



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

RAUL DOS SANTOS

NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Dourados - MS
2014

RAUL DOS SANTOS

NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Adilson Josemar Puhl

**Dourados - MS
2014**

NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DO PROCESSO PENAL

NEW PROVISIONAL MEASURES IN CRIMINAL PROCEDURE

Adilson Josemar Puhl¹

Raul dos Santos²

RESUMO: O presente trabalho atenta para as inovações tidas com a edição da Lei 12.403/2011. A nova legislação trouxe consigo substancial alteração principalmente no que se refere às prisões, a fiança e liberdade provisória. A reforma do Código Penal vem com intuito de aproximar tais institutos aos princípios constitucionais clássicos, apresentando ao magistrado um rol de medidas cautelares diversos da prisão. A política criminal instituída gerou bastante polêmica na sociedade vez que muitos são problemas sociais e não basta o Estado criar leis sem a sua devida estruturação. O povo espera que a *novatio legis* favoreça o judiciário e que aos condenados sejam dadas punições exemplares e eficazes. No mais, esperamos que a evolução do direito penal consolide a efetiva aproximação entre realidade e a necessidade.

Palavras-chaves: Prisão, Cautelar, Fiança, Liberdade Provisória, Impunidade.

ABSTRACT: *This paper looks at the innovations taken with the enactment of Law 12.403/2011. The new legislation has brought substantial changes particularly with regard to prisons, bail and parole. The reform of the Penal Code in order to come closer to the constitutional principles such as institute classic, featuring the magistrate an extensive list of precautionary measures various prison. The criminal policy instituted generated enough controversy in society because there are many social problems and not just the state to make laws without its proper structure. The people expect the novatio legis favors the judiciary and sentenced to be given exemplary punishments and effective. At most, we expect the evolution of criminal law to consolidate the rapprochement between actual reality and necessity.*

Key-words: *Prison, Relief, Bail, Provisional Freedom, Impunity.*

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (1997) e mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Nacional de Brasília-UnB (2002). Atualmente é advogado - Escritório de Advocacia, professor do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN e professor assistente da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD.

² Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito & Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – FADIR/UFGD.

INTRODUÇÃO

A proliferação das leis no sistema criminal brasileiro, na atualidade, é recepcionada pelos cidadãos com sentimento de descrença. Esse fenômeno traz consigo a falta de esperança de povo em ver a realização de certos valores e instituições como o *Direito e a Justiça*.

Com intuito de combater, ao menos amenizar esse quadro tão magro, sem enfraquecer a segurança pública e garantir a efetivação do Direito Penal, no que tange a aplicação das penas, podemos afirmar que, esse é o grande desafio que a moderna legislação processual penal vem a enfrentar com um toque de modernidade e humanidade no combate a criminalidade (GOMES, 2011).

O tema abordado, aliás, não deve ser restringido ao mundo jurídico, mas à população como um todo, a fim de que ela também o recepcione de maneira efetiva.

As recentes alterações do Código de Processo Penal são fundamentais para que haja a devida adequação do Direito à realidade social. Sendo assim, os ares de liberalidade do legislador buscaram compatibilizar a nova sistemática das medidas cautelares no Processo Penal aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

É importante destacar que não podemos resolver todos os problemas sociais com uma simples canetada, ao criar uma lei, como muitos fantasiam em suas mentes. A criação de leis sem o devido aparelhamento do Estado, não é suficiente para que essas leis sejam exequíveis, ou seja, a elaboração de leis sem a devida estruturação do Estado para que estas sejam cumpridas, de nada adianta. Apenas deixam para a sociedade a impressão de impunidade.

Portanto, o extenso rol de medidas cautelares posto a disposição dos magistrados pode gerar mais estragos ao judiciário e à sua credibilidade com a população, que já anda em baixa.

O advento da Lei n. 12.403 trouxe consigo inúmeras alterações no mundo jurídico, dentre elas a nova feição imprimida pelo legislador à prisão cautelar e institutos correlacionados, o que também atingiu a sociedade significativamente e gerou inúmeras críticas, principalmente no que se refere à prisão preventiva, que passa a ser medida subsidiária, conforme determina nossa Constituição, e permitindo que

o magistrado criminal, objetivando a prevenção do crime, empregue medidas intermediária, denominadas medidas cautelares (LEITE QUEIROZ, 2011).

O Estado Democrático de Direito tem o dever ético e funcional de trabalhar para que o Direito e a Justiça sejam materializados em ações concretas. Não necessitamos de um Direito Penal mais duro, mas sim de uma política social mais forte, que dê oportunidades reais às pessoas de uma vida mais digna.

1- ALTERAÇÕES NO PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

1.1 Mudanças no Código Penal e Princípios Constitucionais

Recentemente o Código de Processo Penal sofreu substancial alteração pela Lei n. 12.403/11. A nova sistemática processual trazida pelo legislador é medida de política criminal. O dispositivo legal é tido como providência de resgate institucional que assegura ao processo criminal os meios de privação ou restrição de liberdade, lembrando que tais providências jamais podem ser tidas como espécies inominadas de condenação antecipada, com objetivo de tornar menos frequente a utilização de prisão processual no curso do processo penal.

