

NOVA LEI DE PRISÕES CAUTELARES (LEI Nº 12.403/11): UMA ABORDAGEM ACERCA DE SUA MODIFICAÇÃO

Camila de Medeiros Fernandes¹
Luiz Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da Lei nº 12.403/11, que trata sobre o novo regimento das prisões cautelares, alterando o Código de Processo Penal. A partir do posicionamento da doutrina especializada será realizada uma apreciação crítica sobre as alterações trazidas pelo novel diploma legislativo, devendo, a aplicação do instituto, observar os princípios da proporcionalidade, da não-culpabilidade e o da dignidade da pessoa humana. Procurar-se-á expor que o moderno regramento tende a preservar o direito fundamental à liberdade, apresentando outras formas de manter custodiados àqueles que cometerem atos ilícitos. Consiste num enfoque teórico, efetivado através de levantamento bibliográfico, utilizando uma metodologia dialética.

Palavras-chave: Prisão Cautelar; Lei nº 12.403/11; Direito à liberdade.

ABSTRACT

The present work aims at analyzing the Law No. 12.403/11, which deals with the new prudential regulations of prisons, changing the Code of Criminal Procedure. From the placement of specialized doctrine will be a critical appraisal of the changes brought about by novel piece of legislation, should the application of the institute, observe the principles of proportionality, and non-guilt of human dignity. Search will be exposed to the modern regramento tends to preserve the fundamental right to freedom, showing other ways to keep in custody those who commit unlawful acts. It consists of a theoretical approach, effected through a literature review, using a dialectic methodology.

Keywords: Preventive Detention, Law No. 12.403/11, Right to Freedom.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN. E-mail: mila_mf@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte-UNI-RN. E-mail: luluca@supercabo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho foi inspirado na lei 12.403, promulgada em 04 de maio de 2011, que reformou o Código de Processo Penal no refere à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Após sua promulgação surgiram críticas fundadas na afirmação de que as inovações seriam responsáveis por colocar presos em liberdade.

Entretanto, a norma em apreço apenas teorizou o que já vem sendo praticado pelos magistrados, não pondo em liberdade os que de algum modo podem atrapalhar nas investigações dos crimes, bem como possa trazer risco para a população.

O estudo detalhado mostra que o legislador ao reformar o Código de Processo Penal, tratou com veemência o direito fundamental, à liberdade, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, não privando o indivíduo de seu direito de ir e vir, partindo da ideia de que os homens nascem livres e iguais perante a lei. Trouxe respaldo na constituição de que ninguém poderá ser preso se não for em flagrante delito por decisão fundamentada da autoridade competente, resguardando desse modo a sua presunção de inocência.

A aplicabilidade das prisões cautelares será considerada diante dos princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência. A nova redação da lei trás em destaque os ditames já citados, afirmando que nenhum indivíduo poderá permanecer ou ser preso até o trânsito em julgado da sua decisão condenatória, resguardando a sua inocência. Desse modo, as medidas atribuídas pela lei se aplicarão de forma proporcional para cada ato ilícito, de acordo com a necessidade e adequação da medida.

Outra inovação trazida pelo atual regulamento foi a inserção das medidas restritivas de direitos no rol das medidas cautelares, que podem ser aplicadas cumulativa ou isoladamente. Ademais, também serão ponderadas as mutações ocorridas quanto à liberdade provisória, à fiança, à revogação da prisão em flagrante, aos requisitos para a aplicação da prisão preventiva, entre outras. No presente artigo científico será realizada uma breve análise histórica no que se refere aos institutos que foram modificados com o advento da lei 12.403/11.

2. DEFINIÇÃO DE PRISÃO

Prisão é um método de restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, que pode ser originado de uma decisão judicial condenatória transitada em julgado (a qual o Código Penal dá o nome de “prisão pena”), associado a um sistema prisional adequado para o seu cumprimento. Esta forma de cárcere, mais comum, é denominada “prisão satisfativa”, pois é tida como uma resposta do Estado ao delito cometido.

Entretanto, como exceção à regra do art. 5º, LVII³, da Constituição Federal brasileira (que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), no transcorrer da persecução penal pode ocorrer o encarceramento do indiciado ou do réu, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual penal. Desse modo, surge a “prisão sem pena”, também conhecida como “prisão cautelar”, tratada no âmbito da excepcionalidade, uma vez que sua aplicação se dá antes do advento da sentença definitiva, não tendo qualquer relação com o mérito do fato praticado. As prisões cautelares visam uma necessidade de garantir a eficácia da investigação penal, a garantia da ordem pública e a satisfação da instrução processual na tentativa de impedir que o agente volte a praticar atos delituosos.

Até o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, existiam três espécies de prisões cautelares: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; c) prisão temporária.

