das medidas de I a VIII do supramencionado artigo 319. Do contrário, resta apenas a confiança do Poder Judiciário no cumprimento das medidas pelo indicado ou réu diante da possibilidade de perda da liberdade de ir, vir e ficar, em absoluto, acaso desrespeite a medida imposta.⁹⁸ A confiança no réu, contudo, é diminuta.

Quanta à monitoração eletrônica:

Será preciso implantar centrais de monitoração eletrônica em várias regiões para que se possa utilizar desse novo instrumento como medida cautelar.

Não somente o juiz da execução penal terá acesso a tal controle por meio eletrônico, mas também o juiz processante. Haverá verba e interesse suficientes para instalar essas centrais de monitoração, além de permitir que todos os juízes brasileiros fixem tal medida? Enquanto os recursos não vierem e a viabilidade prática não ocorrer, trata-se de medida cautelar inoperante.⁹⁹

A solução, assim, como no problema da estrutura fiscalizatória, depende da boa vontade estatal, seja da Administração Pública na disponibilização do aparato aos juízes para aplicação das medidas, seja dos próprios magistrados em analisar caso a caso a possibilidade de incidência das medidas, desvinculando-se das noções de Estado Penal.

⁹⁶ Dispõe o artigo 78 da Lei 7.210/84: O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (artigo 26). Por sua vez, dispõe o artigo 26 do mesmo diploma: Considera-se egresso para os efeitos desta Lei: I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II - o liberado condicional, durante o período de prova.

⁹⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**, São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁸ Dispõe o artigo 282, § 4º do Código de Processo Penal: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

⁹⁹ NUCCI, op. cit., p87.

Porém, é de se avultar o reconhecimento de que, enquanto não disponibilizada essa estrutura, já que a confiança no réu é diminuta, a noção de Estado Penal prevalecerá como resposta à ineficiência da Lei 12.403/2011.

Cabe à Administração Pública, em especial a federal, legislar e permitir a criação de tal estrutura, não havendo que se falar em reserva do possível,¹⁰⁰ face a patente importância de tais medidas administrativas, já que tratam de segurança pública e dignidade humana.

¹⁰⁰ Aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispor o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (Tribunal Constitucional Alemão).

4 A LEI 12.403/2011.

As mudanças da Lei 12.403/2011 são profundas. Constitucionalizando ainda mais o processo penal, a nova lei tenta quebrar o paradigma do uso compulsório da restrição da liberdade como solução milagrosa da criminalidade.

Atualmente, vê-se uma tentativa maior do judiciário nacional em acalmar o aflorado desejo da sociedade por justiça, sendo esta confundida com a idéia de punição, única e exclusivamente, com caráter retributivo, do que uma tentativa de apreciação legalmente racional sobre os casos julgados.

Os magistrados, conclamados a responder esse desejo, justo, mas viciado, tomam a prisão preventiva como a válvula de escape, já antes da sentença final, pois os anseios sociais se mostram implacáveis, face ao atomismo de alguns casos envolvendo crime que são explorados pela mídia sensacionalista.

Contudo, a Lei 12.403/2011, tentar romper esse quadro humanizando a prisão preventiva, respeitando a dignidade humana, o estado de inocência e outros direitos humanos. Além disso, tentar desafogar o defasado e abarrotado sistema penitenciário brasileiro, que conta com grande contingente de presos provisórios capazes de terem revista suas justificativas prisionais.

A tentativa de solução trazida é a oportunidade de substituição da prisão preventiva por meios alternativos de restrição de direitos sem, no entanto, deixar de lado a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal, ou de assegurar a aplicação da lei penal.

4.1 AS PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011.

Dentre as principais mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, foram selecionados os novos critérios da prisão preventiva, as medidas cautelares em si e suas particularidades e a valoração da figura do delegado de polícia na nova sistemática do instituto.

Agora, os novos critérios do artigo 313 do Código de Processo Penal¹⁰¹ para a prisão preventiva dispensam a idéia diferenciadora qualitativa (reclusão e

¹⁰¹ Verificar nota de rodapé nº 18.

detenção) para dar lugar a elemento quantitativo combinada com elemento subjetivo (crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos).

As medidas cautelares do artigo 319,¹⁰² permitem ao magistrado uma gama de soluções que não mais se reduzem em decretação ou manutenção da prisão, ou liberdade, com ou sem fiança, do indiciado ou réu. Agora, a liberdade condicionada tem vez mesmo que fora do âmbito da execução penal.

Quanto ao delegado de polícia, este ganhou, nesse novo ambiente, relevante papel ao lhe ser permitido representar pela imposição de medidas cautelares ao juiz na fase pré-processual.

4.1.1 – Novos Critérios da Prisão Preventiva.

Dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal:¹⁰³

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a 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.

Continua o Código no artigo 312 dizendo:¹⁰⁴

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Dessa forma, verificando o magistrado algum dos requisitos fáticos expostos no artigo 312, mais a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, poderá decretar a prisão preventiva e desde que presente alguma(s) das hipóteses do artigo 313, que assim dispõe:¹⁰⁵

Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

¹⁰² Verificar nota de rodapé nº 56.

¹⁰³ Brasil. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a 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.

Na antiga redação do artigo 311,¹⁰⁶ apenas pelo requerimento do Ministério Público, do querelante, nas ações privadas, e pela representação da autoridade policial, podia ser sensibilizado o juiz quanto à necessidade de prisão preventiva, quando não o fazia de ofício, em qualquer fase do processo. Agora, pode, também, o assistente indicar ao magistrado a necessidade de prisão preventiva.

