

AS INOVAÇÕES DA LEI. 12.403/11 E SUA APLICAÇÃO NA PRÁTICA

João Victor de Macêdo Marinho¹
Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

A nova Lei nº 12.403/11 modificou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal. Algumas alterações foram de grande importância para o sistema processual penal, em outras ocasiões se absteve em situações nada condizentes com o texto constitucional, que é taxativo ao dizer que todos são iguais perante a lei, como as prisões especiais para algumas categorias de pessoa. Fez ressurgir o instituto da fiança, que estava em desuso. A liberdade passou a ser a regra, a prisão preventiva a exceção. Manteve a liberdade provisória com e sem fiança. Contudo, sem sombra de dúvidas, foi no alargamento de alternativas à proteção da efetividade do processo, que está sua maior contribuição para o problema do encarceramento provisório no Brasil, com a criação das novas medidas cautelares pessoais, de cunho penal, que trará outras opções para o magistrado diferentes da prisão.

Palavras-chave: Medida cautelar. Prisão preventiva. Liberdade provisória.

THE LAW 12.403/11 INNOVATIONS AND ITS USE IN PRACTICE

ABSTRACT

The new Law No. 12.403/11 substantially modified Title IX of Book I of the Code of Criminal Procedure. Some changes were of great importance to the criminal justice system, other times nothing abstained in situations consistent with the constitutional text, which is categorical in saying that all are equal before the law, such as special prisons for certain categories of person. He resurrected the institution of bail, which was in disuse. Freedom has become the rule, the detention the exception. He kept his bail with or without bail. However, without a doubt, was the expansion of alternatives to protect the effectiveness of the process, that is his greatest contribution to the problem of temporary imprisonment in Brazil, with the creation of new personal protective measures, with criminal justice, which will bring other options to judge different from prison.

Keywords: Precautionary Measure. Preventive detention. Freedom provisional.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: jvictormmarinho@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: sandresson1@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, denominada Lei das Prisões Cautelares, vários meios de comunicação, em suas chamadas jornalísticas, davam a entender, que, com o advento da referida norma, ocorreria uma liberdade em massa da população carcerária, pois, mais de 200 mil presos seriam colocados na rua, aumentando assim a insegurança da população, colocando em risco a ordem pública e as pessoas de bem de nossa sociedade eram quem, mais uma vez, seriam prejudicadas, ou seja, davam a entender que a impunidade iria prevalecer. A máxima de que a polícia prende e a justiça solta, iria se confirmar, e, que a situação seria agravada, pois os crimes com penas de até 04 (quatro) anos, poderiam ter fianças arbitradas pelo delegado de polícia, surgindo daí uma nova máxima: a polícia prende e a própria polícia solta.

Em contrapartida, muitos sites especializados na internet, publicaram artigos, onde seus autores, geralmente estudiosos do direito, defendiam que o verdadeiro objetivo do legislador, ao alterar tais dispositivos no Código de Processo Penal, seria o de adequar o Sistema Processual Penal aos princípios e normas constitucionais estabelecidos na Constituição do Brasil de 1988, indo de encontro ao estabelecido nos tratados internacionais, do qual o Brasil é signatário, e também, o de desafogar o sistema prisional brasileiro, pois, a prisão, diante de seu caráter de exceção, somente será aplicada quando não forem cabíveis as demais medidas cautelares.

A Lei nº 12.403 de 04/05/2011, alterou dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) relativos às medidas cautelares, como a prisão processual, a fiança e a liberdade provisória. Foram introduzidas nove novas medidas cautelares pessoais, de cunho penal, e diversas da prisão preventiva. Embora essas medidas não fossem totalmente desconhecidas da legislação processual penal, eram agora materializadas como alternativas à prisão.

Entretanto, talvez em proveito próprio, os legisladores mantiveram a prisão especial para autoridades e determinados profissionais, deixaram também de enfrentar a problemática da garantia da ordem pública ou da ordem econômica, requisitos da prisão preventiva. Temas que já vem recebendo, da doutrina processualista e dos tribunais, rigorosas críticas pelo alargamento de aplicabilidade ou pela indeterminação da expressão.