A *prisão em flagrante* é uma medida que restringe a liberdade do indivíduo, em razão do momento e do local do crime. De acordo com o art. 302 do Código Penal, a prisão é assim considerada quando o agente é detido, por agente da autoridade policial ou pela própria autoridade (que possuem o dever de realizar tal fato) ou por qualquer do povo, em defesa da sociedade (art. 301, CPP): i) cometendo a infração; ii) tendo acabado de cometê-la; iii) depois de ser perseguido, logo após a prática do fato em situação que se faça presumir ser o autor da infração; iv) após ser encontrado, logo em seguida, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Com base na ideia de Tourinho Filho (apud TÁVORA, 2010, P. 512), majoritariamente, a doutrina pátria considera a prisão em flagrante um ato complexo, dividido em duas fases distintas: um de caráter administrativo, na qual acontece a “prisão-captura”, e outra de natureza processual, que concerne na comunicação do cárcere à autoridade judicial,

³ **Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal**- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

que, preenchido os requisitos, poderá converter em prisão preventiva. Neste sentido, Aury Lopes Jr. (apud TÁVORA, 2010, P. 513) chega a conclusão de que “no primeiro momento o flagrante é medida pré-cautelar”.

O procedimento da prisão em flagrante, segundo Luiz Flávio Gomes (apud TÁVORA, 2010, P. 526), divide-se em quatro momentos: “a) captura do agente; b) sua condução coercitiva até à presença da autoridade policial; c) lavratura do auto de prisão em flagrante; d) recolhimento ao cárcere”. Ressalta-se que deverá ser dada atenção às formalidades da documentação da decretação do flagrante delito, desde a sua captura até o recolhimento ao cárcere.

Em um primeiro momento, anterior à lavratura do auto, a autoridade policial deverá comunicar a prisão do indivíduo aos seus familiares ou pessoa por ele indicada; em seguida, serão ouvidos o condutor do preso e as testemunhas que presenciaram o ato, reduzindo-se a termo as declarações e colhidas as assinaturas. Posteriormente o conduzido será ouvido, sendo assegurado o seu direito ao silêncio, admitindo-se a presença de advogado, para em seguida ser lavrado o auto.

Ao final do procedimento, caso a autoridade policial esteja convencida o indício de autoria e da prova da materialidade, determinará a prisão, lavrando-se o auto e recolhendo-o ao cárcere. Caso contrário, em seu relatório, poderá solicitar ao magistrado responsável o relaxamento da prisão. Além disso, também poderá arbitrar o valor da fiança, caso o delito cometido admita a aplicação deste instituto.

Em seguida os trâmites procedimentais da lavratura do auto de prisão em flagrante, será cumprido o mandado constitucional do art. 5º, inciso LXIV⁴, que trata da expedição da nota de culpa, que dará ciência ao preso dos motivos da sua prisão. Esta prática assegura a garantia às informações dos atos e deve ser entregue no prazo de 24 horas da realização da prisão. Ato contínuo, o auto de prisão em flagrante será remetido à autoridade judiciária competente, também no prazo de 24 horas.

Ressalta-se que com a promulgação da lei 12.403/11 houve mudança em relação a esse procedimento e, por este motivo, será feito um comparativo mais adiante.

Outra prisão de natureza cautelar é a *prisão preventiva*, que se trata de uma ferramenta eficiente para manter o indivíduo detido durante todo o inquérito policial e/ou fase processual,

⁴ Art.5º, inciso LXIV da Constituição Federal- o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

desde que o mandado de prisão seja escrito e fundamentado pela autoridade competente. Excepcionalmente esta forma de prisão pode ser decretada antes da instauração do inquérito policial. O mandado de prisão preventiva deve conter argumentos que comprovem a necessidade de manter o cárcere do agente, com lastros probatórios mínimos.

É fundamental para a decretação da prisão preventiva que seja apresentada prova da materialidade do crime (através das provas admitidas em direito, a exemplo de exame pericial, testemunhas, apresentação de documentos) e indícios suficientes de sua autoria (art. 312⁵, Código de Processo Penal), que não necessitam de certeza. Tais pressupostos compõem o *fumus commissi delicti* que nas lições de Luiz Flávio Gomes que significa a “fumaça da prática de um fato punível”.

Além da necessidade da prisão, deve ser analisado o risco de o agente permanecer em liberdade (*periculum libertatis*), verificando-se se o mesmo continuará a delinquir, pois a legislação também se preocupa com o perigo que o agente pode oferecer à sociedade. Trata-se, portanto, de garantia à ordem pública. Ademais a conveniência à instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica, a manutenção das provas e o impedimento de fuga são outros requisitos a serem analisados para a decretação desta espécie prisional.

