

A Prisão E As Medidas Cautelares No Processo Penal Introduzidas Pela Lei Nº**12.403/2011****Prison And Precautionary Measures In Criminal Proceedings Brought By Law No.****12.403 / 2011**Amaral, João Paulo¹;
Gomes, Campos Werley².

Resumo: O presente trabalho monográfico visa estudar o processo penal ao longo da história, sua evolução no tempo e a adequação parcial que vem sofrendo nos últimos anos através de reformas parciais para que entre em conformidade com a nossa Constituição Federal. Entender como a Constituição Federal de 1988 trata as possibilidades de prisão cautelar e prisão pena, de fiança, e o princípio da Inocência, que nos diz que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado. As medidas cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, que foram até o momento talvez a mais importante dessas minirreformas e veio de encontro ao clamor da grande massa jurídica nacional que há muito tempo já dizia não ser mais aceitável que o réu ou indiciado tivesse a sua prisão antes do trânsito em julgado antecipada como forma de punição, sendo que a privação da liberdade deverá sempre ser a última medida a ser tomada e somente quando esta restar efetivamente comprovada e justificada a sua necessidade para garantir a paz social.

Palavras chave: Direito Processual Penal Constitucional; Medidas Cautelares; Flagrante; Prisão em Flagrante;

Abstract: This monograph aims to study the criminal proceedings throughout history, its evolution in time and the partial adaptation that has suffered in recent years through partial reforms to come into compliance with our Constitution. Understanding how the 1988 Federal Constitution is the precautionary prison possibilities and prison sentence, bail, and the principle of Innocence, which tells us that no one can be considered guilty before the final judgment. Precautionary measures introduced by Law No. 12.403 / 2011, which were so far perhaps the most important of these minirreformas and came against the cry of the great national legal mass that has long since said no longer acceptable that the accused or indicted had the his arrest before the traffic in early judged as punishment, and the deprivation of liberty should always be the last action to be taken and only when it remains effectively proven and justified their need to ensure social peace.

Key words: Law Constitutional Criminal Procedure; Precautionary measures; the act; Prison In The Act;

¹ Acadêmico de Direito do 10º período da Faculdade Raízes. (amaraljp0@gmail.com)

² Advogado especialista e atuante em vários ramos do direito. Professor Mestre em Ciências Ambientais, nos curso de Direito da Unievangélica e Faculdade Raízes. (werley-adv@hotmail.com)

O Estado E O Processo Penal

Nesta pesquisa foram abordadas as mudanças realizadas no atual CPP quanto a possibilidade de aplicação das medidas cautelares, diga-se atual quanto a sua vigência, pois se trata de um código datado de 1941, constituído com forte influência do código italiano produzido na década de 1930 que foi escrito durante o regime fascista com fortes características autoritárias, mas que já foi alterado em boa parte através de pequenas reformas (NUCCI, 2011b).

Atualmente a persecução penal é exercida pelos órgãos oficiais, tanto na fase administrativa da investigação policial, quanto na fase acusatória, por meio do processo judicial, com a atuação do Ministério Público e do órgão encarregado de exercer a jurisdição referente à matéria penal. O Estado liberal legal tem por principio a legalidade, limitando os poderes estatais, defendendo a liberdade e todos os demais direitos fundamentais do indivíduo, se caracterizando pela intervenção mínima na esfera individual e pela garantia dos direitos individuais, por especial o direito a liberdade (MACHADO, 2010).

Há na doutrina uma separação basicamente entre três sistemas o inquisitorial, que tem por característica principal a concentração de poder nas mãos do julgador, que cumula a função também de acusador, o acusatório que possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, e predomina o direito de defesa, nota-se então, que a diferença básica entre um e outro baseia se nas atribuições destinadas ao órgão responsável pela acusação, e o sistema misto que é uma combinação entre as duas primeiras formas processuais (ISHIDA, 2012).

No processo penal brasileiro prevalece à forma acusatória, onde se tem cada vez mais um sistema acusatório público, com a distribuição das tarefas por assim dizer, sendo que a acusação fica a cargo do Ministério Público, quanto ao inquérito policial o que há é um procedimento administrativo este sim inquisitivo, uma vez que durante o mesmo não é ofertado oportunidade para o contraditório e a ampla defesa (ISHIDA, 2012).

O direito de punir

Somente o estado tem o direito de decretar a punição ao individuo que desrespeita o regramento jurídico, até mesmo nas ações penais privadas, nesta esteira, vejamos as palavras de Fernando Capez (2012, p. 45):

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus perseguendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.

Trata-se por tanto de um poder totalmente abstrato de punir qualquer um que venha a cometer fato típico (CAPEZ, 2012).

No mesmo sentido está Válter Kenji Ishida (2012, p. 2) vejamos suas palavras a cerca do assunto:

Não é necessário que a ofensa ao bem jurídico ocorra para nascer o *jus puniendi* porque este é anterior à própria ocorrência do fato criminoso. Quer dizer, antes do fato criminoso, já existe o direito subjetivo à punição, que está em nível abstrato. Mais correto dizer que, no momento em que o ilícito penal ocorre, nasce a pretensão, que não se confunde, portanto, com o direito de punir.

