

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.403/2011: QUESTÕES
CONTROVERTIDAS**

Larissa Aparecida da Rocha

Presidente Prudente - SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.403/2011: QUESTÕES
CONTROVERTIDAS.**

Larissa Aparecida da Rocha

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente - SP

2012

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.403/2011: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito

Florestan Rodrigo do Prado

Gilson Sidiney Amâncio de Souza

Mário Coimbra

Presidente Prudente - SP, 26 de novembro de 2012.

A lei é tão segura para aquele que cessa aos outros as portas do socorro fraterno, quão generosa para quem estende o coração repleto de amor, no serviço aos semelhantes.

Emmanuel

Dedico este trabalho à minha mãe *Shirlei (in memorian)*, por ter me trazido a vida e me incentivado a concluir este curso de Direito.

AGRADECIMENTOS

Obrigada, meu Deus, por me dar saúde e força para vencer cada etapa de minha vida, sem ti eu nada seria.

Agradeço a minha mãe Shirlei (*in memorian*), por ter me dado apoio, e sido o pilar que me sustentou durante toda esta trajetória universitária, por ter me auxiliado nos momentos em que pensei em desistir, e simplesmente por ter ficado ao meu lado enquanto lhe foi permitido.

Agradeço aos meus avós, Izênio e Elisa, por me darem o incentivo do dia-a-dia, pelo exemplo de fé, honestidade, dedicação, amor e proporcionar-me tudo o que sou hoje.

Às meus irmãos Antônio e Isabela, por nunca duvidarem de mim e sempre estarem dispostos a me ajudar, torcendo pela minha vitória.

Ao meu namorado Caio, pela paciência, compreensão, apoio, amor e carinho nas intermináveis horas de estudo e nos momentos em que mais precisei.

Aos colegas de faculdade, por sonharem junto comigo, e, em especial a Marcell e Letícia por terem me aturado nos momentos de estresse, e me confortado nos momentos difíceis.

Ao Prof. Dr. Gilson Sidiney Amâncio de Souza, excelente profissional, que de forma ímpar, nunca medira esforços para enobrecer os conhecimentos de seus alunos.

Agradeço o Prof. Dr. Mário Coimbra, que não hesitou em aceitar o convite para compor a banca examinadora deste trabalho.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Prof. Florestan Rodrigo do Prado, pela sua assistência, dedicação, paciência, compreensão e orientação, sem as quais não seria possível a conclusão desta monografia. Agradeço a oportunidade que me foi dada.

RESUMO

O presente trabalho, intitulado – LEI 12.403/11: Questões controvertidas -, teve como objetivo central analisar crítica e juridicamente as atuais questões acerca da lei de prisões, em especial as modificações efetuadas na prisão preventiva, e nas medidas cautelares diversas da prisão. Consoante ficará explanado no bojo desta pesquisa, a discussão sobre a possibilidade de a autoridade judiciária decretar a prisão preventiva a crimes que não comportam pena máxima igual ou inferior a 04 (quatro) anos, será feita através de doutrina, tendo em vista que a questão embora esteja regulada expressamente por lei, a redação do artigo 313, I do Código de Processo Penal, deu margem a interpretação diversa. Ainda foram abordadas as alterações na lei processual penal, no que tange a aplicação da fiança, pois, por força da nova lei o delegado de polícia poderá estabelecer fiança a crimes cuja pena máxima não exceda 04 (quatro) anos, ensejando certa insegurança à sociedade. No mais, foram trabalhadas as principais modificações no tramite da prisão em flagrante e as garantias do preso quando conduzido ao cárcere.

Palavras-chaves: Prisão Processual Penal. Lei 12.403/11. Fiança. Art. 313, I CPP.

ABSTRACT

This work, entitled - LAW 12.403/11: controversial issues - , had as its central objective to analyze and critique the current legal issues concerning the law of arrests, particularly the changes made in custody and several precautionary measures from prison. According to which will be explained in this research, the discussion about the possibility of judicial authority to enact the crimes which do not carry a maximum penalty not exceeding four (04) years will be through analysis of the doctrine, taking into view that the issue although expressly regulated by law, the wording of article 313, I of the Code of Criminal Procedure, has led to different interpretation. Still, the changes were addressed in the criminal procedure law, in relation to the bail application, since, under the new law the chief of police may set bail for crimes whose maximum penalty not exceeding four (04) years, bringing uncertainty to society. Moreover, the main changes were worked tramite in prison in the act, and the guarantees of the prisoner to jail when driven.

Keywords: Prison Criminal Procedure. Law 12.403/11.Bail.Article 313, I CPP.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. NOÇÕES GERAIS SOBRE PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA	11
2.1. Introdução	11
2.2. Conceito de prisão	12
2.3. Das prisões	12
2.3.1. Prisão em flagrante	12
2.3.1.1. Conceito	13
2.3.1.2. Principais modalidades de prisão em flagrante	13
2.3.1.2.1. Flagrante próprio ou verdadeiro	13
2.3.1.2.2. Flagrante impróprio ou quase-flagrante	13
2.3.1.2.3. Flagrante presumido ou ficto	14
2.3.1.3. Lavratura do auto de prisão em flagrante.....	15
2.3.1.4. Prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante	16
2.3.2. Prisão Preventiva	17
2.3.2.1. Conceito	17
2.3.2.2. Circunstâncias que autorizam a decretação de prisão preventiva	17
2.3.2.2.1. Garantia da ordem pública	18
2.3.2.2.2. Garantia da ordem econômica	19
2.3.2.2.3. Para a conveniência da instrução criminal	20
2.3.2.2.4. Para a garantia da aplicação da lei penal	20
2.3.2.2.5. Quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria	21
2.3.2.2.6. Quando houver descumprimento de outras medidas cautelares	22
2.3.2.3. Requisitos para a decretação da prisão preventiva	22
2.3.2.3.1. Crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.....	23
2.3.2.3.2. Existência de condenação anterior por crime doloso	23
2.3.2.3.3. Crime que envolva violência doméstica	24
2.3.2.3.4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento	25
2.3.2.4. Momento para a decretação	26
3. DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	27
3.1. Natureza Jurídica	27
3.2. Conceito	27
3.3. Características das Medidas Cautelares.....	28
3.4. Espécies.....	30
3.4.1. Comparecimento periódico em juízo – inciso I.....	31
3.4.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares – inciso II.....	32
3.4.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada – inciso III	32
3.4.4. Proibição de ausentar-se da comarca – inciso IV	33
3.4.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos – inciso V.....	34
3.4.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira – inciso VI.....	35

3.4.7. Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça – inciso VII	36
3.4.8. Fiança – inciso VIII	38
3.4.9. Monitoração eletrônica – inciso IX	40
4. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO NA PRISÃO	42
4.1. Breve Apontamento Sobre Garantia	42
4.2. Da Assistência Material	42
4.3. Da Assistência Familiar	43
4.4. Da Assistência à Saúde	44
4.5. Da Assistência Jurídica	45
4.6. Do Direito de Permanecer Calado	46
5. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL	48
5.1. Do Princípio da Presunção da Inocência	48
5.2. Do Princípio do Devido Processo Legal	49
5.3. Do Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório	50
5.4. Do Princípio da Verdade Real	51
5.5. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	52
6. QUESTÕES CONTROVERTIDAS DA LEI 12.403/11	54
6.1. Da Concessão da Fiança	54
6.2. Da Prisão Preventiva e o Art. 313, Inc. I do Código de Processo Penal	57
7. CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA	64

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre a necessidade de uma reforma do Código de Processo Penal já é antiga, tornou-se mais nítida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. As regras trazidas pela Lei Maior e os tratados internacionais tornaram diversos dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com a nova realidade imposta, sendo necessária uma adaptação do sistema processual penal a nova ordem constitucional e das convenções internacionais.

Nesse contexto, foram apresentados vários projetos que visavam moldar o Código de Processo Penal as modificações ocorridas, o qual, um deles resultou na Lei de nº 12.403/2011 a chamada Nova Lei de Prisões, que foi publicada no dia 4 de maio de 2011 após ser discutida em um período de 10 (dez) anos. No dia 4 de julho do mesmo ano entrou em vigor, essa lei alterou a sistemática da fiança, da prisão processual bem como a da liberdade provisória, instituindo outras 9 (nove) medidas cautelares em substituição a prisão processual, que inova na possibilidade de serem aplicadas em separado ou em conjunto.

Estas novas medidas cautelares resultaram em novas alternativas a Autoridade Judiciária, tendo em vista a carência de opções que a antiga redação lhe fornecia. Concluindo, então, que doravante a prisão processual (aquela ordenada antes da sentença final) caberá a função da verdadeira *Ultima Ratio*. Desta forma, temos que o presente trabalho está dividido em cinco capítulos, que discorrem, em sua essência, sobre as principais alterações instituídas pela nova lei de prisões.

Primeiramente, abordou-se um levantamento sobre o funcionamento em geral da prisão em flagrante e prisão preventiva. Deste modo, foi feito um apanhado das fundamentais características que cada uma destas prisões processuais detém, tais como conceito, natureza jurídica, modalidades e as alterações dadas com a vigência da lei 12.403/11, ora objeto de estudo.

Posteriormente, no segundo capítulo, fora trabalhado o tema sobre as novas medidas cautelares inseridas pela a nova lei, de modo que

objetivamente buscou-se retratar a finalidade e peculiaridades de cada uma, detalhando a sua aplicabilidade e sua origem.

No terceiro capítulo tratou-se das garantias conferidas ao indiciado ou acusado dentro dos estabelecimentos prisionais, verificando que uma vez dirigido à prisão isso não significa que lá ficará a mercê de todas as arbitrariedades, trata-se de uma pessoa com direitos e deveres perante o estado, onde este último deverá no mínimo velar pelas necessidades básicas para uma vida digna dentro destas instalações carcerárias.

No quarto capítulo, sendo este um dos principais, porque se refere aos princípios constitucionais do processo penal, que por sua vez delimita a atuação do Estado-juiz, tem o condão, portanto, de ministrar o processo na devida forma, assim como prestar ao final do processo uma análise justa frente ao fato incitado.

No quinto, último e mais importante capítulo deste trabalho, foi abordada as questões controvertidas quanto a nova perspectiva instaurada pela lei 12.403/11, em especial sobre a modificação da fiança e do art. 310, II do Código de Processo Penal, que deu margem a interpretações diversas, deste modo, mister se fez confrontar entendimentos doutrinários.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA

2.1. Introdução

A liberdade é o mais importante dos bens dos homens, a própria Constituição Federal no seu preâmbulo assim já demonstra ao dizer que, o Estado garantirá o direito de locomoção de cada indivíduo. Da mesma forma, é válido dizer que o direito a liberdade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana com previsão no art. 1º, inciso III, e art. 5, *caput* da Carta Cidadã.

Sem embargo, trata-se de um direito fundamental que impera num Estado democrático de direito para preservar as garantias mínimas do acusado frente às possíveis arbitrariedades derivadas da prisão (cerceamento de liberdade). No entanto, há restrições quanto ao direito de liberdade de um indivíduo, o próprio art. 5, LIV, da Constituição Federal, assegura a toda e qualquer pessoa que somente será privada de seu direito de locomoção mediante um devido processo legal. Na mesma linha de raciocínio impõe o inciso LXI, do mesmo artigo, *in fine*: “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.”

Sendo assim, para que a prisão possa ser efetuada a ordem deve estar devidamente fundamentada pela autoridade judiciária, baseando-se no binômio necessidade e adequação, caso contrário será tida como ilegal, com ressalva das demais modalidades de prisões elencadas no artigo outrora anunciado. Feita essa colocação passamos à análise dos institutos da prisão em flagrante e prisão preventiva.

2.2. Conceito De Prisão

Decorrente de uma interpretação do art. 5º inciso LXI, prisão é a privação da liberdade de locomoção, determinada por ordem judicial, de forma escrita e fundamentada, podendo ser efetuada sem a devida ordem judicial quando se tratar de flagrante delito.

2.3. Das prisões

2.3.1. Prisão em flagrante

2.3.1.1. Conceito

Trata-se de uma medida restritiva de liberdade, que esta associada à recente prática delituosa, ou seja, o delito acabou de acontecer.

Desta forma, aduz Brasileiro (2011, pg. 1269):

Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que esta sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime.

