



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS SOCIAIS - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

WANDERLANYA ISABEL CAMPOS CRUZ

**LEI 12.403/2011 E SEUS REFLEXOS NOS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM O
SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

BARBACENA

2012

WANDERLANYA ISABEL CAMPOS CRUZ

**LEI 12.403/2011 E SEUS REFLEXOS NOS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM O
SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Monografia apresentada no Curso em graduação em
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos
UNIPAC como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Esp. Josilene Nascimento Oliveira

BARBACENA

2012

Wanderlanya Isabel Campos Cruz

**LEI Nº 12.403/2011 E SEUS REFLEXOS NOS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM O
SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Monografia apresentada no Curso em graduação
em Direito da Universidade Presidente Antônio
Carlos - UNIPAC como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profª Esp. Josilene Nascimento Oliveira

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

Profª Esp. Geisa Rosignoli Neiva

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

Profª Esp. Odete de Araújo Coelho

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

Dedico este trabalho a Deus, a minha preciosa família e a todos aqueles que me toleraram e apoiaram nesta difícil caminhada. Por maiores que sejam os nossos interesses profissionais, às vezes, sentimos limitados e, neste momento, tudo é essencial (DEUS, FAMÍLIA, AMIGOS E FÉ).

Agradecimentos

Ao Deus todo poderoso, pela infinita misericórdia;

A minha família (esposo e filhos) pela ausência na presença, por entenderem que o crescimento é nosso e será lembrado no futuro, como exemplo e incentivo àquele que deseja algo melhor na vida;

Aos meus pais que me trouxeram ao mundo para vencer;

Aos professores deste Curso de Direito pelo conhecimento transmitido, pois, com certeza, provocou um grande crescimento pessoal e profissional.

A minha orientadora Professora Josilene Nascimento Oliveira pela paciência e ensinamentos. Saiba que consegui alcançar meu objetivo porque, com todo conhecimento que possuí, me deixou sempre confiante no objetivo a ser alcançado.

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito.
Mas no dia em que encontrares o Direito em
conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a fazer uma abordagem histórica e contextual dos principais fatores que contribuíram para o aumento da criminalidade e conseqüente aumento da população carcerária, bem como conhecer as políticas públicas adotadas, principalmente por nossos legisladores, na elaboração de leis que tentam de alguma forma minimizar os impactos para o Estado e para a sociedade no que diz respeito à segurança pública no nosso país e a atuação dos órgãos de Justiça Criminal: Judiciário, Polícia Civil e Polícia Militar. Verificou-se que com a criação da Lei nº 12403/11 houve uma considerável preocupação em tornar a prisão a *ultima ratio*. Porém, ao longo de nossa pesquisa, observamos que o Judiciário, Polícia Civil e Polícia Militar não estão preparados para aplicar a nova legislação como deveria, por falta de efetivo para a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares impostas, bem como por dificuldades econômicas do Estado em garantir instrumentos suficientes, como no caso do monitoramento eletrônico e, principalmente, pela descredibilidade na eficácia da norma. A presente pesquisa teve como metodologia a análise e leitura de artigos e livros que abordam o assunto, principalmente documentos eletrônicos, uma vez que o assunto é relativamente novo e não se tem muitas obras publicadas que tratam do assunto. Concluiu-se que a lei é benéfica se olharmos somente o lado do indivíduo que cometeu o delito ou é suspeito de tê-lo feito. ¶ Em contrapartida, encontramos toda uma sociedade temerária e descrente na justiça, principalmente aqueles que já foram vítimas de alguma violência e são obrigados a conviver em sociedade com aquela pessoa que cometeu tal ato.

Palavras-chave: Segurança pública. Criminalidade. Lei n.º 12403/11. Reflexos. Órgãos de Justiça Criminal.