Reiterou que os presos provisórios devem ser mantidos separados dos com condenação definitiva, dispositivo que já existia na Lei de Execuções Penais (LEP), embora de pouca utilidade, devido as condições do sistema carcerário brasileiro. Foi definida ainda, a criação de um banco de dados nacional para cadastramento de todas as informações relacionadas com os mandados de prisão, alimentados por todos os estados, que ficará a cargo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Com isso, o presente trabalho, busca analisar de maneira acadêmica, o alcance e dimensão que terá a nova lei em nosso ordenamento jurídico penal; as medidas cautelares e a necessidade de se evitar durante a instrução criminal, o encarceramento provisório, que tanto lotam os presídios. Se atendo, entretanto, as alterações advindas da referida lei, entrando quando necessário para um melhor entendimento, em dispositivos que sofreram pouca ou nenhuma alteração, bem como em outras legislações que se inter-relacionem ao tema.

Com a nova lei, o legislador, coloca a prisão preventiva como medida excepcional, só cabível quando houver impossibilidade de aplicação de outra medida cautelar, fazendo valer os direitos fundamentais, efetivando a presunção de inocência e tutelando a liberdade individual.

2 MEDIDAS CAUTELARES, DIVERSAS DA PRISÃO

O rol de medidas a seguir, contidas no Art. 319 do CPP, foram organizadas gradativamente pelo legislador, conforme a intensidade das obrigações impostas ao acusado:

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 primeira dessas medidas, embora, como algumas outras, já conhecida da nossa legislação processual penal - onde era condição para a suspensão condicional da pena (Art. 77, do CP) e, também, como condição para a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) - implica, ao investigado ou acusado, no comparecimento pessoal periódico a sede do juízo (onde se processa a acusação ou mesmo de sua residência) para informar e justificar as atividades desenvolvidas regularmente.

Entretanto, é bom frisar que o Estado não pode impor o dever do trabalho para o investigado ou processado, como condição de não agravamento de sua situação, se limitando, essas informações sobre atividades desenvolvidas, ou até mesmo, sobre porque não exerce qualquer atividade.

Cabe ao juiz estipular a periodicidade do comparecimento, verificando as condições do agente e a gravidade dos fatos, que é pressuposto de toda medida cautelar conforme Art. 282, II, do CPP.

O segundo e o terceiro incisos são de certa forma semelhantes. Diferenciam-se no núcleo central das preocupações. No segundo inciso se impõe a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, já no terceiro, essa preocupação passa a ser a vítima ou seus familiares. Ambos têm a intenção de evitar o cometimento de novas infrações, como bem diz o teor desses incisos, e também o de conter a revolta ou o envolvimento de outras pessoas em novos acontecimentos, buscando-se com isto a garantia da instrução processual penal. Ou seja, tem a intenção de evitar a perturbação ou o acirramento dos ânimos entre os envolvidos de certa forma.

Acreditamos que essas medidas seja um avanço no sistema penal, pois, anteriormente só existia previsão parecida na Lei Maria da Penha (tutelando a violência doméstica) e que terá uma grande utilização, principalmente nos crimes contra a pessoa.

Deve-se levar em conta que a fiscalização do cumprimento dessas cautelares, necessariamente, será exercida pela própria vítima e testemunhas, em virtude da não regulamentação do sistema de monitoramento eletrônico, que poderia ser imposto cumulativamente com essas medidas.

A quarta medida cautelar, impõe a permanência do acusado ou do investigado na Comarca buscando garantir, mais uma vez, a investigação ou a instrução processual penal. É preciso atentar, para os casos onde o acusado ou indiciado resida em local diverso do seu trabalho, pois, do mesmo modo que o Estado não pode impor o dever do trabalho, não pode ele contribuir para o estado de miserabilidade dos indivíduos, como condição de não agravamento de sua situação.

A cautelar de proibição de ausentar-se do país, embora esteja no Art. 320 do CPP, fora do artigo que lista as cautelares diversas da prisão, e por assemelha-se a medida do inciso IV, aqui será tratada. Essa medida estipula que o juiz deverá, no caso de proibição do acusado ou indiciado ausentar-se do País, fazer a comunicação às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional. Deverá também, intimar o agente para entregar seu passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

A próxima medida cautelar (inciso V) diz respeito ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o agente infrator tenha residência e trabalho fixos.

Embora o legislador não tenha definido como nas demais medidas, a finalidade do recolhimento domiciliar, para Oliveira (2011, p. 511) ela “surge como a melhor alternativa ao cárcere, podendo até ser imposta independente de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva”.