Nada mais justo que isso. Ninguém melhor que a vítima para saber se o indiciado ou réu, em liberdade, pode causar-lhe transtornos. Transtornos que não podem esperar pelo longo caminho de comunicação ao *Parquet*,¹⁰⁷ ou à autoridade de polícia para, só depois, o ofendido se ver resguardado em sua integridade física e moral.¹⁰⁸

Não há que se falar, no entanto, em palavra absoluta do assistente. O que deve acontecer é que sua palavra deverá, sempre, ser levada em conta pelo magistrado. Negar-lhe essa prerrogativa (de indicar ao magistrado) não é correto, ou melhor, não era.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Dizia o artigo: Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

¹⁰⁷ Em sua origem, o termo *parquet* define um tipo de piso que parece uma espécie de mosaico, formando desenhos simples ou mais elaborados. Do sentido de piso, evolui para designar o Ministério Público, como instituição que está na base do sistema jurídico, dando-lhe sustento e legitimidade como uma malha que se estende a todos os ramos do direito, em especial àqueles de interesse social.

¹⁰⁸ NUCCI, op. cit., p62.

¹⁰⁹ Idem.

Há de se observar que o magistrado, agora, só atua para decretar a prisão preventiva de ofício, durante a fase de instrução processual (se no curso da ação penal, diz o artigo 312). Antigamente, o juiz, de ofício, podia decretar a prisão em qualquer das fases (inquisitorial ou processual).

Corrigiu o legislador, em parte, uma situação em que o juiz podia decretar prisão de ofício, mesmo sendo ele regido, via de regra, pela inércia de sua atuação nos processos condenatórios. O certo é depender o magistrado de sensibilização por aqueles que têm um contato mais direto com o caso concreto (Ministério Público, Polícia e Querelante e, agora, o assistente) e, por isso, mais preparados para avaliar se necessária seria a prisão preventiva.¹¹⁰

Agora, o magistrado só atua de ofício para a prisão preventiva na fase processual, fase em que ele tem um maior contato com as provas e partes e, por isso, está mais habilitado para averiguar a necessidade da medida.

Quanto ao artigo 312, nada mudou em relação à antiga redação, é exatamente a mesma.

As garantias que deseja proteger o texto do artigo 312 têm como justificativa a periculosidade do agente e os possíveis prejuízos que poderia causar, se solto, à ordem pública, econômica, à instrução processual ou à aplicação da lei penal.

Contudo, atesta Guilherme de Souza Nucci que o legislador poderia ter ousado em detalhar o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos, os mais abrangentes, como a garantia da ordem pública e da ordem econômica.¹¹¹ Dessa forma, teria evitado que fundamentações superficiais e repetitivas continuassem servindo de base para o uso compulsório da prisão, assim como o era quando da justificativa do clamor público para obstar a fiança.¹¹²

Marcellus Polastri sugere:

Por garantia da ordem pública deve-se entender a necessidade de preservação da boa convivência social ou, segundo Greco Filho, interesse de segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de um único indivíduo. Não se trata, ainda, de clamor público, uma vez que este pode ter

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem, p63.

¹¹² Op. cit., p46.

sentido de vingança ou revolta, mormente em uma época que os meios de comunicação em muito influem na formação da opinião pública, que pode, assim, ser facilmente manipulada por interesses privados.¹¹³

Continua o autor, mas agora sobre a ordem econômica, que esta é redundante, pois afetada a ordem econômica, também estaria a ordem pública.¹¹⁴ Bastaria o legislador ter mencionado esta.

O parágrafo único do artigo 312 analisado, permite a decretação da prisão preventiva acaso as medidas cautelares forem descumpridas.

Nada mais lógico, mas apenas se o descumprimento se der em medidas que substituam a possibilidade de prisão preventiva em crimes que se enquadram nas hipóteses do supracitado artigo 313 e não se enquadram nos requisitos fáticos da garantia da ordem pública e econômica. Se incorrerem nestes requisitos, a prisão preventiva seria a medida cautelar recomendada desde o início, sem substituição alguma.¹¹⁵

Se o enquadramento se der em algum outro requisito, mas mantidas as hipóteses do artigo 313, então, as medidas cautelares poderiam ser impostas e o descumprimento destas converteria a situação em prisão, de pronto.

Caso o descumprimento se der em medidas que substituam a possibilidade de prisão preventiva em crimes com pena máxima inferior a 4 anos e que se enquadram nos requisitos fáticos de conveniência do processo, ou de garantia da aplicação da lei penal, ou, ainda, para evitar prática de crime, o recomendado seria a substituição da medida cautelar por outra(s), além de poder ser mantida a medida atual, que foi descumprida, e cumulá-la com mais alguma. Nessas possíveis situações, só em último caso a prisão seria decretada.¹¹⁶

¹¹³ POLASTRI, op. cit., p105.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ A idéia aqui é mostrar que, o fato do legislador não ter mencionado os requisitos fáticos da garantia da ordem pública e econômica no artigo 282, que trata dos pressupostos de aplicação das medidas cautelares, tem como intuito fazer crer que, presentes esses requisitos, somente a prisão preventiva pode ser cabível, ou seja, não há que se perquirir sobre a possibilidade de substituição de medida diversa. Entretanto, essa questão será melhor analisada no sub-item 4.2.2.