A prisão preventiva é decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou da autoridade policial. Esta decisão poderá ser revogada pelo magistrado, de ofício ou por provocação, sem necessidade de oitiva do órgão do *Parquet*, se ocorrer alteração na situação revelada para a sua decretação. Caso os requisitos autorizadores da prisão sejam novamente verificados a autoridade poderá decreta-la mais uma vez ou quantas vezes achar necessário.

Esta prisão não será decretada quando o ato for praticado por uma das excludentes de ilicitude (art. 23 do CP⁶) não se fazendo necessário um juízo de certeza.

A figura da liberdade provisória não se compatibiliza com a preventiva, estando presentes o motivo para a ocorrência desta não se admite àquela (parágrafo único do art. 310⁷, Código de Processo Penal).

⁵ **Art. 312 do Código de Processo Penal.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁶ **Art. 23 do Código Penal** - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁷ **Art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal**- Igual Procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 311 e 312).

A terceira e última medida cautelar é a *prisão temporária*, que possui prazo determinado para a sua duração, só será admitida durante a fase de inquérito policial e será aplicada apenas os crimes previstos na lei nº 7.960/1989, que disciplina esta espécie de encarceramento.

Ao contrário da prisão preventiva, não pode ser decretada de ofício pelo juiz, sendo necessária representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. Na primeira hipótese, após ouvir o Ministério Público o magistrado terá prazo de 24 horas para decretar, ou não, fundamentadamente, a prisão. Em ambas as situações o mandado de prisão será entregue ao agente para que tome ciência dos motivos do cerceamento de sua liberdade

São Requisitos, trazidos pela lei 7.960/89, para a aplicação da prisão temporária (*fumus commisi delicti* e *periculum libertatis*): a) imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (art. 1º, inciso I); b) indiciado não tem residência fixa ou não fornecer elementos para a sua identificação (art. 1º, inciso II); c) houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes listados no inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89 (art. 1º, inciso III).

Esta espécie prisional tem o intuito de garantir o desvendamento integral do delito, pois se solto, o infrator poderá prejudicar o andamento das investigações, bem como fugir, seja por não ter endereço fixa ou por não possuir elementos que o identifique.

Há discussão doutrinária sobre a cumulatividade ou não dos requisitos autorizativos da prisão temporária. Majoritariamente, entende-se que é necessária a presença do requisito do inciso III do art. 1º⁸ (crimes enumerados pela lei) associado a um dos outros dois elementos contidos nos incisos anteriores para que possa ser decretada a prisão, ou seja, a presença do indício da autoria e dos crimes listados pelo artigo são os elementos fundamentais da temporária.

Diversamente das espécies analisadas anteriormente, a prisão temporária possui prazo expressamente determinado para a sua duração. Em regra este período será de cinco dias,

⁸ **Art. 1º da lei 7.960/89-** Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro.

prorrogáveis por mais cinco de acordo com a necessidade e por decisão fundamentada. Nos crimes hediondos o prazo é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, também de acordo com a necessidade e por decisão fundamentada.

3. LIBERDADE PROVISÓRIA

Ninguém poderá ter o seu direito a liberdade privado, a não ser nos casos de sentença condenatória ou quando forem necessárias as prisões cautelares. A regra é a manutenção da liberdade, ou seja, não restringir o direito de ir e vir do indivíduo.

A constituição em seu art. 5º, inciso, LXVI⁹ assegura que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”. De acordo com a redação do dispositivo transcrito, quando a prisão cautelar for aplicada em excesso ou de forma ilegal, a liberdade provisória é um mecanismo para impedir ou substituir a aplicação dessas medidas, visando garantir a liberdade.

A liberdade provisória poderá ser aplicada com ou sem fiança desde que não estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. A liberdade sem fiança será concedida sem nenhuma imposição ao beneficiado, sendo aplicada nos casos dispostos no art. 321¹⁰, do CPP. Aplica-se também nos casos de excludentes de ilicitudes e na inexistência das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, devendo permanecer em liberdade durante toda a persecução penal.

Outras hipóteses acontecem da liberdade provisória sem fiança é quando o infrator é considerado economicamente hipossuficiente, não possuindo condições de arcar com o valor atribuído à fiança, ou nos crimes de menor potencial ofensivo (competência dos juizados especiais criminais), nos quais o infrator assume a responsabilidade de comparecer ao juizado sempre que for preciso.