Vale salientar que esse recolhimento não é a mesma coisa da prisão domiciliar, que para ser imposta em substituição da prisão preventiva, necessário se faz a verificação de determinadas condições e circunstâncias pessoais do agente como elencado no Art. 318 do CPP, que será detalhado mais adiante.

A sexta cautelar incide sobre o exercício das atividades funcionais, que nos termos da Lei, a finalidade seria o impedimento da utilização de tais circunstâncias (serviço público e atividade econômico-financeira) para a reiteração de infrações penais. Vale salientar que tal medida já estava sendo aplicada implicitamente, em nome do princípio da moralidade da administração pública (para os servidores públicos).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. DENÚNCIA DE PRÁTICA DE PECULATO-DESVIO. AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES COMISSIONADAS. POSSIBILIDADE. - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REGER-SE-Á, ENTRE OUTROS, PELO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. - IN CASU, CUIDANDO A HIPÓTESE DE CARGO CUJA DEMISSÃO DÁ-SE AD NUTUM, POSSÍVEL O AFASTAMENTO DE POLICIAL FEDERAL DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES FACE DENÚNCIA EM PROCESSO CRIME POR PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL CONTRA A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. - AGRAVO PROVIDO. AGTR 19807 CE 98.05.39828-5. Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Julgamento: 30/08/1999, Publicação: DJ DATA-28/01/2000 PÁGINA-171

Para Oliveira (2011, p. 512):

Por função pública há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública, seja em *cargo público*, seja em *mandatos eletivos* (de natureza política), seja, finalmente, por autorização ou delegação do Poder Público, seja no âmbito das empresas públicas. Já o conceito de Atividades econômico-financeira é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigando ou processando.

No inciso sete, o legislador tratou dos inimputáveis ou semi-imputáveis (Art. 26 do CP). Após a reforma do CPP de 1984, o nosso sistema jurídico adotou o sistema vicariante, onde o juiz deverá optar pela aplicação da pena ou da medida de segurança, nunca as duas. As medidas de segurança visam a impedir o cometimento de novas infrações por parte do inimputável, ou seja, são de natureza eminentemente preventiva. A internação, por sua vez, não pode ser equiparada à prisão, pois não é considerada como pena, por sua própria natureza, que é de tratamento e não de restrição de liberdade.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da

ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A imposição dessa cautelar conforme o teor do inciso dependerá não só da comprovação do acusado como inimputável ou semi-imputável pelos peritos, mas, também, da presença de acentuada periculosidade, que leve ao risco concreto de reiteração da conduta criminoso.

É bom observar que esta medida, por se referir apenas ao acusado, somente poderá ser aplicada no curso da ação penal.

A oitava medida trata do instituto da fiança, que será abordado com mais extensão adiante. Medida de cunho patrimonial, que poderá ser imposta e prestada desde a efetivação da prisão em flagrante (embora a lei somente se refira ao processo), visando assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitar a obstrução ao seu regular andamento, ou mesmo, em caso de injustificada resistência à ordem judicial.

A medida cautelar contida no inciso IX trata da monitoração eletrônica, cuja introdução no sistema penal brasileiro se deu com a Lei nº 12.258/2010 - como incidente de execução de pena - com o propósito de se evitar o encarceramento, desde que atendidas determinadas condições.

Embora essa medida dependa de regulamentação por ato do Poder Executivo para sua execução, achamos que na hipótese da aplicação do monitoramento cumulativamente com outras medidas de restrição a liberdade, se teria uma grande ferramenta de fiscalização do cumprimento dessas medidas, diminuindo assim, a necessidade das vítimas ou testemunhas tomarem para si essa função, no intuito de ver sua real efetivação. Ou seja, o monitoramento eletrônico, só será de alguma utilidade se aplicado cumulativamente com outra cautelar, pois o simples controle dos movimentos do agente infrator só seria útil para a comprovação ou não do cometimento de um novo delito.