ABSTRACT

This paper aims to make a historical and contextual approach of the main factors contributing to the rise in crime and the consequent increase in the prison population, as well as learn about the public policies adopted mainly by our legislators in drafting laws that try some order to minimize impacts to the state and to society as regards to public safety in our country and the actions of the organs of Criminal Justice: Judiciary, Civil Police and the Military Police. It was found that with the creation of Law No. 12403/11 there was considerable concern in making the arrest the ultima ratio. However, during our research, we observed that the judiciary, civil police and military police are not prepared to implement the new legislation as it should, due to lack of effective monitoring of compliance to precautionary measures imposed by economic difficulties as well as the State to ensure sufficient instruments, such as electronic monitoring and mainly by the efficiency of descridibilidade standard. This study was the analysis methodology and reading articles and books on the subject, especially electronic documents, since it is relatively new and does not have many published works dealing with the subject. It was concluded that the law is good if one looks only the side of the individual who committed the offense or is suspected of having done so. , In contrast, we found a whole society reckless and cynical justice, especially those who have been victims of violence and some are forced to live in society with that person who committed such an act.

Keywords: Public safety. Crime. Law no. 12403/11. Reflexes. Bodies of Criminal Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	12
2.1 Breve panorama histórico sobre o sistema carcerário brasileiro.....	12
2.2 Sistema carcerário na atualidade, seus principais problemas e o papel dos órgãos de justiça criminal,	14
3 LEI Nº 12.403/2011 E PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	18
3.1 Liberdade Provisória	23
3.2 Prisão em flagrante e prisão preventiva	26
3.3 Medidas Cautelares	27
4 PRISÃO COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO.....	32
5 PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS ÓRGÃOS QUE COMPÕE O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL	36
5.1 Judiciário.....	36
5.2 Polícia Militar	39
5.3 Polícia Civil.....	40
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

Os cidadãos ditam sua forma de vida através de seus hábitos, costumes, formas de agir e de se interagir uns com os outros, sendo verdadeiros seres gregários por excelência.

Deste modo, para que a harmonia reine no seio dos homens e as possíveis controvérsias existentes possam ser dirimidas de forma adequada e conhecida por todos, se faz imprescindível que normas sejam editadas, regulamentando aquilo que pode ou deve ser feito e, na mesma esteira, aquilo que não pode e não deve ser feito por todos aqueles que se encontram sob o julgo da referida norma.

A questão da segurança pública no Brasil tem sido cada vez mais discutida e sentida pela população. Não raras as vezes que notamos a violência entrando em nossa casa seja através de notícias de um de nossos conhecidos ou da mídia que tem divulgado cada vez mais os crimes graves e provocado nas famílias o medo de ser vitimada.

Até o ano de 2003 as políticas nesta área praticamente não existiam e não faziam parte do discurso político, ou seja, não era assunto de interesse e por isto não entrava em pauta para ser debatida entre os poderes. As mudanças se tornariam inevitáveis frente ao aumento populacional e fez-se necessário um preparo para a receptividade destas inovações do nosso Código de Processo Penal, como aduz o texto abaixo:

É, fato notório que a criminalidade também evolui e se altera no mesmo ritmo que a sociedade. Embora os pilares constitucionais da persecução penal sejam mais ou menos estáveis, fundamentados na ampla defesa, no contraditório, no direito de liberdade como regra, respeito aos direitos humanos, e na oficialidade, era certo que o processo penal não tardaria a demandar por mudanças. Mas admitir estas mudanças como necessárias não significa, por outro lado, asseverar que aquelas que estão sendo paulatinamente inseridas no processo penal estejam corretas ou sejam as mais eficazes. (MEZZOMO, 2012)¹

Em meados do ano de 2003, a segurança pública teve um maior destaque, dispensando-se uma atenção especial aos indicadores de criminalidade e diversas políticas públicas nesta área se tornaram objetos de uma análise por parte de todos. As questões relacionadas ao sistema prisional começaram a ser discutidas, mormente quanto a ressocialização do preso. Manter um preso é um alto custo para o Estado e a Lei n.º 12.403 de 2011 é uma tentativa de minimizar este problema, já que implementa políticas para evitar o recolhimento e agilizar o processo criminal.

