



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE BARBACENA

MARIA FERNANDA ROCHA CARDOSO

**ASPECTOS JURÍDICOS DO CRESCENTE NÚMERO DE PRESOS PROVISÓRIOS NO
BRASIL PÓS-LEI 12.403/11**

BARBACENA

2014

MARIA FERNANDA ROCHA CARDOSO

**ASPECTOS JURÍDICOS DO CRESCENTE NÚMERO DE PRESOS PROVISÓRIOS NO
BRASIL PÓS-LEI 12.403/**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Delma Gomes Messias.

BARBACENA

2014

MARIA FERNANDA ROCHA CARDOSO

**ASPECTOS JURÍDICOS DO CRESCENTE NÚMERO DE PRESOS PROVISÓRIOS NO
BRASIL PÓS LEI 12.403/11**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Delma Gomes Messias

Prof. Esp. José Augusto Penna Naves

Prof. Esp. Fernando Antônio Montalvão do Prado

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Maria das Graças e Patrício, que não mediram esforços para que eu completasse a minha graduação, ao Fabrício, pelo seu amor incondicional; aos meus familiares pelo incentivo, força e principalmente carinho e aos meus anjinhos de quatro patas que tanto encantam minha vida.

AGRADECIMENTOS

Hoje comemoro mais um sonho realizado, mas sozinha, eu não teria conseguido. Quero agradecer a Deus, a todos os meus familiares, e aos meus amigos, em especial ao Cáio, pelo incondicional apoio e por todo auxílio nesta jornada rumo à vitória. A minha mãe Graça, agradeço por todos os ensinamentos que me tornaram a mulher que sou hoje. Ao meu pai Patrício, agradeço todo esforço para que eu me graduasse. A minha avó Terezinha, obrigada por todo carinho e incentivo. Ao Fabrício, quero dizer que seu amor e compreensão foram fundamentais. Aos meus mestres, obrigada por tanto terem contribuído para minha formação, em especial a Delma, agradeço o exemplo de vida e profissional no qual sempre me espelharei e todo o auxílio para a execução deste trabalho. Por fim, agradeço à torcida de todos que, de forma direta ou indireta, ajudaram-me a chegar até aqui!

Aos que insistem em não reconhecer a importância social e a nobreza de nossa missão ,e tanto nos desprezam quando nos lançamos, com redobrado ardor, na defesa dos odiados, só lhes peço que reflita, vençam a cegueira dos preconceitos e percebam que o verdadeiro cliente do advogado criminal é a liberdade humana, inclusive a deles que não nos compreendem e nos hostilizam, se num desgraçado dia precisarem de nós, para livrarem-se das teias da fatalidade.

(Antônio Evaristo de Moraes Filho)

RESUMO

Tendo em vista que, em razão do Código de Processo Penal em vigor ser do longínquo ano de 1941 e não mais atender aos anseios da sociedade atual, bem como estar na contramão de preceitos constitucionais no que diz respeito ao direito à liberdade, em quatro de julho de 2011 entrou em vigor a Lei 12.403, visando regulamentar as questões relativas à prisão, alterando assim vários dispositivos da lei processual penal. Contudo, apesar do espírito da Lei ser assecutorário da liberdade, impondo à prisão como medida extremamente excepcional, o número de presos provisórios no Brasil, tem crescido absurdamente. Portanto, o presente trabalho visa avaliar quais as razões e os efeitos jurídicos desta situação fática no cenário jurídico brasileiro atual.

Palavras-chave: Lei 12.403/11. Prisões cautelares. Prisão preventiva. População carcerária brasileira. Presos provisórios.

ABSTRACT

Considering that, by reason of the Code of Criminal Procedure in effect be the distant year of 1941 and no longer meet the needs of today's society as well as to be against the constitutional provisions regarding the right to freedom, in four of July 2011 entered into force the Law 12.403, in order to regulate matters relating to prison, thereby altering various devices of criminal procedural law. However, despite the spirit of the law be assecuratory freedom by imposing the prison as extremely exceptional measure, the number of temporary prisoners in Brazil, has grown absurdly. Therefore, the present study aims to evaluate the reasons and the legal effects of this factual situation in the Brazilian legal scenario.

Keywords: Law 12,403 / 11. Precautionary arrests. Remand. Brazilian prison population. Pretrial detainees.

SUMÁRIO

Cap. 1	INTRODUÇÃO	10
Cap. 2	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA PRISÃO	11
2.1	<i>Regras pertinentes às prisões cautelares</i>	14
2.2	<i>Requisitos formais do mandado de prisão</i>	15
2.3	<i>Direitos do preso ao ser efetuado a prisão</i>	15
2.4	<i>Prisão efetuada fora do território do juiz prolator do mandado</i>	16
2.5	<i>Prisão em perseguição</i>	16
2.6	<i>Uso de algemas na efetuação da prisão</i>	17
Cap. 3	O ADVENTO DA LEI 12.403/11	18
3.1	<i>A lei 12.403/11 no tempo</i>	20
3.2	<i>Principais alterações introduzidas pela lei 12.403/11</i>	21
3.3	<i>Revogações expressas introduzidas pela lei 12.403/11</i>	24
Cap. 4	PRISÕES CAUTELARES E LIBERDADE PÓS LEI 12.403/11	25
4.1	<i>A prisão em flagrante</i>	25
4.1.1	<i>As espécies de flagrante</i>	25
4.1.2	<i>Os sujeitos da prisão em flagrante</i>	27
4.1.3	<i>O auto de prisão em flagrante (APF)</i>	28
4.1.4	<i>A figura da prisão em flagrante com o advento da lei 12.403/11</i>	32
4.2	<i>A prisão preventiva</i>	34
4.2.1	<i>Requisitos da prisão preventiva</i>	35
4.2.2	<i>Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva</i>	36
4.2.3	<i>Legitimação para a decretação da prisão preventiva</i>	37
4.3	<i>A prisão domiciliar</i>	37
4.4	<i>A liberdade provisória a luz da lei 12.403/11</i>	39
4.5	<i>As medidas cautelares</i>	40
4.5.1	<i>Rol de medidas cautelares</i>	41

Cap. 5	A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA FRENTE À LEI 12.403/11	43
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

Cap.1

INTRODUÇÃO

A atual política criminal considera inadmissível privar o indivíduo de sua liberdade, a menos quando estritamente necessário e imprescindível ao processo. Adotando postura extremamente garantista, a Carta Magna, em seu art. 1º, inciso III, consagra o princípio da dignidade humana, e em seu art. 5º consagra o princípio da presunção da inocência, princípio este basilar no devido processo legal.

Assim, a Lei Maior determina que a liberdade é direito do indivíduo, que deve ser sempre respeitado contra ingerências por parte da atuação estatal, sendo sempre a regra, enquanto a prisão é exceção, apenas justificável quando estritamente necessária.

Atentando-se a tais preceitos foi promulgado a Lei 12403/11, porém, ao contrário do que se esperava, a concessão da liberdade fora dificultada com advento desta lei, havendo um crescente número de presos provisórios no Brasil, causando uma série de efeitos jurídicos, por vezes prejudiciais à toda sociedade, consoante será demonstrado no decorrer deste estudo.

Frente às considerações acima feitas temos como ponto primordial em nosso trabalho uma análise das principais mudanças ocorridas com o advento da Lei nº 12403/11 e seu impacto na realidade carcerária brasileira.

Iremos analisar as principais alterações sofridas em alguns artigos do Código de Processo Penal, em destaque para aquelas que mais influenciaram as questões pertinentes à prisão, analisando se essas mudanças foram positivas ou não.

Cap. 2

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA PRISÃO

O homem é um ser gregário por excelência. Para que haja harmonia nas relações de uma sociedade é imperioso que toda esta convivência seja regulamentada por normas que delimitem os direitos, as garantias e as obrigações de cada indivíduo e, que acima de tudo deva ser respeitada por toda coletividade.

Porém, nossa sociedade está sendo assolada pelo crescimento da violência e a crescente judicialização dos conflitos, que somados a urgência nos provimentos processuais criminais, aliada à demora na conclusão dos procedimentos policiais e judiciais, foi fazendo da excepcional prisão preventiva uma medida crescentemente utilizada, de forma a incrementar significativamente a massa carcerária do país. Na ótica do renomado jurista e Procurador da República, Eugênio Pacelli:

O sistema prisional do Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia se referia apenas à lei e não a uma razão cautelar específica.

A despeito de tais circunstâncias, temos a Constituição da República do Brasil de 1988, que em seu artigo 5º, estatui como direito e garantia fundamental de todos à liberdade. Assim, ninguém pode ser privado da mesma sem que haja o devido processo legal, sendo que, considerando o Princípio da Presunção da Inocência, ninguém poderá ser considerado culpado até ter em seu desfavor uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Conclui-se então, que a prisão é medida extremamente excepcional em nosso ordenamento atual.

Mônica Ovinski de Camargo afirma que a presunção de inocência ao ser adotada como a viga mestre de uma determinada estrutura processual, indica a opção política do legislador que elegeu a proteção dos direitos individuais de liberdade como conteúdo orientador das formas processuais. Segundo a autora, da presunção de inocência decorre uma regra de tratamento do acusado durante o processo crime, o modelo de processo penal de matriz liberal, que se preocupa primeiramente em proteger os direitos

do indivíduo e a regra probatória de que a dúvida resultante da instrução do processo deve levar à absolvição do Indivíduo. (2005.p.57-58)

De acordo com Aury Lopes Jr, a presunção de inocência:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro (2011. p. 11).

Rogério Machado Cruz adverte que a consequência lógica da presunção de não-culpabilidade, no que diz com as prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção. (2006.p. 75).