No momento que a infração penal é cometida surge um conflito de interesses entre o Estado e o sujeito que cometeu a infração, o Estado irá então movimentar-se a fim de punir o criminoso, enquanto este irá oferecer resistência a essa pretensão, exercitando suas defesas técnica e pessoal, buscando resguardar o seu direito a liberdade, esse conflito caracteriza a lide penal, que será solucionada por meio da atuação jurisdicional (ISHIDA, 2012).

As prisões na antiguidade

Não é possível compreender a evolução de um determinado direito sem antes observar a história e os seus fundamentos sociais, políticos, culturais e até mesmo econômicos que guiaram a conduta de determinado grupo social que o adotou e utilizou, sem estudar a sua história, daí a importância da pesquisa das premissas do Direito (AZEVEDO, 2007).

Devido a enorme dificuldade de se investigar todo o processo penal em todos os lugares e em todos os momentos históricos, diz-se didático e pertinente, fazer uma análise a partir de certos pontos ditos mais relevantes a fim de alcançar a compreensão de pelo menos três pontos básicos da atividade judiciária criminal ao longo da história (MACHADO, 2010).

São estes pontos para Antônio Alberto Machado (2010, p. 7):

- a - identificar os órgãos que se encarregam do julgamento criminal em cada época;
- b - distinguir a quem é que competia instaurar e exercer a acusação;
- c - entender de que maneira se desenvolvia a atividade probante nos processos.

Aspectos estes que podem ser identificados ao longo de toda a história do processo penal, desde a antiguidade Clássica, passando pela Idade Média e Modernidade, até o processo contemporâneo, proporcionando uma compreensão de cada um dos sistemas processuais penais na história, assim é possível perceber o surgimento de três tipos de sistemas processuais baseados nos critérios acima descritos, são eles o inquisitivo, acusatório

e o misto, sistemas estes que não tiveram uma evolução linear ao passar dos anos (MACHADO, 2010).

Prisões Antes Da Lei Nº 12.403/11

Prisão é a privação da liberdade, o recolhimento do indivíduo ao cárcere. Superficialmente falando não haveria que se distinguir assim, através deste conceito, a prisão provisória, aquela que ocorre enquanto se aguarda o desenrolar da instrução criminal, daquela que resulta de pena, mas nosso ordenamento prevê as duas situações ao permitir a chamada prisão processual (NUCCI, 2008).

Uma vez que temos a garantia constitucional de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pressupõe-se que uma eventual restrição à liberdade individual será a última *ratio* devendo restar comprovado sua efetiva e extrema necessidade (FRANCO, 2003).

Assim o artigo 282 do CPP, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, trazia expresso em seu texto que a prisão só poderia ocorrer mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade competente que é apenas a autoridade judiciária, mas autorizava a prisão em flagrante delito como exceção visando a garantir sempre o bem comum, a segurança da coletividade (MIRABETE, 2008).

Eugenio Pacelli de Oliveira define bem porque se justifica a prisão preventiva do acusado antes da sentença definitiva, vejamos:

Assim, as privações de liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. Pode-se, pois, concluir que tais prisões devem ser cautelares, acautelatórias do processo e das funções da jurisdição penal. Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente (OLIVEIRA, 2011, p. 472).

Regra geral só poderá alguém ser preso mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, tendo por instrumento da ordem de captura o mandado de prisão que é regulamentado no artigo 285 do CPP “a autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado”, e pelo seu parágrafo único que diz os requisitos necessários para que se torne efetivo, não dando margens a sua nulidade (MIRABETE, 2008; BRASIL, 1941, online).

Da prisão em flagrante

A Constituição Federal em seu artigo 5º, LXI, autoriza a prisão em flagrante, uma medida cautelar de segregação provisória daquele que comete fato criminoso, podendo ser realizada por qualquer do povo, ou pela polícia. Quando a prisão for realizada por alguém do povo irá tratar-se de flagrante facultativo, onde aquele que deter e prender o indivíduo que se encontra cometendo qualquer crime, tem o dever de logo em seguida entregar o preso a autoridade competente, quando efetivada por autoridade policial, irá tratar-se de flagrante obrigatório, em ambos os casos a prisão será fiscalizada por juiz de direito (NUCCI, 2008).

Oliveira diz então que, “como intuitivo, a primeira e mais relevante função que se atribui à prisão em flagrante é a de procurar evitar, quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos” (OLIVEIRA, 2011, p. 488).

Aquele que acaba de ser pego cometendo crime se encontra em estado de flagrante delito por isso há a permissão para que sua prisão seja determinada de imediato sem a exigência de um mandado judicial, podendo ainda sua prisão ser efetivada por qualquer do povo:

A palavra flagrante, de origem latina, significa queimar, arder. Daí a expressão flagrante delito. O delito que ainda está acontecendo, queimando, ardendo. Por essa razão, a prisão do agente é admitida sem mandado, porque há certeza da ocorrência da infração penal. (DEMERCIAN, MALULY, 2001, p. 75).

A forma e as hipóteses de incidência do flagrante delito permanecem os mesmos de antes da lei nº 12.403/2011. Então aquele que for pego cometendo ato delituoso poderá ser de imediato preso (NUCCI, 2011b).