Normalmente, a positivação de condutas se dá a reboque de sucessivos acontecimentos que não condizem com o aceitável pelo corpo social. Assim, a partir do

¹ www.jus.com.br

momento em que a sociedade demonstra reiteradamente sua insatisfação com determinados comportamentos, o legislador cria a norma, regulamentando o que pode ou não ser feito.

Neste diapasão, vemos a nova regra estabelecida pela edição da Lei nº 12.403/11 que marca um momento vivenciado por parte da sociedade brasileira, onde a supremacia do poder punitivo do Estado-Juiz deve ser entendida de forma a privilegiar o máximo a liberdade do ser humano.

A nova temática implementada com a Lei nº 12.403/11 trouxe para o mundo jurídico algumas posições que já eram aplicadas, mas com base jurisprudencial e doutrinária, bem como outras que os mesmos seguimentos reclamavam mudanças, como no caso do instituto da fiança, que ganhou um viés capaz de realmente fazer do afiançado um cumpridor de suas obrigações. A lei implantou reformas favoráveis ao entendimento de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mas necessária, devidamente regrada e fundamentada.

O Direito Penal no Brasil tem se pautado com a política do Direito Penal Mínimo, onde o Estado busca intervir o mínimo possível na seara penal e a nova lei consagra esse princípio.

O longo período em que a prisão decorrente do ato de flagrância vigorou em nosso sistema penal, sem obrigatoriedade de análise imediata da necessidade de manutenção, trouxe para o conjunto carcerário brasileiro um inchaço que as administrações executivas não conseguiam abarcar e suprir as demandas.

Hoje, o Juiz deve analisar se a reprimenda do cerceamento da liberdade do cidadão deve ou não ser efetivada, não se limitando à análise da legalidade ou não do flagrante, mas sim, deve o magistrado, de ofício, verificar se há necessidade de decretar a prisão preventiva.

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 a sua influência sobre os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal no estado de Minas Gerais.

Iremos analisar em primeiro plano o surgimento histórico do nosso atual sistema carcerário e o que levou nosso legislador a criar uma lei cuja finalidade é desafogar o sistema carcerário e a diminuição do efeito da criminalidade. Outro ponto, notavelmente abordado, diz respeito à preocupação com a manutenção dos vínculos sociais do apenado.

Abordaremos as principais alterações sofridas em alguns artigos do Código de Processo Penal, em destaque para aquelas que de alguma forma influenciarão a atuação dos órgãos de justiça criminal, analisando se essas mudanças são positivas ou não.

2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

2.1 Breve panorama histórico sobre o sistema carcerário brasileiro

Desde os mais remotos tempos o homem teve a preocupação de tentar conter aqueles que, de certa forma, não cumprissem com as normas vigentes. Pessoas que não se enquadravam na filosofia, ideais, política, pensamentos e vaidades do governante eram castigadas e aprisionadas.

No Brasil o primeiro registro de encarceramento ocorreu no século XV, na época da colonização, com os índios, primeiros habitantes, que não se enquadravam ao modelo europeu dos portugueses que aqui vieram para colonizar essa terra, sendo eles castigados e aprisionados, numa tentativa de domesticá-los. E é desta data que temos os primeiros relatos de que aqui numa tentativa de conter os chamados degredados eles eram mandados para o Brasil numa forma de punir e exilar esses infratores. Esta pena era aplicada àqueles que praticavam o duelo, feriam alguém com arma de fogo, tentavam ou entravam em casa alheia, quem resistia a ordens judiciais, falsificavam documentos e praticava o contrabando de metais e pedras preciosas.