Ademais, é importante salientar que o direito penal rege-se pelo Princípio da Intervenção Mínima ou *ultima ratio*, segundo o qual o direito penal só deve intervir quando todos os demais ramos do direito forem insuficientes para solucionar o caso, tendo, portanto, caráter subsidiário. Aplicando analogicamente este princípio ao direito processual penal, em consonância com preceitos constitucionais, concluímos que, da mesma forma, a prisão só pode ser aplicada quando todos os demais recursos forem insuficientes. Rogério Machado Cruz adverte que a consequência lógica da presunção de não-culpabilidade, no que diz com as prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção. (2006.p. 75).

Segundo Luiz Flávio Gomes, “a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a *extrema ratio* da *ultima ratio*. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último, a prisão, por expressa previsão legal. Neste sentido, aduz o art.282, §6º da nova lei que a prisão preventiva somente “será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

O termo prisão advém do latim *prehensione* ou *pre(n)sione* e pode ser entendida como uma medida restritiva do direito e garantia constitucional de locomoção, ou seja, ao direito de ir e vir, determinada por ordem escrita de autoridade judiciária competente ou em caso de flagrante delito. A prisão pode ser civil, administrativa, disciplinar ou penal.

A prisão civil é aquela que destina-se a compelir um faltoso ao adimplemento de uma obrigação de natureza civil. O art.5º, inciso LXVII da Constituição, prevê a possibilidade de aplicação da prisão civil em duas ocasiões: para o devedor de pensão alimentícia; e para o depositário infiel. Após o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, este tipo de cerceamento só é possível para o devedor de pensão alimentícia.

Já prisão administrativa é aquela a ser determinada por autoridade administrativa para compelir alguém a fazer algo. Estava prevista nos artigos 319 e 320 ambos do Código de Processo Penal que foram revogados pela Lei 12.403\11. Apesar de tais circunstâncias, há o entendimento, consoante ensina Mougout, que é possível sua ocorrência se for decretada por autoridade judiciária competente.

No que tange a prisão disciplinar, esta tem o cunho de manutenção da ordem e obediência em certas espécies de serviços. O artigo 5º, inciso LXI da Constituição admite sua imposição no caso de transgressões militares, definidos em lei, independente de flagrante delito ou autoridade judiciária.

Por fim, referente à prisão penal tem-se que a mesma poderá ser definitiva ou processual. A prisão definitiva, também denominada penal, é aquela imposta após o devido processo legal, em razão da existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado em desfavor do réu. Tal modalidade é regida pela lei 7.210/84 (lei de execuções penais) e não é afeta à lei 12.403\11. Já a prisão processual, conhecida por cautelar ou provisória, entende-se como aquela prisão que pode ocorrer a qualquer momento, desde do instante da prática da infração penal até antes do trânsito em julgado da sentença. Imperioso destacar que, embora possua a nomenclatura "processual" para que esta espécie de prisão ocorra não é necessária a existência de um processo penal em trâmite, bastando a ocorrência de um delito.

Além destas hipóteses, a Constituição Federal ainda permite a privação da liberdade de locomoção nos seguintes casos: Art.138: na ocorrência de estado de defesa, por crime contra o Estado; e Art.139: durante o estado de sítio, tendo em vista que alguns direitos constitucionais são restringidos.

2.1 Regras pertinentes às prisões cautelares

Atentando-se ao que preceitua o ordenamento jurídico atual, a prisão é a exceção, só sendo possível sua ocorrência quando as circunstâncias do caso concreto demonstrar sua extrema necessidade, considerando as hipóteses previstas em lei (Art.282 a 350-CPP), ensejadoras da prisão.

Consoante brilhante lição de Mongenout, todas as prisões ocorridas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve está embasada na cautelaridade sob pena de ferir mortalmente o princípio da presunção da inocência. Esta cautelaridade pode ser social, cujo escopo é proteger a sociedade do indivíduo perigoso; ou processual, que objetiva a garantir o normal inter procedimental, fazendo com que o feito transcorra conforme a lei e que eventual sanção penal seja cumprida.

Continuando seus ensinamentos, para que a prisão não configure antecipação de pena, é necessário a existência de dois requisitos, qual seja *fumus comissi delicti*, que decorre da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria; e o *periculum libertatis*, que consiste no risco gerado pela liberdade do indivíduo.

Ademais, para que a prisão ocorra é essencial o mandado judicial escrito e fundamentado, enquadrando a circunstância a uma das hipóteses legais que permitem à prisão, salvo nos casos de prisão em flagrante (Art.283-CPP).

Para efetuar a prisão é necessário, conforme dispõe o Código de Processo Penal que o executor da ordem esteja portando o mandado em duas vias, a serem exibido no momento do cumprimento de referida ordem prisional, sendo que, uma será assinada pelo preso e anexada aos autos, e a outra lhe será entregue para que tome conhecimento dos motivos ensejadores da prisão.

No caso de crimes inafiançáveis, consoante Art.287-CPP, é possível efetuar a prisão ainda que o executor da medida não esteja portando o mandado judicial.

Destaca-se que o mandado judicial existe porém não está na posse do executor da medida no momento da prisão.

Cumpre salientar ainda, que a ordem de prisão poderá ser efetuada a qualquer dia e a qualquer hora, desde que o direito e garantia constitucional a inviolabilidade do domicílio seja respeitado. Em domicílio, a prisão será efetuada respeitando aos seguintes dispositivos legais (Art.283-CPP): poderá ser efetuada durante o dia, período corresponde das 06 (seis) às 18 (dezoito) horas, mediante mandado judicial; ou a qualquer hora do dia ou da noite, desde que haja permissão do proprietário do imóvel; ou independente de mandado judicial e em qualquer momento pode-se adentrar ao domicílio alheio sem anuência de seu proprietário, no caso de flagrante delito, para prestar socorro ou em caso de desastre.

2.2 Requisitos formais do mandado de prisão

O mandado de prisão é “o instrumento que corporifica a ordem judicial e prisão” (Art.285-CPP). Em outros termos, é a ordem de prisão que, para ter validade, deve ser de forma escrita e fundamentada, e atender aos seguintes requisitos legais, de acordo com Capez (2012, p.305): ser lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente; conter a designação da pessoa que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos; transcrever a infração penal que motivou a prisão (a CF exige que a ordem seja fundamentada - art. 5º, LXI); trazer a indicação de qual o agente encarregado de seu cumprimento (oficial de justiça ou agente da polícia judiciária).

2.3 Direitos do preso ao ser efetuada a prisão

No cumprimento do mandado de prisão, o preso será informado de seus direitos, dentre eles o de permanecer em silêncio, o respeito a sua integridade física e moral, assistência da família e de um advogado, conforme Art5º, inciso LXIII-CRFB/88.

O preso tem ainda, o direito à identificação dos responsáveis em efetuar sua prisão, bem como de quem procederá a seu interrogatório extrajudicial, atendendo ao Art.5º, inciso LXIV-CRFB/88.

Ademais, para que o preso seja recolhido à cela é essencial a apresentação do

mandado de prisão ao carcereiro que dará recibo de recebimento do preso, exceto no caso de prisão em flagrante. Acaso a custódia seja realizada sem cumprimento desta formalidade, haverá a existência do crime de abuso de autoridade previsto no Art.3º, alínea a e Art.4º, alínea a, ambos da Lei n.4898/65.

2.4 Prisão efetuada fora do território do juiz prolator do mandado

Quando aquele que deva ser preso encontra-se dentro do território nacional, mas fora da comarca do processo, a prisão será deprecada, ou seja, encaminha-se uma carta precatória com o inteiro teor do mandado para o juiz da outra comarca que efetuará a prisão (Art.289-CPP).

Em caso de urgência, porém, o juiz encaminhará um pedido para que se efetue a prisão utilizando qualquer meio de comunicação, para que o juiz do local mande executar a medida (Art.289, §1º-CPP).

2.5 Prisão em perseguição

A prisão em perseguição é aquela que ocorre quando a pessoa a ser presa empreende fuga, e o executor da prisão, logo em seguida, inicia a perseguição ininterrupta. Neste caso, em qualquer local que o indivíduo for capturado este poderá ser preso, ainda que seja em outra comarca, desde que seja dentro do território brasileiro (Art.290-CPP).

Efetuada a prisão, o capturado será apresentado à autoridade da localidade onde ocorreu a prisão para que ele lhe dê legalidade. A posterior o preso é recambiado para o local onde se emanou o mandado de prisão (Art.289-A, §3º-CPP).

Acaso a pessoa que está sendo perseguida adentrar em um domicílio, seja próprio ou de terceiro, o executor poderá agir de duas formas, conforme as circunstâncias do caso concreto (Art.293-CPP). Se o fato ocorrer durante o dia (período de seis horas às dezoito horas), o executor intimará o dono do imóvel para entregar o foragido e, caso este não o faça, entrará na casa e efetuará a prisão, convocando duas testemunhas para acompanhar todo o procedimento; mas se for durante a noite (a partir das dezoito horas até as seis horas do dia seguinte), caso o executor não obtenha permissão do proprietário do imóvel para entrar na residência, terá que aguardar em vigília até o dia

seguinte para poder entrar na casa mesmo sem anuência do dono e cumprir a ordem de prisão, sob pena de cometer o crime de abuso de autoridade, consoante Art.4º alínea a da Lei n. 4898/65.

2.6 O uso de algemas na efetuação da prisão

Apesar de recorrentemente completamente ignorado, o uso de algemas é exceção, vez que condiciona uma situação humilhante, constrangedora e, muitas vezes desnecessária.