¹¹⁶ Verificar nota de rodapé nº 98.

Essa interpretação, além de assegurar o respeito as medidas cautelares, já que o agente correria o risco de ser privado da liberdade ou ter que se submeter a medida(s) possivelmente mais gravosa(s) se as descumprir, permite a eficiência das mesmas e a proporcionalidade em suas aplicações, sempre enaltecendo a dignidade humana e o estado de inocência.

Já no artigo 313, na anterior redação do código, como mencionado no início deste capítulo, era diferenciada a reclusão da detenção como critério de combinação para aplicação da prisão preventiva. Agora, um patamar de gravidade abstrata (crimes com pena máxima superior a 4 anos), aliado ao elemento subjetivo, dolo, impera na decretação de prisão preventiva.

A restrição é plausível, já que surge a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas de prisão a fim de atender o universo de crimes de menor relevo (julgados pelo legislador aqueles que possuem pena máxima inferior a 4 anos, quando se tratar da questão de prisão preventiva).¹¹⁷

Fica mantida a antiga redação do inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, mas agora expressa no inciso II e com a atualização de numeração do artigo 46 para o 64 do Código Penal.¹¹⁸ Trata-se da hipótese de reincidência, presumindo-se a periculosidade daquele que mantém sua conduta delitiva, justificando a prisão preventiva.

O inciso III atual do artigo 313 dispõe sobre a decretação de prisão preventiva, nos termos do artigo 312, no caso de violência contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo e deficientes. Há peculiaridade, no entanto, na hipótese de violência contra a mulher.

O Código de Processo Penal, agora com o advento da Lei 12.403/2011, tem reforçada a idéia de prisão preventiva como exceção, face o estado de

¹¹⁷ NUCCI, op. cit., p67.

¹¹⁸ Art. 64 do Código penal - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

inocência constitucional antes do trânsito em julgado. Questão que já foi explanada veementemente neste trabalho.¹¹⁹

O novo elemento quantitativo abstrato (crimes com pena máxima superior a 4 anos) diminuiu a gama de crimes em que será decretada a dita prisão, permitindo alguma medida cautelar substitutiva.

Vê-se, então, que, a prisão preventiva deve ser imposta em infrações mais graves (julgadas pelo legislador, atualmente, aquelas que possuem pena máxima superior a 4 anos e quando se tratar da questão de prisão preventiva). Essa sempre foi a índole do Código de Processo Penal, reforçada, como dito, pela nova lei.¹²⁰

Pois então, os crimes de lesões corporais leves são de menor potencial ofensivo,¹²¹ mas quando cometidos com preconceito de gênero (contra mulheres) poderão seus agentes, além de serem afastados das disposições da Lei 9.099/95 por força do artigo 41 da Lei 11.340/2006,¹²² estarem sujeitos a prisão preventiva, presumindo-se a periculosidade do agente que comete violência contra mulher, ainda que leve, segundo o inciso III do supramencionado artigo 313.

Não há lógica nisso, em admitir a prisão preventiva do sujeito por lesões leves antes da sentença, para depois o mesmo ser condenado à privação da liberdade a ser cumprida em regime aberto ou semi-aberto,¹²³ pois as lesões leves

¹¹⁹ Vide as explicações dos itens 1.2 do capítulo 1, 2.2 do capítulo 2 e 2.3.2 do capítulo 3 deste trabalho científico.

¹²⁰ POLASTRI, op. cit., p114.

¹²¹ Dispõe o art. 61 da Lei 9.099/95: consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

¹²² Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dispõe no art. 41: aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹²³ Dispõe o Art. 33, § 2º do Código Penal: As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

têm pena máxima de um ano,¹²⁴ ou serem substituídas por restritivas de direitos, acaso as lesões sejam culposas.¹²⁵

Essa contradição só se dá pela maléfica influência do Estado Penal nas atividades do legislador infraconstitucional, que faz crer ser a lei penal a solução milagrosa da criminalidade, inclusive, nas relações entre conviventes de sexos opostos. O que é absurdo, face o princípio da *ultima ratio* penal.¹²⁶

Há de se perguntar, diante desse quadro de Estado Penal, em especial aos crimes de lesões leves contra mulheres, os juízes se inclinam às medidas cautelares da Lei 12.403/2011 ou as relegaram à ineficiência? Tudo depende da boa vontade dos mesmos em diligenciar caso a caso a fim de verificar tal possibilidade de aplicação.

Por fim, o parágrafo único do artigo 313 tratou de dispor sobre a imposição de prisão preventiva no caso de haver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Ao que parece, a prisão temporária (Lei 7.960/89) é instituto mais eficiente que a prisão preventiva para tal situação, pois o prazo de 5 dias, prorrogáveis por igual período, já seria o suficiente para dirimir a dúvida, além de menos gravoso ao indiciado ou réu, já que, pela falta de previsão temporal do inciso III, poderia o sujeito ficar preso por longo tempo, a depender da eficiência policial no saneamento do problema duvidoso.¹²⁷

¹²⁴ Art. 129 do Código Penal: ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: pena - detenção, de três meses a um ano.

¹²⁵ Dispõe o Art. 44 do Código Penal: as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

¹²⁶ A lei penal, por prever punições gravosas ao indivíduo, só deve atuar em casos em que não há outra esfera de atuação no ordenamento (civil, administrativa, etc) capaz de assegurar os bens jurídicos (vida, propriedade, integridade moral, etc).