2.1- Relação entre os fundamentos da sua decretação e as respectivas cautelares

Como visto acima, o Art. 319 do CPP de forma inovadora, colocou a disposição do magistrado do sistema processual penal nove medidas cautelares,

que embora haja referência na lei às finalidades e propósitos de cada cautelar, a nosso ver, essas referências são exemplificativas, sendo possível então, o magistrado adequá-las ao caso concreto de forma motivada, com o propósito da máxima efetividade do processo penal. Essas finalidades se resumem: a garantir a aplicação da lei penal, conveniência da investigação e da instrução criminal e evitar a prática de novas infrações penais:

- Para garantir a aplicação da lei penal: O próprio nome esclarece sua função. Será utilizada para, em caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, garantir a futura execução da pena. Alinham-se as inseridas no Art. 319, I (comparecimento periódico e obrigatório em juízo); VIII (fiança) e IX (monitoramento eletrônico);

- Para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal: Liga-se principalmente à provas circunstanciais de que o réu venha a intimidar testemunhas ou ocultar provas. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não alcançará à verdade real se o réu continuar solto até o final do processo. Pode-se recorrer àquelas do Art. 319, IV (proibição de ausentar-se da Comarca) e VIII (a fiança);

- Para evitar a prática de novas infrações penais: São medidas dessa natureza aquelas arroladas no Art. 319, II (proibição de acesso a lugares); III (proibição de contatos com pessoa determinada); VI (suspensão do exercício de função ou atividade) e, VII (internação provisória do inimputável ou do semi-imputável).

E embora sua fundamentação não esteja definida na Lei, acolhemos o entendimento do Prof. Eugênio Pacelli de Oliveira de que é cabível a aplicação do *recolhimento domiciliar* (Art. 319, V, CPP) também para evitar a reiteração de condutas delituosas.

2.2- Regras gerais de aplicação

Para aplicação das medidas cautelares, de natureza prisional ou não, é preciso a observação de algumas regras comuns. Antes de tudo, é bom esclarecer que as cautelares são autônomas, não dependem de prisão em flagrante anterior para seu cabimento, contudo, também podem ser impostas em substituição ao flagrante, quando não for cabível a preventiva (Art. 321 do CPP).

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória,

impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Deverão estar presentes de forma cumulativa os critérios da proporcionalidade e da legalidade, cabendo ao juiz fazer uma análise da sua necessidade no caso concreto e apresentar fundamentos concernentes à gravidade do delito, além das circunstâncias do fato e das condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme o regramento do Art. 282, incisos I e II, do CPP.

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

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

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

Por sua vez, essas medidas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (Art. 282, § 1º), cuja forma é aferida pela necessidade e adequação, ou mesmo por sua natureza ou modalidade dependendo de sua compatibilidade.

Essas cautelares somente poderão ser decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (Art. 282, § 2º). No Brasil, o processo é precedido por uma fase investigativa de natureza administrativa que admite inúmeras medidas acauteladoras, que embora, muitas dependam de autorização judicial, são desvinculadas do processo. No entender Oliviera (2011, p. 521):

Por isso, e somente por isso, as cautelares que dependem de ordem judicial podem ser objeto de *representação* da autoridade policial, nos termos em se acha disposto o art. 282, §2º, CPP, sem que se possa falar em ausência de *capacidade postulatória*. Se não é de *postular* a capacidade da autoridade policial, reservada às partes *no processo*, certamente o é a de *representar* no curso de procedimento administrativo, cuja consequência, ao fim e ao cabo, na fase de investigação, é a mesma.

Embora na fase processual, o querelante tenha legitimidade ativa para requerer a imposição de medidas cautelares contra seu opositor, na fase investigativa, o legislador parece ter esquecido da ação penal privada, que depende

totalmente do ofendido para sua efetivação, deixando-o totalmente refém da autoridade policial ou do Ministério Público no caso da necessidade de postulação de alguma medida acauteladora penal. Portanto, entendemos ser razoável, dependendo da urgência da situação, que o querelante possa postular uma cautelar diretamente ao juiz, senão, vejamos a crítica de Oliviera (2011,p. 523):

Note-se que não se abriu à vítima a capacidade para a representação de providência cautelar na fase de investigação, o que não parece adequado e ajustado às hipóteses específicas de *ação penal privada*, que depende do ofendido até mesmo para que se instaure o inquérito policial. Por isso, em face do sistema de persecução penal privada no Brasil, parece-nos irrecusável a legitimidade do ofendido para o requerimento de providências cautelares na fase de investigação.