Além da possibilidade de liberdade provisória sem fiança, tem-se a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, que deve ser aplicada ao agente que praticou o ato e foi surpreendido com o flagrante do delito (com ausência dos requisitos para decretação

⁹ **Art. 5, inciso LXVI da Constituição Federal**- ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

¹⁰ **Art. 321 do Código de processo penal/ 1941**- Ressalvado o dispositivo no artigo 323, inciso III e VI, o réu livrar-se-á, independente de fiança: I- no caso de infração, a que não for, isoladamente, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II- quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.

da preventiva), bastando que o mesmo se comprometa a comparecer em todos os atos a que for solicitado. Trata-se de um direito subjetivo do indivíduo, pois a ela fará jus pelo simples fato de preencher os requisitos legais para sua concessão. A fiança é um fato jurídico que visa garantir o cumprimento de obrigação do afiançável.

Esse instituto, além de objetivar o comparecimento do acusado a todos os atos do processo, tem como escopo a garantia da execução da pena. Havendo condenação do acusado a fiança atribuída pelo crime praticado servirá para indenizar a vítima, pagamento das custas processuais ou eventuais danos relativos a sua condenação. Se diante de todos esses objetivos atribuídos à fiança ainda houver sobra do valor, este será devolvido àquele que a prestou. No caso de absolvição do agente a quantia será devolvida de forma integral.

O artigo 325 do Código de Processo Penal fixa o quantum da fiança de acordo com o valor da pena abstratamente considerada para o tipo da infração:

Art. 325: o valor da fiança será fixado pela autoridade que conceder nos seguintes limites:

- a) De um a cinco salários- mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa de liberdade, até dois anos;
- b) De cinco a vinte salários- mínimos de referência, quando se tratar de infração unida com pena privativa de liberdade, no grau máximo, até quatro anos;
- c) De vinte a cem salários- mínimos de referência, quando no máximo da pena cominada for superior a quatro anos.

O valor fixado deverá levar em consideração a situação financeira do afiançado, de forma a não colaborar para constranger o seu direito à liberdade, como nos casos em que se verifica a impossibilidade de pagamento do valor arbitrado em razão de debilitado poder econômico do infrator.

A lei atribui outros critérios para a concessão de fiança, sendo a natureza da infração apenas um deles, devendo ser levada em consideração: as qualificadoras e as causas de aumento e diminuição da pena; a condição econômica do acusado (que atende ao princípio da razoabilidade); a vida pregressa, pois a prática de outros crimes também é critério para a fixação da fiança; a periculosidade do indivíduo, uma vez que o valor da fiança será elevado se o sujeito for perigoso; e o valor das custas a suprir.

A liberdade provisória mediante fiança exige uma série de obrigações para o afiançado, como expõe Nestor Távora (2010, p.597):

O comparecimento perante a autoridade, toda vez que for intimado para os atos do inquérito e da instrução; impossibilidade de mudar de residência, sem prévia permissão de autoridade competente; proibição de ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar em que poderá ser encontrado; e a vedação à prática de novas infrações.

Após o agente se comprometer em comparecer a todos os atos aos quais for solicitado, será, juntamente com quem tenha pago a fiança, notificado de todas as obrigações assumidas e das possíveis sanções caso venha a descumpri-las.

O código de Processo Penal faz algumas restrições em relação ao instituto da fiança, devendo o agente superar todas elas para que seja admitida a sua concessão. Em seus art. 323 e 324, estão expostas as vedações à permissão:

Art. 323. Não será concedida a fiança: I- Nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos; II- Nas contravenções tipificadas nos art. 59 e 60 da lei de contravenções penais; III- Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já estiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; IV- em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio; V- nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I- aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350; II- em caso de prisão por mandado do juiz do cível, da prisão disciplinar, administrativa ou militar; III- ao que estiver no gozo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança; IV- quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

A fiança será considerada “quebrada” quando o agente descumpre de forma injustificada as obrigações que foram impostas, rompendo dessa forma o laço de confiança existente com o judiciário. Para que seja determinada a quebra da fiança, deverá ser ouvido o afiançado e terá como consequências: a) o seu recolhimento imediato ao cárcere ou o reestabelecimento da prisão preventiva, se esta por sua vez já existia; b) a perda de metade do valor atribuído a título de fiança, em caso de absolvição essa quantia retida não será devolvida; c) a impossibilidade de nova prestação de fiança no mesmo processo.

O agente que praticou o crime terá “perdida” a sua fiança quando transitar em julgado a sentença penal condenatória. A seguir, deverá ser recolhido à unidade prisional de forma imediata para iniciar o cumprimento da pena. A fiança por ele paga será utilizada para o pagamento das custas bem como para a indenização à vítima, sendo o valor restante devolvido, exceto se aquele que praticou o crime frustrar o cumprimento da pena, devendo o numerário ser atribuído ao Fundo Penitenciário Nacional.