Assim, a luz do que informa a Constituição Federal no seu art. 5º inciso LXI, o indivíduo que for surpreendido praticando ou após ter praticado uma infração penal poderá ser preso sem a autorização judicial, funcionando como um mecanismo de defesa da sociedade, tendo em vista que a prisão em flagrante permite que um cidadão comum prenda o sujeito que estiver em estado de flagrância, art. 301 do Código de Processo Penal.

Nesse entendimento, conclui-se que prisão em flagrante cuja expressão deriva do latim *flagrare* (queimar), nada mais é do que uma prisão processual, cujo momento de sua aplicação observa uma certeza visual da prática de um ilícito penal.

2.3.1.2. Principais modalidades de prisão em flagrante

2.3.1.2.1. Flagrante próprio ou verdadeiro

Essa modalidade de prisão em flagrante está prevista no art. 302, inciso I e II do Código de Processo Penal, que é quando o indivíduo é surpreendido logo no momento em que está praticando o delito ou no instante em que acabou de cometê-lo. Nota-se, que há quem entenda que a segunda situação exige que o delito já esteja consumado, senão vejamos o entendimento de Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 68):

Assim, embora seja considerada a situação de flagrante próprio, a segunda hipótese implica que o delito já tenha se consumado, havendo elementos significativos no sentido de que a pessoa detida é a autora da prática delituosa recém-ocorrida.

Com efeito, segundo o entendimento esposado, a segunda conjectura de prisão em flagrante não é genuinamente flagrante próprio ou real, fornecendo tão somente um suporte de presunção da autoria e não configurando propriamente, a princípio, a modalidade de flagrante próprio.

2.3.1.2.2. Flagrante impróprio ou quase-flagrante

Entende-se por flagrante impróprio aquele em que o agente é perseguido após ter realizado o fato delituoso, estando elencado no inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal.

A questão é quanto a expressão *logo após* prevista no corpo do diploma legal supra mencionado, tendo em vista que o respectivo artigo nada faz menção do significado dessa dicção, ficando portanto, a discricionariedade do caso concreto e da doutrina o encargo de estabelecer o que se entende por *logo após*, neste impasse, aponta Renato Marcão (2011, p. 69):

A perseguição que ora se cuida deve ser ininterrupta e seguir-se logo após a prática da infração penal, de modo a caracterizar a imediatidade e continuidade que a legitimam como prisão em flagrante. Pressupõe certeza a respeito do itinerário do autor do fato [...].

Como bem destacado pelo autor acima, não basta que essa perseguição se inicie logo após a prática da infração, ela deve ser ininterrupta, ou seja, uma vez cessada não se pode retomá-la. Assim, caso seja interrompida a perseguição e em momento ulterior vier a ser encontrado, o agente causador do delito não pode mais ser preso em flagrante, restando tão somente as demais prisões processuais juntamente com os requisitos que reclamam.

2.3.1.2.3. Flagrante presumido ou ficto

Trata-se de uma modalidade de prisão em flagrante diferente das demais, visto que trabalha com a hipótese em que o indivíduo é encontrado *logo depois* com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração, art. 302, inciso IV do Código de Processo Penal.

É de clara acepção a semelhança entre a prisão em flagrante imprópria e a presumida, uma vez que ambas requerem imediatidade, entretanto, há diferenças entre elas, cuja principal delas atenderia ao fato de que a primeira lida com a perseguição e a segunda com o súbito encontro com agente que praticou a infração. (OLIVEIRA, 2011, p. 526).

Podemos aferir, ainda, que se o sujeito que praticou um furto obteve a posse mansa do objeto, ou seja, a pessoa furtou, levou para a casa, almoçou e depois foi levar objeto para vender, sem que autoridade policial já esteja em diligência para sua captura, por saber ser ele o autor do ilícito penal, não poderá ser preso em flagrante, pois, não está presente o quesito da imediatidade.

Infere-se, portanto, que não obstante as modalidades de prisões em flagrantes aqui exaradas, há ainda outras de cunho específico que não é oportuno e nem cabe no momento discorrer sobre tais, eis que desviar-se-á do objeto problema discutido neste trabalho.

2.3.1.3. Lavratura do auto de prisão em flagrante

Como foi dito anteriormente, a prisão em flagrante é a única espécie de prisão que não é constituída por meio de um mandado judicial e sim pelo encontro circunstancial de um indivíduo comum, ou de agentes policiais com aquele que praticou ou esta praticando um delito.

Nesta ocasião, é oportuno os dizeres de Renato Marcão (2011, p. 97):

È correto afirmar, portanto, que a única modalidade de prisão sem prévia ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária autorizada por lei é a decorrente de flagrante delito, e as razões são óbvias, já que não seria possível exigir ordem prévia nas hipóteses de flagrante, pois não se pode saber quem, quando e onde praticará qual delito, para expedir ordem prévia.

Dessa maneira, é categórico o entendimento de que o auto de prisão em flagrante é uma formalização da prisão em flagrante, já que esta não possui mandado judicial. Visa, portanto, evitar possíveis irregularidades que acabem por macular a prisão, bem como o processo, pois aponta etapas a serem percorridas pela autoridade policial, que estão elencadas no art. 304 do Código de Processo Penal, *in fine*:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

Ainda, deverá a autoridade policial a luz do art. 5º LXII e inciso LXIII, informar ao preso seu direito de permanecer calado, assim como a família ou pessoa por ele indicada, a defensoria pública caso o preso não constitua advogado, e por fim ao membro do ministério público (inovação introduzida pela nova lei) e a autoridade judiciária.

2.3.1.4. Prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante

O Código de Processo Penal não traz expressamente um prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante, entretanto através de uma interpretação literal da redação do art. 306 do Código de Processo Penal, podemos concluir que o prazo para a lavratura é de vinte e quatro horas, *in verbis*:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Assim, também aponta André Nicolitt (2011, p. 62):

A nova redação do art. 306 do CPP não deixa margem de dúvida. O auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao Juiz em 24 horas e a partir deste é que o juiz deverá proceder nos termos do art. 310 do CPP, ou seja, relaxando a prisão, decretando preventiva ou outra medida cautelar, ou concedendo liberdade provisória.

Por tais razões, entende-se que mesmo que o legislador não tenha ditado expressamente que o prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante é de 24 horas, subentende-se que o mesmo é, uma vez que determinou esse prazo para as etapas do auto de prisão em flagrante (captura; condução à autoridade policial; oitiva do condutor e das testemunhas e da vítima se houver; oitiva do réu; nota de culpa; comunicação ao juiz competente, ao ministério público, a família do preso ou pessoa por ele indicada, por fim, a defensoria pública caso não constitua um advogado).

Ressalta-se, ainda, que o caput do art. 306 do Código de Processo Penal indica que o magistrado deverá ser comunicado imediatamente da prisão em flagrante, desta forma, o prazo que se refere o §1º do art. 306 do CPP, é o prazo máximo para a comunicação da prisão ao Juiz, ao Membro do Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada.

2.3.2. Prisão Preventiva

Cuida-se de mais uma espécie de prisão processual, portanto somente poderá ser decretada durante o curso da ação penal ou do inquérito policial, é diferente das demais espécies de prisões processuais porque poderá ser dilatada até a sentença penal condenatória ou absolutória.

2.3.2.1. Conceito

É uma prisão cautelar decretada por ordem judicial devidamente fundamentada, devem estar presentes os requisitos do art. 312 do CPP, pode ser ordenada a qualquer momento da instrução policial e do processo. (NUCCI, 2011 p. 61).

Desta forma, o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante deverá fundamentadamente, como indica a Carta Magna no art. 93, inciso IX e art. 310 do Código de Processo Penal, relaxar quando se tratar de prisão ilegal, conceder a liberdade provisória ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se preenchidos os seus requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Em suma, é inegável que com a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 12.403 de 2011, a prisão preventiva tornou-se ainda mais excepcional, sendo aplicada como demonstrada no cenário acima em último caso.

2.3.2.2. Circunstâncias que autorizam a decretação de prisão preventiva

Quanto às circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, não houve tanta modificação, o legislador optou por manter algumas delas e novamente deixando de definir o que venha a ser cada uma, estão previstas no caput do art. 312 do Código de Processo Penal. Finda essa colocação passamos ao estudo particularizado das circunstâncias permissivas.

2.3.2.2.1 Garantia da ordem pública

Este fundamento se justifica na tranquilidade do meio social, onde o Estado tem por encargo a proteção e manutenção da incolumidade das pessoas e do patrimônio, assim guisa o art. 144 da Constituição Federal.

Por tais razões e para evitar que o acusado estando em liberdade repita as ações criminosas, é possível a decretação da prisão preventiva tanto na investigação criminal, quanto na própria ação penal. Essa colocação encontra respaldo no posicionamento do STF ao dizer que “[..] a necessidade de se prevenir a reprodução de novos crimes é motivação bastante para se prender o acusado ou indiciado, em sede de prisão preventiva pautada na Garantia da Ordem Pública.” (HC- 95.118/SP e 94.999/SP).

Uma outra questão pertinente ao assunto, é quanto aos maus antecedentes e reincidência do agente ensejarem motivação para a decretação da prisão preventiva. Rogério Sanches Cunha em sua obra *Prisão e Medidas Cautelares*, demonstra ser veemente contra esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, afirmando que: “Prender alguém, provisoriamente, apenas por conta de seus maus antecedentes, revela um Direito Penal do autor, incompatível com um Direito Constitucional de fato”.

Em contrapartida, o clamor público dado gravidade e repercussão do fato criminoso, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não é motivo que, por si só, justifique a adoção da prisão preventiva. Sendo, portanto, necessária a demonstração do risco que a sociedade estará correndo, no tocante a sua tranquilidade, frente à probabilidade do agente em liberdade voltar a cometer delitos.

Isto pontuado, é possível deduzir que o requisito da Garantia da Ordem Pública por ser mais abrangente e não possuir significado concreto, impulsiona o magistrado a uma interpretação abstrata do seu conteúdo, permitindo a sua conceituação e aplicação.

2.3.2.2.2. Garantia da ordem econômica

Assim como a circunstância permissiva da Garantia da Ordem Pública, o requisito da Garantia da Ordem Econômica também é objeto de críticas nas esferas jurídicas. Neste contexto assevera Oliveira (2011, p. 548): “A se lamentar -e muito- que, tanto tempo depois e com a introdução de tantas novidades em matéria de prisão e medidas cautelares, tenha se mantido a expressão garantia da ordem pública e econômica”.

Percebe-se, de imediato, que segundo o autor a expressão Garantia da Ordem Pública ou Econômica encontra-se ultrapassada e, absolutamente, inadequada para a nova realidade vivenciada pelo nosso estatuto processual penal.

Concluída essa introdução, o que vem a ser esse instrumento da Garantia da Ordem Econômica?

A Lei 8.884/94, trás no seu art. 1º a finalidade deste requisito, qual seja: impedir que o agente continue a mover ações atentatórias a livre concorrência, à função social da propriedade, as relações de consumo utilizando-se do abuso do direito econômico.

Veja-se, que quando essa atividade ilícita repercute negativamente no comércio lícito, acaba por atingir trabalhadores e comerciantes honestos ocasionando o fechamento de estabelecimentos comerciais e como corolário, o desemprego.

Por fim, esse requisito reserva-se aos crimes contra a ordem econômica e financeira (tributária), o conhecido “delitos de colarinho branco”, Lei 7.492/86, implica em manter o indivíduo acusado dessa modalidade de crime afastado de seus negócios fraudulentos, evitando que reitere as condutas delitivas, justificando, portanto, a decretação da prisão preventiva.

2.3.2.2.3. Para a conveniência da instrução criminal

Implica em um fundamento para a decretação da prisão preventiva dessemelhante dos demais, uma vez que atua de maneira mais específica e consistente. Tem o intuito de preservar a colheita de provas, conservando-as e fiscalizando a sua regular obtenção para evitar interferências quanto a sua veracidade.

Neste contexto aponta Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 547):

Por conveniência de instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que acarretará, por exemplo, quando o acusado ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, [...].

Com base no entendimento acima, é correto afirmar que a prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal se aplica nos casos em que o acusado de forma direta ou indireta (utiliza-se de terceiro) tenta frustrar a investigação criminal, seja porque articulou ameaças, ou, porque provocou algum incidente do qual acarrete manifesto prejuízo à investigação criminal. Por outro lado, é importante destacar que no entendimento de Cunha (2011, p. 146), o simples fato do indiciado ou acusado recusar-se a colaborar com a instrução criminal, não é motivo suficiente para a decretação da prisão preventiva e sim um meio ilegal de incitá-lo a cooperar com a investigação.