Também merece destaque o Art. 282, § 3º, que inova ao estabelecer como regra a efetivação do princípio do contraditório e da ampla defesa para o deferimento de medidas cautelares, exceto nos casos de urgência ou para evitar a perda da eficácia da providência onde o contraditório será diferido pelo juiz. Ou seja, ao ser feito o requerimento da medida pleiteada pelo interessado, deverá o juiz determinar a intimação do investigado ou acusado, acompanhada de cópia do pedido e das peças necessárias, para se manifestar sobre a cautelar e o seu cabimento.

Art. 282 [...]

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Vale ressaltar que, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia, o atingido pela medida, poderá posteriormente se manifestar sobre a cautelar e requerer sua revogação.

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Art. 282, § 4º prevê a possibilidade da substituição da medida, imposição de outra em cumulação, ou então, não se mostrando eficazes essas providências, poderá então o magistrado decretar a prisão preventiva, agindo sempre de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do assistente da acusação ou do querelante.

Embora a representação da autoridade policial não esteja prevista em tal dispositivo, nada impede que o Ministério Público venha a acolhê-la e formule o requerimento.

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 último caso, decretar a prisão preventiva (Art. 312, parágrafo único).

Com referência à aplicação da prisão preventiva, os ensinamentos do Prof. Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.524):

Cabe consignar, no particular, que a expressão *em último caso*, relativa à decretação da preventiva, em substituição a outra cautelar imposta e descumprida, não significa dever o juiz aplicar *todas as cautelares possíveis* antes de se recorrer a ela. Significa apenas que a preferência deve ser sempre pelo agravamento das medidas cautelares diversas da prisão. A lógica da nova ordem é a evitação do cárcere, sempre que possível. A escolha na substituição de uma cautelar por outra, e mesmo pela preventiva, dependerá de cada caso concreto, quando se examinará o tipo de cautelar descumprida e a necessidade e adequação de outra (condições pessoais do agente, gravidade do crime e suas circunstâncias – art. 282, II).

A regra da adequação não está restrita somente para a adoção, se faz necessário também na fase de execução das medidas.

As cautelares se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, onde sua permanência está condicionada às circunstâncias da imposição. Poderá ocorrer do magistrado, independente de provocação das partes, substituir a medida mais gravosa por outra mais branda, ou até mesmo revogá-la caso não subsista motivo para mantê-la. Do mesmo modo pode voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem, sendo a prisão preventiva decretada apenas em última hipótese.

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

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

Ressalta-se mais uma vez o caráter de excepcionalidade da prisão preventiva, a qual, só deverá ser imposta quando não for possível sua substituição por outra medida que não importe em privação da liberdade.

2.3- Descabimento de medidas cautelares penais

Observa-se pelo teor do Art. 283, §1º, do CPP, que haverá hipóteses de não admissão da aplicação das medidas cautelares estabelecidas no Título IX (incluídas as prisões), independentemente de se mostrar necessária a providência. A imposição dessas medidas está sujeita a que à infração penal seja cominada, de forma isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade.

Art. 283 [...]

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Com isso, às contravenções penais em que a lei comina exclusivamente, pena de multa (como algumas penas previstas no Código Eleitoral) ou que tenham caráter educativo (como o Art. 28 da Lei Antidrogas), não estão sujeitas a imposição de qualquer medida cautelar.

Nas lições do Prof. Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.495):

Do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível 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.

Com as quais concordamos plenamente, pois, as exigências para a suspensão do processo já implicam providências de natureza acautelatórias.

Continua o mesmo autor:

Em se tratando de crimes *culposos*, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da *proporcionalidade*; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares do art. 319 e art. 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.

Nota-se então, a prudência que teve o legislador, que levando em conta a proporcionalidade, evita a imposição de providências restritivas de direitos

superiores ao esperado no final do processo, para o caso de condenação do acusado.

3 PRISÃO DOMICILIAR

Introduzida no sistema processual penal brasileiro pela Lei nº 12.403/11, cautelar assemelhada às prisões, que consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, permanentemente, necessitando de autorização judicial para dela ausentar-se (Art. 317, CPP).