Poderá ocorrer a cassação da fiança quando houver erro na sua admissão, for necessária a correção do valor arbitrado (caso tenha ocorrido uma modificação na tipificação do crime, por exemplo) ou simplesmente se o crime não comportá-la. O valor a ser atribuído necessita ser completo, caso isso não ocorra será solicitado o reforço da fiança, seja porque o valor prestado foi insuficiente, seja por depreciação do bem apresentado como garantia. Não sendo oferecido o reforço a fiança não terá efeito, tornando-se inidônea.

A fiança deve observar o princípio da igualdade material, tratando os desiguais conforme as suas desigualdades, não se podendo tratar de forma diferenciada os indivíduos que se encontrem em igualdade de condições, devendo a autoridade analisar as condições pessoais e econômicas do agente (em atenção ao princípio da proporcionalidade). Caso demonstrada, inequivocamente, a hipossuficiência econômico-financeira do indivíduo, deverá ser concedida a liberdade provisória nas condições estabelecidas pelos arts. 327¹¹ e 328¹² do Código de Processo Penal.

A liberdade provisória poderá ser concedida em qualquer momento da persecução penal, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. A fiança poderá ser atribuída pela autoridade judiciária ou pela policial. O órgão do Parquet será intimado da decisão para em seguida tomar as providências cabíveis. Nas delegacias existirá um livro contendo os termos de abertura e encerramento da medida, controlando as fianças arbitradas.

Por fim, alerta-se que a decisão que concede liberdade provisória, seja ela com ou sem fiança, deverá ser fundamentada, expondo o juiz os motivos da deliberação. Em caso de concessão sem fiança caberá recurso em sentido estrito, que, se negado, admitirá apenas a ação de Habeas Corpus.

¹¹ **Art. 327 do Código de Processo Penal/ 1941.** A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

¹² **Art. 328 do Código de Processo Penal/1941.** O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

É mister ressaltar, que o instituto não se aplica aos crimes enquadrados na lei 11.343/06 (lei de drogas), por via do art. 44¹³ no qual afirma que os agentes que cometerem os crimes listados no art. 33 da mesma lei não se sujeitará a liberdade provisória. O Supremo Tribunal Federal em decisão prolatada no dia 10/05/2012 tratou da inconstitucionalidade do art. 44 entendendo que o indivíduo terá preservada a sua liberdade, segundo acordo:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a ordem para que sejam apreciados os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para, se for o caso, manter a segregação cautelar do paciente, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, que denegava a ordem; Joaquim Barbosa, que concedia a ordem por entender deficiente a motivação da manutenção da prisão do paciente, e Marco Aurélio, que concedia a ordem por excesso de prazo. O Tribunal deliberou autorizar os Senhores Ministros a decidirem monocraticamente os habeas corpus quando o único fundamento da impetração for o artigo 44 da mencionada lei, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Plenário, **10.05.2012**.

Por decisão unânime o Supremo Tribunal Federal fundamentou-a com base no princípio da presunção de inocência. Esse princípio é fundamental para o direito processual brasileiro, pois ninguém poderá ser preso se não for por uma decisão condenatória e fundamentada pela autoridade competente. Além disso, o referido diploma retirava da autoridade competente a oportunidade de analisar os pressupostos da necessidade e adequação do cárcere.

4. PRINCÍPIOS NORTEADORES

É importante tratar nesse trabalho sobre os princípios fundamentais para a aplicação das medidas cautelares. O Código de Processo Penal de 1941 foi projetado a partir de um juízo de antecipação da culpabilidade, trazendo como fundamento da prisão apenas a lei.

¹³ **Art. 44 da lei 11.343/06.** Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o *princípio afirmativo da inocência* do indivíduo que está submetido a uma persecução penal, bem como a garantia de que a decretação de sua prisão terá que se fazer de forma fundamentada, por ordem escrita pela autoridade competente.

A Lei 12.403/11 trouxe para nosso ordenamento jurídico um enfoque nos princípios, pois foi com base neles que foram projetadas as modificações no Código de Processo Penal, preservando o direito fundamental à *liberdade de locomoção* do agente, além de garantir a sua inocência até o trânsito em julgado da decisão. O *princípio da proporcionalidade* também está relacionado às modificações, visto que a nova lei enfatiza que a autoridade competente deverá agir com proporção na aplicação de suas medidas.

A Constituição em seu art. 5º, inciso LVII, reconhece que o indivíduo só será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença, presumindo-o inocente. O órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal firmou no entendimento de que “o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração.”¹⁴

O *princípio da inocência* deverá ser tratado com uma *garantia fundamental do indivíduo*, mas sem impedir que o Estado cumpra a sua função de investigar e punir aqueles que pratiquem atos ilícitos, utilizando dos instrumentos cabíveis com o intuito de assegurar o combate à criminalidade.