A primeira prisão brasileira foi construída no Rio de Janeiro/RJ, ainda no período colonial recebendo a denominação de Casa de Correção. Esta prisão era para todos os considerados desajustados, que não obedeciam o modelo vigente. Ela serviu para aprisionar os índios e escravos, abrigar crianças abandonadas, funcionar hospício para doentes mentais e asilo para os presos políticos. Era um local para criminosos que cometeram os mais diferentes crimes, sem distinção de gravidade ou periculosidade.

As primeiras prisões, embora não tivessem essa denominação, foram as senzalas que eram feitas de madeira e a segurança era precária, mas mesmo assim conseguia manter seus presos em seu interior e sem possibilidade de fuga, depois surgiram as grandes fortalezas construídas em lugares inóspitos, cercada por imensos muros ou em ilhas de difícil acesso.

Somente com a Constituição de 1824 é que uma pequena preocupação com as prisões, seu funcionamento e sua destinação começou a surgir, sendo estabelecida pela norma vigente que elas deveriam ser seguras, limpas e arejadas e que era importante haver uma separação dos presos conforme a natureza dos seus crimes.

Segundo Fazenda (1921, p. 21), relatos de presos daquele período mostram que eles eram extremamente subnutridos, se encontravam-se em condições precárias e viviam em celas superlotadas.

Passado esse período colonial veio o período republicano e com ele o Código Penal de 1890 que exigiu que a estrutura penitenciária fosse reformulada e que fossem garantidos aos presos a sua segurança, celas apropriadas e higiênicas, vigilantes que fizessem a guarda do estabelecimento, respeito ao regime carcerário aplicado, penas não excedentes a trinta anos, veto a pena de morte e pena perpétua. Estes ditames legais não condiziam com a realidade dos presídios brasileiros que eram muito precários, com excesso de detentos e pouca higiene.

Nesse período surge também o trabalho do preso como tentativa de recuperação e auxílio ao custeio de suas despesas. Uma parcela da remuneração do trabalho do preso era destinado para a sua família e a outra parte era entregue quando da concessão de sua liberdade, para que não ficassem sem estímulo.

Infelizmente, o Estado não estava preparado para garantir que o preso tivesse qualificação, matéria prima e legislação trabalhista que o amparasse, dificultando assim o trabalho e contribuindo para a ociosidade do preso. Uma série de equívocos tornou o trabalho do detento um castigo e não uma reabilitação. Temos um exemplo muito claro que foi a fundação da Colônia Correcional da Fazenda Boa Vista, na Paraíba, criada para que os presos nela trabalhassem e produzissem alimentos para sua subsistência, mas transformada em depósito de andarilhos que eram encontrados vagando pelas cidades e infratores de todo tipo.

Inúmeras foram as tentativas de se encontrar um modelo ideal de sistema prisional que atendesse a dignidade do preso e a sociedade. No início do século XX foram criados diferentes tipos de prisões voltados para um público diversificado. Era uma espécie de prisão que buscava uma adequação entre os tipos de crime e a finalidade prisional, dividindo-os em cinco categorias: menores, contraventores, processados, loucos e mulheres.

Esse modelo se aproxima muito do atualmente adotado, talvez tenha sido o maior avanço no sistema prisional, não a melhor solução, mas a percepção de que não é sensato misturar indivíduos com grau de infração e periculosidade tão diferentes, com certeza foi um grande progresso. Podemos dizer que esse novo mecanismo tinha por objetivo reforçar a ordem pública, protegendo a sociedade através de uma profilaxia apropriada: o isolamento em um espaço específico.

Mais uma vez o governo, na desenfreada tentativa de aprimorar o nosso sistema prisional, lançou mão de inúmeras medidas a saber: a criação de uma prisão correcional cuja função era abrigar os condenados a prisão com trabalho; a criação de prisões agrícolas que tinham por objetivo afastar os delinquentes das cidades; a elaboração do regimento das correições dando oportunidade aos presos de fazerem suas queixas; a criação do Código

Penitenciário da República, que previa diversas modalidades de prisão, como a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, sendo que cada modalidade era cumprida em estabelecimento penal específico, sendo que a questão penitenciária tratava, do ponto de vista ideal, mais do que nunca, das funções que a pena deveria exercer na vida social; a criação dos Sanatórios Penais, os quais visavam separar dos presos ditos sadios dos tuberculosos, leprosos e toxicômanos/alcoólatras, um projeto de implantação da Cidade Prisional e da Cidade dos Menores visando a modernização e humanização do preso e por fim a criação do Selo Penitenciário cuja venda seria convertida em reforma dos estabelecimentos prisionais.