2.3.2.2.4. Para a garantia da aplicação da lei penal

A circunstância da Garantia da Aplicação da Lei Penal, também possui caráter específico como a situação acima detalhada, significa dizer que o legislador conceitua as diretrizes de sua aplicação, impondo ao juiz o dever de observá-las.

O que se infere desse fundamento é especialmente evitar que o indiciado ou acusado fuja do distrito da culpa, desde que demonstrado indicativos suficientes de que o autor da infração, uma vez condenado, não estará disposto

ao seu cumprimento, oportunizando segundo a legislação processual penal a decretação da prisão preventiva. (CUNHA, 2011, p. 147).

Finda esta explicação, é preciso ainda mencionar a existência de críticas sobre essa circunstância que permite a imposição da prisão preventiva, parte da doutrina entende que tal decretação abre margem a erro *in judicando*, que é quando o juiz movido por simples dedução aplica mal o direito, não sendo, contudo, fundamento válido para a decretação de uma medida restritiva de liberdade.

2.3.2.2.5. Quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria

Também conhecida pela expressão *fumus boni iuris*, o requisito aludido autoriza a decretação da prisão preventiva quando presente: a) prova inequívoca da materialidade do crime; b) indícios suficientes que indiquem o acusado como autor do fato criminoso.

Atinente ao assunto, leciona Rogério Sanches Cunha (2011, p. 147):

Quanto da existência do crime nenhuma dúvida deve persistir. È preciso, assim, a prova da materialidade do delito, produzida, em regra, com exame de corpo de delito (art. 158 do CPP). Sem ela, não é decretada a prisão preventiva (não basta mera suspeita).

Em suma, para que se decrete a prisão preventiva baseando-se nesta modalidade é necessária a comprovação da existência do fato criminoso (crime praticado), por intermédio de um laudo do exame de corpo de delito, ao passo que, quando ao quesito de indícios suficientes de autoria não há nenhuma ressalva do legislador, bem como da doutrina, bastando neste caso a mera suspeita, é claro, desde que calcado no critério da razoabilidade.

2.3.2.2.6. Quando houver descumprimento de outras medidas cautelares

Essa circunstancia repousa no § 4º do art. 282 do estatuto processual, a qual permite que o juiz diante do descumprimento de quaisquer das medidas cautelares – diversa – da - prisão, pelo acusado, decrete a prisão preventiva, veja-se:

Art. 282, § 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 ultimo caso, decretar a prisão preventiva.

Nota-se, na redação deste artigo, que o legislador assim como nos arts. 312 parágrafo único e 343, segunda parte, ambos do CPP, reafirma o novo parâmetro da prisão preventiva, qual seja, que a prisão preventiva no nosso ordenamento jurídico passou a ser utilizada em último caso, recebendo, portanto, um caráter excepcional. Assim, também ensina Nucci (2011, p. 66), “se a medida cautelar alternativa foi conferida, é preciso honrá-la, cumprindo-a à risca. Não o fazendo, resta ao Estado a opção pela *ultima ratio* processual: a prisão preventiva.”

Vale, aqui ressaltar, que as medidas cautelares referidas no artigo supra citado estão descritas no art. 319 do Código de Processo Penal. No mais, as demais peculiaridades dessa colocação, a qual categoricamente define que prisão processual se tornou hipótese de última aplicabilidade, será abordada no derradeiro capítulo desta pesquisa.

2.3.2.3. Requisitos para a decretação da prisão preventiva

Os requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva estão descritos no art. 313 e incisos do Código de Processo Penal, tendo o condão de delimitar a sua aplicação e desempenhar o que impõe as ideologias da Constituição Federal de 1988, qual seja, a liberdade como regra e a prisão processual como exceção, daí a sua denominação doutrinária de *extrema ratio*.

Ademais, passaremos a uma breve análise de cada requisito estabelecido no artigo ora mencionado.

2.3.2.3.1. Crimes dolosos punidos com pena máxima superior à 4 (quatro) anos

Através de uma interpretação literal da norma, entende-se que somente poderá ser decretada a prisão preventiva nos crimes dolosos em que a pena máxima cominada seja superior a 4 (quatro) anos, desta forma, não cabe prisão preventiva em sede de crime culposos.

É necessário verificar o entendimento de Reato Brasileiro de Lima (2012, p. 1341):

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

Em síntese, é evidente a intenção do legislador em evitar que o indiciado/acusado seja submetido a uma prisão provisória, tendo em vista as experiências lesivas que poderão derivar de uma prisão desnecessária, pois, crimes cuja pena máxima *in abstracto* não ultrapassa 4 (quatro) anos são dirigidos a regras diferenciadas, exemplo é a Lei 9.099/95.

2.3.2.3.2. Existência de condenação anterior por crime doloso

A própria redação do inciso III do art. 313 do CPP, retrata com fidelidade o presente requisito exposto neste subtítulo, quando diz que será admitida a prisão preventiva quando acusado tiver sido condenado por crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal.

Ao se referir expressamente à modalidade dolosa, o legislador implicitamente acabou por afastar a condenação por crime culposos, nota-se, se um agente foi denunciado por incurso em crime doloso, e ao final, na fase decisória é condenado no protótipo culposos por não ser reconhecida a conduta dolosa, essa modalidade de reincidência não é capaz de propiciar a decretação da prisão preventiva. (NUCCI, 2011, p. 68).

No que impera esse requisito, basta que se configure a reincidência em crime doloso para a imposição da prisão preventiva, uma vez que não há na legislação a presença de qualquer restrição quanto à pena máxima prevista em abstrato, o que, no entanto, ocorre com o requisito acima. (BONFIM, 2011, p. 87).

Com efeito, a finalidade desse requisito é coibir veementemente a presença da reincidência, pois ela soa como um indício de culpabilidade ao acusado ou indiciado, e como consequência ocasionando uma certa influência prejudicial a este.

2.3.2.3.3. Crime que envolva violência doméstica

No tocante a este requisito, não se trata de uma inovação jurídica, pois já era previsto na Lei Maria da Penha – nº 11.340/06, passando a operar no Código de Processo Penal por força da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011.

Ao ser acrescentado ao estatuto processual penal teve o seu campo de atuação ampliado, agora não só permiti a decretação da prisão preventiva para crimes que envolvam violência doméstica contra a mulher, como também passou a admitir todo o núcleo familiar, ou seja, crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência. (CAPEZ, 2012, p. 332).

Aqui, diferente das hipóteses anteriores, a redação legislativa nada fala se a conduta tem que ser dolosa, ou, se é aceita a modalidade culposa. Todavia, é válido apontar a interpretação de Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1344):

À primeira vista, pode-se pensar que, nessa hipótese, a prisão preventiva seria cabível tanto em relação a crimes dolosos quanto em face de crimes culposos, já que o inc. III do art. 313, diversamente dos incisos anteriores, não estabelece qualquer distinção, referindo-se

apenas à prática de *crime*. Não obstante, se o inc. III do art. 313 pressupõe a prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é evidente que o referido crime só pode ter sido praticado dolosamente.

Desta forma, por se tratar de uma violência com vítimas específicas, e, sendo elas consideradas vulneráveis, é certo que o agente agressor agiu com consciência e vontade (*dolo*), logo, fica demonstrado que caso não seja aplicada uma medida de proteção, existe uma elevada probabilidade que se reitere a violência.

2.3.2.3.4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento

O parágrafo único do art. 313 do CPP aditado pela Lei 12.403/11, determina que o juiz poderá decretar a prisão preventiva quando: a) existir dúvida quanto a identidade civil do agente, ou; b) quando ele se negar a fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

O intuito dessa hipótese permissiva da prisão preventiva é individualizar a pessoa, para que possa o Estado impulsionar a persecução criminal, uma vez que é necessário saber contra quem será instaurado eventual processo crime. (LIMA, 2012, p. 1349).

Quanto ao direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), certamente não há nenhuma violação, uma vez que esta atrelado a uma possível auto-imputabilidade e o fornecimento de informações quanto a sua identidade civil não apresenta nenhuma tipificação, trata-se, tão somente de uma colaboração com a justiça. (NUCCI, 2012, p. 68).

Nesta premissa, a hipótese de admissibilidade da decretação da prisão preventiva é meramente um fator de pressão, com o objetivo de fazer com que o indivíduo esclareça sua identidade civil, aliás, a própria parte final do parágrafo único do art. 313 diz que uma vez reconhecida à identidade civil do indivíduo, este será posto de imediato em liberdade.

2.3.2.4. Momento para a decretação

O juiz segundo a redação do artigo 310 do Código de Processo Penal, poderá decretar a prisão preventiva em qualquer fase da investigação criminal, ou, do processo penal.

Ocorre que, com a modificação introduzida pela lei 12.403/11, o juiz, expressamente, não mais poderá decretar de ofício a prisão preventiva do indiciado na fase de investigação policial. Nota-se, que o vocábulo utilizado pelo legislador na redação do texto-lei, refere-se unicamente a prisão decretada *ex officio* na persecução penal, desta forma, uma vez instaurada a ação penal não mais permanecerá tal impedimento, inclusive, podendo o juiz decretar a preventiva de ofício a qualquer momento, desde que presentes os motivos que autorizam a sua decretação. (MARQUES e MARTINI, 2012, p. 119).

Entretanto, registra-se que embora o magistrado não possa decretar de ofício a prisão preventiva durante a investigação criminal, não significa dizer que é inadmissível sua imposição nesta ocasião, eis que quando houver requerimento do membro do Ministério Público ou, representação do Delegado de Polícia a aludida decretação, sob análise do Magistrado, pode-se firmar.

3. DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

3.1. Natureza Jurídica

Partindo da premissa que cautela é sinônimo de cuidado, precaução, prudência, vigilância, entre outras, medidas cautelares, no âmbito processual penal detém a ideia, estrito sensu, de aplicação preventiva de medidas diversas da prisão ao indivíduo que infringindo o ordenamento jurídico penal inculca comportamento que aos olhos do bom direito, transcenda novas infrações. Assim, estando presente o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, a medida idônea para alcançar a justiça será a liberdade com ou sem medidas cautelares, que, é a regra, ou será a exceção, ou seja, a prisão cautelar.

Destarte, a natureza jurídica das medidas cautelares podem ser entendidas como uma “dosagem exata para liberdade”, de modo que a finalidade não é favorecer a impunidade, é longe disso, senão, aplicar uma medida que ao mesmo tempo que cerceia a prisão, impõe condições peculiares ao acusado a ponto de ser suficiente e seguro para evitar novas infrações penais, pois estas foram elaboradas pelo legislador para aturar exatamente onde poderia ocorrer novas infrações e de tal monta que a sociedade continue segura mesmo com indivíduo estando em liberdade.

3.2. Conceito

Medidas cautelares em um sentido amplo são providências adotadas pelo magistrado com a finalidade de prevenir, conservar e defender a supremacia ou a eficácia de um direito sujeito a lesão ou ameaça de lesão. São medidas de caráter pessoal, podendo ser fixadas de forma isolada ou cumulativa.

De acordo com o entendimento de Bonfim (2011, p. 19), “medidas cautelares são, em linhas gerais, providências Estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória”.

Poderá ser aplicada no inquérito ou no curso da ação penal, visando garantir a aplicação da lei, o êxito da investigação ou da instrução criminal, bem como evitar em determinados casos a repetição da prática delitiva e o encarceramento do agente, prisão do indiciado/acusado.

Diante disto, medidas cautelares são medidas diversas da prisão e que pode ser aplicada a delitos que admitam ou não a prisão provisória (temporária, preventiva e domiciliar), não caberá medida cautelar para contravenção penal, e crimes que a lei não comine pena privativa de liberdade (v.g, art. 28 da lei 11.343/2006).

3.3. Características das Medidas Cautelares

Antes de adentrarmos na exposição das espécies de medidas cautelares, é mister uma breve análise das características que essas medidas compreendem. São quatro características sobressalentes, a revogabilidade, provisoriedade, excepcionalidade e substitutividade.

A característica da revogabilidade esta ligada ao sentido fático da ocasião, sendo assim, a medida adotada foi eleita pela circunstância em que se apresentou o caso concreto, podendo ser revogada a qualquer momento por força transitoriedade e mutabilidade da situação que ensejou a aplicação da medida cautelar, bem como indica a própria redação do art. 282, § 5º, 1ª parte do CPP, que dispõe: “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”.