Diante da exposição desse princípio podemos destacar que o legislador teve o interesse de resguardar a *liberdade, o seu direito de ir e vir*, que só poderá ser restrito na hipótese do art. 5, inciso LXI¹⁵, da Constituição Federal, nos casos de flagrante delito ou então quando trazer para o Estado situação de perigo.

Outro princípio bastante destacado na nova lei, que trata sobre as prisões cautelares, é o da *proporcionalidade*. Esse princípio representa para o direito processual penal, segundo José Herval Sampaio Júnior (apud TÁVORA, 2010, P. 68), “um procedimento de aplicação/interpretação da norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto”.

¹⁴ STF: HC 84.078, em 05/02/2009.

¹⁵ Art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal- 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.

Edilson Mougenot Bomfim¹⁶ define o campo da proteção do cidadão como sendo de forma ampla, diferenciando em proteção vertical, que seriam os atos do Estado para evitar os excessos de sua atuação, e a proteção horizontal, que seria a atividade do Estado de proteger o cidadão das agressões de terceiros.

O *princípio da proporcionalidade* possui alguns elementos: a) necessidade, a prisão só deve ser efetivada se não for possível substituí-la por outra menos gravosa; b) adequação, a prisão só deve ser aplicada se for útil para alcançar o objetivo desejado. A lei 12.403/11 modificou o art. 282¹⁷ do CPP introduzindo nele a garantia da proporcionalidade, atribuindo a necessidade e adequação para a aplicação das medidas cautelares.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.14), o princípio da proporcionalidade está implícito na nossa constituição, porém exerce uma dupla função no direito brasileiro, a saber:

Na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação; Na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma, legal ou constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

É importante dar ênfase à aplicação do juízo de proporcionalidade das medidas cautelares, que deverá se guiar por uma perspectiva mais sensível, nas situações atinentes à proibição do excesso e a da adequação da medida.

A autoridade competente, ao aplicar a medida cautelar, deverá analisar a necessidade de sua aplicação, tendo em vista evitar eventuais riscos que possam trazer à investigação processual. O primeiro passo de análise feita pelo magistrado, no exame das cautelares, será em relação a adequação da medida, devendo levar em consideração a concreta situação do agente, bem como a gravidade e as circunstâncias do fato.

¹⁶ Edilson Mougenot Bomfim, apud TÁVORA, 2010, P. 68.

¹⁷ Art. 282 da lei 12.403/11. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

5. LEI 12.403 DE 05 DE MAIO DE 2011.

Após ser feito um relato do que o Código de Processo Penal de 1941 trazia como regra das prisões, será dado enfoque às mudanças realizadas pela Lei 12.403/11, relativas às prisões cautelares.

O novo diploma legislativo em primeiro momento preocupou-se em utilizar de princípios para aplicar a lei processual penal no que tange as medidas cautelares. Alterou o art. 282 do CPP/41 e deu destaque a aplicação da norma, com base na necessidade e adequação da medida. As medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma cumulativa ou isoladamente; a sua decretação é dada pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, além de poder fazer de ofício se assim achar necessário.

O juiz, após decretar à aplicação da medida cautelar, poderá, com base na necessidade e adequação, revogar ou modificar sua decisão. Desse modo, após possível revogação de eventual medida cautelar, o juiz poderá decretá-la novamente caso verifique adequado, assim como modificar a medida utilizada em caso de descumprimento das condições pelo agente.

As medidas cautelares só serão aplicadas aos delitos com previsão de pena privativa de liberdade jamais se aplicando as que tenham cominadas restritivas de direito. Desta forma, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais sejam cabíveis a transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme previsto na Lei 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo;

A prisão poderá ser decretada qualquer dia e hora, desde que respeite a inviolabilidade do domicílio. Na hipótese o agente que praticou o delito estar fora do território nacional, poderá a autoridade judiciária solicitar a prisão do mesmo através de carta rogatória, caso haja urgência o magistrado processante poderá se valer de qualquer meio de comunicação e, no máximo 30 (trinta) dias para remover o preso.

A nova lei, como já observado, preocupou-se em preservar a liberdade de locomoção do indivíduo, reduzindo as possibilidades de encarceramento provisório, estabelecendo, em seu art. 319, outras medidas cautelares, quais sejam:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

A norma ratifica aquilo que a Constituição Federal já apresenta, uma vez que determina que ninguém poderá ser preso senão em flagrante ou mediante decisão fundamentada pela autoridade competente, só sendo levado à prisão nos casos de decisão judicial condenatória transitada em julgado ou em virtude de prisão preventiva ou temporária.