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

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

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

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

Necessariamente, a prisão domiciliar positivada com a nova Lei, difere da encontrada na LEP, embora em sua essência sejam idênticas. Ambas consistem no recolhimento permanente do agente em sua residência e requerem certas condições e circunstâncias pessoais para determinação (Art. 318, CPP e Art. 117, LEP). Mas, enquanto a primeira tem caráter processual e só pode ser imposta em substituição à preventiva, a segunda é tida como incidente de execução da pena, ou seja, uma é prisão processual e a outra é prisão pena. Diferem também quanto aos requisitos, sendo a LEP mais branda que a Lei das Prisões, ficando assim, o preso provisório prejudicado com afronta direta ao princípio da presunção de inocência.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Igualmente, diverge da cautelar de recolhimento domiciliar (Art. 319, V, do CPP), pois está é uma alternativa à prisão preventiva, podendo ser determinada tanto na fase investigativa como na processual.

Para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, é necessário à comprovação da inconveniência ou a desnecessidade de se manter o acusado encarcerado por parte da defesa, não vigora o postulado do *in dubio pro reo*, se faz necessário para acolhimento do pedido, a apresentação de provas robustas. Fica consagrado o *in dubio pro societate*.

Além disso, mesmo com a comprovação da extrema debilidade por motivo de doença grave (Art. 318, II), a substituição só ocorrerá se não houver meio (hospital) de tratamento eficaz no sistema carcerário do Estado.

4 DA FIANÇA

Mais uma vez a nossa Constituição vem a nortear o CPP através do Art. 5º, LVI, da CF/88, o princípio do devido processo legal, do qual advêm algumas garantias constitucionais, entre elas a inserida no inciso LXVI do mesmo artigo, que diz: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”.

Anteriormente, no Art. 310, do CPP, a prisão em flagrante tinha requisitos próprios e tinha natureza de custódia cautelar. Onde a regra era manter o réu preso, em decorrência do flagrante. A partir daí é que eram definidos os delitos afiançáveis ou não.

A Lei nº 6.416/77 introduziu o parágrafo único do Art. 310, do CPP, alterando substancialmente a funcionalidade da fiança. Passou então, os requisitos da prisão preventiva a serem os definidores da manutenção da prisão decorrente de flagrante.

Com a nova Lei das Prisões, o instituto da fiança foi restabelecido e revigorado. Tanto a autoridade policial como o juiz pode conceder a fiança.

Na fase investigativa, a autoridade policial poderá conceder a fiança imediatamente, nas infrações que seja cominada pena privativa da liberdade de até quatro anos (Art. 322, CPP):

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Havendo recusa ou retardo pela autoridade policial, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição direcionada ao juiz que decidirá em até quarenta e oito horas (Art. 335, CPP).

Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.580):

A vantagem prática aqui é manifesta, dado que, uma vez prestada a fiança, a restituição da liberdade é imediata, independentemente do pronunciamento do juiz, que, em tese, somente receberia o auto de prisão em flagrante no prazo de vinte e quatro horas após a prisão (art. 306, §1º).

Já nos crimes que a pena cominada seja superior a quatro anos, e sendo de privação da liberdade, a fiança será arbitrada pelo juiz, em até quarenta e oito horas.

No caso de descumpridas as condições dos Arts. 327 e 328, do CPP, ocorrerá a quebra da fiança de forma injustificada, trazendo como consequência para o indiciado ou acusado, a perda de metade do seu valor, poderá ser imposta outras cautelares, ou até mesmo a preventiva (Art. 343, CPP). Caso não compareça para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, perderá por completo o valor da fiança (Art. 344, CPP).

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

Por descumprimento de outra cautelar imposta, pela prática de nova infração, pela obstrução ao andamento do processo ou por resistir injustificadamente a ordem judicial, de forma deliberada, também será considerada quebrada a fiança.

Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Qualquer fiança imposta pela autoridade policial poderá ser revista pelo juiz e, inclusive, quando inadequada cassada.