De acordo com o referido dispositivo, a medida preferida pelo magistrado poderá ser revogada, e se houver o surgimento do pressuposto ensejador da sua aplicação ou, alguma situação que por ventura se ajuste a uma das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, poderá novamente a cautelar ser imposta pelo juiz. (BONFIM, 2011, p. 22)

No que importa a característica da provisoriedade, é justamente o caráter temporário e útil da medida, logo, não se trata de uma medida definitiva e sim puramente vinculada ao momento e à necessidade de sua decretação.

Com base no exposto, insta salientar os dizeres de Humberto Theodoro Junior (2008, p. 52-53):

(...) toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com previsão de seu fim.

Destarte, que a característica da provisoriedade esta inteiramente aliada ao da revogabilidade, sendo um desdobramento do chamado *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão), sedimentando o entendimento de que a medida cautelar não se trata de uma punição e sim uma medida de fins assecuratórios.

A característica da substitutividade denota-se na perspectiva, de que as medidas cautelares poderão ser substituídas por outra(s) medida(s) quando se verificar a ocorrência da falta do motivo pelo qual fora delegada.

Assim reza o art. 282, §§ 5º e 6º do CPP, ao dizer que o juiz poderá revogar ou substituir a medida imposta se verificado que o motivo pelo qual ela foi decretada não mais exista, ou, substituí-la por força do requisito exigido para a imposição da prisão preventiva, qual seja, a de que a prisão preventiva somente será fixada se não for cabível as hipóteses de medidas cautelares do art. 319 do CPP, estando, deste modo, a prisão preventiva condicionada a esse procedimento, sendo evidente a intenção do legislador de oferecer ao acusado uma medida menos onerosa do que a retaliação de uma medida carcerária.

No tocante a característica da excepcionalidade, ela esta consolidada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, é o princípio matriz da não culpabilidade. De acordo com o preceito do postulado da não culpabilidade, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Nesse sentido, aborda Edilson Mougnot Bonfim (2011, p. 23):

Dessume-se, portanto, que qualquer medida restritiva das garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, durante o inquérito ou a ação penal, deve ser considerada excepcional, tais como são as medias relacionadas á prisão de natureza cautelar.

Como visto, a característica da excepcionalidade é calcada no entendimento de que o factível acolhimento da medida cautelar deve ser verificado antes da aplicação de uma prisão processual, de certo porque ao contrário desse procedimento estaríamos diante de uma antecipação da pena, o que em termos inverteria a premissa do princípio da não culpabilidade, considerando o indiciado como culpado antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível.

Em síntese, não se pode olvidar de que a medida cautelar possui um caráter acessório, instrumental, com a prerrogativa de assegurar a preservação do resultado final da ação penal, seja ela condenatória ou absolutória, resguardando à realização da efetiva prestação jurisdicional.

3.4. Espécies

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 alterou a gama de medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico pátrio. De todo modo, cabe anotar que algumas das medidas trazidas pela lei supramencionada, consistem em uma mera repetição de outras medidas já preexistentes em legislações esparsas, v.g, a Lei 9.099/95 (JECRIM) e a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que no seu art.19, já previa medidas com caráter de urgência.

Apresentada as características das medidas cautelares, seu conceito e natureza jurídica, cumpre adentrarmos a análise específica das espécies de medidas cautelares. Assinale, ainda, que dada à excepcionalidade e o fato de limitarem o grau de liberdade do indiciado, essas medidas devem ser interpretadas de forma restrita, tendo em vista que o rol do art. 319 do CPP é veementemente taxativo. Posto isto, passamos a análise das medidas de acordo como se exibem no dispositivo legal acima mencionado.

3.4.1. Comparecimento periódico em juízo – inciso I

A medida cautelar do comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz para informar e justificar atividades, já existia previsão semelhante a essa na Lei 9.099 de 1995 (JECRIM), a chamada suspensão condicional do processo. Embora essas medidas sejam potencialmente similares, a Lei 9.099/95 prevê o comparecimento mensal obrigatório e pessoal do indiciado/acusado ao juízo, ao passo que o art. 319 do CPP é absolutamente omissivo nesse aspecto, não informando o prazo para cumprimento da medida.

Diante disto, cabe a autoridade julgadora a incumbência de fixar o prazo para o cumprimento da medida, agindo o magistrado com ponderação e razoabilidade ao estabelecer o prazo, para que não ocorra a injunção de prazos demasiadamente curtos, que por consequência inviabilizaram o próprio comparecimento do acusado, assim como a imposição de prazos excessivamente longos que podem inutilizar a medida.

Se o investigado ou acusado residir fora da comarca, vem se admitindo a possibilidade da aplicação dessa medida cautelar de comparecimento periódico em juízo, porém, esse comparecimento será no juízo da residência do indiciado/acusado, bem como indica Eugênio Pacelli Oliveira (2011, p. 507):

A nosso aviso, ainda que o investigado ou indiciado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação será possível a imposição do comparecimento periódico e obrigatório, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa.

A finalidade em linhas gerais dessa medida é vincular o indiciado ao processo, para que este não venha a intentar fuga do distrito da culpa ou abortar o andamento do processo. Outra vantagem dessa medida é que por estar exercendo atividade lícita, este não está a *Committer delicto* (cometer delito), ou seja, de que não está colocando em risco a ordem pública.

3.4.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares – inciso II

Essa medida também retém similitude com a prevista no art. 89, § 1º, II, da Lei 9.099/95, a qual reclama como condição para a concessão da suspensão condicional do processo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.

Convém destacar, que há uma diferença entre as duas medidas, ela se revela na expressão “proibição de acesso a determinados lugares” prevista na lei especial, que ao incorporada ao CPP pela Lei 12.403/2011 recebe uma conotação mais específica ao dizer “deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar risco de novas infrações”.

Nota-se, que através da dicção “evitar novas infrações” se traduz a real intenção do legislador ao elencar essa medida, a de que apenas será empregada para evitar o cometimento de novas infrações, ou seja, para garantir a ordem pública. Neste entendimento indica Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 83):

(...), como medida cautelar, é possível que tenha maior eficiência. Buscar-se-á, com sua imposição, evitar o cometimento de nos crimes, contornando-se os conflitos tipicamente existentes em certos locais, como botequins e demais lugares onde se serva bebida alcoólica sem controle algum.

Neste sentido, deve-se destacar que a esta medida assim como as demais deve guardar uma ligação com a natureza do delito praticado, uma vez que, ao contrario deste entendimento a imposição dessa medida cautelar importará tão somente como uma punição preventiva.

3.4.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada – inciso III

Ao que tange a medida em questão, é a proibição do investigado de se aproximar de determina pessoa. Ao dizer “qualquer pessoa”, o legislador não está se referindo unicamente a vítima do ilícito, mas, estendendo essa proteção a

qualquer indivíduo que dada a circunstâncias relacionadas ao fato careça dessa tutela.

Concernente ao assunto, viável é analisar os dizeres de Silvio Maciel (2011, p. 180):

A expressão “permanecer distante”, contida no dispositivo, deve ser tomada em seu sentido amplo e não apenas como sinônimo de distância física. O indiciado ou acusado deve abster-se de qualquer espécie de contato com a pessoa (contato telefônico, eletrônico etc.). De nada adiantaria o juiz determinar o afastamento físico, se o suposto infrator continuar perturbando e atemorizando a pessoa com telefonemas, mensagens eletrônicas ou algo semelhante.

Ante ao que foi dito, essa distância não guarda somente a relação autor e vítima, mas, outras relações ligadas ao fato, a exemplo a relação entre réu e testemunha do fato criminoso. Quanto à restrição de distância, consoante à Lei 11.340/06 permaneceu a omissão do legislador, cabendo ao Juiz examinar o caso *in concreto* e estabelecer a dimensão do afastamento, que com respeito à proporcionalidade, não poderá ser exagerado a ponto de que o acusado conviva no mesmo bairro ou município que a pessoa, e, muito menos que seja extremamente exíguo, possibilitando a aproximação do indiciado com a esta.

3.4.4. Proibição de ausentar-se da comarca – inciso IV

A respectiva proibição reporta ao dever do indiciado de não se arredar da comarca para qualquer outro lugar do País. Destarte, que o dever de não ausentar-se do país está convencionado em um dispositivo próprio, o art. 320 do CPP, podendo, todavia, cumular as duas proibições (medidas cautelares) conforme a disposição do art. 282, § 1º do CPP.

Frisa-se, ao ser constada a intenção do investigado de se atalhar da aplicação da lei penal, poderá o juiz criminal determinar a medida ora citada, impedindo que ele se afaste da Comarca, porém, é indispensável ressaltar, que para essa medida ser adotada é *conditio sine qua non* que se demonstre a real necessidade da permanência do indiciado para fins de investigação ou instrução.

De todo modo, se torna um tanto quanto incongruente a determinação do legislador ao dizer “para a investigação ou instrução”, uma vez que essa previsão seria mais bem direcionada, se fosse para a finalidade de garantir a aplicação da lei penal, tendo em vista que invariavelmente a retirada do acusado da comarca esta sempre relacionada na fuga deste do distrito da culpa.

Assim, nada obsta o entendimento de que se a saída não tem objetivo de fuga, denota-se que o indiciado estaria à disposição da polícia tanto quanto do judiciário para as raras vezes que será intimado a comparecer diante dessas autoridades. E se a saída apresentar intencionalmente propósitos de fuga, será o caso de ordenar prisão preventiva (prisão processual).

Nesse aspecto convém salientar a orientação de Edilson Mougenot Bonfim (2011, p. 48):

(...), insta ressaltar que não vemos óbice à aplicação direta da prisão preventiva quando se constar que, antes da imposição de qualquer medida cautelar, o réu fugiu do distrito da culpa, ensejando a decretação da prisão com base no art. 312, *caput*, visando “assegurar a aplicação da lei penal.

Aliás, seria mais adequada a determinação de comparecimento obrigatório para atos processuais, do que a proibição de afastamento da comarca que tramita a ação penal.

Pois bem, convém notar, que o vocábulo “conveniente” inserido no corpo deste inciso, deveria ser ignorado, já que se trata de medida restritiva de direito não poderá de modo algum ficar ao mero arbítrio das autoridades, o que se deve dar importância é se há ou não a necessidade da adoção desta medida. (MACIEL, 2011, p. 181).

3.4.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos – inciso V

Com uma breve análise do art. 319, V, do CPP, podemos identificar que para que se decrete a medida em questão, devem ser preenchidos dois requisitos trazidos pelo próprio enunciado da medida, o primeiro é de que o

acusado possua residência fixa e o segundo é que exerça atividade laboral também de natureza fixa.

É importante alertar que essa medida na maior parte dos casos somente produzirá seus efeitos se aplicada cumulativamente com outra, v.g, quando para garantir a aplicação da lei penal, o magistrado ao adotar tal medida a cumula com a medida anteriormente descrita, ou seja, a proibição do acusado de ausentar-se da comarca e/ou do país, isto porque se não for realizada a cumulação o investigado poderá alegar em sua defesa que não retornou a sua residência no horário noturno ou no de folga, por estar em local distante de sua residência, motivo pelo qual não conseguiu voltar a tempo (MACIEL, 2011, p. 181). Ensejando assim, um argumento para o descumprimento da medida imposta, o que não deve se proceder com quaisquer das medidas adotadas, qual seja, justificativas para descumprimento.

Outra medida cautelar que vem se destacando em cumulação com essa do inciso V do art. 319 CPP, é de monitoração eletrônica, prevista no inciso IX do mesmo artigo. Visto que essa reclusão domiciliar no período noturno não possui fiscalização e casando as duas medidas cautelares, seria possível uma efetiva fiscalização ao cumprimento da medida de recolhimento domiciliar no período noturno. Ressalta-se ainda, que recolhimento domiciliar não é a mesma coisa que prisão domiciliar.

A medida também pode ser aplicada para resguardar tão somente a garantia da ordem pública, como exemplo, se o acusado é investigado por crime praticado em período noturno, de descanso (furto de estabelecimentos comerciais), a imposição dessa medida tem por finalidade impossibilitar que o acusado volte a delinquir.

3.4.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira – inciso VI

Essa medida cautelar tem uma finalidade específica, uma vez que somente será aplicada nos processos que investigam delitos de natureza econômica e aqueles praticados contra a administração pública e por essa razão

tem se sedimentado a expectativa de que de todas as medidas introduzidas pela lei 12.403/2011, essa se for bem aplicada, será a que trará melhores resultados práticos para a atividade jurisdicional estatal.