Uma vez que o processo penal busca sempre a verdade real é salutar que se permita a prisão em flagrante, sem a necessidade da análise antecipada de um juiz de direito, pois se assegura prontamente a colheita de provas da materialidade e da autoria, aquele que realizar a mesma será por ela responsável e responderá pelo abuso que porventura ocorra durante sua realização após o término do auto de prisão em flagrante o juiz deverá conhecer da mesma para verificar se houve alguma ilegalidade e caso a encontre ele deverá relaxá-la (NUCCI, 2008).

A prisão em flagrante como deixa entrever o artigo 301 do CPP é um ato administrativo medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade (MIRABETE, 2008).

Flagrante preparado / flagrante esperado

Não pode o agente de crime preparado ser autuado em flagrante, este tem sido o posicionamento da jurisprudência baseado na súmula 145 do STF que prevê, “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (MIRABETE, 2008, p. 379).

Não se deve confundir o flagrante preparado com o esperado, uma vez que neste a ação da polícia ou mesmo de um particular, será apenas de esperar que um agente suspeito de estar cometendo os crimes venha a agir de livre espontânea vontade, sem a intervenção de terceiros que o influenciem a praticar o crime, que irão agir apenas ao final da ação no intuito de evitar o dano ou mesmo de diminuir os prejuízos advindos de tal ação infracional (SOUZA; SILVA, 2010).

Prazo para a lavratura do auto de prisão

Não vem explicitado um prazo específico para lavratura do auto de prisão em nosso código, entretanto lendo o art. 304 do CPP, gera a impressão de que a lavratura deve ocorrer logo após a entrega do preso a autoridade (MIRABETE, 2008).

Entretanto o art. 306 prevê um prazo de 24 horas para entrega da nota de culpa ao preso, tem se admitido então que este é o prazo máximo que goza a autoridade para formalizar a autuação (MIRABETE, 2008).

Claro não se pode aceitar que o flagrante seja lavrado dias depois da prisão, isto é inadmissível uma vez que toda prisão deverá ser submetida a apreciação judicial para que se decida sobre sua legalidade ou não (GRECO FILHO, 2010).

Da prisão preventiva

A prisão preventiva nada mais é do que uma prisão processual, que deverá ser decretada visando garantir, a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena, a preventiva deve reunir as características da instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e facultatividade (GRECO FILHO, 2010).

Pode ser decretada a qualquer momento, a pedido do Ministério Público ou do querelante, mediante representação da autoridade policial durante a fase de inquérito policial ou da instrução criminal, e até mesmo de ofício pelo juiz (NUCCI, 2011a).

A preventiva é uma medida facultativa, que deve ser decretada somente quando necessária e em plena conformidade com os requisitos previstos no direito objetivo, e se

houver indícios suficientes de autoria quanto a participação do acusado, sem isto não pode o magistrado decretar tal medida (MIRABETE, 2008).

Não se pode deixar de lado a duração de tal medida, que deverá sempre ser delimitada pelos limites do bom senso e da necessidade efetiva, para a instrução do feito (NUCCI, 2011a).

O código refere-se única e exclusivamente a crimes, assim não se pode falar em preventiva para os casos em que o fato é tido apenas como contravenção penal, ou infração de menor potencial ofensivo (SOUZA; SILVA, 2010).

Da prisão temporária

A prisão temporária não foge a regra, assim como as demais prisões realizadas antes do trânsito em julgado, esta também é uma medida cautelar que visa a garantir as mínimas condições para a investigação do inquérito policial (OLIVEIRA, 2013).

Assim como ocorre na preventiva e indispensável aqui na temporária que a sua decretação seja devidamente fundamentada, e o juiz indique a sua real necessidade e que sejam atendidos todos os critérios previstos na lei nº 7.960/1989, que é a lei que a regulamenta (AVENA, 2013).

Esta somente será decretada no decorrer do inquérito policial, nunca durante a ação penal, uma vez que em seu art. 1º e incisos ao tratar das hipóteses de cabimento desta medida, a Lei se refere sempre a indiciado e a inquérito policial, assim entende-se ser este o único momento cabível para a decretação da temporária (BONFIM, 2014).

Ademais como seu objetivo é proteger as investigações policiais, cujo destinatário será o Ministério Público, e nosso sistema processual constitucional têm feições acusatórias, onde o magistrado não tem função de acusador e muito menos de investigador, a este não cabe decretar a temporária de ofício, apenas poderá fazê-lo mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do *parquet*-(OLIVEIRA, 2013).

Esta ao contrario da preventiva tem prazo determinado para seu encerramento podendo o preso ficar até 5 dias recolhido, este lapso temporal poderá ser prorrogado ainda por igual período, caso reste demonstrado sua real necessidade, tem se ainda prazo especial previsto para os crimes hediondos, esta previsão legal consta da Lei nº 8.072/1990, alterada pela Lei nº 11.464/2007, o prazo poderá ser de 30 dias também prorrogável por igual período nas mesmas condições, tem que se demonstrar a real necessidade dessa revalidação do prazo (AVENA, 2013).