Os Arts. 323 e 324 ambos do CPP estipulam os casos em que há vedação a concessão da fiança:

Art. 323. 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;

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 referem os arts. 327 e 328 deste Código;
- II - em caso de prisão civil ou militar;
- III - (revogado pela Lei nº 12.403, de 04.05.11);
- IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Já no Art. 325, do CPP, é estipulado os limites do valor da fiança, levando em consideração a gravidade da infração penal (incisos I e II) e ponderando-se a situação econômica do preso (§ 1º, incisos I a III):

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

- I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;
- II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

- I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
- II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
- III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Existem ainda outros cinco critérios (objetivos e subjetivos) para a determinação do valor da fiança, que após o juiz estipular a sanção máxima *in abstracto*, deverá então se ater as condições pessoais e econômicas do preso, e ainda mais, a importância provável das custas do processo, até o final do julgamento:

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

- Natureza da infração: Deverá ser levado em consideração todas circunstâncias legais de aumento ou diminuição da pena. Tendo o Art. 325, do CPP estipulado as faixas de enquadramento da pena cominada;
- Condições pessoais de fortuna: Principal elemento de aferição da fiança, sob pena de torná-la inútil ou despropositada. Dependendo da situação econômica do preso, deverá o juiz estipular um valor justo a ser pago;
- Vida pregressa do preso: Se reincidente ou tiver maus antecedentes, será estipulado um valor mais elevado, ou seja, conta para aferição do valor da fiança os antecedentes criminais do preso;
- Periculosidade: Se o preso for considerado perigoso, levando-se em conta a vida pregressa, a natureza da infração associada a personalidade do preso, o valor da fiança será maior;
- Provável importância das custas processuais: Deve-se observar o contido no Art. 336, do CPP:

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

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

Se a fiança for declarada sem efeito, ou absolvido o acusado em sentença passada em julgado, ou ainda declarada extinta a ação penal, o valor em depósito será atualizado e restituído sem desconto (art. 337 do CPP).

5- CONCLUSÃO

Apesar de que, em primeiro plano, vários meios de comunicação tenham recriminado a Lei de Prisões, dizendo que traria impunidade para os infratores, e que colocaria em liberdade uma quantidade significativa de presos, é de se acreditar-se que as inovações da Lei nº 12.403/11, trará muitos benefícios para a nossa sociedade.

Os nossos presídios encontram-se superlotados, desta forma impossibilita uma política de ressocialização da população carcerária. A realidade é que se acondiciona os presos provisórios junto com os com condenação definitiva, acontecendo o encaminhamento em definitivo para a criminalidade, visto que eram encarcerados em contato com outros delinquentes mais experientes no crime.

Nesta grande porção dessa superlotação de presos está inserido os presos provisórios que com a nova Lei o juiz terá a sua disposição outros meios para combater a criminalidade que não seja o cárcere, a prisão domiciliar e outras medidas cautelares pessoais de cunho penal, diversas da prisão, que elastecem as opções de prevenção ao crime, evitando a impunidade ou o excesso de punição. Essas medidas poderão ser a qualquer tempo, independente de provocação das partes, substituída por outra de menor potencial, ou até mesmo revogada caso não subsista motivo para mantê-la. Do mesmo modo pode voltar a ser decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem. Caso sejam descumpridas, existe a possibilidade da substituição da medida, a cumulação com outra medida, ou então, não se mostrando eficazes essas providências, poderá então o juiz decretar a prisão preventiva.

Se alguns vão ser postos em liberdade, é apenas consequência da concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, e que, muito provavelmente tenham sido mantidos presos indevidamente. Estaria sendo efetivada, a excepcionalidade da prisão preventiva, e como consequência, a diminuição do déficit de vagas do sistema prisional.

Com a nova lei Ainda ocorrerá a existência da fiança que é um mecanismos que serve para garantir a persecução penal que poderá ser arbitrada pelo juiz ou até mesmo pelo delegado dependo da gravidade da infração.

Em geral ocorrerá um grande benefício para toda a população e também meios mais justos e moderados para prevenir a criminalidade.

REFERÊNCIAS

ARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

BECCARIA, Cesare *et al.* **Dos delitos e das penas**. Traduzido por: Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORREIA, Heloisa Helena Siqueira; MARTINEZ, Vinício C. **O processo de Kafka: memória e fantasmagorias do Estado de Direito**. Teresina, ano 9, n. 293, 26 abr., 2004.

COSTA, M *et al.* **O Júri**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Da Revisão Criminal**. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br> >. Acesso em: 30 abr. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal de Acordo Com a Lei 12.403/11 (prisões e Medidas Liberatória)**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NICOLITT, André. **O Novo Processo Penal Cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. São Paulo: Campos Jurídico, 1993.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/2011 – Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória**. São Paulo: Juruá, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. 2012. São Paulo: Juspodivm, 2012.