Dessa forma, a medida ostenta garantir a preservação da ordem pública ou econômica, porquanto somente será imposta para evitar a prática de novas infrações, uma vez que o acusado utilizou a sua função para a prática do ilícito penal e deixar o acusado nos exercícios dessa função, seria nada mais e nada menos do que incitá-lo na continuidade delitiva. (NUCCI, 2011, p. 85)

Baseando-se no que foi dito, surge a indagação quanto à remuneração, se ela será ou não suspensa juntamente com a função. Segundo a doutrina majoritária, o legislador foi infeliz em não tratar dessa situação, omitindo tal realidade, logo, através de uma interpretação restritiva da previsão legal da medida, a remuneração deve ser mantida ao acusado/indiciado, incidindo a suspensão unicamente ao exercício do cargo, com o intuito da não reiteração delituosa.

Nesse passo, aduz Renato Brasileiro Lima (2011, p. 1433):

Quanto à suspensão do exercício da função pública, como se trata de suspensão do exercício da função pública, e não de perda do cargo, deve o funcionário afastado continuar recebendo mensalmente seu subsídio, até mesmo em face do princípio da presunção de não culpabilidade.

Neste contexto, com base no entendimento acima, e por se tratar de suspensão e não perda do cargo, deve ser mantida a remuneração. E caso ocorra a absolvição do acusado/indiciado, a medida cautelar terá que ser afastada, vez que não se encontra mais presente o motivo pelo qual fora decretada.

3.4.7. Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça – inciso VII

Antes de iniciar a explicação da função dessa medida cautelar, é necessário comentar a mudança introduzida pela reforma penal de 1984, a qual acabou por abolir o sistema do duplo binário, sistema este que permitia a imposição da pena e medida de segurança cumulativamente, passando a vigorar

daí então o sistema vicariante que só permite a aplicação de pena aos imputáveis, ficando a medida de segurança destinada apenas aos inimputáveis e semi-inimputáveis, nos termos do art. 26 do CP. (MACIEL, 2011, p. 182).

Assim, a medida de segurança prevista no art. 319, VII, do CPP será aplicada exclusivamente aos inimputáveis e semi-inimputáveis, uma vez que seria incoerente a medida permitir a internação (uma espécie de medida de segurança) ao imputável, tendo em vista que ele não é sujeito a sofrer medida de segurança e sim a pena.

Feita essa colocação, vamos analisar os 4 (quatro) requisitos extraídos do texto da medida cautelar para a aplicação dessa medida:

Primeiro, somente poderá ser aplicada no curso da ação penal. Porque somente no curso da ação penal? Essa ilação é retirada da própria expressão utilizada no texto da medida cautelar, qual seja, indiciado, acusado ou investigado, logo quando não há a menção desse sujeito, indica que poderá ser utilizada em qualquer das fases processuais, o que não ocorre na medida em exame.

Segundo, somente caberá a crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Optou-se por acrescentar essa expressão “à pessoa” pela justificativa de que mesmo que o dispositivo legal nada mencione, crimes que praticados com emprego de violência ou grave ameaça somente é possível contra pessoas.

Terceiro, será aplicada aos inimputáveis e semi-inimputáveis comprovado por laudo pericial. Como demonstrado, essa constatação de inimputabilidade ou semi-inimputabilidade será comprovada por um exame pericial, um atestado médico, porém, poderá o juiz determinar a internação provisória antes mesmo da entrega do laudo médico, visto que não é recomendável que este indivíduo permaneça em cárcere comum, desde que exiba nítidos sinais de enfermidade mental. (NUCCI, 2011, p. 85)

Quarto, a medida *suso* será imposta se for comprovado através de laudo pericial a probabilidade da reiteração delituosa do agente. Este requisito como o anterior também é comprovado por exame pericial, é certo que essa constatação não é aferida facilmente, tendo em vista que afirmar cientificamente a possibilidade concreta do agente voltar a delinquir é inócua e incerta. Deste modo, para a constatação da possível reiteração delituosa, deve empregar os

parâmetros do exame que atesta a cessação da periculosidade do internado, aquela que coloca fim a medida de segurança.

Em síntese, devem ser observados tais requisitos para a aplicação da medida em estudo, ressaltando que a referida internação é de caráter eminentemente provisório, significa dizer que perdurarão os seus efeitos até que sobrevenha a análise do ilícito penal (sentença), vinculando o magistrado ao fato criminoso, inclusive ao reconhecimento das hipóteses do art. 386, do CPP.

3.4.8. Fiança – inciso VIII

O instituto da fiança é a medida mais antiga de substituição a prisão processual e está inteiramente atrelado ao da liberdade provisória, portanto ao explorar essa medida estaremos analisando também o campo da liberdade provisória, especificamente a *liberdade provisória mediante o pagamento de fiança*, as regras que devem conduzir a aplicação dessa medida estão previstas do art. 322 a 350 do CPP.

Segundo o entendimento de Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira (2011, p. 145):

A fiança tem o efeito de caução real, não mais existindo, no ordenamento jurídico brasileiro, a caução fidejussória. Seu escopo é o de preservar a permanência do agente no distrito da culpa, razão pela qual são atribuídos encargos para a sua efetivação.

Veja-se, ao dizer que a finalidade da fiança é conceder uma liberdade provisória adstrita a encargos, reafirma o caráter instrumental da medida em questão, agindo tão somente como um mecanismo para assegurar a permanência do acusado no distrito da culpa.

A fiança pode ser cassada, isso ocorre quando o magistrado reconhece no curso da ação penal que ela é incabível, bem como pode ser quebrada como aponta os artigos 327, 328, 341, 342 e 343 do CPP, são hipóteses de quebra da fiança: a) regularmente intimado o afiançado não comparece aos atos processuais; b) descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; c) resistir injustificadamente a ordem judicial; d)

praticar nova infração penal dolosa; e) mudar de residência sem a prévia autorização do juiz; f) ausentar-se de sua residência por mais de 8 (oito) dias sem comunicar a autoridade judiciária o local onde será encontrado.

Quando quebrada a fiança injustificadamente, o afiançado incorrerá na perda da metade do valor depositado da fiança e poderá o magistrado aplicar outras medidas cautelares, art. 324, I e art. 343, última parte do CPP ou se for o caso a decretação da prisão preventiva.

Quanto à perda da fiança, a situação está prevista no art. 344 do CPP, que é quando o afiançado ao final do processo é condenado e não se apresenta para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta. A perda da fiança acarretará o recolhimento do valor para o fundo penitenciário, depois do abatimento das custas processuais, e, eventuais encargos em que o acusado estiver obrigado. (NICOLITT, 2011, p. 94).

Cabe recurso da decisão que decreta a quebra ou a perda da fiança? Sim. Cabe o chamado recurso em sentido estrito, art. 581, VII do CPP, quando a decisão for emitida durante o curso do processo, trata-se então de uma decisão interlocutória, logo, detém efeito suspensivo e não impede a prisão do afiançado/acusado e sim assegura que ele não sofra a punição do art. 343, primeira parte do CPP, ou seja, a perda da metade do valor da fiança, porém o recurso que vem sendo mais utilizado é o *habeas corpus*, tendo em vista a amplitude que ele oferece. (FULLER P.H.; JUNQUEIRA, G.; MACHADO, A.; 2012).

Agora, se a decisão sobrevier na sentença penal definitiva, o recurso cabível é a apelação, art. 583, § 4º do CPP. Se a decisão for emitida pelo juiz da execução o recurso admissível é o agravo, art. 197 da LEP.

Por fim, conclui-se que a fiança é uma medida diversa da prisão e que caso haja a sua quebra poderá resultar na aplicação de novas medidas cautelares bem como a decretação da prisão preventiva e que se o réu for absolvido ou ocorrer a extinção da ação ou, quando houver a cassação bem como o arquivamento do inquérito, a fiança terá que ser restituída, art. 337, do CPP.

3.4.9. Monitoração eletrônica – inciso IX

Essa medida cautelar é executada por meio de uma pulseira eletrônica utilizada pelo acusado ou indiciado. Essa pulseira tem a função de enviar informações automaticamente a uma central o paradeiro do acusado ou indiciado, logo, se este vier a romper ou danificar o aparelho o sinal é emitido imediatamente à central, sendo possível a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do CPP, uma vez que a medida cautelar foi descumprida. (BONFIM, 2011, p. 52).

Convém ponderar, que essa medida já se encontrava prevista na lei 12.258/2010, porém, limitada à execução penal. E de acordo com a redação trazida pela lei 12.403/2011 ao art. 319 do CPP, a medida caberá também no inquérito policial e durante o curso da ação penal.

A grande discussão que incorre tal medida é quanto a sua constitucionalidade, pois segundo alguns autores a medida cautelar de monitoração eletrônica viola o princípio da dignidade da pessoa humana por ser uma medida vexatória e extremamente invasora da intimidade. Todavia, não é esse o entendimento que vem prevalecendo, visto que os direitos fundamentais não são absolutos e quando o caso *in concreto* apresenta o conflito de dois princípios constitucionais eles não se anulam, não tem efeito de trincheira, o que ocorre é o sopesamento dos princípios em conflito, permanecendo aquele que na ocasião se mostrar mais relevante. Nesse contexto, é importante citar que é evidente que essa medida é mais invasora de todas que estão presentes no art. 319 do CPP, porém, nada mais é invasivo do que a prisão, do que a privação da sua liberdade (direito de ir e vir), sendo assim, a medida de monitoração eletrônica é menos redutora do que a prisão preventiva que restringe ao extremo, não ferindo, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser essa medida mais vantajosa ao acusado ou indiciado.

Segundo o magistério de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1439):

De fato, com o emprego do monitoramento eletrônico, para além de se evitar o contato do agente com as fábricas de reincidência que se tornaram os presídios, pode ser obtida a redução da população carcerária, permitindo que o acusado possa levar uma vida relativamente normal, já que poderá exercer regularmente sua vida

laborativa, educacional, assim como manter-se integrado no convívio de seu grupo social e familiar.

Desta feita, é notório que a aplicação da medida cautelar ao investigado ou acusado de um processo crime é mais benéfica do que o ambiente carcerário, porém, vem sendo suscitado dentre o campo doutrinário que essa medida deveria ser cumulada com outras medidas cautelares, vg, recolhimento domiciliar, pois, esta ultima necessita de um meio de fiscalização que poderá ser suprido pelo monitoramento eletrônico.

Por fim, especula-se em ambiente jurídico a hipótese de que seria essa a medida pouco utilizada na prática, em razão de que depreenderia alto custo aos cofres públicos, sem contar que para tanto há necessidade de uma estrutura administrativa nova que até então aparenta ser utópica a sua concretização.

4. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO NA PRISÃO

4.1. Breve Apontamento Sobre Garantia

O direito penal foi instituído para manter a convivência pacífica entre os cidadãos, sua função é, tão somente, de intervir quando for necessário nos casos em que resulte lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico tutelado pelo estado. Entende-se por bem jurídico a vida, liberdade, integridade física, intimidade, privacidade, dentre outros. Os bens jurídicos são, portanto, valores com proteção constitucional por serem compreendidos como bens essenciais a vida do ser humano.

Tendo por base o que foi dito, o direito penal funciona como o derradeiro mecanismo para a solução do conflito, significa dizer que, diante dos preceitos protegidos pelo manto constitucional o direito penal exclusivamente exercerá seu poder punitivo se houver relevância e necessidade. Assim, com respeito à constituição, há de se dissipar a ideia de que pelo simples fato de um cidadão ser condenado a privação de sua liberdade, também será privado dos seus direitos. O que vai ocorrer, é que o sujeito que se encontra na situação anteriormente descrita será submetido a regras especiais, que não atingirá os seus direitos e garantias conferidos pela nossa Constituição Federal.

Cumprir observar, que aos condenados à pena privativa de liberdade serão asseguradas as condições para uma existência digna, velando-se pela sua vida, integridade física, sua moral e saúde, como aponta a Constituição Federal no seu art. 5, inciso XLIX.

4.2. Da Assistência Material

A assistência matéria encontra-se no art. 12 da Lei de Execução Penal, a qual tem por finalidade o fornecimento de alimentos, vestuário e instalações higiênicas ao preso ou internado.