¹²⁷ Dispõe a Lei 7.960/89: Art. 1º: Caberá prisão temporária: II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; Art. 2º: A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Os artigos 314, 315 e 316 assim dispõem:¹²⁸

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

As redações, porém, não precisam de demasiados pormenores.

O artigo 314 trata dos crimes cometidos com base em alguma excludente de ilicitude.¹²⁹ Se cometidos nesses termos, a prisão preventiva não será decretada e o réu deverá ser absolvido sumariamente (artigo 397, I e 415, IV do Código de Processo Penal).¹³⁰

Isso se dá, pois, pelo fato de que o agente que pratica ato sob o manto das excludentes de ilicitude não representa perigo algum para a ordem pública, econômica, para o processo ou para a aplicação da lei penal, já que não há crime.

O artigo 315, por sua vez, repete a idéia do artigo 93, IX da Constituição Federal em exigir a fundamentação das decisões judiciais a fim de preservar a transparência do juiz como órgão julgador e o contraditório.¹³¹

Por fim, o artigo 316 atesta a temporalidade das medidas cautelares.¹³²

¹²⁸ Brasil. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

¹²⁹ Art. 23 do Código Penal: Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹³⁰ Dispõe o Código de Processo Penal: Art. 377: após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; Art. 415: O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

¹³¹ Verificar nota de rodapé nº 37.

¹³² Verificar nota de rodapé nº 18.

4.2.2 Das Medidas Cautelares.

Primeiramente, não há como tecer comentários sobre as medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011 sem antes dispor sobre os requisitos de aplicação do artigo 282 do Código de Processo Penal. Este assim dispõe:¹³³

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

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

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Vê-se que pelo artigo transcrito, a aplicação das medidas cautelares concentram-se, basicamente, na necessidade e na adequação.¹³⁴

A idéia de necessidade é de que a medida aplicada deva se mostrar indispensável, pois sabe-se que o estado de inocência recomenda a liberdade incondicionada, como regra, antes de confirmada a condenação. Pela adequação, tem-se a idéia de que a medida cautelar deva ser proporcional ao que se pretende resguardar.

¹³³ Brasil. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

¹³⁴ NUCCI, op. cit., p26.

O artigo também empresta à idéia de necessidade dois requisitos fáticos diretamente ligados à prisão preventiva, mas com módicas alterações: garantia de aplicação da lei penal e conveniência da investigação ou instrução criminal. Além, mais um se cria: a inevitabilidade da prática de infrações penais.¹³⁵

Justamente por esses requisitos terem ligação íntima com a prisão preventiva, torna possível a interpretação de que, o fato do legislador não ter mencionado a garantia da ordem pública e da ordem econômica como pressuposto de medida cautelar substitutiva de prisão, não é algo que pode ser encarado como lapso, mas sim como a intenção de exigir a prisão preventiva acaso presente algum perigo para a ordem pública ou econômica.

Julgou o legislador que a prisão preventiva é a única medida capaz de resguardar, acautelar a situação em que se fazem presentes algum desses requisitos específicos.¹³⁶

Quanto à adequabilidade, percebe-se a ligação do preceito com o princípio da proporcionalidade. A intenção foi buscar uma melhor eficácia da medida aplicada levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, configurando uma individualização de pena, ou melhor, de medida cautelar, como foi exposto no item 2.3.5 do capítulo 2 deste trabalho.¹³⁷

A adequabilidade, então, segundo o artigo 282, passa pela análise da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do indiciado ou acusado.

Apesar de mencionados todos esses critérios para tornar possível a aplicação das medidas cautelares, inclusive com íntima relação de alguns deles com a prisão preventiva, não incluiu o legislador os requisitos da prova do crime e os índicos de autoria. Há lógica nessa omissão que também não permite a idéia de lapso.

Guilherme de Souza Nucci defende a idéia de que, seguindo o trajeto da prisão temporária, tais requisitos são dispensáveis em matéria de medidas

¹³⁵ Idem, p27.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Op. cit., p41.

cautelares do artigo 319.¹³⁸ Defende, pois, se ambos os fatores fossem considerados fundamentais para a prisão temporária, essa modalidade de prisão se igualaria à preventiva. Por óbvio, então, que pode-se deferir medida cautelar de menor peso que a temporária e a preventiva, escolhidas dentre as possíveis do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Outro ponto interessante do artigo em análise é quanto à legitimidade para decretação, requisição ou representação de medida cautelar.

Assim como nas novas disposições da prisão preventiva,¹³⁹ o juiz, de ofício, só poderá decretar medida cautelar durante a fase processual. Nesta, também podem as partes requisitá-las ao juiz. Na fase de investigação criminal, no entanto, podem requisitá-las somente o Ministério Público e a autoridade policial. Aqui, há algumas dificuldades redacionais a serem avençadas.

Quanto ao termos “as partes”, entenda-se Ministério Público, querelante e assistente. Se esses dois últimos podem atuar para pedir medida grave (prisão preventiva) também podem para pedir medida cautelar diversa da prisão. O motivo é o mesmo explanado no item 4.1.1: ninguém melhor que a vítima para saber se o indiciado ou réu, solto, pode lhe causar prejuízos.¹⁴⁰

A redação do artigo não previu, no entanto, a requisição do querelante e do assistente para aplicação de medida cautelar na fase de investigação criminal. Não há lógica nisso. Se pelos motivos expostos no parágrafo acima pode a vítima pleitear medida na fase processual e prisão em qualquer das fases, por óbvio que pode pleitear medida na fase investigativa. Aqui se permite dizer que houve lapso do legislador.