Antes da nova lei não existia um meio termo entre liberdade sem ônus e a prisão processual. Cabia ao magistrado optar por meios até então considerados seguros que garantissem a instrução processual, a aplicação da lei ou assegurar a ordem pública, sem efetuar o encarceramento do acusado.

A referida norma passou a enfatizar princípios constitucionais de extremo valor, como primazia da inocência, dignidade da pessoa humana, celeridade dos processos, dentre outros. A Constituição Federal previu expressamente a liberdade de locomoção do indivíduo como um de seus dogmas, estabelecendo que a liberdade de ir e vir do cidadão apenas pode ser suprimida de maneira excepcional.

Conforme estabelece o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. O que se verifica do dispositivo supracitado é que a prisão cautelar, por ser medida extraordinária, deve ser subordinada a parâmetros de legalidade.

A prisão jamais pode ser utilizada como forma de punição antecipada. Ela deve cumprir seu objetivo específico de atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal. Neste sentido, a regra é clara em dizer que as *medidas não assumem caráter de imposição penal prévia*.

Nosso ordenamento jurídico garante ainda o respeito ao ser humano, independente de seu status social ou dos atributos que possam ser a ele imputados pela sociedade. Neste contexto, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, consagra o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio este que garante um direito natural, o reduto intangível de cada indivíduo.

Nilton Bussi (2011) discorre em sua obra, *As Medidas Cautelares Criminais*:

Os ares de liberalidade do legislador buscaram realizar antigo anseio, qual seja o de adaptar a norma infraconstitucional à Lei Maior, vale dizer compatibilizou o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988. Com isso, doravante, só há duas espécies de prisão provisória admitidas legalmente: a prisão temporária e a prisão preventiva. As demais formas de prisão, tais como prisão em flagrante, prisão administrativa, prisão por força de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, perderam, conseqüentemente, a sua importância com espécie de prisões cautelares.

Os valores humanos se referem àqueles inerentes ao indivíduo. Em outras palavras, desde a concepção já lhe é assegurado valor à vida humana, que deve ser respeitado e preservado.

O Poder Executivo em diversas situações se mantém inerte e acaba omitindo-se na fiscalização das penas e medidas alternativas, continuando a manter prisões sujas, insalubres, sem as mínimas condições de vida humana e ainda sem implantar políticas que promovam a ressocialização, pois não basta condenar alguém, é preciso pacificar o seu retorno ao convívio social.

Muitas vezes é preciso parar para refletir, haja vista que não devemos encarar as formas de prisão provisórias como uma maneira rápida de se fazer justiça diante da morosidade dos processos criminais. Não nos enganemos, pois há neste caso uma falsa percepção de que está aplicando a lei, embora fizéssemos em relação às pessoas ainda não declaradas judicialmente culpadas.

1.2 SISTEMA PENAL BRASILEIRO

É nítido que a reforma do Código de Processo Penal brasileiro era extremamente necessária, principalmente no que concerne à adoção de novas medidas cautelares que ajudassem no combate à inflamação dos presídios.

De acordo com um relatório apresentado pelo site “O Brasil atrás das grades”, o Brasil encarcera mais pessoas do que qualquer outro país na América Latina. É espantoso os resultados que comprovam os altos índices de crimes violentos no Brasil.

O sistema penal vigente está abarrotado de defeitos, sendo que as causas dessa situação são variadas, mas alguns fatores cruciais podem ser identificados. Dentre esses podemos enfatizar a ideia de que o abuso de vítimas/presos não tem tido atenção pública.

O Brasil está acometido de um sistema totalmente deficitário e suas condições carcerárias são normalmente assustadoras. A distribuição de espaço dentro das prisões é irregular e ainda em vários desses locais há um número entre dois e cinco vezes maior que o número de encarcerados do que seu limite.

A apatia pública em relação aos abusos ocorridos não é surpresa. A luz do horrendo estado do sistema penitenciário é crucial que as autoridades atuem conjuntamente a fim de instituírem reformas concretas, que vão além da criação das leis.

A situação carcerária do país é muito grave, lembrando que os estabelecimentos penais brasileiros oferecem políticas generosas de visitação, o que de certo modo representa um risco à segurança dos internos e também à saúde pública, visto que o risco de contaminação de doenças sexualmente transmissíveis é consideravelmente grande.

Nota-se então que, em decorrência de um sistema prisional extremamente falho, é possível comprometermos a sociedade como um todo. Por isso, façamos uma reflexão ulterior a todos os fatos acima mencionados para que assim possamos agir como seres humanos conscientes.

1.2.1 Estrutura do Estado para fiscalização das medidas cautelares

Com o passar dos anos a nossa legislação assumiu a forma de controle social, isto é, tornou-se responsável pela formação dos cidadãos, presos ou libertos.

Inúmeras vezes nos deparamos com um direito penal carrasco, vingativo e violento, mas, acima de tudo, ineficaz. Esse direito penal desmedido afronta diretamente a dignidade da pessoa humana.

O povo clama por soluções concretas, visto que na atualidade as cadeias são tidas como a universidade do crime. Não bastam penas e medidas alternativas, porque estão aliadas a um sistema prisional deficitário, sem condições efetivas de ressocializar, levam o apenado a se tornar ainda mais marginalizado.