Segundo a ONU, essa garantia comporta itens mínimos para existência íntegra de um indivíduo, ou seja, são direitos de cunho essencial na vida do ser humano, como por exemplo, uma comida bem preparada, manutenção da saúde, higiene pessoal, vestuários limpos e apropriados, trata-se de um fator que incide diretamente sobre o indivíduo, seja positivamente ou negativamente. (MIRABETE, 2007, p. 66).

Todavia, o art. 13 da LEP determina que estabelecimento prisional disponha de instalações com a finalidade de prestação de serviços, ao que tange a as necessidades pessoais do preso, ainda, locais reservados a venda de produtos e objetos permitidos que não sejam fornecidos pela administração. (MARCÃO, 2012, p. 28).

Sendo assim, essa garantia é de vital importância para o preso e o internado, uma vez que não terá condições de adquirir alimentos, vestuário, assim como produtos de higiene pessoal, pois estará em cumprimento de uma sentença penal.

4.3. Da Assistência Familiar

O direito em tela está abrigado no art. 5º, inciso LXII, da Suprema Carta, conforme segue exposto: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

O dispositivo acima citado foi promulgado pelo legislador, por força da precariedade que comporta os ambientes carcerários no Brasil, reconhecendo que ajuda fornecida pelos familiares ao preso, tais como conforto moral, amparo material, neste se justifica a contratação de um advogado para a sua defesa, naquele a assistência dos seus entes queridos, tornava o cumprimento da pena pelo preso um pouco menos dolorosa.

É evidente a importância da imediata comunicação do auto de prisão a família do preso ou a pessoa que ele indicar, o que consubstancia a razão de ser dessa obrigação que pode ser vista por [...] dois objetivos: primeiro, certificar familiares e amigos acerca do paradeiro do detido; depois, permitir que

este obtenha deles a assistência e o apoio de que necessite. (CANOTILHO e VITAL, 1984 apud TUCCI, 2009, p. 286).

Sendo assim, o apoio dos familiares ao preso seja ele definitivo ou provisório, tem o condão de auxiliar na própria segregação deste, e de certa maneira fornecendo o suporte necessário para o seu terno à sociedade.

4.4. Da Assistência à Saúde

A saúde, devido ser assunto essencial ao homem, esta disciplinada na nossa Constituição Cidadã de 1988. De sorte, corrobora o artigo 196 da presente constituição: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Destarte, sabendo que a saúde possui suma importância para pessoa humana, o legislador a disciplinou no maior ordenamento jurídico pátrio, e, não poderia ser diferente quanto aos presos tal disciplina, haja vista que as medidas, conforme suas peculiaridades necessitam de regulamento singular, sendo, pois tal medida regulada por meio da LEP (Lei de Execução Penal) Lei 7.210/84 que em seu art. 14 e parágrafos aduz:

A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

No entanto, ainda que o legislador tenha se preocupado com assunto de tamanha importância, sabe-se que na realidade o sistema carcerário encontra-se muitas vezes a mercê de recursos escassos quando não abandonado

Nesse diapasão discorre Renato Marcão (2012, p. 28):

A realidade mostra que os estabelecimentos penais não dispõe de equipamentos apropriados, tampouco de pessoal treinado para o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Também por aqui o Estado não disponibiliza meios para a materialização dos direitos assegurados

Por fim, conclui-se que os direitos e garantias dos presos, ainda que estejam regulados legalmente em nossa legislação, estes não possuem as mesmas importâncias e cuidados no momento de sua efetivação e dignidade, pois no caso concreto pouco é aplicado.

4.5. Da Assistência Jurídica

A assistência jurídica também é assegurada ao indiciado, se encontra no art. 15 da LEP, que informa: “A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir um advogado”. Trata-se de uma assistência técnica promovida por um profissional que possui capacidade postulatória, ou seja, um advogado legalmente habilitado.

Essa assistência jurídica é de responsabilidade do Estado, que tem por encargo fornecer gratuitamente assistência jurídica aos condenados que não possui patrimônio financeiro para tanto, art. 10, da Lei de Execução Penal. As Unidades Federativas deverão promover nos estabelecimentos prisionais, serviços de assistência jurídica como impõe o art. 16, da LEP, reservado o direito predisposto no art. 41, IX da LEP

A atuação desse profissional deve ser efetiva, calcada no princípio do contraditório e da ampla defesa, art. 5, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Dispondo de poderes para se manifestar ainda no inquérito policial, bem como no auto de prisão em flagrante. Poderá requerer diligência, fazer reperguntas e solicitar providências que julga convenientes, vg, apuração de falta disciplinar e livramento condicional, dentro outros benéficos, é claro, sem prejuízo a autoridade processante, diga-se isto porque ela poderá deferir ou indeferir o pedido. (MIRABETE, 2007, p. 73).

Portanto, a garantia em teste depreende-se de umas das maiores aflições vivenciadas pelo preso em ambiente carcerário, qual seja, sua situação

jurídica, traduzindo na seguinte dicção: “quando terá de volta a sua liberdade restringida por uma sentença penal condenatória irrecorrível”.

4.6. Do Direito de Permanecer Calado

Muito conhecido como direito subjetivo ao silêncio ou de não autoincriminação, o direito de permanecer calado teve sua primeira menção nas dez primeiras emendas realizadas na Constituição norte-americana de 1787, chamadas de “Bill of Rights” ou “Declaração dos Direitos do Homem”. Dentre as dez emendas feitas a Constituição norte-americana, temos a quinta emenda, talvez a mais nobre de todas por se tratar do “due process of law”, ou seja, do devido processo legal, ela faz a declaração do direito do acusado de conservar-se calado para que não ocorra uma autoincriminação. (FREITAS, s.p, s.d).

Dessa forma, é permitido ao acusado prestar declarações falsas e inverídicas, das quais não poderá ser responsabilizado, dando margem a locução de que o réu pode calar-se ou até suscitar falso depoimento.

O direito em estudo vigora também no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, especificamente no art.14, III, “g” (Toda pessoa acusada terá direito... a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada). Quanto ao ordenamento pátrio, esse direito foi agasalhado pelo art. 5º, inciso LXIII da Lei Maior.

Por muito tempo houve uma interpretação equivocada do referido dispositivo constitucional, haja vista que tanto a Constituição Federal de 1988, quanto os Tratados Internacionais padecem da mesma deficiência, qual seja, que as pessoas poderão utilizar o direito ao silêncio. Somente era considerado detentor do direito em questão o sujeito que se encontrava encarcerado, ou que figurasse como acusado em um processo crime por conta da prática de um ilícito penal. Todavia, na doutrina de maneira audaciosa e apressada houve quem através de uma interpretação literal da norma, defendesse que a garantia de permanecer calado somente continha condão de alcançar aquele indivíduo que estava aprisionado. No entanto, esse entendimento não prosperou, bem como nos indica Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 57):

A doutrina mais aceita, contudo, é a de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime.

É correto afirmar que o titular do direito de não produzir provas contra si mesmo é qualquer pessoa. Sendo a sua advertência plenamente necessária, mesmo que a acusação alegue que ninguém poderá declarar o desconhecimento da lei por força do art. 3 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, terá que ser informado ao indiciado o seu direito constitucional de permanecer calado. A *contrário sensu estaria* desviando-se a finalidade do direito em tela, e incitando a possibilidade de uma autoincriminação do agente.

Revela-se porquanto, que o direito ao silêncio do acusado ou, do preso, é um mero desdobramento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que visa assegurar a garantia concedida a qualquer pessoa citada como réu em um processo crime, de permanecer em silêncio e a não produzir provas em seu desfavor. Assim, é coerente afirmar que o *jus puniendi* é auto limitado pelo próprio Estado.

5. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

5.1. Do Princípio da Presunção da Inocência

No ano de 1764, um italiano e jurista filósofo, chamado Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, trouxe a primeira manifestação da ideologia do princípio em tela.

Com efeito, esse princípio frisa que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. (BECCARIA, 1997 apud LIMA, 2011, p. 11).

Assim, o art.9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a Declaração Universal de Direitos Humanos do ano de 1948 no seu art.11.1, ordena: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se asseguram todas as garantias necessárias para a sua defesa.

Quanto ao nosso ordenamento jurídico, esse princípio se apresentava de maneira implícita e somente com o advento da Constituição de 1988 passou a figurar expressamente como direito no corpo constitucional, com a seguinte redação, art.5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isto é, o sujeito que ocupar o polo de acusado em processo crime, não será considerado culpado até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado.

Concluindo, portanto, que ninguém será qualificado como culpado até que sobrevenha sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Ponderando a máxima do desenvolvimento do devido processo Legal, o qual o acusado valer-se-á dos meios de provas a ele pertinentes para a efetiva ampla defesa. Tendo por consequência, a ruína da credibilidade das provas constituídas pelo monopólio da acusação.

5.2. Do Princípio do Devido Processo Legal

No início, se observava esse princípio sob a forte influência do *due process of Law*. Todavia, com o estralar do tempo, foi eleito a dispositivo constitucional, como reza o art.5, inciso LIV, da Carta Magna de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O princípio do devido processo legal, traz a oportunidade de um controle mais efetivo e amplo dos atos praticados pela justiça-estatal, que também abrange os atos administrativos. Resultando na

O que se confirma através dos dizeres de Eduardo J. Couture: “o *due process of Law* consiste no direito de a pessoa não ser privada da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei”. (COUTURE,1951 apud TOURINHO FILHO, 2010, p. 69).

Nessa mesma linha de raciocínio afirma Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 76-77):

A finalidade do dispositivo constitucional é estabelecer que o descumprimento das formalidades legais pode levar à nulidade da ação pena, cabendo aos tribunais definir quando esse *error in procedendo* constitui nulidade absoluta ou relativa.

Desta forma, o princípio ora em estudo é de suma importância, haja vista que dele decorrem uma série de direitos e garantias constitucionais, já existentes no atual ordenamento pátrio, tais como o duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, ampla defesa, proibição de *reformatio in pejus*, retroatividade de lei penal mais benéfica, juiz natural, impedimento de provas colhidas de formas ilícitas, contraditório, integridade física, dignidade da pessoa humana.

5.3. Do Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Como nos ensina o art.5º, inciso LV, da Carta Magna, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio da ampla defesa ou *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte) visa assegurar ao indiciado o direito de defesa, de regra sem quaisquer restrições. Destarte, ao falar “aos meios inerentes”, o legislador quis se referir aos meios utilizados para que a defesa seja realizada de forma necessária e justa, a exemplo, ter acesso aos autos, produzir provas testemunhais, produzir provas documentais, dentre outros. Fazendo com que as partes em juízo se apresentem de forma igualitária.

Ao contrario da ampla defesa se desdobra o princípio do contraditório, o qual tem como escopo a proteção ao direito do acusado de participar de todos os atos processuais, com condição de igualdade ante a parte contrária. Significa dizer, que durante o curso do processo, ao surgimento de fatos supervenientes, será concedida a parte adversária o direito de se manifestar sobre tal fato, daí se justifica a nomenclatura de princípio do contraditório.

Há de se observar os dizeres de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 23):

É possível violar-se o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de também ser observado pelo próprio juiz. Deixar de comunicar um determinado ato processual ao acusador, ou impedir-lhe a reação à determinada prova ou alegação da defesa, embora não represente violação do direito de defesa, certamente violará o princípio do contraditório. O contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu.

De acordo com o exposto acima, torna-se incontestável dizer que o princípio da ampla defesa e do contraditório são simples manifestações simultâneas, porém diferentes, unidos pelo mesmo processo e independentes entre si.

5.4. Do Princípio da Verdade Real

É notória no processo penal a relevância do princípio acima elencado, conhecido também como princípio da verdade material ou verdade substancial. Tal princípio impõe que, o fato investigado no processo corresponda com o que se encontra fora dele.

É importante salientar, que tal princípio propicia o juiz criminal a determinar provas *ex officio*, sempre visando a busca da verdade real, haja vista que o processo flui como um meio efetivo da justiça, quer seja em sede de direito indisponível quanto disponível.

Entretanto, há de se mencionar que com o passar do tempo, o princípio da verdade real sofreu algumas restrições por consequência da sua má utilização. Por muita das vezes as autoridades judiciais, usavam como justificativa a busca da verdade real para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, sob o prisma de que tudo era válido para que se alcançasse a verdade. Diante disto, era veemente correto dizer que o princípio da verdade real ou material, possuía mais importância do que a proteção da liberdade individual. (LIMA, 2012, p. 47).