A nossa Constituição Cidadã, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante (Art.5º, III-CRFB\88), e protege o direito à intimidade, à imagem e à honra (Art.5º, X-CRFB\88). Consagra-se também no texto constitucional o respeito à dignidade da pessoa humana (Art.1º, III-CRFB\88). Ademais, a ONU, em seus preceitos sobre prisão determina que as algemas jamais poderão ser usadas como medida de punição.(n.33).

Neste prisma, adveio a Súmula vinculante 11-STF que estatui: “só será lícito o uso de algemas em caso de resistência e fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiro, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade penal, civil e disciplinar do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Cap.3

O ADVENTO DA LEI 12.403/11

A segurança pública brasileira tem sido uma das principais temáticas sociais atuais. A violência está cada vez mais presente na vida de cada cidadão, seja através da mídia ou até mesmo figurando como vítima de algum delito. Desde modo, toda a sociedade clama por mais justiça e por mecanismos de coerção mais eficientes.

O Código de Processo Penal do longínquo ano de 1941, antes do advento da Lei 12.403/11, trazia duas possibilidades para que o agente acusado do cometimento de uma infração penal fosse submetido no decorrer da instrução criminal: em liberdade ou em prisão provisória.

Contudo, tal dispositivo legal não mais atendia os anseios da sociedade e a vários dispositivos legais abaixo assinalados, a título exemplificativo, dentre outros que preservam a liberdade de locomoção, foi promulgada a lei 12.403\11:

- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Art. IX: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.”
- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966:
 - Art. 9º.1: “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser objeto de detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade a não ser por motivo e em conformidade com procedimentos legais.”
 - Art.9º.3: “A prisão preventiva não deverá constituir regra, mas a libertação delas poderá estar subordinada a garantia que assegurem sua presença em todos os atos do processo penal e, se for o caso, para a execução da sentença.”
- Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, Art. 7.2: “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos

Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”;

Art.7.3: “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.”

- Constituição Federal Brasileira/88, Art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”; inciso LXI: “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”; inciso LXV: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; e inciso LXVI: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”.

Neste aspecto é imperioso destacar o pensamento do brilhante filósofo e humanista Michael Foucault que aduz, sobre a imperiosa necessidade de se buscar meios alternativos de punição de forma a punir de forma mais eficaz:

De modo que se eu traí meu país, sou preso; se eu matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Pareço ver um médico que, para todos os males, tem o mesmo remédio. (2005, p, 143).

Assim, tendo em vista os anseios constitucionais e, considerando a superlotação dos presídios, entrou em vigor em 04 de julho de 2011 a Lei 12.403\11, alterando 32 (trinta e dois) artigos do Código de Processo Penal, além de revogar três artigos do mesmo diploma legal. A nova legislação só veio sedimentar o que a doutrina e a jurisprudência já estavam solidificando e utilizando como fundamentação para decretos prisionais.

Referida lei foi fruto da portaria nº 61\2000 instaurada pelo Ministério da Justiça, que determinou a formação de uma comissão de juristas, lideradas por Adda Pellegrini, para reformar o Código de Processo Penal, haja vista o mesmo não mais atender os anseios da sociedade. Tal distinta comissão em dezembro do ano de 2000 apresentou oito projetos de lei, quais sejam: projetos de lei nº 4.208/01 (regras sobre a prisão), 4.203/01

(júri), 4.204 (interrogatório), 4.205/01 (provas), 4.206/01 (recursos e ações de impugnação), 4.207/01 (procedimentos), e 4.209/01 (investigação criminal).

Após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, do projeto de lei nº 4.208/01, foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff a lei nº 12.403 em 04 de maio de 2011. Conforme dispõe seu Art.289-A, §3º, o seu prazo de *vacatio legis* é de sessenta dias. A lei entrou em vigor no dia 04 de julho do corrente ano. O espírito desta lei é brilhantemente explicado pelo professor Fernando Capez, senão vejamos:

A partir da nova Lei, a decretação da prisão provisória exige mais do que uma mera necessidade. Exige a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional. Mesmo se verificada sua urgência e necessidade, só será imposta senão houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal (CAPEZ, 2012; p.298).

Porém, contrariando tais expectativas, após o advento desta lei, ainda assim a maioria dos presos em flagrante delito tem sua liberdade cerceada pela prisão cautelar, sendo crescente o número de presos provisórios no cenário carcerário brasileiro atual. O que se percebe é que os Doutos Juízos tem endurecido cada vez mais suas decisões, concedendo a liberdade em raríssimos casos. Neste sentido, destaca-se as palavras do Mestre Zaffaroni:

Na América Latina opera-se uma generalizada medida de de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva pervertida) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os *inimigos* perde muito seu sentido, uma vez que estas são empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* do exercício real do poder punitivo.

3.1 A Lei 12.403/11 no tempo

A lei 12.403/11 possui natureza processual, vez que trata da prisão provisória,

fiança, liberdade provisória e medidas cautelares, que são questões referentes apenas ao processo. A prisão cautelar é uma questão que só interessa ao processo, vez que é imposta para assegurar a garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, ou da garantia da aplicação da lei penal ou da instrução criminal.

Por esta razão, nos termos do art.2º do CPP, "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". Tal preceito legal traz dois princípios norteadores da aplicabilidade da lei processual penal, quais sejam: o Princípio da Imediatividade, segundo o qual desde a sua entrada em vigor, a lei processual irá incidir em todos os processos em andamento e futuros; e o Princípio da Irretroatividade da lei processual, pelo qual os atos já praticados continuaram a ter validade.

Assim, com o advento da nova lei, todas as prisões cautelares em vigor terão de ser revistas. Não se trata de liberdade automática a todos os presos, e sim, uma análise de cada caso concreto a luz dos novos preceitos legais introduzidos no ordenamento jurídico com a lei 12.403/11.

3.2 Principais alterações introduzidas pela Lei 12.403/11

Esta nova legislação contribuiu positivamente para a derrogada de diversos paradigmas, trazendo vários aspectos positivos para o cenário jurídico atual, consoante abaixo arrolado, a luz do que brilhantemente nos ensina Noberto Avena:

Houve a instituição de um sistema de multicautela, segundo o qual o indivíduo submetido a uma persecução criminal pode ser submetido a três tipos de tratamento: a liberdade, a prisão provisória ou a sujeição a medidas cautelares diversas da prisão. Assim, houve a criação de uma espécie de "meio-termo" entre a liberdade e a prisão, que são as medidas cautelares arroladas no Art.319-CPP, que são, em tese tão eficazes quanto a prisão e menos penosas ao preso.

Outra inovação foi à extinção da existência da prisão em flagrante como prisão cautelar, assim, correndo à prisão em flagrante a mesma deve ser imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente que, de pronto e fundamentadamente

deverá (art.310-CPP): relaxar a prisão se ilegal; converter a prisão em preventiva, se atendido os requisitos legais; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Ou seja, o flagrante não é mais hábil a manutenção de um encarceramento, não podendo ser considerado uma prisão cautelar. É inegável, porém que, do momento da ocorrência do flagrante até o recebimento, pelo juiz, do respectivo auto de prisão decorre a prisão em flagrante que, neste contexto, pode ser denominada uma prisão precautelar.

Com a nova lei, houve ainda a reafirmação da prisão preventiva como medida extremamente excepcional no ordenamento jurídico vigente, devendo ser decretada somente se não for eficaz nenhuma outra medida cautelar, consoante dispõe art.282, §6º do Código de Processo Penal.

Outra novidade está contida no art.282,§3º do CPP, que impõe a necessidade do contraditório para sujeição de medidas cautelares de natureza pessoal. Em razão de tal preceito, 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 de requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Consoante art.282, §2º e art.311, ambos do CPP, instituíram-se a vedação a decretação de prisão de ofício apenas na fase de investigação criminal, o que tornou imperioso tanto na decretação das medidas cautelares quanto na imposição da prisão preventiva durante a fase de investigação criminal a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Outra mudança se refere à possibilidade de o assistente requerer a decretação da prisão preventiva (art.311-CPP), bem como a decretação de medidas cautelares por força do art.282, §2º do CPP.

Importante alteração diz respeito as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, que, atualmente somente são admitidas nas hipóteses do art.313 do CPP, quais sejam: crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente,

idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa ou quando não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la; e, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por outras medidas cautelares.

Merece destaca também, a instituição da figura da prisão domiciliar, que constitui do recolhimento na residência do custodiado como forma de cumprimento da prisão preventiva, nas hipóteses previstas em lei, quais sejam (art.318-CPP): maior de oitenta anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do sétimo mês de gestação ou sendo esta de alto risco.

O art.306 do CPP inovou ao estabelecer que, além de comunicar a prisão ao juiz e a família do preso ou pessoa por ele indicada, tornou-se necessário também a comunicação ao Ministério Público.

Conforme estabelece o art.321 do CPP, a liberdade provisória, com o advento da lei 12.403/11, pode ser condicionada à decretação de medidas cautelares. Assim, o juiz poderá, atendendo as peculiaridades do caso concreto determinar a liberdade provisória, impondo uma ou mais medidas cautelares que julgar necessária.

Na regulamentação anterior, eram tidos como afiançáveis, os delitos cuja pena mínima cominada fosse igual ou inferior a dois anos. Hoje, o fator *quantum* de pena não é mais um vetor para a definição de afiançabilidade. Assim, em tese, será concedida a liberdade provisória independente da pena prevista para o delito. Neste prisma, só não será concedida a fiança para os crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, os definidos como crime hediondo, os cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado democrático (art.323-CPP). Não se concede fiança ainda, para aqueles que, no mesmo processo, tiverem quebrado a fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer obrigação prevista no arts.327 e 328 do CPP; os que estão sob prisão civil ou militar; e quando houver necessidade de decretação da prisão preventiva (art.312-CPP).