Quando for decretada a prisão em razão de flagrante delito e esta não seja passível de relaxamento ou de conversão em liberdade provisória, a autoridade competente decretará a prisão preventiva, desde que observados os requisitos já previstos anteriormente (*fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*), mantidos pelo novel diploma, que incluiu o descumprimento de qualquer outra medida imposta a esse rol. Além disso, o art. 313¹⁸ da lei 12.403/11 lista os crimes em que se admite a prisão preventiva.

¹⁸ **Art. 313 da lei 12.403/11.** Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Outra hipótese de decretação da prisão preventiva incluída pela lei ocorre no caso de dúvida sobre a identificação civil do agente, ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Esse instituto era previsto pela regulamentação da prisão temporária, sendo o agente liberado quando da elucidação acerca de sua identificação.

Até a entrada em vigor da lei em estudo o instituto da prisão preventiva era mais utilizado pelas autoridades, pois bastava preencher os requisitos básicos para que o juiz a decretasse. Entretanto, com o advento do referido diploma legal a prisão preventiva passou a ser utilizada para casos mais graves, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa, dando prioridade para as medidas cautelares aqui já estudadas, evitando desse modo a lotação do cárcere.

Não admitida a prisão preventiva por ausentar-se requisitos para a sua concessão, deverá ser concedida a liberdade provisória, sendo possível a imposição de outras medidas cautelares observados os critérios de necessidade e adequação. Surge então a liberdade provisória, que com a nova lei passou a ser apenas um objeto de restituição da liberdade, sempre a partir de uma prisão em flagrante.

Seguida da liberdade provisória, atenta-se para a figura da fiança que com a lei 12.403/11 passou a ser tratada como uma medida cautelar, fazendo com que o agente que praticou o ato ilícito pague certa quantia e se comprometa a comparecer a todos os atos processuais.

Podemos observar que a lei em estudo trouxe outra mudança em relação à fiança, que só poderá ser concedida pela autoridade policial nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, o que não ocorria no Código de 1941, que só permitia a concessão não infrações punidas com detenção e prisão simples.

O art. 323¹⁹, da lei 12.403/11 enumera os crimes nos quais não se admitirá a concessão do instituto da fiança. Concomitantemente, o art. 324, também traz situações em que não se admitirá o benefício, sendo elas: para aqueles que, no mesmo processo, tenham quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem justo motivo, qualquer das obrigações constantes nos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal (quebra da fiança); em caso de prisão civil ou domiciliar; bem como quando presentes os motivos que ensejam a decretação da prisão preventiva.

¹⁹ **Art. 323 da lei 12.403/11.** Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; IV - (revogado); V - (revogado).

O novo diploma trouxe um rol mais extensivo de causas que caracterizam a quebra da fiança, apresentando, portanto, mais possibilidades de haver a perda da mesma. Às hipóteses previstas pelo art. 341²⁰, do CPP, somam-se: nova infração penal dolosa; descumprimento de medida cautelar cumulativa com fiança; resistência à ordem judicial; e prática de atos que obstruam a instrução do processo.

O valor da fiança foi alterado pela lei, tornando-a uma medida mais severa, elevando o seu piso para 1/3 do salário mínimo, podendo atingir quantia igual a 200 (duzentas) vezes o salário mínimo nacional. A fiança será arbitrada de acordo com a condição econômica do infrator, podendo ser reduzida ou aumentada, conforme art. 325, § 1º da lei 12.403/11.

O valor atribuído à fiança será destinado ao pagamento de custas, à indenização à vítima e ao pagamento de prestação pecuniária, caso o crime exija. Nos casos de absolvição a nova lei trouxe um benefício para o indiciado, uma vez que a fiança será devolvida de forma integral e corrigido monetariamente. Quando quebrada a fiança o agente só terá direito a metade da importância paga, podendo ainda se submeter a outras medidas cautelares.

A nova lei de prisões cautelares introduziu no seu rol a possibilidade de prisão domiciliar, determinando o recolhimento permanente do indiciado em sua residência, só podendo ausentar-se por meio de autorização judicial. A prisão domiciliar não se enquadra como uma nova medida cautelar, sendo aplicada apenas como uma forma de substituição da preventiva, nas hipóteses arroladas pelo artigo 318, da lei 12.403/11, a saber:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

As situações acima demandarão prova idônea e cabal. Tal medida poderá ser aplicada para as questões de natureza subjetiva, como por exemplo, gestantes de alto risco ou necessidade de cuidados a menor de seis anos ou com doença grave, nesses casos se faz imperativo a exigência de prova técnica a fim de demonstrar a sua precisão.

²⁰ **Art. 341 da lei 12.403/11.** Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV - resistir injustificadamente a ordem judicial; V - praticar nova infração penal dolosa.