O parágrafo 3º do artigo 282 atesta a possibilidade de decretação de medida cautelar sem oitiva da parte contrária (aquele que irá sofrer a restrição) em casos de urgência. Preserva este parágrafo o contraditório, instituto que deve estar presente em qualquer atitude judicial que comine restrição de direitos.¹⁴¹

¹³⁸ NUCCI, op. cit., pp29-30.

¹³⁹ Op. cit., p60.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Op. cit., p40.

A exceção tem lógica de ser. A decretação *inaudita altera parte*, em certos casos, pode ser imprescindível para eficácia da medida decretada. A surpresa é elemento intrínseco às cautelares. De bom alvitre que, o contraditório não é apagado aqui, mas apenas protelado para depois de decretada a medida cautelar.

O parágrafo 4º do artigo 282 expõe sobre o descumprimento das medidas cautelares impostas. Acaso desrespeitadas, o juiz, de ofício, o Ministério Público, o querelante e o assistente, poderão requerer substituição da medida, imposição de outra em cumulação e, em último caso, requerer a prisão preventiva.

Ora, percebe-se que aqui o legislador previu a participação do querelante e do assistente e não mencionou qualquer das fases (de investigação criminal ou a processual), fazendo entender que os sujeitos atuam em qualquer delas quando houver descumprimento de medida imposta.

Assim, esse parágrafo 4º reforça a idéia de lapso do legislador no parágrafo 2º, em que não previu a participação do querelante e do assistente na fase de investigação criminal quanto à decretação de medida cautelar. Se é permitida participação para decretar medida cautelar, ainda mais o seria quando do seu descumprimento, ressaltando a idéia de fiscalização.

O legislador, nesse ponto (descumprimento de medida cautelar imposta), deixou de mencionar o Delegado de Polícia a fim de permitir que este sensibilize o magistrado quanto ao desrespeito às medidas impostas ao indiciado ou réu e represente pela substituição, cumulação de medida ou para decretação de prisão preventiva, se for o caso.

Trata-se de outro lapso do legislador, já que a figura do delegado é de extrema importância aqui. Ele é quem possui o maior contato com o suposto crime cometido e é a ele que se dirige a vítima, via de regra, quando perturbada em sua paz pelo indiciado ou réu.

O parágrafo 5º, atesta a idéia de temporalidade das medidas cautelares ao prever a permanência das mesmas, apenas, quando se justificarem pelas circunstâncias de fato.

Neste parágrafo, podem sensibilizar o juiz, quando este não o fizer de ofício, pela revogação, substituição e reaplicação da medida, todos aqueles

mencionados nos parágrafos anteriores (querelante, Ministério Público e assistente), mantendo a coerência do instituto das medidas cautelares.

Por fim, diante de todas as análises já feitas, segundo os critérios do artigo 282, se não for cabível nenhuma medida cautelar, terá vez a prisão preventiva. É o que diz o parágrafo 6º do artigo.

4.2.2.1 Das medidas cautelares em espécie.

Adentrando, agora, no campo das medidas cautelares em espécie, os artigos 317 e 318 do código de Processo Penal assim dispõem:¹⁴²

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Não se trata de medida cautelar propriamente dita nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal e sim de prisão preventiva cumprida em ambiente diverso do cárcere quando o sujeito preenche requisitos específicos.

O instituto não é novidade no ordenamento. Advém sua inspiração do artigo 117 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).¹⁴³⁻¹⁴⁴

Assim como lá, pode haver um desvirtuamento da prisão domiciliar, já que, face ao abarrotamento dos presídios e a falta de casa de albergado, diversos

¹⁴² Brasil. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

¹⁴³ NUCCI, op. cit., p77.

¹⁴⁴ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

presos que não preenchem as características do artigo 117 da Lei de Execuções Penais estão sendo recolhidos ao seu domicílio em analogia ao citado artigo 117.¹⁴⁵

Aqui, pode acontecer o mesmo. Talvez por isso o legislador tenha empregado requisitos mais rigorosos, como a idade maior que 80 anos e termos como extremamente debilitado, imprescindível e alto risco. Termos estes que denotam uma necessidade probatória mais incisiva da situação presente, sem que o instituto possa ser autorizado por meras alegações.

Há que se falar, ainda, que a prisão domiciliar não pode nunca desvincular-se dos requisitos fáticos artigo 312.¹⁴⁶ Se, mesmo preenchendo alguma das exigências do artigo 318, mas permanecendo o perigo para ordem pública ou econômica, ou mostrando-se o recolhimento em domicílio inconveniente ao processo, ou, ainda, à aplicação da lei penal, deve ser evitada a substituição.

Já no artigo 319 do Código de Processo Penal, encontram-se as demais medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011, sobre as quais se dispõe agora. Diz a lei:¹⁴⁷

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;

¹⁴⁵ NUCCI, op. cit., p78.

¹⁴⁶ Op. cit., p60.

¹⁴⁷ Brasil. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>> Acesso em: 05 de ago 2011.

IX - monitoração eletrônica.