Outra importante distinção entre a temporária e a preventiva é quanto a manutenção da temporária após o recebimento da denúncia pelo juízo competente, uma vez que o objetivo é apenas resguardar as investigações policiais, logo após o início da ação penal perde o objeto esta modalidade de prisão devendo ser revogada esta assim que o juiz recebe a denúncia, ou uma vez demonstrada a necessidade e os requisitos do CPP em seu art. 282, poderá ser convertida em preventiva, ou decretada outra daquelas medidas cautelares diversas da pr previstas no art. 319 do CPP (AVENA, 2013).

Prisões E Medidas Cautelares Após A Lei N° 12.403/11

Antes da entrada em vigor da referida lei o cidadão acusado de um crime uma vez submetido a investigação, e no curso do processo penal teria apenas duas condições as quais poderia estar submetido, este poderia: 1) estar sob prisão provisória; 2) em liberdade (AVENA, 2013).

Agora após a reforma parcial introduzida pela Lei nº 12.403/2011, o indivíduo que responde um processo criminal ou está sob investigação, estará sujeito a três tratamentos distintos: 1) pode estar sujeito as medidas cautelares diversas da prisão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP; 2) pode ainda ser submetido a prisão preventiva caso se enquadre nos requisitos do art. 312 do CPP; 3) ou aguardar em liberdade o encerramento da demanda (AVENA, 2013).

Restava antes nestes casos apenas duas opções para se restaurar a liberdade do individuo, a primeira o relaxamento da prisão em flagrante, a segunda a concessão da liberdade provisória, agora temos outras alternativas que vem coadunar com os princípios processuais constitucionais em vigor (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Assumiu-se então a partir da Lei nº 12.403/2011, a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado, e também ampliou o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal (OLIVEIRA, 2013).

Para tanto foram criadas novas medidas Cautelares, para substituir a aplicação das prisões preventivas e atenuar os rigores da prisão em flagrante, o julgador esta agora provido de novas possibilidades, diga-se novas ferramentas, para vincular o sujeito ao processo (NUCCI, 2011b).

Não há a necessidade de o acusado ter sido preso em flagrante para que seja decretada qualquer das medidas cautelares diversas da prisão conforme o artigo 282, parágrafo segundo do CPP, por isso podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na de processo, tais medidas podem ainda substituir a prisão em flagrante sempre que não for

cabível a prisão preventiva (OLIVEIRA, 2013). Assim a prisão do acusado será via de regra a última *ratio* dentro do processo, mas entende-se que em alguns casos sua aplicação é necessária desde que devidamente regrada e substancialmente motivada (NUCCI, 2011b).

Todos os princípios constitucionais penais e processuais penais devem ser interpretados a luz do princípio maior da dignidade humana, além de que todos tem o dever de convergirem para o devido processo legal, foi o que buscou a Lei nº 12.403/2011, ela vem de encontro ao que está expresso, no artigo 5º, caput da Constituição Federal que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988, online).

Observar-se á então o confronto entre a liberdade e a segurança, contudo não havendo direito absoluto, flexibiliza-se cada um deles na medida exata da necessidade de aplicação dos outros direitos, assim a liberdade é a regra desde que não se cometa atos tidos como criminosos, pois ai a liberdade individual irá ceder espaço a segurança pública, que também é individualizada sob o ângulo de cada cidadão beneficiado, abrindo caminho para a aplicação da prisão cautelar, desde que o devido processo legal tenha sido respeitado (NUCCI, 2011b).

Tem se a presunção de inocência como um valor absoluto, isto porque ninguém poderá ser considerado culpado antes do transito em julgado, isto transfere aos órgãos do Estado responsáveis pela investigação, acusação e julgamento a responsabilidade de provar a culpa do réu, pois enquanto não houver prova definitiva da sua culpa este não poderá ser recolhido ao cárcere (NUCCI, 2011b).

Uma vez que a infração cometida não tiver como objeto de pena a privação da liberdade nem mesmo poderá ser imposta alguma das medidas cautelares, seja ela prisão ou qualquer outra, segundo o que está disposto no artigo 283, parágrafo 1º do CPP:

Artigo 283 [...]

Parágrafo 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 (BRASIL, 1941, online).

Todas as prisões estão submetidas a um controle de legalidade, e não há nenhum crime que implique em obrigatoriedade da decretação da prisão cautelar, pela simples existência de acusação contra determinado réu (NUCCI, 2011b).

As principais mudanças da Lei nº 12.403/2011

As medidas cautelares têm como requisitos básicos para sua aplicação a necessidade e adequação, o que fica evidenciado com a leitura dos incisos I e II do artigo 282 do CPP.

Artigo 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 (BRASIL, 1941, online).

A retirada da expressão sempre que possível do art. 300 do CPP foi de fundamental importância, para impor a regra de que os presos preventivamente devem sempre estar separados dos presos definitivos (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Ainda que sutil tal alteração é considerada promissora, tal expressão determinando a separação dos mesmos já constava da Lei de Execuções Penais e agora esta reiterada pelo CPP, tem-se ainda a inserção do parágrafo único que trata do militar que não deverá ser colocado junto aos demais presos devendo este ser recolhido ao quartel (NUCCI, 2011b).