Com as modificações expostas nesse trabalho podemos perceber que no antigo diploma o indivíduo ao ser preso em flagrante delito, quando não coubesse fiança, só seria concedida à sua liberdade provisória quando não identificado os requisitos da prisão preventiva. Com a nova redação pôde-se mostrar que a permanência do agente em liberdade é tida de suma importância, já que estará sendo garantido o seu direito fundamental.

Trouxe o legislador outras medidas cautelares com o intuito de evitar o cárcere do agente, evitando, desse modo, a superlotação dos estabelecimentos prisionais, bem como a permanência do indivíduo preso sem prévia fundamentação da decisão. As medidas cautelares nos sistemas prisionais passados, não eram cumpridas de forma adequada, já que a justiça não tinha o controle sobre os atos dos agentes que aguardam o julgamento em liberdade, o que foi modificado pela nova lei.

Diante do descontrole do judiciário sobre as medidas cautelares, houve uma banalização do instituto prisão preventiva, pois as autoridades competentes utilizam-se como argumento da fundamentação da prisão preventiva a garantia da ordem pública. Com o novo diploma, podemos observar que para a decretação da prisão preventiva deverá conter na sua decisão uma argumentação bem fundamentada, não contendo apenas a garantia da ordem pública, mas a sua necessidade, caso isso não venha a ocorrer deve-se aplicar outro tipo de medida.

As mudanças trazidas pela lei 12.403/11 preserva a liberdade daqueles indivíduos que estavam sendo mantidos presos sem nenhuma justificativa. Desse modo, com a aplicação de outras medidas cautelares podemos ter um esvaziamento dos presídios brasileiros, mantendo no ambiente carcerário apenas os que realmente infringem a garantia da ordem pública, ou prejudica no andamento da persecução penal, sempre se valendo do juízo da proporcionalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposição do tema neste artigo científico, podemos analisar que o legislativo tomou como base para a alteração do Código de Processo Penal, a garantia fundamental da Constituição Federal dos princípios da presunção de inocência, o da proporcionalidade e no direito fundamental à liberdade de locomoção.

A liberdade do indivíduo passou a ser tratada pela Constituição Federal como regra no direito penal e a prisão como sendo uma exceção. Contudo, pode-se ver que houve um destaque no princípio da presunção de inocência, no qual não se manterá preso aquele que não possuir uma decisão condenatória transitada em julgado.

A nova lei destacou na sua redação a importância do princípio da proporcionalidade, devendo a autoridade aplicar medida cautelar de forma proporcional, sem exceder na medida aplicada. A lei preocupou-se em incluir no seu art. 282 a forma como as medidas deverão ser aplicadas, se baseando na necessidade da aplicação da medida, visando evitar riscos para a investigação criminal, e na adequação devendo levar em consideração as condições do agente e dos fatos.

O referido diploma incluiu outras medidas no rol de medida cautelar, dando mais opção ao magistrado a manter o indivíduo em liberdade e conceder medidas que restrinjam, de forma proporcional, a sua liberdade. Além disso, para que tenha a sua prisão decretada, deverá ter sido o agente pego em flagrante delito e a decisão que solicita sua prisão ser fundamentada.

O indivíduo só poderá ser mantido preso se, não tendo decisão condenatória transitada em julgado, se preencher os requisitos da prisão preventiva (*fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*), ou ainda se enquadrar nos crimes listados pelo art. 1º, inciso III da lei 7.960/89 para conceder a prisão temporária.

Não se enquadrando o agente nos requisitos impostos pela prisão preventiva, será imediatamente decretada a sua liberdade provisória ou a imposição de outra medida cautelar, observando sempre, os requisitos da necessidade e adequação. Pode esta medida ser concedida com ou sem a concessão de fiança, sendo a mesma aplicada de acordo com o poder aquisitivo do agente.

Por fim, conclui-se que a lei 12.403/11, preocupou-se em seu texto preservar a Constituição Federal e aplicar os princípios trazidos por ela, quais sejam o da proporcionalidade e o da presunção de inocência, garantindo dessa forma a permanência do agente em liberdade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Lei nº 12.403/2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em 14 de maio. 2012.

_____. **Código de Processo Penal de 1941**, Brasília, Senado Federal, 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 14 de maio, 2012.

ALENCAR, **Rosmar Rodrigues**; TÁVORA, **Nestor**. Curso de Direito Processual Penal. 4º ed. Bahia. Editora Jus Podivm. 2010.

OLIVEIRA, **Eugênio Pacelli de**; Curso de Direito Processual Penal. 14º ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011

GOMES, **Luiz Flávio et al.** Prisão e Medidas Cautelares. 2º.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BULOS, **Uadi Lammêgo**. Curso de Direito Constitucional. 6 ºed. Editora Saraiva. 2011.

LENZA, **Pedro**. Direito Constitucional Esquematizado. 13º ed. Editora Saraiva. 2009.