Destaca-se ainda, a alteração da possibilidade de arbitramento da fiança pelo

delegado de polícia, conforme estabelece art.322 do CPP, que poderá arbitrar a fiança nas hipóteses em que a pena máxima cominada não seja superior a quatro anos. Anteriormente, essa possibilidade se restringia apenas aos delitos punidos com detenção ou prisão simples.

Antes do vigor da Lei 12.403/11, o art.300 do CPP aduzia que "sempre que possível" os presos provisórios e definitivos ficarão segregados separadamente. Na atualidade, esta expressão foi suprimida, tornando obrigatória a separação do preso provisório.

Por fim, destaca-se a imposição legal para a formação de um cadastro único de mandados expedidos: O art.289-A do CPP, prevê que o juiz ao expedir mandado de prisão deverá, de imediato, providenciar o registro no banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para esta finalidade.

3.3 Revogações expressas introduzidas pela lei 12.403/11

A primeira revogação é em relação ao art.393 do Código de Processo Penal que instituía como efeitos da sentença penal recorrível, a obrigatoriedade do réu ser mantido preso nas infrações inafiançáveis, e nas afiançáveis, enquanto não prestasse fiança. Tal alteração ocorreu frente a inconstitucionalidade do dispositivo face o princípio da presunção da inocência elencado no art.5º, inciso LVII da Constituição.

Outra revogação é relativa ao art.439 do CPP referente à prisão especial para os jurados, que foi extinta pela lei 12.403\11. Porém a posição doutrinária em contrário, no sentido de persistir esta prisão para o jurado, uma vez que supracitada lei não alterou o art.595, inciso X do mesmo dispositivo legal que prevê tal possibilidade.

No que tange ao art.595 do CPP, este estatuía que o recurso seria julgado deserto caso o réu apelante fugisse. Tal dispositivo já teve sua aplicabilidade afastada com o advento da Súmula 347 do Superior Tribunal de Justiça. Logo, a revogação deste artigo está em consonância com o ordenamento constitucional vigente.

Cap. 4

PRISÕES CAUTELARES E A LIBERDADE PÓS LEI 12.403/11

4.1 A prisão em flagrante

O termo flagrante provém do latim *flagrare* que significa queimar, arder. Refere-se a infração penal que ainda queima, isto é, que ainda está sendo executada ou acaba de o sê-lo (ACQUAVIVA,2009).

Esta modalidade de prisão é uma espécie de prisão cautelar que possui a peculiaridade de dispensar mandado judicial para ser efetuada.

Para Mirabete, "flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão de seu autor, sem mandado, por ser considerado a 'certeza visual do crime'" (1997, p.383). Mougnot considera a prisão em flagrante, aquela realizada nas hipóteses legalmente previstas em lei. É admitida constitucionalmente, e possui caráter administrativo por dispensar mandado judicial.

Assim, para que a prisão em flagrante seja efetuada é imperiosa a ocorrência de algumas das hipóteses legais de flagrância, previstas no rol taxativo do art.302 do Código de Processo Penal, quais sejam: está acontecendo à infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que se faça presumir ser o autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

4.1.1 Espécies de flagrante

Conforme as possibilidades previstas do texto legal, aliado ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, podemos reconhecer várias espécies de flagrante, senão vejamos:

O flagrante obrigatório, também denominado compulsório, refere-se ao dever, a obrigação da autoridade policial e seus agentes de prender aquele que se encontra em flagrante delito, conforme dispõe o art.301, primeira parte-CPP. Já o flagrante facultativo refere-se à prisão em flagrante efetuada por qualquer pessoa da sociedade frente a

ocorrência do flagrante, sendo esta ação uma faculdade.(Art.301, segunda parte-CPP).

Pode-se classificar ainda, o flagrante em: próprio, também conhecido por propriamente dito, real ou verdadeiro, que é aquele que ocorre quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou acabando de cometê-la (Art.302, incisos I e II-CPP). Quando o agente está cometendo a infração penal, significa que o mesmo ainda está praticando os atos de execução do delito; já a segunda hipótese, diz respeito que o agente é surpreendido no momento em que acabou de encerrar o movimento típico da conduta criminosa. Ou impróprio, que recebe também as nomenclaturas de irreal ou quase flagrante; e é aquele que ocorre quando o agente é perseguido pela autoridade, própria vítima ou qualquer pessoa, logo após, cometer o ilícito, em situação que se faça presumir ser ele o autor do delito (Art.302, inciso III-CPP). Neste caso, o autor do ilícito, teve tempo de se afastar do local do crime, empreendendo fuga. Para caracterizar esta hipótese de flagrante é necessário que a perseguição, além de ser ininterrupta, terá também que ter se iniciado logo após o cometimento do delito, ou seja, o lapso de tempo deve ser extremamente reduzido, consoante circunstâncias do caso concreto. Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, o prazo para o início da perseguição, em nenhuma hipótese, poderá ultrapassar seis horas.

Existe ainda a figura do flagrante presumido, nomeado também por ficto ou assimilado, é aquele que se dá quando o agente é preso, logo depois, de cometer uma infração penal, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que se façam presumir ser ele o autor da infração penal. (Art.302, inciso IV-CPP). Ocorre esta modalidade de flagrante quando o agente é encontrado, isto é, não é essencial ter havido perseguição, com algum objeto relativo à prática do crime. Ademais, é imperioso ainda que, este encontro do autor da infração tenha ocorrido logo depois, ou seja, um lapso de tempo reduzido conforme o caso. A doutrina entende que este tempo, em hipótese nenhuma poderá ultrapassar doze horas após à prática do delito.

É imperioso se considerar ainda, algumas outras modalidades de flagrante apontadas pela doutrina (CAPEZ, 2012): o flagrante preparado, conhecido também por provocado é aquele em que o terceiro cria uma situação fática para que o agente cometa um crime e seja preso em flagrante. Se livre desta influência do terceiro, às vezes, o agente não cometeria este crime, ou seja, o terceiro instiga o agente a cometer o ilícito. A

doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido que este flagrante é ilegal, pois existe uma influência do executor da prisão na conduta daquele que irá praticar a infração penal, considerando que o crime deve ser um ato livre e consciente daquele que o está praticando.

Já o flagrante esperado que consista naquele em que o agente apenas aguarda o cometimento do crime para efetuar a prisão, não tendo qualquer atitude que interfira ou induza a conduta do agente. Neste caso, a participação do terceiro é apenas de vigilância, não havendo qualquer instigação para a prática da infração. Por conseguinte, é um flagrante perfeitamente legal.

Temos ainda, o flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido, ocorre quando o terceiro cria provas de uma conduta para incriminar uma pessoa e esta ser preso. Na realidade, aquele que vai ser preso é uma vítima, visto que não tem qualquer envolvimento com o crime.

Por fim, destaca-se ainda a figura do flagrante retardado ou prorrogado que é aquele feito com atraso, pois o executor da prisão apesar de ter conhecimento da existência do crime considera aquele momento inoportuno, pois as provas coletadas naquele momento serão frágeis, então aguarda um momento mais eficaz do ponto de vista da colheita de provas e fornecimento de informações. Para que esta espécie de flagrante seja considerado legal é essencial que exista uma lei especial que expressamente autorize sua utilização, como ocorre na Lei do crime organizado(Art.2º-Lei 9034\95) e na lei de tóxicos (Art.53-Lei 11343\06).

4.1.2 Sujeitos da prisão em flagrante

Figuram como sujeito ativo da prisão em flagrante, a autoridade policial a quem incube a obrigação de efetuar a prisão em caso de flagrante delito; e qualquer pessoa tem a faculdade de prender o agente em estado de flagrância.

Como sujeito passivo, em regra, qualquer pessoa está sujeita a ser presa em flagrante, salvo as exceções expressamente previstas no Código de Processo Penal (Art.282 a 350-CPP), quais sejam: menor de dezoito anos: em razão da menoridade, o agente não pode ser submetido a prisão em qualquer circunstância; o diplomata: em razão das imunidades diplomáticas não poderá ser preso em nenhuma circunstância; o

Presidente da República: devido a função exercida, a única modalidade de prisão que lhe é afeta é a definitiva; o autor do acidente de trânsito que presta socorro à vítima: se o responsável por um acidente de trânsito presta socorro à vítima, não será preso em flagrante, porém, nada impede que, havendo necessidade decrete-se a prisão preventiva; o advogado no exercício da função: para proteger a liberdade de exercício da advocacia, essencial à justiça, o advogado não pode ser preso em flagrante em razão do exercício de sua função; quando houver apresentação espontânea: se a pessoa se apresenta espontaneamente perante a autoridade policial, não poderá ser presa em flagrante delito, pois o Art.304-CPP estatui que "...apresentado a autoridade competente...", ou seja, que o flagranteado tem que ser conduzido até a delegacia para o flagrante ocorrer. Porém, nada impede que o juiz determine a prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos legais ensejadores; e no caso de crimes afiançáveis, existem algumas pessoas que, em razão da função exercida não poderão ser presas em flagrante, como: deputados federais, senadores, deputados estaduais, membros no Ministério Público e os juízes. Porém, em se tratando de crimes inafiançáveis não existe tal vedação legal.

4.1.3 O auto da prisão em flagrante (APF)

O auto de prisão em flagrante é um termo formal, lavrado pela autoridade competente, para indicar todas as circunstâncias da prisão em flagrante que, para ter validade tem que atender todos os requisitos legais (ACQUAVIVA, 2009).