A prisão de qualquer pessoa agora passa a ter a obrigatoriedade de se informar ao Ministério Público, uma vez que o *parquet* tem o dever de atuar como fiscal da lei e como parte imparcial, este pode detectar ilegalidades na realização da prisão em flagrante, e requerer o seu imediato relaxamento ou mesmo a liberdade provisória, aplicando se a fiança ou não (NUCCI, 2011b).

O que se destaca aqui é a repetição dos incisos LXII e LXIII do artigo 5º da CF, sempre que essas repetições ocorrem, passa-se a impressão de que o legislador está buscando um reforço mnemônico e semântico para que os operadores do direito nunca se esqueçam da norma constitucional, seja por a lerem pouco e não conseguirem absorver eficazmente a lei magna ou porque pensa que estes nem mesmo a leem (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

A modificação trazida a redação do art. 310 foi muito bem aceita, sua nova redação e tecnicamente superior a anterior, abrangendo todas as hipóteses que o juiz possui para apreciar o auto de prisão em flagrante, uma vez detectada qualquer falha, seja ela intrínseca ou extrínseca deverá de imediato ser relaxada a prisão, o relaxamento da prisão não põe fim ao inquérito, o que acontece é que o indiciado vai responder em liberdade (NUCCI, 2011b).

A alteração do artigo 310 do CPP foi substancial, pois já havia a exigência de reexame da prisão em flagrante pelo juiz nos mesmos termos apresentados pelo referido artigo na Resolução nº 66/2009, do CNJ o que acontecia é que como tal resolução não tem força de

lei federal, esta se apresentava frágil e acabava ficando a critério do magistrado realizar o reexame ou não (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

A preventiva é por excelência a prisão cautelar, que para sua decretação e validade deve se preencher os requisitos listados no art. 312 do CPP, as alterações havidas no art. 311 se referem à legitimidade e oportunidade para a sua decretação, o juiz não pode mais decretá-la durante a investigação, somente esta autorizado a fazê-lo durante o processo, e permite que o assistente de acusação possa solicita-la o que antes não era permitido (NUCCI, 2011b).

A permissão que agora tem o assistente de acusação para requerer a preventiva foi muito oportuna, a vítima não pode ser considerada uma simples espectadora do processo, como a pessoa ofendida pelo crime, nada mais justo que esta possa indicar ao juiz a medida cautelar consistente na prisão preventiva (NUCCI, 2011b).

Já o art. 312 do CPP se manteve quase intacto, porém críticas surgiram a manutenção da expressão ordem pública deveria o legislador ter dado um significado mais concreto a essas expressões mais abrangentes, para evitar deixar a cargo do juiz a interpretação de quando será cabível ou não a decretação da prisão preventiva (AMARAL; SILVEIRA 2012).

Para Nucci o legislador não buscou determinar o real e concreto sentindo dessas expressões para permitir que o juiz seja sim o conceituador da expressão, em análise ao caso concreto uma vez que são vários fatores que vão, por exemplo, determinar se é questão de ordem pública ou não, uma vez que um roubo praticado individualmente por um indivíduo X vai representar um nível de perigo e de perturbação da ordem pública diferente de um roubo praticado por indivíduo pertencente a uma quadrilha que se sabe praticar furtos e roubos reiteradamente (NUCCI, 2011b).

Vai além e diz que o Legislador poderia ter ousado, definindo detalhadamente cada um dos fatores que podem implicar na prisão preventiva (NUCCI, 2011b).

A modificação realizada no art. 313 envolveu vários pontos importantes que sofriram duras críticas por parte da doutrina e também pela jurisprudência (NUCCI, 2011b).

Eliminou-se a distinção entre reclusão e detenção, para fim de decretação da preventiva, e agora o elemento que vai definir se é cabível ou não conforme o inciso primeiro do referido artigo é o elemento subjetivo, aponta-se o dolo como referencial, agora somente será cabível a decretação da preventiva para os crimes dolosos, cuja a previsão legal seja de pena privativa máxima superior a quatro anos. (NUCCI, 2011b).

Contudo uma vez imposta medida cautelar alternativa se ela não for cumprida, poderá ser decretada a preventiva em atenção ao que dispõe o art. 282, parágrafo 4º, do CPP, posto que as medidas Cautelares, substitutivas do cárcere, são salutares, assim não se pode

permitir que perca sua credibilidade, neste sentido pode-se dizer que qualquer crime comporta a preventiva, desde que respeitadas as possibilidades do art. 313 CPP e em última ratio, o que dispõe o art. 282 em seu parágrafo 4º na parte final (NUCCI, 2011b).