A resolução dos problemas sociais está intimamente ligada à devida estruturação do Estado, pois não basta a criação de leis, sem que haja mecanismos que proporcionem a fiscalização e controle, para que as penas sejam efetivamente cumpridas.

Uma das possíveis soluções para que as leis possam ser exequíveis é o aparelhamento do Estado, entre os quais inclui a construção de novos presídios, que assegure aos encarcerados o mínimo de dignidade para o cumprimento de suas penas.

Estamos vivendo em um período no qual o legislador processual reformista apresenta a supressão de liberdade como medida excepcional, visto que a reação da nova lei processual possibilita ao magistrado uma série de alternativas viáveis para evitá-la. Resta a nós aguardar e ter esperança de que nossos magistrados tenham bom discernimento na aplicação destas reformas.

1.2.2 Sistema Carcerário

É grande a dificuldade do Estado em proporcionar o retorno pacífico do preso ao meio social, de modo que as políticas de ressocialização estão se tornando cada vez mais inviáveis, vez que ao serem presos tornam-se incremento do exército de criminosos.

Ainda nesse sentido, não podemos nos esquecer de que a prisão, seja ela cautelar ou pena, não faz bem ao encarcerado ainda que em condições “ideais”. A prisão não consegue alcançar sua principal finalidade, a ressocialização. O que temos presenciado é que ela funciona como um depósito de pessoas, vítimas de maus-tratos, humilhações e violência.

O cenário carcerário brasileiro demonstra claramente que as penas funcionam como fábrica de reincidência. A partir daqui podemos fazer uma reflexão:

Será que há necessidade de expor um condenado por crime leve a conviver, mesmo que por curto período, num ambiente tão hostil como uma penitenciária? Não há menor sentido em adotar esta postura porque as penas e medidas cautelares não podem ser interpretadas como modo de impunidade, são menos gravosas, pois são aplicadas a delito menos grave.

A criação da nova lei, em partes, adequa o direito penal vigente a essa realidade, pois um dos fatores que motivaram sua elaboração é a necessidade de diminuir as prisões preventivas e desafogar o sistema carcerário do país, considerando sua precariedade. Devemos lembrar, ainda, que a maioria das prisões é provisória, ou seja, os presos sequer tiveram seus processos transitados em julgado.

2. NOVA LEI: 12.403 DE 04 DE MAIO DE 2011

2.1 Evolução Histórica do Sistema Penal

As leis que regem o direito penal e processo penal vêm passando por sucessivas reformas que demonstram a quebra de um forte tabu, uma vez que vivemos em um país marcado pelo exibicionismo penal, ou seja, a postura assumida por vários órgãos persecutórios é amplamente endossada pelo povo.

Com a edição da Lei n. 12.403, que entrou em vigor em maio de 2011, o sistema criminal do Brasil passou a vivenciar uma nova fase. A *novatio legis* que vigora nos pais é extremamente importante no mundo jurídico juntamente com as Leis n. 5.941/73 e 6.416/77, promulgadas anteriormente.

Em 1995 foi criada a Lei n. 9099, que instituiu os chamados Juizados Especiais Criminais, instituto este de imensurável importância no tocante ao avanço em nossa resposta penal. Os juizados são exemplos de um modelo simplificado de solução de litígios, através do qual passamos a ter uma solução imediata às questões propostas, incluindo a aceitação de punições de caráter mais brando, mais efetivas. Foi dado ao Ministério Público maior autonomia no que se refere a institucionalização da transação penal. Além, disso, tal modelo adotado causou imenso alívio às pautas das audiências das varas criminais comuns.

Com isso, foi possível quebrar uma tradição enraizada ao povo brasileiro, que sempre acreditou que o cumprimento das penas criminais deveria ter sua execução

em estabelecimentos prisionais. Os adeptos do Direito Penal do inimigo criticam tal lei, por verem nos réus os grandes inimigos da liberdade.

No ano de 1996 tivemos uma grandiosa reforma na legislação, período em que foram adotadas as chamadas penas alternativas, com o objetivo de criar um leque maior de opções para as penas privativas de liberdade, o que significou um inegável avanço na esfera penal.

Nesse sentido, podemos concluir que o Direito Penal Brasileiro caminha em direção à humanização, no qual realiza-se o anseio antigo de se adaptar a norma infraconstitucional à Lei Maior. Assim, todo acusado tem o direito de responder ao processo sem que seja privado de sua liberdade, a menos que represente perigo à coletividade.

2.2 Aspectos Gerais da Lei n. 12.403/2011

A lei n. 12.403 causou grande polêmica entre os operadores do direito, a população e até mesmo na imprensa. O Brasil, por diversas vezes, ficou conhecido na mídia como o país da impunidade e com o advento desta lei, mais do que nunca esta imagem se reforçou, haja vista que ela “facilita” a liberdade de vários prisioneiros.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 319, dispõe sobre as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, desde o comparecimento periódico em juízo e a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (quando por circunstâncias relacionadas ao fato deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações) até a possibilidade de recolhimento domiciliar e/ou monitoramento eletrônico.