De Plácido e Silva aponta que o APF deve conter: designação do local e hora em que ocorreu o ato ilícito e a indicação deste; menção do condutor, pessoa que efetuou a prisão e que levou o criminoso até a autoridade policial, e das testemunhas, que confirmem a asserção primeiro; assinatura do preso ou, quando analfabeto, de alguém por ele, a seu rogo, e de duas testemunhas. (1982. P.248).

É necessário ainda para a validade do APF, que o mesmo seja encaminhado para o juiz competente para que se manifeste acerca da prisão no prazo de vinte e quatro horas, acompanhado de todas as oitivas colhidas; e que a nota de culpa seja entregue ao preso também no prazo de vinte e quatro horas, contendo o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas (Art.306,§1º-CPP).

Segundo brilhantemente ensina Fernando Capez (2012, p.322\327), são as seguintes as etapas do auto de prisão em flagrante:

Antes da lavratura do auto, a autoridade policial deve entrevistar as partes (condutor, testemunhas e conduzido) e, em seguida, de acordo com sua discricionária convicção, ratificar ou não a voz de prisão do condutor. Não se trata, no caso, de relaxamento da prisão em flagrante, uma vez que, sem a ratificação, o sujeito se encontra apenas detido, aguardando a formalização por meio da ordem de prisão em flagrante determinada pela autoridade policial. O auto somente não será lavrado se o fato for manifestamente atípico, insignificante ou se estiver presente, com clarividência, uma das hipóteses de causa de exclusão da antijuridicidade, devendo-se atentar que, nessa fase, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, não podendo o delegado de polícia embrenhar-se em questões doutrinárias de alta indagação, sob pena de antecipar indevidamente a fase judicial de apreciação de provas; permanecendo a dúvida ou diante de fatos aparentemente criminosos, deverá ser formalizada a prisão em flagrante.

Nos termos do art. 306, *caput*, do CPP, a autoridade policial deve comunicar imediatamente o lugar onde a pessoa se encontre presa ao juiz competente, ao Ministério Público e à sua família ou alguém indicado (CF, art. 5º, LXIII, 2ª parte). Nesse ponto, a Lei n. 12.403/2011 trouxe uma inovação, qual seja, a comunicação imediata da prisão também ao Ministério Público. O advérbio de tempo imediatamente quer dizer logo em seguida, ato contínuo, no primeiro instante após a voz de prisão. Em tese, isso deveria ser feito antes mesmo de se iniciar a lavratura do auto, por qualquer meio disponível no momento, desde que eficaz (telefone, fax, mensagem eletrônica etc.). Na prática, porém, tal comunicação acabará sendo feita somente ao final do prazo de conclusão do auto, que é de vinte e quatro horas. Não foi esse, no entanto, o intuito da lei, devendo o Poder Judiciário e o Ministério Público estruturarem sistema de plantão à noite e aos feriados.

Durante a elaboração do flagrante, será tomado o depoimento do condutor (agente público ou particular), que é a pessoa que conduziu o preso até a autoridade. Em seguida, a autoridade colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso (CPP, art. 304, *caput*). O condutor não precisa aguardar a oitiva das testemunhas, o interrogatório do acusado e a consequente lavratura do auto de prisão para lançar a sua assinatura e ser liberado. Trata-se da

aplicação do princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da CF, visando à maior celeridade. O condutor, normalmente um policial militar que se viu obrigado a deixar, provisoriamente, sua atividade de policiamento preventivo ostensivo, para apresentar o preso ao delegado de polícia, poderá ser dispensado logo após ser ouvido. Assim, a autoridade policial, após colher sua oitiva, estará autorizada a entregar-lhe cópia do termo, bem como o recibo de entrega do preso, liberando-o do compromisso burocrático de aguardar a finalização do, em regra, demorado procedimento.

Após a oitiva e dispensa do condutor, com fornecimento do recibo de entrega do preso, serão ouvidas as testemunhas, presenciais ou não, que acompanharam a condução, no número mínimo de duas, admitindo-se, porém, que o condutor funcione como primeira testemunha, o que significa a necessidade de ser ouvido, além dele, somente mais uma (cf. *RT*, 665:297). No caso de crime de ação privada ou pública condicionada à representação do ofendido, deve ser procedida, quando possível, a oitiva da vítima. Após cada depoimento, serão colhidas as suas respectivas assinaturas. A testemunha lançará sua assinatura logo em seguida ao seu depoimento, em termo próprio, devendo ser imediatamente liberada. Na falta de testemunhas presenciais da infração, deverão assinar o termo com o condutor pelo menos duas pessoas que tenham testemunhado a apresentação do preso à autoridade (as chamadas testemunhas de apresentação, instrumentais ou indiretas, cujo depoimento serve apenas para confirmar a apresentação do preso para a formalização do auto).

As partes, condutor e testemunhas, serão inquiridas separadamente, em termos próprios e separados uns dos outros, reunindo-se tudo, ao final, no momento de formação do auto de prisão em flagrante. Assim, cada uma dessas partes poderá ser dispensada tão logo encerre sua oitiva. A autoridade policial deverá zelar para que fique assegurada a incomunicabilidade entre as testemunhas, de sorte que uma não ouça o depoimento da outra, assim como não deverá ser permitido qualquer contato entre condutor ou testemunha que já tenha falado e aquelas que aguardam inquirição, preservando-se, desse modo, o correto esclarecimento dos fatos.

Em seguida à oitiva das testemunhas, proceder-se-á ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita (CPP, art. 304), devendo alertá-lo sobre o seu direito

constitucional de permanecer calado (CF, art.5º, LXIII). O acusado será interrogado em termo próprio, antes da lavratura do auto de prisão.

Somente após a oitiva dos condutores, testemunhas, vítima e apresentado, o auto será lavrado pelo escrivão e por ele encerrado, devendo ser assinado pela autoridade e o conduzido, observando-se que condutor, testemunhas e, eventualmente, vítima já tiveram as suas assinaturas coletadas em termo próprio. Ao redigir o auto de prisão em flagrante, a autoridade policial cuidará de reunir as peças anteriormente produzidas.

No caso de alguma testemunha ou o ofendido recusarem-se, não souberem ou não puderem assinar o termo, a autoridade pedirá a alguém que assine em seu lugar, depois de lido o depoimento na presença do depoente (CPP, art. 216). Se o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto será assinado por duas testemunhas (instrumentárias) que tenham ouvido a leitura, na presença do acusado (art. 304, § 3º, com a redação determinada pela Lei n. 11.113/2005). A antiga redação do art. 304, § 3º, exigia que a leitura tivesse ocorrido na presença do acusado, condutor e testemunhas.

Encerrada a formalização do auto, a autoridade policial deverá, no prazo máximo de vinte e quatro horas, remetê-lo à autoridade judiciária para as providências previstas no art. 310 do CPP: relaxamento da prisão, se ilegal; conversão do flagrante em prisão preventiva; ou concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. Importante ressaltar que a lei fala em dois momentos distintos. Em primeiro lugar, deve ser feita a comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada. A prescrição legal visa propiciar ao preso a garantia de que o magistrado terá rápido acesso ao auto de prisão em flagrante, possibilitando, com isso, o imediato relaxamento da prisão, se ilegal, tal como determina o art. 5º, LXV, da CF, impedindo, com isso, que o indivíduo seja mantido no cárcere indevidamente. A finalidade do dispositivo é a de, nitidamente, proteger a pessoa presa de eventuais abusos na atuação dos agentes públicos encarregados da função persecutória.

O desrespeito à formalidade de entrega do auto de prisão em flagrante, no prazo de até vinte e quatro horas da prisão, à autoridade competente, não provoca, por si só, o relaxamento da prisão, se estiverem preenchidos os requisitos formais e materiais, embora possa caracterizar crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 4º, c), e infração administrativa disciplinar. Nesse sentido, inclusive, há antigo julgado do Superior

Tribunal de Justiça: “A Constituição da República, dentre as garantias individuais, registra o direito de a prisão ser comunicada ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII). A inobservância é idônea para ilícito administrativo. Por si só, entretanto, não prejudica a validade da investigação” (STJ, 6ª T., RHC 6.210/GO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 10-3-1997, *DJ*, 12 maio 1997, p. 18843, *Lex-STJ*, 98/342).

A lei previu que a autoridade policial estará, igualmente, obrigada, em até vinte e quatro horas após a realização da prisão, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, a encaminhar cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública (art. 306, § 1º, 2ª parte), passando a garantia da assistência do advogado a ter plena aplicabilidade. Mencione-se que, caso o auto de prisão em flagrante não seja remetido à Defensoria Pública no prazo de vinte e quatro horas, não se imporá o relaxamento da prisão.

Constatando a autoridade policial que se trata de crime afiançável, poderá conceder fiança (no valor de 1 a 100 salários mínimos), nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. Para pena máxima superior a quatro anos, só o juiz pode fixar (no valor de 10 a 200 salários mínimos). 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 quarenta e oito horas (CPP, art. 335). O valor correspondente à fiança deverá ser depositado em agência bancária, mediante guia própria e anotado no livro de fiança. Nos horários em que não houver movimento bancário, como à noite, domingos e feriados, o valor arbitrado pelo delegado ficará com o escrivão de polícia, o qual assumirá o encargo como depositário e os riscos daí decorrentes.

4.1.4 A figura da prisão em flagrante com o advento da lei 12.403\11

No passado, era possível a manutenção da prisão em flagrante sem a necessidade da imediata análise quanto sua legalidade e necessidade de sua manutenção. Tal medida trouxe ao sistema carcerário brasileiro uma superlotação nos presídios que, ainda hoje não consegue ser solucionado pelas autoridades administrativas.