A prisão domiciliar

Após o advento da Lei nº 12.403/2011, os artigos 317 e 318 do CPP agora regulam a prisão domiciliar, não mais mencionando a apresentação espontânea do acusado, uma vez que a simples apresentação do acusado não serviria de impedimento a decretação da sua prisão preventiva se os requisitos do art. 312 estivessem presentes (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Certo é que este debate não mais existe e os referidos artigos trazem agora medida alternativa que é a prisão domiciliar, uma autêntica inovação no direito pátrio, uma vez que apenas as pessoas com direito a prisão especial e onde não existisse estabelecimento adequado para esta modalidade de restrição da liberdade, teriam direito a prisão domiciliar conforme previsão legal da Lei nº 5.256/1967, o Estatuto da advocacia também fez menção a esta possibilidade em seu artigo 7º, inciso V (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Estas ocasiões especiais previstas para a prisão domiciliar, contudo haviam sido revogadas com o advento da Lei nº 10.258/01 que alterou a redação dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 295 do CPP, delimitando bem o assunto quando dispôs que, tal prerrogativa agora se resumiria a ser recolhido em cela distinta, dentro do mesmo estabelecimento (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

O art. 318 agora apresenta os casos que admitem à prisão domiciliar, anterior a condenação definitiva, tal dispositivo se apresenta agora um tanto mais rigoroso, como no seu inciso I onde elevou a idade do preso de 70 para 80 para que possa gozar do direito a prisão domiciliar, e não aceita mais também como argumento a simples constatação de doença grave, esta deve causar uma grande debilidade, a gestante agora tem que estar no sétimo mês da gravidez ou que esta seja comprovada de alto risco (NUCCI, 2011b).

A grande preocupação que surge aqui é, com o descaso do Executivo na grande maioria dos casos que não providencia casas do albergado, onde se deve cumprir o regime aberto, teme-se que aqui nos termos do art. 318 se desenvolva o mesmo raciocínio utilizado com o disposto no art. 117 da LEP (Lei de Execuções Penais), onde em razão da falta de casa do albergados os presos eram colocados em prisão domiciliar, contudo sem nenhum tipo de fiscalização eficaz sobre eles (NUCCI, 2011b).

Nucci alerta ainda, para com o cuidado que o magistrado deve ter para decretar a preventiva, optando por esta somente nos casos onde for absolutamente indispensável, uma

vez que por cuidar-se de garantia de ordem pública, não há outra opção a não ser a prisão em seu regime fechado, então se o juiz por qualquer motivo julga possível a colocação do acusado em prisão domiciliar mesmo que este não se enquadre nos requisitos do art. 318, este defende que o acusado deve ser posto em liberdade, pois em prisão domiciliar não sofrerá nenhum tipo de fiscalização, não há porque fingir que o réu está preso quando na verdade se encontra livre, aconselha então a revogar-se a prisão e a decretação de outra medida cautelar (NUCCI, 2011b).

As medidas cautelares diversas da prisão

Agora o art. 319 do CPP não mais trata da prisão administrativa, e sim das medidas cautelares diversas da prisão, que há muito tempo era considerada não recepcionada pela Constituição de 1988, em razão da previsão legal do art. 5º, LXI que diz: “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;” (NUCCI, 2011b; BRASIL, 1988, online).

A nova redação dada ao art. 319 do CPP regula tão somente as medidas cautelares diversas da prisão, que podem ser aplicadas tanto na fase de inquérito policial ou no curso do processo, e em razão do princípio da inocência consagrado em nossa Carta Magna, no seu art. 5º, LVII, que não permite antecipação da pena, tais medidas deveram ser decretadas tão somente aqueles casos que se enquadrem nos requisitos legais do art. 282 do CPP (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Temos agora então nove medidas cautelares diversas da prisão previstas no nosso CPP, a saber são elas:

Comparecimento periódico em juízo, quando optar por esta medida o juiz irá determinar o prazo e as condições, em que o réu ou indiciado deverá comparecer para informar e justificar atividades, tal medida de maneira alguma pode se dizer desconhecida do nosso ordenamento jurídico, por ter funcionado até o momento como condição para que se possa gozar de alguns benefícios, por exemplo, a suspensão do processo nos termos do art. 78, parágrafo 2º, alínea c, do Código penal, tal medida parece ser eficaz principalmente naqueles casos onde o acusado ou indiciado não tenha residência fixa, ou emprego certos (NUCCI, 2011b).

Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, no intuito de evitar circunstâncias relacionadas ao fato, onde o indiciado ou acusado deverá permanecer distante desses locais para evitar o risco de que estes venham a repetir as infrações, esta também é

uma medida que já era tomada em alguns casos, e determinada afim que de que o preso pudesse alcançar algum benefício, o ponto central destas medidas e a intenção de evitar que os mesmos venham a reincidir na vida criminosa, Amaral e Silveira novamente fazem ressalva aqui quanto a falta de fiscalização eficiente para o real cumprimento das medidas (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Proibição de manter contato com pessoa determinada, esta medida tem o objetivo de evitar que o indiciado ou acusado permaneça distante da vítima ou das testemunhas para evitar coações e constrangimentos que possam interferir no andamento das investigações ou do processo, o juiz delimita as condições da medida, delimitando inclusive a distância mínima a qual o acusado deve manter de determinada pessoa, tal medida de prevenção especial surgiu na Lei nº 11.340/2006, e seu aparente sucesso motivou o seu lançamento em caráter geral, para que assim como nos crimes familiares todos os casos onde autor e réu possuam algum grau de conhecimento que possa leva-los a dar continuidade as infrações, sejam desmotivados (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Proibição de se ausentar da Comarca, quando restar comprovada a necessidade da permanência e conveniência para a investigação ou instrução, difícil apontar a real relevância desta medida para o processo, nos casos em que o juiz considerar indispensável a presença de determinada pessoa poderá decretar tal medida, mas parece de pouca valia na prática, exceto nos casos onde o reconhecimento de pessoa se demonstre necessário e não possa ser feito de imediato e assim que finda a condição para aplicação de tal medida, esta deverá ser revogada (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, tal medida apenas repete claramente a prisão albergue domiciliar, exige dois requisitos que devem ser comprovados, o indiciado ou acusado deve ter trabalho e residência fixos, ao menor sinal de dúvida quanto a veracidade das informações prestadas outra deve ser a medida aplicada (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Para Nucci, a exigência de residência fixa é de suma importância, contudo ele não considera a exigência de um trabalho fixo fundamental para que se possa conceder o benefício (NUCCI, 2011b).

Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, nos casos em que houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, esta medida sim se apresenta completamente inovadora uma vez que não constava em nosso sistema processual, ideal para suspender aqueles que cometem crimes contra a administração pública, por exemplo, e vai evitar a preventiva uma vez que o

simples afastamento é medida suficiente a tirar do sujeito processual a capacidade de continuar delinquindo (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Internação provisória, nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração, supriu se aqui uma lacuna deixada na lei após a revogação do art. 80 da parte geral do Código Penal, antes do advento de tal medida a única maneira de manter seguro o enfermo mental que houvesse cometido crime era através de decretação da preventiva, no cumprimento desta o mesmo permanecia no cárcere sem os devidos cuidados (NUCCI, 2011b).

Fiança pode ser imposta nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a todos os atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, criou se aqui uma nova modalidade de fiança, esta não servirá mais apenas como condição alternativa a prisão em flagrante, mas pode ser utilizada agora como medida cautelar (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Medida útil, especialmente para os casos específicos de crimes econômicos, financeiros e tributários, onde via de regra os agentes possuem um maior poder aquisitivo, substituindo a preventiva e demonstrando-se como forma eficaz de garantir a ordem econômica, ressalte-se que o instituto da fiança continua o mesmo, apenas expandindo-se aqui a possibilidade de sua aplicação (NUCCI, 2011b).

Monitoração Eletrônica, tal medida antes da sua introdução no CPP era restrita somente a execução penal, onde aqueles que progrediam para o regime aberto ou quem conseguiam o direito a prisão domiciliar poderiam ser monitorados eletronicamente (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Agora com o surgimento de tal medida como cautelar, os juízes poderão optar por este meio de fiscalização e controle dos passos do acusado, evitando assim um crescimento carcerário demasiado (NUCCI, 2011b).

A liberdade provisória com ou sem fiança

A nova redação dada ao art. 321 do CPP, apenas repete o que já está expresso em outros dispositivos legais, feito isto apenas para eliminar de uma vez o instituto do livrar-se solto, que permitia que o preso em flagrante fosse colocado em liberdade sem a necessidade de pagamento da fiança, nos crimes que não tinham como previsão a pena privativa de liberdade, ou esta não excedesse a 3 meses (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Atualmente as infrações de menor potencial ofensivo tem como previsão a simples lavratura de TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência) o que tornou o instituto do livrar-se solto totalmente inaplicável uma vez que não se lavra mais auto de flagrante nestes casos (NUCCI, 2011b).

Com a nova redação agora o legislador repetiu a possibilidade de decretação da liberdade provisória que já era prevista no art. 310 do CPP, mas concedeu também a possibilidade de se aplicar outras medidas cautelares existentes, conjuntamente com a liberdade provisória (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

A prestação de fiança é uma garantia real, que servirá para garantir o comparecimento do acusado ou indiciado perante o juízo no futuro, esta poderá ser determinada pelo próprio delegado em alguns casos (NUCCI, 2011b).

Assim para aquelas infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja maior do que quatro anos o próprio delegado de polícia pode determinar o valor da fiança, esta previsão esta em conformidade com o que vem disposto no art. 313, inciso I, do CPP (Nucci, 2011b).

E nos demais casos de penas mais elevadas somente o juiz estará apto a estipular o valor a ser pago a título de fiança, assim não é mais necessário conservar preso aquele que não poderá ter sua prisão preventiva decretada pelo juiz (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Outro fator importante nesta parte do código que trata da fiança é a uniformização do CPP com os padrões da Constituição Federal, onde a nova redação do art. 323 e seus incisos, foi alterada dispondo sobre os crimes que não serão possíveis a estipulação da fiança, com isto retoma-se a noção de sistematicidade do CPP nesta parte e corrige graves distorções (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Os valores da fiança também foram reformados, com louvor porque os valores aplicados antes eram ínfimos (NUCCI, 2011b).

A redação do art. 337, também sofreu alteração mínima, contudo colocou fim a uma polêmica relevante, uma vez que alguma das hipóteses previstas no referido artigo, o dinheiro deverá agora ser devolvido devidamente atualizado o que não acontecia antes (NUCCI, 2011b).