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

Quanto ao comparecimento periódico em juízo, Fábio Machado Delmanto:

Constitui um meio bastante interessante, e quiçá mesmo eficiente, de se acautelar o processo penal, pois, em razão da obrigação do argüido se apresentar a uma autoridade judiciária ou a um certo órgão da polícia criminal em dias e hora preestabelecidos, permite-se um controle significativo sobre ele, diminuindo-se, por exemplo, o perigo de fuga.

Assim como as demais medidas cautelares, deve se aferir sobre as questões do já mencionado artigo 282, incisos I e II,¹⁴⁸ a fim de impor tal medida à indiciado ou réu que não venha a frustrar a intenção da mesma.

O inciso II do artigo 319 trata da proibição de acesso ou frequência a determinados locais que possuem ligação com o fato. O intuito aqui é evitar a prática de infrações penais, segundo o que dispõe o artigo 282, inciso II do mesmo diploma.

A crítica que se faz é a mesma das condições do *sursis* penal e processual, pois o Estado tem poucas condições para exercer sua fiscalização.¹⁴⁹

O inciso III do artigo 319 trata da proibição de manter o indiciado ou réu contato com determinada pessoa que possui ligação com o fato. Tem maior incidência nos crimes de lesões corporais, visando afastar a conturbação de prova, testemunhal, inclusive, e cometimento de infração.

O inciso IV do mesmo artigo trata da proibição de ausentar-se da comarca quando conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, a fim de manter o indiciado ou réu sempre perto para fins de prova, além de afastar a fuga.

Novamente, a crítica que se faz é a mesma das condições do *sursis* penal e processual, pois o Estado tem poucas condições para exercer sua fiscalização.

Já o inciso V trata do recolhimento domiciliar, que não se confunde com a prisão domiciliar dos artigos 317 e 318 supramencionados.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Op. cit., p67.

¹⁴⁹ POLASTRI, op. cit., p156.

¹⁵⁰ Op. cit., p72.

Aqui, a idéia de recolhimento se dá, apenas, no período da noite e nos dias de folga, pois de outra maneira, prejudicaria o trabalho do indiciado ou réu. Vê-se que possuir residência e trabalho fixos são requisitos sem os quais não é possível a medida que tem caráter, nitidamente, ressocializador ao prestigiar a presença na família e no trabalho.¹⁵¹

O inciso VI do artigo 319 trata da suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira para afastar a prática de infrações pela utilização do posto. A conveniência do processo e a garantia de aplicação da lei penal imperam aqui, pois o cargo ou atividade exercida pode ser usado para desfazer provas.

O inciso VII do mesmo artigo trata da internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável nas hipótese de crimes com violência que, face a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado do agente, geram risco de reiteração criminal.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Supre-se, finalmente, a lacuna existente, até hoje, em relação à prisão provisória dos doentes mentais e perturbados. A medida de segurança provisória foi extinta, com o advento da Lei de Execução Penal.¹⁵² A única possibilidade de se manter seguro o enfermo mental, que tenha cometido fato criminoso grave, era pela decretação da prisão preventiva. Porém, quando esta era concretizada, o sujeito costumava ser mantido no mesmo cárcere, sem a devida transferência para um hospital ou casa de custódia e tratamento.

O inciso VIII, por sua vez, trata da fiança. Esta sempre foi alternativa à prisão em flagrante. Mas, atualmente, funciona como verdadeira caução.

Podem existir dúvidas sobre a real eficiência da fiança para evitar a obstrução do andamento do processo ou no caso de resistência injustificada à ordem judicial. As modificações no instituto, no entanto, permitindo que o valor seja multiplicado por 1000 vezes,¹⁵³ por exemplo, lhe dão força. Isso pode garantir o

¹⁵¹ POLASTRI, op. cit., p159.

¹⁵² Lei 7.210/84.

¹⁵³ Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. § 1º Se assim

comparecimento do sujeito aos atos do processo, sem dúvida, face o medo de perda econômica considerável.¹⁵⁴

Há ainda que se falar no fato da fiança ter se tornado medida cautelar constante do rol do artigo 319 supracitado e ainda assim ser prevista fora daí, no artigo 310 do mesmo diploma processual penal, como uma das alternativas ao preso que pode ser concedida pelo juiz sem o levantamento da questão cautelar.

Ora, como será o entendimento aqui? Poderá existir a fiança quando vislumbrada a possibilidade de imposição de medida cautelar e ao mesmo poderá ser imposta fiança sem haver qualquer necessidade de medida cautelar (prisão ou qualquer outra em substituição) para por o preso em flagrante em liberdade?

As situações são parecidas na prática e a única coisa que as diferenciaria seria a fundamentação do juiz que, mesmo assim, poderia se mostrar confusa.

Poderão haver alegações de nulidade da fiança imposta se não for com base na 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, pois se levantaria sobre sua inexistência em outra situação que não a da fiança imposta pelo delegado, devendo o preso ser posto em liberdade sem nada afiançar, acaso o magistrado não perceba nenhum perigo a ser acautelado.

O último inciso do artigo 319 (IX) trata de medida bastante interessante: a monitoração eletrônica do indiciado ou réu.

Sua eficiência tem se mostrado em diversos países que a utilizam. Contudo, nestas nações, o aparato físico para a fiscalização da medida é moderno e abrangente, permitindo que qualquer magistrado se utilize do instituto com louvor, a depender do caso concreto.