A lei em descrição coíbe a prisão como um remédio para os “inimigos da sociedade” quando na verdade são encarceradas pessoas sem esperança de uma vida melhor, criando uma curiosa população carcerária.

Os novos dispositivos em comento envolveram a população com insegurança, dúvidas e incertezas sobre a sua eficácia. A sociedade em geral vive num período em que os índices de criminalidade triplicaram ao longo dos anos, o que causou uma reviravolta na vida das pessoas. Muitos cidadãos não saem às ruas e são privados do lazer por medo das crescentes ondas de violência, assaltos e mortes.

Os especialistas da ciência jurídica acreditam que a retribuição penal se tornou objeto de satisfação da população, hipótese esta que não deve ser descartada. Um exemplo disso é a repercussão desta lei.

É chegada a hora de tentarmos uma nova política criminal, oportunizada pelas novas modificações da novel legislação. E nesse impulso de mudança, equipar o poder público com a estrutura necessária para a efetiva execução das cautelares pessoais.

2.3 Pontos positivos e negativos da Lei 12.403/2011

A novel sistemática proposta pelo legislador trouxe inúmeras modificações quanto aos institutos da prisão processual, fiança e liberdade provisória. Ademais, inseriu no contexto jurídico novas medidas cautelares diversas da prisão que poderão ser utilizadas quando da investigação policial e também durante o processo penal.

A edição da nova lei vem a calhar com a ideia de redução da massa de encarcerados sem condenação, amontoados nas cadeias, em respeito à regra geral que prevê a liberdade física do condenado e à inocência presumida. Ora, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença pena condenatória, o que dá à prisão preventiva um caráter subsidiário.

A positivação de novas medidas cautelares fornece ao magistrado a possibilidade de adequar a sanção ao caso concreto, havendo também possibilidade de culminar as medidas. Por exemplo, o juiz poderá determinar a prisão domiciliar com a monitoração eletrônica ou com a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, cabendo à autoridade designar as cumulações adequadas para cada necessidade.

O que verificamos é uma oportunidade para uma melhor adequação da necessidade. O juiz antes estava adstrito a três opções. Hoje o leque das medidas aumentou, o que significa que não ser preso é diferente de ficar impune.

Outro aspecto importante é a revigoração que foi dada à fiança, dando a autoridade liberdade para o arbitramento dentro dos limites estabelecidos, desde que harmônicos com a condição social do indivíduo à proporção da gravidade e circunstância do delito. Tal instituto também se destaca porque o valor da fiança poderá ser revertido para a vítima do processo. Não que no passado fosse proibido, no entanto, somente agora o valor reajustado será efetivamente útil.

Com a inserção do artigo 289-A ao Código de Processo Penal obtivemos mais um ponto a ser destacado, visto que seu estabelecimento objetiva a criação da central de mandados, que possibilitará uma melhor integração entre as polícias estadual e federal, bem como juízes.

Em contrapartida, no que se refere à prisão preventiva do agente reincidente, a questão ficou controversa. De um lado, verificamos que o legislador determinou a prisão preventiva no caso de agentes não primários, fazendo referência ao artigo 94 do Código Penal, porém, o legislador se esqueceu dos maus antecedentes. Sendo assim, o agente que comete crimes reiteradamente não poderá, a *contrario sensu* do artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal, ter sua prisão decretada, por não terem findo seus processos.

O instituto da fiança, até então, só recebeu elogios. Todavia, o legislador, no artigo 323 do Código de Processo Penal, elenca uma série de crimes inafiançáveis, no intuito de tornar a situação mais rigorosa, sem intenção de favorecer o agente infrator. Ocorre que o resultado dessa esfinge é que justamente nos casos mais graves como os citados no artigo descrito, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, o agente deverá ser solto sem fiança e absurdamente para os crimes de menor gravidade, o juiz poderá determinar fiança, o que materializa total contradição.

Outro ponto da lei tido como negativo é a falta de estrutura que a lei exige para a fiscalização das medidas cautelares. Entende-se que os problemas sociais não podem ser solucionados com uma simples canetada, como se criar uma lei fosse o suficiente. Em claras tintas podemos afirmar que tais medidas somente terão o devido efeito se houver o devido aparelhamento do Estado. Infelizmente, a Lei passa a impressão para a população de impunidade aliada a novas formas de pena diversas à prisão. Contudo, o propósito da lei talvez ajude a desafogar o poder judiciário, diminuindo, em tese, o número de demandas, o que possibilitará maior agilidade no andamento dos processos.

A nova lei traz em seu artigo 300 que as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem condenadas, diferente do que um poder de faculdade, porém, ela impõe esse dever ao Estado. E é aí que paira a preocupação baseado na inaptidão do Estado em cumprir com suas obrigações, pois, como bem sabemos, a realidade prisional representa um verdadeiro caos. De fato, o maior receio é quanto ao ensejo da grande pletera de *habeas corpus*, que poderá sobrecarregar os já

assoberbados juízes criminais, além de causar insegurança pública, ao verem os presos sendo libertos pela impossibilidade de serem mantidos separados uns dos outros.

Portanto, se ponderarmos as mudanças em uma balança entre os prós e contras, é possível perceber, de um modo geral, que a alteração é favorável, pois significa que o Estado está incomodado com a situação e está buscando novas políticas criminais, no intuito de sanar os clamores de um povo cansado de sofrer com tanta criminalidade.

3. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

3.1 Noções Principais

A nova lei processual penal é extremamente revolucionária e vem modificar padrões antiquados de se executar tudo através da pena de prisão. O fato principal é que a novel sistemática brasileira urge pela inauguração pretoriana frente às inúmeras dificuldades decorrentes do descumprimento de suas obrigações por parte do estado.

A lei deve vir de encontro com as necessidades e com a realidade do povo. A inovação tem o objetivo de reduzir a massa de encarcerados, visto que grande parte das prisões é provisória, ou seja, de presos que ainda nem foram condenados, mas já estão provisoriamente presos. Em contrapartida, é dever do Estado criar políticas de segurança que zelem pelos interesses da população, além de obrigar o Estado a criar políticas de segurança que zelem pelos interesses da população, além de obrigar o Estado a concluir rapidamente os processos para que o mais breve possível seja declarada a inocência ou culpa deles e assim aplicar-lhes a sanção compatível. Se for o caso, condená-los ao cumprimento de suas penas de forma eficaz e, principalmente, exemplar.

Em verdade, consoante às lições de Eros Grau, a interpretação do direito é, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. O trabalho jurídico de construção da norma aplicável, a cada caso, leciona o autor, é trabalho artesanal. Cada solução jurídica será sempre uma nova solução. Por isso mesmo a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para que bastaria ao interprete ser alfabetizado (SIMONATO, 2011).

As mudanças fazem parte do mundo globalizado, das evoluções, acima de tudo, elas são feitas de tropeços e acertos. Pensando nisso é que o Código de Processo Penal passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 289-A, que dispõe:

(...) parágrafo 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

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

Ainda, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Napoleão Maia Nunes Filho, ao julgar o HC 183.592, assim assentou:

(...) que todas as funções processuais penais são de inescindível relevância (sic), mas (...) a de restringir prematuramente a liberdade da pessoa, a de julgar a lide penal e a de dosimetrar a sanção imposta exigem específico trabalho intelectual de esmerada elaboração, por não se tratar de atos burocráticos de simples ou fácil exercício, mas sim de atividade complexa, em razão de percutirem altos valores morais e culturais subjetivos a que o sistema de Direito confere incontornável proteção.³

A nova lei apresenta um rol de novas medidas cautelares diversas à prisão. Tais mecanismos vêm completar o princípio constitucional que na mesma disposição textual, alude aos mecanismos que garantem a sua efetividade e são eles:

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 ao acusado dela permanecer distante;

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 prática de infrações penais;

³ Acórdão nº 2009/0190437-6 de Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, 17 de março de 2011. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/271765310>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

- VII** – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP) e houver risco de reiteração;
- VIII** – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- XI** – monitoração eletrônica.

É válido dizer que a criação da lei desta lei é a chance de não se manter enraizado ao sistema processual arcaico, mas sim de interpretar o Direito, diferentemente da grande maioria, abrindo os olhos para um novo amanhecer, na esperança de que ele seja melhor.

3.2 Prisões.

Nos últimos anos, o instituto conhecido como prisão, tornou-se a pena mais cominada e aplicada de um modo geral. A tradição arraigada no povo que somente a prisão é capaz de ressocializar está em levar quem se desviou dos padrões estabelecidos de volta às condutas consideradas normais e que funcione como medida de prevenção. Ocorre que, quando o cidadão é posto em liberdade, sai mais desajustado do que já era.

A modalidade de privação de liberdade, com a nova lei, somente será admitida para aquele acusado que revelar descumprimento injustificável ou as medidas cautelares forem insuficientes. O caráter excepcional da prisão temporária é evidenciado na postura adotada pelo legislador que atende ao princípio constitucional de que a sanção detentiva é a *ultima ratio* para o combate do crime (MISSAGGIA, 2010).

A prisão não deve ser regra, ao contrário, deve ser uma medida de exceção, podendo ser decretada somente nos casos em que seja impossível a aplicação das novas medidas cautelares. Na hipótese de descumprimento destas, deverá a medida no primeiro momento ser substituída por outra (isolada), ou então haver a cumulação (artigo 319, parágrafo 4º). Mas em último caso poderá ser decretada a segregação antecipada, na qual o indivíduo é afastado do convívio social (artigo 319, parágrafo 6º).

Consoante à nova lei, a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício, por requerimento do Ministério Público, do querelante, assistente, ou por representação da autoridade policial, em qualquer da investigação/ação penal, sendo absolutamente essencial a demonstração (I) prova de materialidade, (II) indícios suficientes de autoria

e (III) uma das situações previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, (a) garantia da ordem pública, (b) garantia de ordem econômica, (c) conveniência da instrução criminal, (d) assegurar a aplicação da lei penal.

A prisão cautelar é admissível nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; reincidência caso o crime envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, deficiente, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Ela também será admitida quando houver dúvida quanto à identidade civil ou quando o indivíduo não fornecer elementos suficientes para esclarecê-las, após a identificação, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade (MISSAGGIA, 2010).