Na tentativa de conter tal problema político-social, a Lei 12.403\11 alterou-se a prisão em flagrante, no sentido de eliminar sua absoluta autonomia que a permitia perdurar durante todo o processo sem que fosse convertida em preventiva. Neste sentido, ressalta Mougout:

Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pala doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo o qual a prisão em flagrante poderia perdurar todo processo, sem que em momento algum fosse convertida em prisão.

Assim, supracitada lei instituiu o art.310, *caput* do CPP, segundo o qual o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante deverá fundamentadamente: relaxar a prisão em flagrante; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando a aplicação das medidas cautelares se demonstrarem insuficientes; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tal preceito legal cumpre ressaltar, está em consonância com a resolução nº87\2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que já previa a necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que os requisitos estivessem devidamente comprovados.

Portanto, conclui-se que a prisão em flagrante tem por único e exclusivo objetivo obstar a prática criminosa não sendo meio hábil para manter o réu encarcerado no decorrer do processo. Neste prisma, o novo preceito legal consagrou a prisão em flagrante como uma medida "pré-cautelares" ou de "subcautela". A alteração da natureza da prisão em flagrante é brilhantemente explicada no julgado abaixo, senão vejamos:

O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo, não basta por si só. Trata-se de uma medida pré-cautelares, devido sua precariedade (único caso previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado de prisão; devendo ser submetida ao crivo do julgador que a homologará ou não. Não está dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Desarte, é preciso que o magistrado, após o requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelares, nos termos no art.310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não sendo possível a

conversão automática do flagrante em prisão preventiva (TJRS, 7º Câmara Criminal, HC 70016357089, rel. Nereu Giacomolli, j.31.8.2006).

Outro ponto relevante de alteração acerca da prisão em flagrante com o advento da lei 12.403/11 diz respeito à supressão da necessidade de vistas para manifestação do Ministério Público, antes da decisão judicial acerca da concessão da liberdade provisória nos casos em que o flagranteado praticou o delito amparado pelas excludentes de ilicitude, bem como quando se verifica que não há no caso concreto os pressupostos ensejadores da prisão preventiva, à luz do disposto nos arts.310, parágrafo único e 321, ambos do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, o professor Auri Lopes Jr. faz severas críticas ao legislador ao permitir que a prisão preventiva seja decretada de ofício, uma vez que gera a violação da imparcialidade, senão vejamos:

Talvez o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terceiro, um estar alheio aos interesses das partes na causa (2011, p. 70).

Já outra parte dos doutrinadores entendem não haver violação do sistema acusatório, já que apenas estar-se-ia convertendo o ato administrativo em jurisdicional.

4.2 A prisão preventiva

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão provisória, cabível desde que preenchidos os requisitos legais ensejadores, a qualquer momento, no decorrer do inquérito ou durante o processo até antes do trânsito em julgado da sentença penal, mediante ordem judicial devidamente fundamentada, desde que não seja possível a aplicação de uma medida cautelar, considerando que a liberdade é a regra (Art.311 e 315-CPP).

É uma espécie de prisão de natureza cautelar cujo objetivo é a tutela da sociedade, da investigação criminal, do processo penal e da aplicação da pena.

Logo, a prisão preventiva jamais poderá configurar como uma espécie de

antecipação de pena, por violação ao princípio constitucional da presunção da inocência (STF, 1º turma, HC 90.464/RS, rel. Ricardo Lewandowski, DJU,4.5.2007)

Geraldo Prado esclarece que a decretação e a manutenção de uma prisão preventiva sempre deverão obedecer à excepcionalidade, a qual deve ser considerada sob três ângulos: o primeiro impõe a vinculação do legislador e do juiz a determinados parâmetros que constituem proibição à decretação da prisão preventiva; o segundo, diz com a possibilidade de que se alcance a tutela do processo por meios menos invasivos aos direitos do imputado do que a prisão preventiva e o terceiro, segundo o autor, diz respeito ao tempo da prisão preventiva:

A medida temporal é, talvez, o ponto mais sensível da regulação da prisão preventiva, pois confronta a necessidade imperiosa da prisão cautelar (função processual) com limites prognosticados a partir de um juízo de valor da acusação (sentença condenatória em perspectiva e o montante de pena provável – mérito substantivo) e a garantia a um processo sem dilações indevidas e que obedeça ao prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/1988). Tudo isso tendo como paradigma o procedimento penal, com os prazos legais previstos para os diversos atos e emissão da sentença e nuances de cada processo (121-122).

4.2.1 Requisitos da prisão preventiva

Partindo da premissa que, em nosso ordenamento jurídico atual, mais do que nunca, a liberdade é regra, sendo a prisão medida extremamente excepcional, para que a prisão preventiva seja decretada é imperioso o preenchimento satisfatório de todos os requisitos legais arrolados em lei, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O requisito *fumus boni iuris* ocorre quando existe uma probabilidade concreta que o agente tenha cometido um fato típico e ilícito, ou seja, desmembra-se em dois pressupostos básicos (Art.312-CPP): a prova do crime, ou seja, é imprescindível que o crime esteja cabalmente comprovado quanto a sua existência. Ademais, para ser possível o decreto de prisão preventiva se faz necessário ainda, que, o crime em questão tenha a pena máxima cominada superior a quatro anos; e os indícios de autoria, que implica em ao menos indícios suficientes que indiquem, de forma real e segura, que àquela pessoa a ser presa é provavelmente o autor do crime.

Aliado a “fumaça do bom direito” teremos o requisito do *periculum in mora* que se traduz na necessidade da prisão, consoante as hipóteses de necessidade arroladas no Art.312-CPP, quais sejam: a garantia à ordem pública, que fica demonstrada quando o indivíduo a ser preso possui uma vida pregressa de constante envolvimento na prática de vários delitos, e se em liberdade certamente voltará a delinquir; ou quando o agente cometeu um crime muito grave que causou grande comoção social; a garantia à ordem econômica: corre quando existem circunstâncias que envolvem situações econômico-financeiras que podem causar prejuízo a toda sociedade e ao próprio Estado; a garantia à instrução criminal que relaciona-se a uma forma de proteção ao processo, de modo a impedir que o indivíduo pratique alguma conduta que interfira ou impeça a colheita de provas durante o inquérito ou a instrução criminal; e, a garantia à aplicação da Lei penal, que visa proteger o que dispõe o direito penal no que tange à aplicação da pena, de forma que visa impedir que o agente fuja, pois o mesmo está tendo um comportamento de que, se for condenado não cumprirá a pena desmoralizando a lei penal brasileira.

4.2.2 Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva

As hipóteses de decretação da prisão preventiva estão taxativamente arroladas do art.313 do Código de Processo Penal, o que segundo a melhor doutrina, devem ser analisadas segundo o critério cumulativo.

Antes do advento da Lei 12.403\11, os motivos ensejadores do decreto prisional preventivo eram baseados, em suma, pela prática de crimes dolosos, a natureza da espécie de apenamento e o envolvimento com a prática de violência contra a mulher. Após referida lei, as hipóteses de decretação da prisão preventiva passaram a ser:

I- crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos;

II- condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art.64, inciso I do Código Penal;

III- crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência para garantir a exceção de medidas protetivas de urgência.

Diante do exposto, concluímos que, no que tange as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, a lei 12.403\11 tornou indiferente a natureza da pena cominada, vale dizer, se de reclusão ou detenção, mas fez uma ressalva da necessidade da pena máxima cominada para o delito ser superior a quatro anos. Ademais, ampliou como hipótese de cabimento, não só no caso de violência contra mulher, mas também contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Por fim, outra alteração legislativa introduzida pela lei em estudo, é a possibilidade da ocorrência da prisão preventiva quando: houver dúvidas sobre a identidade do agente e, não for possível por qualquer meio identificá-lo (art.313, §único-CPP); se o agente descumprir medida cautelar anteriormente imposta (art.312, §único-CPP).

4.2.3 Legitimação para decretação da prisão preventiva

Antes da lei 12.403\11, a decretação da prisão preventiva poderia ocorrer em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, de ofício pelo juiz, ou mediante requerimento do Ministério Público ou do querelante ou medianterepresentação da autoridade policial.

Já com a nova redação do art.311 do CPP, manteve-se a possibilidade de decretação da preventiva, tanto na fase de inquérito quanto decorrer no processo. Porém, inovou ao instituir que o juiz só pode determinar a preventiva de ofício no curso da ação da penal; e ao atribuir legitimidade tanto ao querelante quanto ao assistente para requerer tanto a prisão preventiva quanto a imposição de medidas cautelares.

4.3 A prisão domiciliar

A prisão domiciliar é uma forma de cumprimento da prisão preventiva, introduzida pela lei 12.403\11, consistente no recolhimento do réu em sua residência quando o mesmo se adequa as hipóteses legais de ocorrência, não podendo dela se ausentar sem

que haja autorização judicial.

Para ser aplicável ao caso concreto é necessário a comprovação de uma das hipóteses elencadas no art.318 do Código de processo Penal:

I- maior de oitenta anos;

II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência;

IV- gestante a partir do 7º sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco;

A prisão domiciliar como forma de cumprimento de prisão preventiva se diferencia daquela prevista no art.117 da lei 7.210/84 (LEP), pois esta última se destina ao preso condenado que esteja cumprindo pena em regime aberto, bastando que o condenado tenha 70 (setenta) anos de idade, tenha sido acometido de doença grave; que a condenada tenha filho menor ou deficiente físico ou mental (a jurisprudência tem aderido à isonomia ao condenado), bem como a condenada gestante. Nota-se que nos últimos casos, a presente lei apresenta requisitos mais brandos do que no caso da prisão provisória. Na opinião de Moacir Martini Araújo (2011):

[...] constitucionalmente falando, face à individualização da pena e a isonomia, uma vez que, se analisarmos friamente, verificaremos que está dando tratamento prejudicial ao preso provisório e beneficiando o preso que foi definitivamente condenado, o que, por conseguinte, nos leva a entender que há também violação ao princípio do estado de inocência (www.ambito-juridico.com)

Ademais, também não pode ser confundida com a medida cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folga, pois esta é uma medida cautelar autônoma, que deve ocorrer apenas no período noturno e dias de folga, e tem por objetivo dificultar a prática de outras infrações penais.