No Brasil, contudo, essa aparelhagem é de difícil consecução. Políticas públicas eficientes na área de segurança nunca foram o forte da Administração governamental brasileira.

recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

¹⁵⁴ NUCCI, op. cit., p86.

Conforme citado no item 3.2 do capítulo 3,¹⁵⁵ Guilherme de Souza Nucci dispõe:

Será preciso implantar centrais de monitoração eletrônica em várias regiões para que se possa utilizar desse novo instrumento como medida cautelar.

Não somente o juiz da execução penal terá acesso a tal controle por meio eletrônico, mas também o juiz processante. Haverá verba e interesse suficientes para instalar essas centrais de monitoração, além de permitir que todos os juízes brasileiros fixem tal medida? Enquanto os recursos não vierem e a viabilidade prática não ocorrer, trata-se de medida cautelar inoperante.

Por fim, o artigo 320 do Código de Processo Penal expressa:

A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

A disposição é específica e dá eficiência à medida de proibição de ausentar-se da comarca do inciso IV do artigo 319.

Em boa hora, deixa-se claro ser adequada a comunicação às autoridades federais, que fiscalizam as saídas do território nacional, recolhendo-se o passaporte, em 24 horas, após a intimação, sob pena de desobediência.¹⁵⁶

4.3.3 A valoração do Delegado de Polícia.

Como exposto no item 4.2.2 deste trabalho científico,¹⁵⁷ o Delegado de Polícia, agora, além de representar pela prisão preventiva,¹⁵⁸ como sempre foi a praxe, pode, também, exercer a representação para a aplicação de medidas cautelares.

Foi visto que o legislador cometeu um mero lapso ao não mencionar, expressamente, a autoridade policial no parágrafo 4º do artigo 282 do Código de Processo Penal, *prima facie*, passando a idéia de que este não poderia acionar o magistrado no caso de descumprimento das medidas cautelares impostas. Mas,

¹⁵⁵ Op. cit., p56.

¹⁵⁶ NUCCI, op. cit., p88.

¹⁵⁷ Op. cit., p67.

¹⁵⁸ Art. 13 do Código de Processo Penal - Incumbirá ainda à autoridade policial: IV - representar acerca da prisão preventiva.

como dito, não foi essa a idéia do legislador, caso contrário, perde-se ia um grande guardião do fiel cumprimento das medidas impostas pelo Poder Judiciário.¹⁵⁹

Assim, dirimida essa omissão, percebe-se uma valorização da figura do Delegado de Polícia ao permiti-lo interferir em questões minuciosas relativas ao crime e a pessoa do indiciado ou réu que vão além da mera representação pela preventiva.

Consiste essa valoração em poder sugerir medidas cautelares, com vistas a garantir a ordem pública e econômica, a conveniência da investigação ou do processo e a aplicação da lei penal, além de buscar evitar que novas infrações sejam cometidas.

Contudo, ponto de grande relevância para a figura da autoridade policial é a possibilidade de garantir, de forma mais rápida e eficiente, a integridade da vítima quanto às possíveis agressões do indiciado ou réu que ousa desrespeitar as medidas cautelares que lhe foram impostas pelo magistrado.

Neste ponto, vale mencionar que, a figura do garante da segurança pública no senso comum do cidadão nunca foi a do juiz, a do político, ou de outra figura pública qualquer se não a do policial. O uniforme deste, seu distintivo, o prédio da delegacia e seu brasão, sempre foram símbolos que carregam a idéia de proteção. A pessoa do oficial de polícia passa tranquilidade ao ambiente em que o mesmo se faz presente, traz conforto e expectativa de solução das controvérsias.

Assim, qualquer situação que importune o cidadão, via de regra, tem sua primeira manifestação de indignação levada ao balcão da delegacia. Mesmo que, e muitas vezes isto acontece, o cidadão leve à autoridade policial problemas que não cabe a esfera penal atuar (por exemplo, uma pequena discussão de vizinhos sobre quem seria dono de frutos que caem de uma árvore limítrofe de terrenos ou sobre quem pagará os prejuízos causados pelo futebol das crianças), ainda assim, a figura da polícia é vista como juíza dos problemas do dia-a-dia.

A Lei 12.403/2011 valoriza esse senso comum, puro e honesto do cidadão ao possibilitar que o delegado, no caso de ser sensibilizado pela vítima dos atos de descumprimento das cautelares impostas à alguém, reflita essa

¹⁵⁹ NETO, Francisco Sannini. **Reforma Processual (Lei 12.403/2011) e o Delegado de Polícia**. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br/portal/> > Acesso em: 08 de ago. 2011.

sensibilização ao magistrado. Este tomará, de pronto, as medidas cabíveis. Esse caminho se mostra menos burocrático e mais eficaz ao cidadão que deseja se ver protegido.

Quando ciente desse descumprimento, então, deve o delegado de polícia, o quanto antes, acionar a autoridade judiciária, podendo sugerir quais medidas, de forma substitutiva ou cumulativa, considera suficientes para acautelar novamente a situação. Também, poderá continuar representando pela prisão preventiva, acaso não vislumbrar medida cautelar que satisfaça a questão.

Cabe ao Delegado de Polícia fazer uso dessas medidas de acordo com a necessidade e a adequação de cada uma delas diante do caso concreto,¹⁶⁰ levando em conta a incolumidade dos bens jurídicos mais caros à sociedade, de forma especial, àqueles que dizem respeito à vítima que o procura para ver cumprida as medidas cautelares impostas.