Contudo, a constituição de 1988 abrigou no seu art. 5º, inc. LVI, a seguinte limitação: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Sendo assim, não serão admitidas no processo provas derivadas de fontes ilícitas, pela simples justificativa do princípio da verdade real. No entanto, é sabido que essa regra não é absoluta, comporta exceção, um exemplo clássico é quando não há outra forma de se provar um fato a não ser por meios ilícitos, frisa-se, é mister que não haja outra maneira de se provar.

O nosso atual código de processo penal também traz outras restrições, uma delas está no art. 479 do CPP, que dispõe: “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência a outra parte”. Sendo claro o legislador em dizer que “não será permitido”, portanto, mesmo que alegue a defesa ou a acusação que é por força do princípio da verdade real, não poderá ser feita a utilização.

As limitações ao depoimento das testemunhas que se trata o art. 207 do CPP, isto é, aquelas que sabem do fato por força de sua função, ministério, ofício ou profissão, também é um empecilho para a busca da verdade real, uma vez que somente será colhido o depoimento destas testemunhas se a parte interessada permitir. Não se operando a permissão, não poderá o juiz obter o depoimento baseado no princípio da verdade real.

Essas restrições resultaram um entendimento mais moderno desse princípio, o qual se passou admitir que por mais que se busque pela perfeita reconstrução do delito, isso jamais será possível, porque atingir uma verdade absoluta é uma utopia, as condições temporais não permitem. (LIMA, 2012, p. 48).

Com base nesse raciocínio, passamos a trabalhar com a aproximação mais contundente da verdade.

Logo, de acordo com a doutrina contemporânea o princípio que hoje vigora não é mais o da verdade real ou material, e sim o da busca da verdade. O seu fundamento legal se encontra no art. 156 do CPP, é por meio dele que o judiciário tem a autorização de produzir provas de ofício, mas, somente exercerá o que importa o referido artigo de maneira complementar.

5.5. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É o pilar de sustentação do art. 5, e incisos da Suprema Carta, o qual se trata dos direitos e garantias fundamentais, tais como direito a vida, saúde, honra, integridade física, nome, imagem, intimidade, privacidade e dentre outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana esta inserido na Constituição Federal de 1988, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, art. 1, inciso III, estabelecendo a República Federativa do Brasil.

Suas raízes decorrem do cristianismo, que redimensionou o conceito de pessoa para uma *categoria espiritual*, onde o ser é dotado de valor, um ser de fins absolutos e possuidor de direitos fundamentais, em corolário a dignidade. (Prado, 2006, p.133).

O aludido princípio possui “antagonismo crônico”, pois, ao mesmo tempo que é dificultoso lhe conceituar, vislumbra-se evidente identificação de sua violação, assim, a interpretação de conceitos vagos e indeterminados é função do magistrado e é algo inerente e próprio do contexto jurídico atual.

Nessa esteira é que se situa a dignidade da pessoa humana, um conceito indeterminado, porém, nem por isso pode deixar de ser consolidado pelos órgãos do Estado ao argumento de não se saber o que é e para que serve. (NICOLITT, 2011, p. 17).

Por fim, registre-se que o aludido princípio possui suma importância para um Estado democrático de direito, eis faz parte de um dos alicerces que norteiam a nossa Constituição Cidadã de 1988.

6. QUESTÕES CONTROVERTIDAS DA LEI 12.403/11

O enunciado questões controvertidas da lei 12.403/11 teve o intuito de demonstrar que, embora a nova lei seja considerada uma inovação no processo penal brasileiro, há divergência quanto algumas alterações entabuladas pela nova lei de prisões, em especial e mais polêmica é o requisito de admissibilidade da prisão preventiva do inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal.

Tal requisito apreende a possibilidade de decretação da prisão preventiva somente a crimes que contemplam pena máxima superior a 04 (quatro) anos, o que gerou certa celeuma, pois, de acordo com entendimento doutrinário existem situações que não exigem outra medida senão a prisão preventiva e, um segundo posicionamento calcado na utilização da prisão preventiva como excepcionalidade, defendem que mesmo se tratando de uma situação que exija a prisão preventiva, deve-se observar se o crime detém pena máxima superior a 04 (quatro anos), salvo se presente um dos demais requisitos elencados no art. 313, do CPP, tendo em vista que não se trata de requisitos cumulativos, basta a presença de um deles para que seja admitida a prisão preventiva, desde que também existente uma das circunstâncias descritas no art. 312 do mesmo estatuto processual penal.

Ademais, antes de tratarmos das situações que a doutrina e os operadores do direito suscitaram com o advento da lei 12.403 de 04 de maio de 2012, fora necessário debruçarmos por todo o estudo acima, ocasião que serviu como subsídio para o entendimento deste último e mais importante capítulo.

6.1. Da Concessão da Fiança

Trabalhou-se com a regulamentação da fiança no item 2.5.8 desta pesquisa, e como veremos a seguir essa alteração foi alvo das maiores críticas, e elogios perante o universo jurídico, resultando na quebra de um antigo conceito de punição e estabelecendo uma nova era do direito processual penal.

Cumpra aclarar que a mudança trazida pela lei 12.403/2011 no art. 322, caput, do CPP, trata-se de umas das inovações no ordenamento jurídico brasileiro que permite que a autoridade policial arbitre fiança nos casos de infrações cuja pena máxima privativa de liberdade não exceda 4 (quatro) anos. Essa alteração provocou certa insegurança jurídica a sociedade, que datava essa mudança como a “era da não punição”.

Neste sentido, destaca Temístocles Telmo Ferreira Araújo (2011, s.p):

No entanto, do ponto de vista social e porque não dizer do sentimento de impunidade que a Lei 12.403/11 está trazendo para a sociedade, conceder fiança é como se de alguma forma poder o acusado "pagar" pelo que aconteceu, como se a vida, no caso citado como exemplo, tivesse algum valor. Mas é certo que nos cabe neste ensaio, trazer que fiança não tem este caráter, pois o dinheiro da fiança é destinado ao pagamento das custas do processo e da indenização do dano caso o réu seja condenado (Art. 336 do CPP). Em caso de ser o acusado absolvido e ainda reste algum valor, este será devolvido para o réu (Art. 337 do CPP).

Nesse diapasão, compete aos estudiosos do direito esclarecer que a medida supracitada veio um pouco atrasada. Relata-se isso, pelos seguintes fundamentos:

Primeiro, os crimes com pena máxima de 4 (quatro) anos, após fixada a pena em sentença, sendo esta igual ou inferior a 2 (dois) anos poderá aplicar no que couber a lei 9.099/95.

Segundo, é possível a concessão do *sursi penal*.

Terceiro, é perfeitamente possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

Quarto, tem direito a detração penal; e demais benefícios admitidos pelo ordenamento pátrio, v.g, primariedade do agente.

Logo, não estão sujeitos à fiança os crimes elencados no art. 323 do CPP, v.g, crime de racismo, tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e os definidos como hediondos pela lei 8.072/90. Os demais delitos que escapam o rol do art. 323 do CPP, serão submetidos à apreciação do juiz criminal conforme parágrafo único do artigo outrora mencionado, isso se a pena privativa de

liberdade for superior a 4 (quatro) anos, permanecendo, portanto, a regra prevista antes da modificação legiferante.

Outra polêmica destacada foi a crítica de Fernando Capez (2011, s.p.) ressaltando que crimes como tentativa de estelionato, sequestro, furto simples, receptação, porte ilegal de revólver, e a infração do art. 218-A do Código Penal, mais especificamente o da satisfação de lascívia mediante presença de menor, o delegado de acordo com a nova redação do art. 322 do CPP, não mais prenderá o réu em flagrante, permitira que permaneça em liberdade mediante o pagamento de fiança. É compreensível a inconformidade nesse aspecto, porém ao sopesar as garantias do réu conferidas pela própria lei nestes casos, o resultado é de uma pena branda, mais amena.

Quanto à quebra da fiança é possível a decretação da prisão preventiva, como vimos no tópico reservado à mesma, porém, mister se faz analisar a observação de Gianpaolo Poggio Smanio (2011, p. 38):

Nesta hipótese de substituição das medidas cautelares pela prisão preventiva, não precisa ser observado o limite da pena prevista no art. 313, inciso I, do CPP (crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos), podendo ocorrer para qualquer crime que comporte as medidas cautelares, para os quais seja cominada ao menos pena privativa de liberdade, desde que necessária e adequada a medida prisional. Primeiramente porque não se trata de decretação de preventiva como dispõe o artigo 313, mas sim de substituição de uma medida cautelar por outra. Em segundo lugar porque o descumprimento das medidas cautelares ficaria sem sanção adequada, perdendo a sua finalidade processual de ser medida alternativa à prisão e à liberdade provisória.

Por outro lado, caso o juiz reconheça que o agente não possui situação econômica resistente para o pagamento de fiança, poderá conceder a liberdade provisória sujeitando-o as obrigações constantes nos arts. 327 e 328 do CPP cumuladas com outras medidas cautelares se for o caso, art. 350 do CPP.

6.2. Da Prisão Preventiva e o Art. 313, Inc. I do Código de Processo Penal

Como discorrido já em momento oportuno neste trabalho, o art. 313, caput, do CPP, trata-se de requisito em que somente se admite a decretação da prisão preventiva a crimes com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Porém, no que concerne a presente problemática, controvérsias são as opiniões a respeito de poder ou não ser decretada a prisão preventiva em sede de crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, tendo em vista que os requisitos previstos no bojo do art. 313, do CPP não são cumulativos, isto é, basta a existência de um requisito, por exemplo, reincidência em crime doloso, para pode ser decretada prisão preventiva.

Há, portanto, duas correntes doutrinárias que sustentam opiniões contrárias no que pese a decretação da prisão preventiva na situação do inciso primeiro do referido art. 313.

Uma corrente doutrinária entende que é possível a decretação da prisão preventiva sem a observância do inc. I do art. 313 do CPP, tendo em vista que a redação do inciso II do art. 310, também do Código de Processo Penal, fornecida pela lei 12.403/11 refere-se tão somente ao art. 312, do mesmo diploma legal, onde estão elencadas as circunstâncias que autorizam a aplicação da prisão preventiva.

Nesse sentido, Fernando Capez (2012, p. 334) acentua:

Há indícios de ameaça a vítima e testemunhas, pondo em risco a produção de provas. O juiz constata a necessidade de se decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a quatro anos. E agora? Entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, desde que existente um dos motivos previstos na lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo. É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do CPP. Conforme se denota da redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, basta a demonstração da presença de um dos requisitos ensejadores do *periculum in mora* (CPP, art. 312), bem como a insuficiência de qualquer outra providência acautelatória prevista no art. 319. Não se exige esteja o crime no rol daqueles que permitem tal prisão.

Em sentido contrário, a segunda corrente doutrinária entende que o requisito do inc. I do art. 313, CPP deverá ser observado, isto porque mesmo o legislador não remetendo ao art. 313, como fez com o art. 312 na redação do inc. II do art. 310, todos do CPP, subentende-se que implicitamente necessitará da presença de um dos requisitos permissivos do art. 313, pois, a *contrário sensu* estar-se-ia instituindo uma nova espécie de prisão preventiva.

Desta forma assevera Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1307):

A nosso juízo, tal posição revela-se completamente absurda. Em primeiro lugar porque não se pode admitir que o ordenamento jurídico passe a contar com diversas espécies de prisão preventiva, uma condicionada a observância do art. 313 do CPP, e outra não. Segundo, não se pode admitir que a sorte (ou azar) de uma pessoa no processo penal esteja condicionada ao simples fato de ela ter sido presa em flagrante ou não. Com efeito, a se admitir a corrente anterior, o agente detido em situação de flagrância poderia ter a sua prisão convertida em preventiva, independentemente da observância do art. 313. Porém, caso tivesse conseguido fugir, evitando o flagrante, sua preventiva não poderia ser decretada. Qual o critério lógico e razoável capaz de justificar tal discriminação? Não conseguimos encontrar. Terceiro, é sabido que a interpretação gramatical é a pior interpretação possível. Deve-se buscar, sempre, uma interpretação sistemática. Revela inviável, pois, querer concluir que o art. 313 não precisa ser observado por ocasião da conversão pelo simples fato de o inciso II do art. 310 do CPP não fazer menção a ele.