Outro aspecto da nova lei que merece encômios é no que se refere às prisões em flagrante, sendo que ela não poderá mais perdurar como ocorria no sistema recém-revogado, no qual se admitia a sua eficácia durante todo o tramite processual até a sentença condenatória. Na nova sistemática, o juiz a transforma em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, ou poderá apenas conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, ou ainda ele pode aplicar outras penas alternativas diversas da prisão. A prisão em flagrante perdeu o seu caráter cautelar, não sendo mais admitido durante a instrução penal.

É fato que a inércia do Estado não resgatará a segurança da sociedade nem a dignidade dessas miríades de brasileiros que, por prisões cautelares, tornam-se párias em nome de uma justiça que detém nos cárceres criminosos de pouca monta. Foi pensando numa política educacional sólida aliada à materialização do direito constitucional, que a lei foi instituída, através de meios alternativos que talvez sejam mais eficazes no combate ao crime do que os inúmeros decretos de prisão, que em sua grande maioria são processuais.

3.3 Renascimento da Fiança

Nas últimas décadas o instituto chamado fiança havia sido “sepultado”. A fiança era mantida viva em nosso ordenamento apenas para os crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal em função do artigo 325, parágrafo 2º, revogado pela Lei n. 12.403/11.

O instituto jurídico acima descrito era de uso restrito. Tinha o fim de garantir a liberdade provisória de acusados que tivessem o pleito de liberdade provisória sem fiança denegado.

É importante destacar que a fiança constitui em um depósito de valor a ser determinado pela autoridade competente, oferecido pelo acusado ou terceiro. Pode ser concedida em qualquer fase do inquérito ou do processo, até o trânsito em julgado da sentença, como medida cautelar que visa o comparecimento periódico a atos do processo e a fim de assegurar que não haja a obstrução de seu prosseguimento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

A fiança é um direito subjetivo e constitucional do acusado e é nesse sentido que também se manifesta o professor Julio F. Mirabete (2002, p. 408):

A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado está preso, é solto; se esta em liberdade, mas ameaçado de custódia, a prisão não se efetua.

Com a instituição desta nova lei, houve o renascimento da fiança com valores adequados à realidade econômico-financeira do réu. Ocorre que a excepcionalidade da pobreza do réu era transformada em regra de leniência, o que contribui significativamente para o desuso de tal instituto. O pagamento se destina a custas processuais, de uma eventual pena pecuniária (multa) ou, em alguns casos, às vítimas, para garantir o seu ressarcimento diante do crime que foi praticado.

A fiança poderá ser abstraída pela autoridade policial nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, devendo ser concedida pelo juiz nos demais casos. De igual sorte, a figura do delegado não deve ser vista como a de um agente estatal descompromissado com a observância dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que sua atividade, *ex vi legis* ininterrupta, diuturnamente está imbricada com a liberdade e a propriedade dos usuários.

É de relevância salientar que a *novatio legis*, traz a possibilidade do acusado ou terceiro poder prestar fiança e obter a liberdade do acusado, através de simples petição. Na hipótese da autoridade policial negar a cautela, ou manter-se inerte quanto ao requerimento, o pedido deverá ser dirigido ao juiz, que se manifestara em até 48 horas.

A nova lei que trouxe um sopro de vida à fiança, também apresenta que o “quantum” dela será fixado pela autoridade concedente que levará em consideração a gravidade do crime praticado, condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, circunstâncias indicativas de sua periculosidade, natureza da infração e ainda importância provável das causas processuais, até o julgamento final (GOMES LEITE, 2012)

A título de informação, cita-se em crimes punidos com pena privativa de liberdade de até 4 anos deverá ser concedida fiança no limite de 1 a 100 salários mínimos e, em caso de pena privativa de liberdade superior a 4 anos, o valor será de 20 a 200 salários mínimos. Mas em determinadas situações a autoridade pode dispensar, reduzir (até o máximo de 2/3 ou aumentar em até 1000 vezes) o valor da fiança, se assim recomendar a situação econômica do preso.

A revigoração do instituto vem acompanhada de hipóteses em que haverá a perda da eficácia da fiança (Código de Processo Penal, artigo 342), sendo elas: caso o beneficiário regularmente intimado para atos do processo deixe de comparecer sem justo motivo, impeça o regular curso do processo, descumpra medida cautelar cumulativa com a fiança, resista aos comandos judiciais, mude de residência ou se ausente da comarca por mais de 8 dias, sem autorização da autoridade competente, ou praticar novo crime na vigência do benefício, nessa situação haverá a quebra da fiança. Assim sendo, o valor caucionado será reduzido pela metade, sendo que a metade perdida será destinada ao fundo processual. Ademais, fica impedida a concessão de nova fiança no processo.

Ainda, falando em perdimento do valor caucionado, o acusado que não se apresentar para o cumprimento da pena, perderá, na totalidade, o valor pago a título de fiança. Os valores perdidos na fiança antes eram remetidos ao Tesouro Federal, e agora são destinados ao Fundo Penitenciário Nacional, conforme dispõe o artigo 2º, inciso VI, da Lei Complementar nº 07 de Janeiro de 1994.

Caso a fiança seja concedida erroneamente, poderá ser cassada pela autoridade que a concedeu em qualquer fase do processo. O quebrando parcial da fiança abre espaço para o juiz impor outras medidas cautelares ou, se for o caso, decretar a prisão preventiva.