4.4 A liberdade provisória à luz da lei 12.403/11

Segundo Capez, a liberdade provisória é um “instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo diante descumprimento das condições impostas” (2012, p.348).

O juiz, verificando que não é caso de relaxamento de prisão e nem que exista nenhuma das hipóteses de decretação da prisão preventiva, deverá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme o caso (Art.321-CPP).

Existem três espécies de liberdade provisória, conforme a construção doutrinária:

A liberdade provisória obrigatória que ocorre quando a liberdade é um direito do acusado, devendo ser concedida de forma incondicional. Trata-se das hipóteses de infração penal para as quais não são cominadas penas privativas de liberdade; no caso das infrações de menor potencial ofensivo; em acidentes de trânsito que resultem em vítimas, havendo prestação de socorro; e quando agente pratica o ilícito amparado por uma das hipóteses de excludente da ilicitude. Nas hipóteses acima assinaladas, não haverá a imposição de qualquer medida ao se conceder a liberdade, tão somente se fará o termo de comparecimento a todos os atos do processo.

A outra modalidade é a liberdade provisória permitida, que é cabível quando estiverem ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, podendo impor aplicação de alguma medida cautelar, se for o caso, observando os critérios do Art.282\321-CPP.

Por fim, têm-se a liberdade provisória vedada, que é aquela que a própria lei impede a concessão da liberdade provisória. É totalmente inconstitucional qualquer dispositivo legal que impeça o juiz de conceder a liberdade provisória, independente da natureza ou gravidade da infração penal.

Será concedida a liberdade com o pagamento de fiança, que é a regra em nosso ordenamento, salvo nos casos em que a lei expressamente vede tal concessão, como as hipóteses elencadas nos arts.323\324-CPP, quais sejam: aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida; aos que, no mesmo processo, tiverem infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP; nos crimes de racismo; nos hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo;

nos crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; no caso de prisão civil e militar; quando estiver presente qualquer dos motivos que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312). Em se tratando destas infrações inafiançáveis, não havendo necessidade de manutenção da prisão preventiva será possível a concessão da liberdade provisória, obviamente, sem fiança.

No que tange a concessão da liberdade provisória com o pagamento de fiança esta ser concedida pela própria autoridade policial nos delitos cuja pena privativa máxima cominada não seja superior a quatro anos, podendo variar de um a cem salários mínimos; ou ser determinada pelo juiz em qualquer espécie de infração penal, variando seu valor, de um a duzentos salários mínimos de acordo com a pena máxima do delito. Ademais, os valores da fiança poderão ser dispensados, reduzidos em até 2\3 ou aumentado em até mil vezes, conforme recomendar a situação econômica do preso. (arts.322 e 325 do CPP)

A concessão da fiança, bem como o seu valor, serão arbitrados pelo juiz, considerando as circunstâncias pessoais do acusado e a gravidade da infração por ele supostamente cometida (Art.326-CPP).

4.5 As medidas cautelares

Buscando alinhar-se a legislação de Portugal e Itália, mas de uma forma com o maior equilíbrio entre os anseios da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais, as medidas cautelares foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 12.403\11, com o objetivo de que o juiz, pautando-se na necessidade, na adequação e na proporcionalidade da medida, ao invés de impor a prisão preventiva, em razão de seu caráter extremamente excepcional, a substitua pela aplicação de medidas cautelares, pois se esta é for suficiente para assegurar o processo, deve-se utilizar a de menor gravame.

O Art.319-CPP trouxe o rol de medidas cautelares passíveis de serem aplicadas, isolada ou cumulativamente, desde que compatíveis entre si, por meio de ordem judicial fundamentada.

Durante o inquérito policial, o juiz só poderá impor medidas cautelares mediante

requerimento do ministério público ou da autoridade policial. Já durante o processo, o juiz poderá decretá-la de ofício pelo juiz ou através de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público (Art.282, §2º-CPP).

A escolha da medida cautelar compete ao juiz, que o fará de acordo com a que for mais adequada ao caso concreto, conforme as circunstâncias do crime e as condições pessoais do acusado; sendo também de sua competência determinar o prazo e as condições de cumprimento da medida imposta (Art.282-CPP). Assim para aplicar uma medida cautelar o juiz terá que avaliar se no caso concreto há necessidade, conveniência e imprescindibilidade da medida para assegurar (Art.282-CPP): a aplicação da lei penal; a investigação ou a instrução criminal; ou, evitar a prática de infrações penais.

Como se percebe, os requisitos ensejadores da aplicação da medida cautelar são os mesmos da prisão preventiva, cabendo ao juiz, pautando-se na premissa que sempre se deve buscar a medida menos grave ao réu, qual será a suficiente capaz de atender os requisitos legais de decretação (CAPEZ, 2012).

4.5.1 Rol de medidas cautelares

Segundo dispõe o Art.319-CPP, com redação dada pela Lei 12.403\11, as medidas cautelares cabíveis de serem aplicadas são:

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.

Cap.5

A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA FRENTE A LEI 12.403\11

A situação carcerária brasileira é bem demonstrada nas palavras de Araújo:

Se fosse uma cidade, a população carcerária brasileira estaria entre as maiores em número de habitantes. Ficaria entre Londrina, no Paraná, e Niterói no Rio de Janeiro, embora sem o encanto e a relativa tranquilidade das duas. São 496.251 presos, 40% deles provisórios, à espera de julgamento, espalhados pelo território brasileiro. Todas as previsões feitas ao longo da década passada se confirmaram. Entre 2000 e 2010, o número de encarcerados no Brasil simplesmente dobrou de tamanho. A boa notícia é que na segunda metade da década a taxa média de crescimento caiu pela metade. São presos demais e, a rigor, esta cidade nada fictícia poderia ser maior ainda do que as capitais de Aracaju e Cuiabá, pois os números atuais não incluem os mandados de busca expedidos pela Justiça (ARAÚJO, 2011).

Com uma visão bastante clara da realidade brasileira atual, aduz Gomes:

Quem conhece minimamente o sistema carcerário brasileiro sabe o quão medieval é nossa realidade penitenciária que foge completamente dos padrões civilizatórios já alcançados em outros países. O Brasil, hoje, figura como um dos países mais violentos e corruptos do mundo. As prisões brasileiras não desmentem essa assertiva, ao contrário, a confirmam de modo retumbante. Daí o acerto de todas as proposições que procurassem evitar ou suavizar ou restringir a pena de prisão. (GOMES, 2008)

Este triste cenário é fruto de um “sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, na qual a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (CPP, art. 310, na sua redação original)” conforme brilhantemente nos ensina o doutrinador Luiz Flávio Gomes (2011. p. 24).

Ainda sobre tema relevante o é a colocação de Rangel “[...] no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito”. Logo após, o autor conclui que “Prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária é para assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado suspeito, o que, por si só, é inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção”(2004, p. 643-644).

Em razão desta superlotação dos presídios, da total falta de estrutura dos presídios e, devido ao fato de que a lei em vigor não estava em consonância com os preceitos constitucionais e, nem tão pouco com os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, foi promulgada a lei 12.403\11. Neste contexto, conforme o jurista Luiz Flávio Gomes, a prisão preventiva não é mais a *ultima ratio*. Ela é passou a ser a *extrema ratio da ultima ratio*. A regra é a liberdade, a exceção são as cautelares restritivas de liberdade. (art.319, CPP). (2011)

A extrema excepcionalidade da imposição da prisão preventiva, bem como a garantia de que já mais a prisão poderá ser entendida como uma forma de antecipação da pena é brilhantemente explanada no seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E NA CONJECTURA DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações

de absoluta necessidade. a prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - a questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A prisão preventiva - enquanto medida de natureza cautelar - não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu. - a prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizado, pelo poder público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. a prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. a gravidade em abstrato do crime não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. - a natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo estado. Precedentes. O clamor público não basta para justificar a decretação da prisão cautelar. - o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - o clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (cpp, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. a preservação da credibilidade das instituições não se qualifica, só por si, como fundamento autorizador da prisão cautelar. - não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que a prisão é necessária para resguardar a "credibilidade da justiça". Ausência de demonstração, no caso, da necessidade concreta de decretar-se a prisão preventiva do paciente. - sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade

individual do indiciado ou do réu. ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. - a prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, Art. 5º, lxi e lxv) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela constituição da república, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, Art. 5º, lvii) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o poder público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do poder judiciário. Precedentes. (HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.505541-4/000 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL – Data do Julgamento: 06 de outubro de 2011).

Fernando Pereira Neto, por seu turno, afirma que "o que faz a nova lei, em apertada síntese, é simplesmente efetivar o tão badalado princípio da presunção da inocência consagrado em nossa Constituição. A reforma da lei 12.403\11 elimina a péssima cultura judicial do país de prender cauterlamente os que são presumidos inocentes pela Constituição Federal, tendo como base única e exclusivamente, a opinião subjetiva do julgador a respeito da gravidade do fato" (www.rionf.com.br/archives/1187).