¹⁶⁰ Idem, p10.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procurou-se traçar as características básicas que envolvem a Lei 12.403/2011. Tanto foi explanado sobre suas características positivas, que são a maioria, como algumas impropriedades que podem dificultar sua aplicação ou entendimento

Sabendo do princípio da legalidade extremada que envolve o direito penal, por exemplo, é possível que essas impropriedades sirvam de base para argumentações que tolham alguns benefícios que a lei poderia ocasionar. Por exemplo, pode-se citar o caso de se requerer a nulidade de alguma medida imposta posterior ao descumprimento da medida cautelar original, sendo que a medida teria se dado por representação do delegado, mas como este não se encontra no rol do § 4º do artigo 282 do Código de Processo Penal, a nulidade seria levantada.

Enfim, as falhas cometidas pelo legislador podem impor certos entraves à aplicação saudável da nova lei.

Falou-se, também, aqui, sobre alguns dos princípios que se ligam a Lei 12.403/2011 e como esta, direta ou indiretamente, paga tributo ao texto constitucional e, principalmente, à figura do homem livre, procurando preservar seus direitos fundamentais, mas sem, contudo, deixar de preservar a nobre missão da polícia judiciária, do judiciário na proteção da população. Não houve, quer-se dizer, demagogia que elevasse os direitos do indivíduo, supostamente infrator, acima dos direitos da coletividade.

Ainda, foi tratada a questão da defasagem do sistema carcerário brasileiro e o seu possível e parcial desfogamento pela Lei 12.403/2011.

Mencionou-se, também, sobre o Estado Penal como uma soma dos fatores reais de poder que regem o país e a cegueira que este causa ao Estado Social Democrático que, conseqüentemente, reduz a nova Lei 12.403/2011 à meras letras impressas no papel, podendo ser negadas e rasgadas a qualquer tempo por negativa de tudo aquilo que não represente expurgo compulsório do agente criminoso do corpo social.

Dessa forma, o importante foi demonstrar as nítidas vantagens trazidas pela nova lei ao possibilitar uma gama maior de flexibilizações ao magistrado em

substituição do uso compulsório da prisão preventiva, adequando-se melhor o inquérito e o processo de cada caso ao indivíduo e suas particularidades. Tudo isso de forma a visar a formação de uma consciência de Estado Social e Democrático de Direito quanto ao poder punitivo e cautelar deste antes do trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias.

Assim, deve proceder o legislador ao exercer sua função típica na área penal: permitir ao juiz a análise superior das questões referentes ao litígio que se faz presente (entre o *ius puniendi* estatal e o direito de liberdade do indiciado ou réu). Deve o legislativo federal evitar impor situações legais endurecidas pelo Estado Penal, o que retira da lei suas características de abstração e maleabilidade, impedindo que possa ser aplicada de forma compatível e eficiente com qualquer caso concreto.

Só dessa maneira a lei (*lato sensu*) tem condições de preservar seu caráter teleológico e tornar possível seus benefícios, já que não há como imaginar texto legal que não tenha como fim único o bem estar da coletividade.

Enfim, tentou-se explanar os pontos considerados mais visíveis do advento da Lei 12.403/2011, mas, principalmente, suas vantagens e os problemas a serem enfrentados: rigidez jurisprudencial e a possível ineficiência das medidas, ante a falta de estrutura fiscalizatória estatal.

As soluções destes problemas, entretanto, são possíveis e vão desde da boa vontade dos aplicadores do direito ao compromisso governamental em tornar presente a estrutura física que permitirá o uso das medidas cautelares, sob pena de reduzir a Lei 12.403/2011 a mais um instituto em desuso do já abarrotado ordenamento penal nacional.

Boa vontade, contudo, não é que se mostra do judiciário brasileiro atual ante a rigidez anti-social da justiça penal. Contudo, a nova lei tem potencial para trazer benéficos. Esse potencial, também tem o ser humano. O que basta fazer é instigar essa essencialidade. A Lei 12.403/2011 tenta e começa bem.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Antônio Carlos. **Legislação Penal Especial**, São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DARWIN, Charles. **Origem das espécies**, São Paulo: Martin Claret, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**, São Paulo: Ltr, 2008.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**, Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**, Brasília: Senado Federal, 2006.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**, São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**, São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) Na Reforma da 2011 do Código Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2011.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2011.

ARGÜELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2011.

CAPEZ, Fernando. **A Lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/portal/>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319 do CPP de acordo com a Lei 12.403/11**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/portal/>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **A Lei 12.403 é Solução para o déficit dos presídios?**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/portal/>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli**: notas preliminares. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17>>. Acesso em: 9 set. 2011.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Considerações sobre a prisão cautelar**. Disponível em: <<http://arapajoe.es/poenalis/Prisaocautelar.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2011.

NETO, Francisco Sannini. **Reforma Processual (Lei 12.403/2011) e o Delegado de Polícia**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/portal/>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

NETO, Francisco Sannini. **Espécies de prisão Preventiva e a Lei 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/portal/>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

SANTOS, Fátima Ferreira P. dos. **Estado Penal: O Direito no Estado Capitalista**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35228>>. Acesso em: 30 set. 2011.

INFOPEN – **Estatística Carcerária**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>> Acesso em: 11 de set. 2011.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 de ago. 2011.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 05 de ago. 2011.

<<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>> Acesso em: 05 de ago. 2011.