Observa-se, que o alvo da crítica apregoada pelos autores acima é quanto ausência do art. 313 do Código de Processo Penal na novel redação do art. 310, inc. II do mesmo diploma legal. É bem verdade que a interpretação literal da norma suscitada por Lima não é, contudo, a interpretação mais indicada a ser utilizada no nosso ordenamento jurídico, porque se equivale a uma interpretação falha e limitada. Por outro lado, Capez faz referência ao estrito cumprimento do disposto na redação trazida pelo legislador, a qual importa na observância do *periculum in mora*, e *fumus commissi delicti*, para a decretação da prisão preventiva por conversão do flagrante.

Entretanto, há entendimento de que em se tratando de concurso de crimes, onde figuram crimes com penas máximas iguais ou inferiores há 04 (quatro anos) e sendo a sua somatória equitativamente superior a 04 (quatro anos), poderá ser decretada a prisão preventiva.

Nesta esteira, Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian (2011, p. 47/48) consideram que:

A decretação da prisão preventiva, contudo, sempre será possível se houver concurso de crimes, material ou formal, ou a continuidade delitiva, e a soma das penas máximas exceder a quatro anos, como ocorria com uma das situações de impossibilidade de concessão de fiança. De fato, a anterior redação do art. 323, inciso I, do CPP não admitia a fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada era superior a dois anos (p. ex. concurso material). Nesse sentido, o STJ editou a Súmula nº 81, com o seguinte teor: “não se concederá a fiança quando a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. O STF, da mesma forma, sempre decidiu que se devia levar em conta a soma das penas para a não concessão da fiança (RTJ 193/036, 102/624; RT 847/496-501; STF, 1ª Turma, AGRAG 156544/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ, 02.12.94, p. 33.207). Este critério pode ser empregado na interpretação do art. 313, I, do CPP, mostrando-se compatível com a periculosidade de quem pratica diversos crimes no mesmo contexto ou em continuidade.

Em sentido contrário entende Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1341):

Perceba-se que o critério fixado pelo legislador no art. 313, inc. I, do CPP, leva em consideração a pena máxima prevista para o crime doloso, que deve ser superior à 4 (quatro) anos. Tendo em conta que, pelo menos em regra, o cabimento da prisão preventiva será determinado a partir do *quantum* de pena máxima cominada ao delito, há de dispensar especial atenção às hipóteses de concursos de crimes, qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena, agravantes e atenuantes.

Porém, o entendimento sobre a possibilidade da aplicação da prisão preventiva sem observar o mandamento autorizador do inc. I do art. 313 do CPP, em sede de concurso de crimes, é a que Maluly e Demercian assentam. Ao passo que, ao que tange as agravantes e atenuantes, não estão sendo aceita como fatores determinantes para a excepcionalidade ora estudada.

Oportuno destacar o entendimento de Francisco Sannini Neto (2011, s.p):

Devem ficar atentos aos casos que envolvam concursos de crimes. Isto, pois, a soma das penas cominadas deve ser levada em consideração no momento da análise da prisão preventiva, com fundamento nas súmulas nº81 e nº243 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, um caso de receptação cumulado, por exemplo, com um crime de resistência, pode demandar a decretação da prisão preventiva. Do mesmo modo, as causas de aumento e diminuição da pena devem ser levadas em consideração, sempre tendo em mente aquelas que mais aumentam e as que menos diminuem a pena, buscando, destarte, a situação mais prejudicial ao imputado.

Já em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, como não podem alterar o limite máximo e mínimo da pena, também não podem

ser consideradas no momento da decretação da prisão preventiva, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça ("A incidência da circunstancia atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal").

Destaque-se, por fim, que esta condição de admissibilidade (art.313, inciso I do CPP) vale apenas para o caso da denominada prisão preventiva *autônoma* ou *independente*. Entendemos que quando se tratar da prisão preventiva *subsidiária* (art.282, §4º, do CPP), prisão preventiva *convertida* (art.310, inciso II, do CPP) e prisão preventiva para *averiguação* (art.313, parágrafo único do CPP), a decretação desta medida extrema pode ocorrer independentemente da pena máxima cominada ao crime.

Assim sendo, é possível a aplicabilidade da prisão preventiva a crimes cuja pena máxima não exceda 04 anos em se tratando de concurso de crimes, assim como as causas de aumento e de diminuição. Salienta, outrossim, o autor acima sobre a possibilidade de decretação da prisão preventiva por conversão, sem a observância do inc. I do art. 313 do CPP.

Da mesma forma segue a conclusão de Eugênio Pacelli Oliveira, (2012, p. 556):

Em resumo: o limite do art.313, I, atende a critérios objetivos de proporção entre a medida cautelar e o resultado final do processo. Por isso, em regra, aplica-se em casos de um único processo (ou inquérito). Havendo outras infrações a proporção poderá ser alterada do mesmo modo que o fazem o já referido art. 44, II e III, do CP, a regular o cabimento da substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos.

De acordo com o exposto, entende-se que o inc. I do art. 313 do CPP somente terá eficácia se o indiciado estiver respondendo um único processo crime, ao passo que, se houver outras infrações poderá ser decretada a prisão preventiva, tecendo as mesmas considerações quanto à existência de vários inquéritos policiais. Ressalta-se, ainda, que o autor define o requisito do I do art. 313 como a regra, desta forma, compreende-se que as situações aqui analisadas são excepcionais.

No mais, o que atualmente já está pacificado na doutrina é a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando descumprida umas das medidas acautelatórias do art. 319 do Código de Processo Penal, já exaradas no subtítulo 2.5 desta pesquisa. Esta ordem permissiva está descrita no art. 282, § 4º do CPP, que abre o título das cautelares em geral, bem como no parágrafo único do art. 312 do mesmo estatuto processual penal.

Nessa linha de raciocínio, reafirma André Nicolitt, (2011, p. 70):

A nosso ver, o dispositivo deve ser lido à luz do princípio da proporcionalidade. Ao pensarmos a proporcionalidade abstratamente, seria forçoso reconhecer que não seria possível a decretação da prisão cautelar por descumprimento de outras medidas em crimes cuja pena fosse igual ou inferior a 04 anos, pois a análise da proporcionalidade em termos abstratos o próprio legislador fez no art. 313, I do CPP. Ocorre que o referido § 4º do art. 282, CPP, abre um espaço para o juiz aferir a proporcionalidade no caso concreto.

Assim, também indica Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 69):

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como ultima opção.

Veja-se, com base nas afirmações dos autores supracitados, há ressalvas quanto à aplicabilidade da prisão preventiva a crimes com penas máximas iguais ou inferiores há 04 anos, corrobora-se a observância do postulado da proporcionalidade no caso concreto e a prisão como derradeiro mecanismo de solução jurisdicional.

Por fim, é interessante a colocação de Cesare Bonesana Beccaria (2007, pg. 41):

O clamor público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento do companheiro do delito, as ameaças e constante inimizade com o ofendido, o corpo de delito e indícios semelhantes são provas suficientes para prender o cidadão, mais tais provas devem ser enumeradas pela lei e não pelo juiz, cujos decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não sejam proposições particulares de uma máxima geral, existente no código público.

É indispensável, contudo, considerar a visão jurídica do autor supra, pois um juiz ao decidir optar pela decretação da prisão preventiva deverá como ultimo guardião da lei, agir com cautela e imbuído de imparcialidade, haja vista que estamos diante de uma medida extrema, que uma vez aplicada erroneamente acarretará severas implicações na vida do indivíduo que foi submetido a uma prisão injusta ou desnecessária.

7. CONCLUSÃO

É correto afirmar, que o atual código de processo penal apesar das alterações aditadas, é muito antigo, pertencente a uma geração de valores e princípios que não mais configuram o novo panorama instituído pela nossa Constituição Federal de 1988. Muitos dispositivos revelam a incompatibilidade com a nova constituição cidadã, um dos que notoriamente demonstrava certa dissensão, é o âmbito das prisões, que derivou na presente modificação legislativa e por corolário esta pesquisa científica.

Buscou-se esclarecer que a medida cautelar da fiança, agora de acordo com a nova redação introduzida pela lei 12.403/11, poderá ser arbitrada pelo delegado de polícia a crimes em que a pena máxima cominada não ultrapasse 04 anos, isso não significa um retrocesso no direito processual penal, muito pelo contrário, vem justamente reparar uma incongruência na legislação vigente, pois como já demonstrado, o indivíduo que esta sendo processado pela modalidade de delito outrora mencionado, é possível, na fase de sentença, ter a sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos e, em alguns casos até aplicação da lei 9.099/95 (Juizado Especial Criminal), portanto, não há sentido em submeter o indiciado ou acusado ao sistema carcerário brasileiro.

Outro aspecto abordado foi a gama de discussões sobre o inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal. Alguns juristas reconhecem a possibilidade da prisão preventiva por conversão a delitos que não comportam pena máxima superior a 04 anos, por outro lado, há entendimento diverso, o qual afirma que não poderá ser aplicada a prisão preventiva, sendo que, por força de uma interpretação sistemática mesmo que o legislador não incluiu expressamente a obrigatoriedade de se observar o inc. I do art. 313 do CPP para a conversão do flagrante em preventiva, esta regra deverá considerada. Entretanto, encontra-se pacificado na doutrina a possibilidade da máxima discutida acima em se tratando de descumprimento de uma das medidas cautelares do art. 319 do CPP, como indica a própria redação do art. 282, § 4º, e, parágrafo único do art. 312, ambos do CPP, assim como o concurso de crimes e causas de aumento e de diminuição da pena.

Entendemos que não há posicionamento correto quanto à aplicabilidade do inciso I do art. 313 do CPP, e sim que deve o magistrado ao analisar o caso concreto determinar, através do princípio da proporcionalidade, a medida que mais se adéque com fato ocorrido e utilizando na medida do possível a prisão como ultima alternativa.

Logo, apesar das controvérsias instauradas pela nova lei 12.403 de 4 de maio de 2011, é inegável que o advento da lei novel tratou-se de um grande avanço jurídico processual penal, mesmo que detendo pequenas falhas, tendo em vista que o nosso sistema processual penal necessitava com urgência de uma reforma, pois, ainda conserva grandes influências do direito penal alemão. Assim, pode-se dizer que a nova lei de prisões veio para firmar o que tem sido protegido pela Constituição Federativa do Brasil, isto é, um devido processo legal e um julgamento justo, peculiaridades de um estado democrático de direito.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Temístocles Telmo Ferreira. Lei nº 12.403/2011: análise crítica e propositiva à luz do cotidiano em face da sensação de impunidade e segurança social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3033, 21 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20223>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, 11 de julho de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 18 outubro. 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal: Comentários à Lei nº 12.403, de 4 de Maio de 2011**. 1ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Prisão Preventiva na Nova Lei: polêmica à vista**. Disponível http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=5917. Acesso em 24 ago. 2012.

CUNHA, Rogério Sanches – **Arts. 311, 312, 313, 314 e 315**. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de Maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139-158.

FREITAS, Newton. **Direito ao Silêncio**. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=217>. Acesso em 28 jan. 2012.

FULLER, P.H.; JUNQUEIRA, G. O. D.; MACHADO, A. C. C.. **Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. vol.1, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. vol.1, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACIEL, Silvio – **Arts. 300, 306, 310, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 341, 342, 343, 344, 345 e 346**. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de Maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 115-131 e 160-219.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique – **A Prisão Preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011**. In: SANTIN, Valter Foleto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Inovações à Prisão Preventiva e às Medidas Cautelares Trazidas pela Lei 12.403/2011**. 1ª ed. São Paulo: APMP, 2011. p. 47-50.

MARCÃO, Renato. **Saberes do Direito: Execução Penal**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Ivan Luís; MARTINI, João Henrique Imperia. **Saberes do Direito: Processo Penal III**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NICOLITT, André. **Lei 12.403/2011: O Novo Processo Penal Cautelar a Prisão e as Demais Medidas Cautelares**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. vol. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REIS, Alexandre Cabrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Amaury; SANTOS; Felipe Miranda dos. **Liberdade Provisória e Outras Medidas Cautelares**. 1ª ed. São Paulo, J. H. Mizuno, 2011.

SANNINI NETO, Francisco. Prisão preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3086, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20649>>. Acesso em: 23 out. 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio – **Comentários à Lei nº 12.403/2011 – Medidas Cautelares no Processo Penal**. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Inovações à Prisão Preventiva e às Medidas Cautelares Trazidas pela Lei 12.403/2011**. 1ª ed. São Paulo: APMP, 2011. p. 37-40.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 24ª ed. São Paulo: Leud, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.