Surge assim, o contexto de desencarceramento, impondo a liberdade como regra soberana e, acaso haja necessidade, a imposição de medidas cautelares paliativas que garantem o bom desenvolvimento do processo. Nas palavras de Bottini:

Esta superação da mediocre dicotomia-prisão ou nada- protege de forma mais efetiva o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas de resguardo à ordem dos trabalhos. O

acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, será a extrema e a última opção. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão. Von Liszt, 1811, já afirmava que as prisões não corrigem, não intimidam nem põe o delinquente fora do estado de prejudicar, e pelo contrário muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novel. A situação continua a mesma de dois séculos depois, e diante do fato que no Brasil cerca de 152 mil homens e mulheres são presos provisórios, as medidas de caráter descarcerizador parecem mais do que adequadas e recomendáveis. (BOTTINI, 2011)

Neste novo sistema a prisão não pode mais ser considerada a principal resposta do direito penal e, sob esta ótica a lei foi muito positiva. E nem poderia ser de outra forma, pois, consoante Camargo “[...] a prisão, além de representar uma restrição ao direito de liberdade física, consiste em um sério constrangimento para o indivíduo, já que usualmente é a pena imposta para os condenados por crime de maior gravidade. Assim, a prisão imprime o estigma de culpado ao indivíduo que ainda está sendo processado, numa clara afronta à presunção de inocência [...]” (2005, p. 257).

A atual realidade carcerária brasileira, a despeito de todas estas circunstâncias é fruto do extremo excesso na utilização das prisões, o que causa vários outros problemas, tais como a superlotação, a falta de separação entre detentos processados e condenados e, conseqüentemente, a violação de direitos fundamentais, como ao da integridade pessoal, da dignidade da pessoa humana, além da presunção de inocência, dentre tantos outros. Em verdade, esta triste situação representa uma grave afronta a toda nossa Constituição Cidadã.

Reflexo desta impiedosa situação, são os recentes dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, segundo o qual o número de presos no país chegou a 715.655, entre presos provisórios e definitivos. Desta forma, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo. Cumpre destacar que o Brasil possui capacidade carcerária para 357.219 detentos, portanto, o déficit nacional é de 210.436 presos.

Preocupado com este cenário a Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) elaborou o "Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas", no qual critica a utilização excessiva da prisão provisória em países da região". O levantamento mostrou que cerca de 40% da população carcerária brasileira é formada de detentos provisórios. Segundo a Comissão, o Brasil é o segundo país com maior população carcerária das Américas, ficando atrás apenas dos EUA. O documento diz que dos 550 mil presos no Brasil (dados de 2013, não levando em conta pessoas em situação de prisão albergue domiciliar), "uma das maiores populações carcerárias do mundo", 217 mil estão à espera de julgamento.

De acordo com o documento elaborado pela CIDH, os crimes que mais encarceram na região são, por ordem, tráfico de drogas, roubo qualificado, roubo simples, furto simples, furto qualificado e homicídio qualificado.

A Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) concluiu que existe no Brasil e demais países da América, o uso abusivo, muito frequente, das prisões cautelares, sem que a aplicação da prisão provisória respeite as normas locais dos países das Américas e normas interamericanas - alegou James Cavallaro, integrante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e acrescentou: A prisão provisória viola o direito de presunção de inocência, que é dos princípios mais básicos dos países democráticos.

Renato de Vito, diretor do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), ligado ao Ministério da Justiça, diz que tem de haver um esforço conjunto das autoridades para acabar com a crescente de encarceramento em massa. É o momento da gente parar e pensar onde vamos chegar. Tem de haver um compartilhamento de responsabilidades entre os três poderes, nas três esferas, municipal, estadual e federal - disse De Vito, lembrando da recente rebelião em Cascavel (PR) e a greve de fome de presos em unidades prisionais no Rio Grande do Norte.

O relatório recomenda aos Estados americanos "intensificar esforços e assumir a vontade política necessária para erradicar o uso da prisão preventiva como ferramenta de controle social ou como forma de pena antecipada; e para assegurar que seu uso seja realmente excepcional". Uma outra recomendação diz respeito à adoção de "outro tipo de medidas cautelares que tenham um caráter menos restritivo". Durante a apresentação do relatório, a ONG lançou a campanha "Prisão Não - Liberdade aos presos provisórios", com a exibição de vídeo com depoimento de detentos que aguardam anos na prisão o julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional brasileiro há muito deixou de ser um instrumento eficaz de prevenção-repressão-ressocialização, trinômio este a finalidade da pena, se é que algum dia já alcançou tais objetivos. O nosso atual sistema prisional é uma das mais sérias chagas sociais que o Estado brasileiro e a sociedade, como um todo, possuem. Uma dívida em aberto, pronta para ser cobrada.

Atento a esta triste realidade, foi promulgada a Lei n.º 12.403/11, com o escopo de impor a liberdade como regra, instituir as prisões cautelares como medidas extremamente excepcionais e garantir que a prisão provisória jamais poderá ser usada como forma de antecipação de pena. Com dita reforma, o Código de Processo Penal, pelo menos no que tange as questões relativas à prisão, as medidas cautelares, a liberdade e a fiança passou a estar em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil, que, em sua concepção extremamente garantista impõe a prisão como a *extrema ratio ultima ratio*.

Assim, com o advento de supracitada lei, o sistema de multicautela deveria ser efetivado, o que implicaria, aos casos concretos, a liberdade como regra, havendo necessidade a imposição de medidas cautelares e, somente se nenhuma outra medida fosse eficaz e, desde que preenchidos todos os pressupostos legais de forma cumulativa, se imporia a prisão cautelar.

Porém, ao contrário, do espírito desta lei, o que continua ocorrendo, não só no Brasil, mas em outros países da América Latina é o crescente aumento do número de presos provisórios em razão da utilização excessiva das prisões cautelares, fundadas no costume enraizado dos magistrados de utilizar a prisão como um instrumento de controle social ou de antecipação de pena em desfavor dos que são constitucionalmente tidos inocentes face ao princípio da presunção de inocência.

O que nós percebemos na realidade é uma certa dificuldade dos magistrados em dar efetividade ao que foi positivado. Nesta ótica falta equipamentos para que se possa dar cumprimento às medidas cautelares de forma a garantir a sua eficácia, e mais

que isso, falta recursos humanos para fiscalizar estas medidas. O que se observa é uma certa resistência por parte do poder judiciário em conceder as medidas alternativas à prisão, mantendo a antiga dicotomia: liberdade e, havendo necessidade, prisão. E tal resistência traz como conseqüências: o crescente número de presos provisórios; a superlotação dos presídios e o literal descumprimento das normas constitucionais e tratados internacionais sobre direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. 3^oed. São Paulo: Rideel, 2009.

ARAÚJO. Temístocles Telmo Ferreira de. Texto disponível em <www.jus.com.br/artigos/20223/lei-n-12-403-2011-analise-critica-e-propositiva-a-luz-do-cotidiano-em-face-da-sensacao-de-impunidade-e-seguranca-social> acesso em 07 de setembro de 2014 às 15h25min.

AVENA. Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: esquematizado**. 6^o ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO, texto da Constituição Federal de 1988, disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 23 de outubro de 2013 às 14h56min.

_____. PALÁCIO DO PLANALTO, texto do Código de Processo Penal, disponível em <www.planalto.gov.br> acesso em 23 de outubro de 2013 às 14h56min

BONFIM, Edilson Mougénout. **Curso de Processo Penal**. 9^o ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Texto acessado em: <www.colunasrevistaepoca.globo.com> acesso em 15 de setembro de 2014 às 15h25min.

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

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: Conflito entre Punir e Libertar**. 2^o ed. RJ: Lúmen Júris, 2005.

CRUZ, Rogério Machado. **Prisão cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas**. 3º ed. RJ: Lumen Juris, 2006.

DEMENCIAN, Pedro Henrique. **Curso de Processo Penal**. 9ºed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Prisão é exceção. Texto disponível em <www.jus.com.br> acesso em 08 de setembro de 2014 às 15h26min.

_____. Luiz Flávio. **Prisão e medidas cautelares- comentários à lei 12.403\2011**. São Paulo: RT, 2011.

JUSBRAZIL. Texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, disponível em <www.jusbrasil.com.br/legislação> acesso em 07 de setembro de 2014 às 14h15min.

_____. Texto do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, disponível em <www.jusbrasil.com.br/legislação> acesso em 07 de setembro de 2014 às 14h15min.

_____. Texto da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, disponível em <www.jusbrasil.com.br/legislação> acesso em 07 de setembro de 2014 às 14h15min.

_____. Texto de jurisprudências, disponível em www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia acesso em 07 de setembro de 2014 às 14h45min.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Caderno de doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: EDIPRO, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal interpretado. 2^oed. São Paulo: Atlas, 1997.

NETO, Fernando Pereira. Texto disponível em < www.rionf.com.br/archives/1187 > acesso em 15 de agosto de 2014 às 14h25min.

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

PACELLI, Eugênio. Texto disponível em <www.jus.uol.com.br/revista/texto/276/mp-2-088-35-a-lei-fleury-da-era-fh> acesso em 21 de agosto de 2014 às 14h00min.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas. Org. Fernandes. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção pensamento criminológico, n. 14).

JORNAL. Folha de S.Paulo. Texto disponível em <www.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml> acesso em 22 de setembro de 2014 às 15h16min.

JORNAL. O Globo. Texto disponível em <www.oglobo.globo.com/brasil/quase-metade-dos-presos-no-brasil-espera-julgamento-revela-relatorio-da-oea-13840167#ixzz3CSu5Z6Pf> acesso em 07 de setembro de 2014 às 16h45min.