Diz-se quebrada a fiança quando o individuo comete alguma das falhas previstas nos incisos do art. 341 do CPP, estas situações vão normalmente levar a decretação da preventiva, por considerar-se um descumprimento qualificado das condições específicas impostas ao afiado, nos termos do art. 343 do CPP o quebramento desta irá sempre culminar na perda da metade do valor pago (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Pode ainda haver uma perda total do valor da fiança caso o indivíduo não se apresente pra cumprir a pena que lhe foi imposta, seja qual for a pena imposta não precisa necessariamente ser a pena privativa de liberdade, (NUCCI, 2011b).

Poderá ainda ser concedida a liberdade provisória sem a decretação de fiança de acordo com as condições financeiras do preso, assim outras medidas cautelares poderão e deverão ser estipuladas, para que não se crie a sensação de impunidade (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Conclusão

Há muito tempo se espera por um novo código processual penal mais coerente com nossa constituição federal, com tudo pequenas reformas vem sendo feitas no intuito de melhorar o mesmo ao poucos, ao invés de se fazer uma reforma geral e criar um novo código processual por inteiro, que possa melhorar o andamento processual, simplificando procedimentos e viabilizando a capacidade de se dar uma resposta mais rápida a população, acerca da prestação jurisdicional, uma vez que essa sim é a destinatária final das medidas protetivas e da justiça.

Está engavetado atualmente o Projeto de Lei número 156 de 2009, que já poderia ter recebido a devida atenção dos nossos legisladores, o conteúdo de tal projeto é exatamente a criação de todo um novo CPP, mas mais uma vez optou o legislador por uma reforma parcial que foi a lei nº 12.403/2011.

A crítica que se tece a estas reformas parciais vem justamente por que uma reforma por inteiro seria muito mais simples e fácil de entender e criaria bem menos dissensos jurídicos do que as criadas por essas pequenas reformas, que geram discussões que se prolongam e dificultam a construção de um consenso e interpretações que permitam ao sistema continuar operando funcionalmente, contudo superadas as nossas ponderações a cerca de se produzir reformas parciais, de um modo geral a Lei nº 12.403/2011, veio atender um clamor que a muito tempo era feito pelos grandes juristas nacionais e por todos os operadores do direito.

Temos agora a partir da Lei nº 12.403/2011 uma nova sistemática para as prisões cautelares, medidas alternativas a liberdade provisória onde a pessoa indiciada ou submetida a um processo crime, era em regra submetida ao tudo ou nada, não havia um meio termo, o que agora temos com as novas medidas.

Em um sistema processual que presa pela não culpabilidade antes do trânsito em julgado isto não fazia o menor sentido, por isso a inserção das medidas cautelares foi muito

bem recebida por todos, pois agora há como se garantir a presença do réu ou indiciado no processo de maneiras menos gravosas e prejudiciais à vida desta pessoa.

Uma vez preso provisoriamente, este aguardava na maioria das vezes o julgamento encarcerado e como as investigações são demoradas e o processo demasiadamente longo, este cidadão ficava em muito prejudicado, uma vez que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, não faz sentido antecipar sua punição mantendo-o preso a não ser que esta fosse a única alternativa capaz de garantir o devido andamento das investigações ou do processo legal, por isso a aceitação e reconhecimento da evolução trazida ao nosso ordenamento em relação a reforma feita pela Lei nº 12.403/2011.

Ademais a falta de estrutura carcerária eficaz para a ressocialização do preso foi outra preocupação, que motivou as mudanças inseridas ao nosso ordenamento no sentido de desafogar os presídios, que mesmo com as alterações ainda se encontram superlotados, e completamente inadequados para proporcionar a ressocialização dos internos.

As novas medidas cautelares não devem ser aplicadas gradativamente, mas sim de acordo com cada caso concreto, então de acordo com o tipo de crime, e com a periculosidade de cada indivíduo após uma análise minuciosa é que o Juiz irá determinar a medida cabível, até mesmo podendo não aplicar nenhuma delas, ou mais de uma delas conforme a real necessidade do caso.

Não se pode esquecer que a decretação da medida cautelar deverá ainda atender a dois critérios básicos que são: necessidade e adequação, sem um destes requisitos não se poderá decretar nenhuma das medidas, ocasião esta que o réu responderá em liberdade, a revitalização da fiança também foi um grande ponto. Conforme demonstrado, as medidas inseridas foram muito bem recebidas e se encontram em total consonância com o nosso sistema constitucional, onde a prisão do acusado será sempre a última *ratio* e as vantagens apresentadas através da edição da Lei nº 12.403/2011, superam em muito os pontos negativos, por isto é parabenizada pela grande maioria dos operadores do Direito, ao contrário de outras reformas que não foram tão eficientes e acabaram criando verdadeiros retrocessos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J.H.Mizuno, 2012.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Luis Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 30 abr. 2015.

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

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANCO, Paulo Alves. **Prisão em Flagrante**: Preventiva e Temporária. São Paulo: Bookseller, 2003.

GRECO filho, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo Penal**: incluindo a Lei nº 12.483, de 8 de setembro de 2011. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; **Processo Penal**. 18ª Ed. rev. e Atual. até 31 de dezembro de 2005 6ª Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **Prisão e Liberdade**: As reformas Introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** 14^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

_____. **Curso de Processo Penal**. 17^a ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense 2010.