Por fim, a fiança passou a ter caráter autônomo como medida cautelar, não mais existindo só no papel, haja vista que o instituto já estava previsto no ordenamento, mas somente agora é definitivamente válido.

Considerando que se trata de uma linha repressiva do direito penal, sensato se faz conduzir a sua aplicação da melhor maneira possível. Certo é que não se pode ignorar os princípios e direitos previstos na Constituição Federal, de modo a ofender o coração do ordenamento jurídico, todavia, também não se pode, com o intuito de garantir a efetividade de determinadas garantias, impor entraves a atuação de órgãos de justiça, como no caso o Ministério Público e, por conseguinte, desrespeitar o cidadão, que, ao contrário do “inimigo”, cumpre as imposições legais de forma constante.

3.4 Liberdade Provisória

A liberdade provisória, com o advento da nova lei, também sofreu algumas mudanças. O instituto assim denominado nada mais é do que uma contra cautela que substitui a custódia provisória, com ou sem fiança. Através da liberdade provisória o acusado não pode ser recolhido à prisão.

Como o próprio nome diz, a liberdade é provisória, sendo que, a qualquer tempo, caso ocorra certas hipóteses previstas na legislação, ela poderá ser revogada a qualquer tempo e o acusado será recolhido à prisão.

Acerca do tema assim disserta Mirabete (2002, p. 402):

(...) É, pois, um estado de liberdade que pode estar gravado nas condições e reservas que tornam precário e limitado o seu gozo. Tem a denominação de liberdade ‘provisória’ porque:

- a) Pode ser revogada a qualquer tempo, salvo no caso de não ser vinculada;
- b) vigora apenas até o trânsito em julgado da sentença final que, se condenatória, torna possível a execução da pena e, se absolutória, transforma a liberdade em definitiva.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LXVI, a liberdade provisória. Ela é considerada uma contraposição cujo antecedente lógico é a prisão cautelar. Não podemos confundir os institutos da liberdade provisória, prisão preventiva e relaxamento da prisão em flagrante. O primeiro instituto descrito ocorre quando subsistem os motivos da custódia, porém, é necessário que estejam ausentes os pressupostos autorizados da prisão temporária, podendo o acusado ser liberto, comprometendo-se a determinadas condições, lembrando que neste caso a prisão não é ilegal.

Importante ressaltar, no entanto, que por vezes, impõe-se a prisão antes mesmo de existir uma sentença definitiva. Trata-se da prisão provisória, processual ou

cautelar, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. A liberdade provisória é um direito constitucional que não pode ser negado se estiverem presentes os motivos que a autorizam. Fica claro para nós que a regra clássica é a liberdade e a sua privação é medida de exceção, podendo esta ocorrer somente em casos de absoluta necessidade (BUSSI, 2011).

A liberdade provisória pode ser obrigatória (desvinculada), permitida (vinculada) ou proibida (vedada). O artigo 321 traz a figura da liberdade provisória obrigatória, ou seja, independente de fiança e sem sujeitar o acusado a qualquer vinculação ou condição. Já a permitida ocorre nas hipóteses em que o legislador admitiu a concessão do instituto, porém sujeitando o acusado ao cumprimento de certas condições, sob pena de revogar-se o benefício e recolher-se o réu à prisão (artigos 237 e 328 do Código de Processo Penal). A última das modalidades apresentada é a liberdade provisória que está prevista nos artigos 323 e 324, que estabelece quais infrações penais são inafiançáveis.

Portanto, a liberdade provisória é o meio termo, ela tenta conciliar o interesse social, ou seja, de um lado exige aplicação da pena ao autor de um crime e, de outro, protege o direito do acusado de não ser preso, senão quando considerado culpado por sentença penal condenatória transitada em julgado.

3.5 Recolhimento Domiciliar

A redação dada pela Lei n. 12.403/11, no que tange à prisão domiciliar, não constitui propriamente uma novidade, vez que esta modalidade já estava prevista na Lei de Execução Penal como medida excepcional a ser adotada em benefício de determinados apenados do regime aberto. O recolhimento domiciliar era previsto como sanção penal nos crimes ambientais ou como forma de execução para certos condenados.

O recolhimento domiciliar, em tese, se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, este deverá mesmo que sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, entretanto deverá permanecer recolhido nos dias e horários de folga em residência ou qualquer outro local destinado a sua moradia habitual. Na *práxis* forense, a medida já vinha sendo aplicada, ainda que excepcionalmente, em razão da superlotação dos estabelecimentos prisionais (LEITE QUEIROZ, 2012).

Ao regular as hipóteses permissivas do recolhimento domiciliar o legislador processual o fez de maneira mais restritiva que a Lei de Execução Penal, dispondo sobre a possibilidade da prisão preventiva ser substituída pela domiciliar quando o agente for: I- maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivos 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 7/ (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Ainda, no que tange ao recolhimento domiciliar, o legislador também inovou ao conceber a prisão domiciliar como medida cautelar, haja vista que era admitida apenas no cumprimento de penas, conforme já dito. Ademais, com a alteração o instituto passou a ser aceito também em relação ao preso provisório (refere-se ao indiciado ou acusado).

É de extrema importância fazermos a diferenciação quanto ao que existia e o que mudou, o diferencial é que o recolhimento domiciliar apenas tem lugar quando demonstrada a necessidade de tratamento especial, impossível de ser dispensado em unidades prisionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentado vem de encontro aos anseios da sociedade, pois, como sabemos, a principal função do direito é adequar as leis à realidade. Importante mostrar que o ordenamento processual penal está evoluindo, caminhando em direção a princípios mais humanos.

As leis são criadas para organizar a sociedade, impor limites à atuação das pessoas e personalizá-las quando necessário, por isso dizemos que assumem a forma de controle social.

É absolutamente correto dizer, que o extenso rol de medidas cautelares trazem mais vantagens que desvantagens, uma vez que elas dificultam o contato dos réus com o sistema carcerário, que comprovadamente mais prejudica do que auxilia no convívio social daqueles que respondem a um processo penal. A punição ou impunidade apenas poderão ser avançadas ao termino do processo, não sendo a medida cautelar um meio efetivo e hábil para sua aferição (SIMONATO, 2011).

As medidas admitidas na legislação jamais podem ser confundidas com a sensação de impunidade. Ocorre que as pessoas se acostumaram a ver nas prisões

provisórias uma maneira ágil de se fazer justiça, diante da morosidade dos processos penais, que por inúmeras vezes caíram na vala da prescrição, portanto da impunidade.

A crítica tecida à nova lei se faz no sentido de que não há estruturas para sua efetivação, ao mesmo tempo em que manter-se inerte seria encarcerar mais pessoas à espera de decisão judicial, submetendo-os a um tratamento humilhante, degradante, ofensivo e sem um mínimo de dignidade.

Cabe lembrar que não basta condenar alguém, é preciso ressocializar o indivíduo, pois por mais alta que seja a pena, não podemos nos esquecer que um dia ele retornara à sociedade. Lembrando que a cadeia, ainda que em condições ideais, não faz bem a ninguém!

Reduzir as prisões somente para as hipóteses em que existir efetivamente necessidade é contribuir para a minimização dessa violência e dessa ampla criminalidade que tanto nos assusta.

É preciso ter cautela ao analisar as medidas cautelares, não sendo admissível a confusão entre as finalidades legais desta medida e com as finalidades da pena. O objetivo da prisão preventiva é garantir a tutela do processo em casos excepcionais, já a prisão como pena é a decisão do juiz que condena o acusado pela prática de um delito, através de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Não basta criticarmos a atuação do Estado, já que, ainda que lentamente, ele está buscando soluções e entre tropeços e acertos, um dia chegaremos lá! O Estado é o guardião dos direitos do povo e assim deve atuar sabendo que jamais agradará a todos. Foi dado o primeiro passo com objetivo de mudar, agora é firmar as estruturas para garantir o efetivo cumprimento dessas novas medidas propostas.

Partindo dessa premissa é que como futuro aplicador do direito que afirmo que não é preciso um Direito penal desmedido, é preciso que o Estado adote medidas penais eficazes que garantam a punição exemplar aos condenados e assegurem a segurança da população. Combater a criminalidade com um toque de modernidade e humanidade, esse é o grande desafio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASILEU, Garcia. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. III, item n. 1, 1945, Forense.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão n. 2009/0190437-6, Quinta Turma**. Disponível em:<[HTTP//BR.vlex.com/vid/271765310](http://BR.vlex.com/vid/271765310)>. Publicado no DJ em 05 de abril de 2011. Acesso em 5 de janeiro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL, Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Publicada em 05/05/2011, DOU, Seção 1, p. 01.

BUSSI, Nilton. **As Medidas Cautelares Criminais**. In: Pron. Publicado em agosto de 2012. Disponível em:<<http://www.pron.com.br/canal/direitojustica/news/549855/?noticia=medidas+cautelares+criminais>>. Acesso em 14 de janeiro de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Fernanda Maria Alves. **Medida Cautelar Pode Ser Aplicada Acompanhada**. In: Conjur. Publicado em 09 de maio de 2011. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2011-mai-09/novas-medidas-cautelares-podem-aplicadas-sozinhas-ou-acompanhadas>>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

LEITE QUEIROZ, Pedro Ivo; LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Hertha França. **As medidas cautelares processuais penais e a novel sistemática processual penal: uma análise da Lei n. 12.403/2011**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12153&revista_caderno=22>. Acesso em 19 de janeiro de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 3º Ed. São Paulo: RT, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13º Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MISSAGGIA, Rafael Oliveira. **Penas e medidas alternativas de Direito: Uma interpretação sob o olhar de um Direito Penal mínimo.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8830>. Acesso em 15 de janeiro de 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 8º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIMONATO, Leonardo de Souza. **O delegado de policia e a liberdade provisória com fiança.** In: Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2946, 26 jul. 2011. Disponível em:<[HTTP://jus.com.br/revista/texto/19634/o-delegado-de-policia-e-a-liberdade-provisoria-com-fianca](http://jus.com.br/revista/texto/19634/o-delegado-de-policia-e-a-liberdade-provisoria-com-fianca)>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.