Acerca das mudanças no sistema prisional, Brito destaca que:

O ideal reformador defrontou-se com as reais condições das prisões. No interior do país o problema chegou a ser desesperador. Problema esse que se arrastou ainda por muito tempo, e, que nem o Código Penal de 1940 conseguiu corrigir na prática dada a insuficiência das prisões municipais onde se acumulam, entre paredes e grades, homens de todas as condições sociais, e até menores, mulheres e loucos. E o que mais chocante é, muitas delas de fachadas modernizadas, por exigências de urbanismo, mas cujo interior vale por um escárnio e por um contraste desalentador do que se mostra fora . (BRITO, 1942, p.442)

A história do sistema prisional brasileiro foi marcada por inúmeras tentativas frustradas de aperfeiçoamento, talvez por falta de um objetivo sólido, plausível que justificasse as medidas adotadas. Foram artimanhas utilizadas para banir do convívio social os inimigos do Estado quer por motivos sociais, políticos, ideológicos ou de ordem.

Infelizmente hoje colhemos os frutos dos delírios e utopias de governos que não adotaram boas políticas e estratégias para melhorar o sistema prisional, revelando um total descaso e criação de modelos inviáveis. Estamos vivendo um momento de verdadeiro colapso do sistema, que remonta o início da colonização de nosso Brasil.

2.2 Sistema carcerário na atualidade, seus principais problemas e o papel dos órgãos de Justiça Criminal

Certamente um país imenso como o nosso e de profunda desigualdade social, não é de se espantar o aumento da criminalidade e adoção de medidas coercitivas, dentre elas o encarceramento dos infratores. Estamos vivendo uma crise crônica no nosso sistema prisional, prisões superlotadas, higiene e espaço físico precários, desrespeito à dignidade humana, dentre outros.

É fato que as taxas de violência e criminalidade estão aumentando consideravelmente, sem que haja uma medida eficaz que consiga minimizar à curto prazo esse problema. Segundo Saporì (2006, p. 52) a segurança pública no Brasil é uma grande preocupação que vem se acentuando nos últimos 20 anos.

Para chegar neste contexto foi necessário analisar questões relacionadas a ordem pública em comparação com diversos países mais desenvolvidos e os que fazem parte da América Latina para entendimento perfeito das questões relacionadas à criminalidade e o que a torna comum em diversos países, bem como as soluções que se aproximam mais do sucesso.

Entender o surgimento das forças policiais e como se chegou a este modelo existente em nosso país, bem como o sistema de justiça criminal é entender porque os fatos acontecem desta forma e procurar soluções mais adequadas.

O crime jamais vai deixar de existir, mas devemos desenvolver formas de controles mais eficazes para evitar números alarmantes e demonstram a ineficiência em lidar com o problema e causa uma desconfiança nas instituições governamentais.

A consolidação do combate ao crime como atividade eminentemente estatal deu-se ao longo de 300 anos, mais precisamente entre os séculos XVII e XIX.

O arranjo institucional de Segurança Pública compõe-se de um complexo sistema organizacional e legal que por sua vez divide-se em subsistemas com características próprias e singulares, mas que estão articulados, em princípio, por uma divisão de trabalho e complementaridade de funções. Estão inseridos nesse processo sistêmico o subsistema policial, o subsistema judicial e o subsistema prisional. Uma das principais diferenças entre os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal é o tipo de tarefa ou atribuições de cada uma das organizações que integram o sistema, a estrutura burocrática, determinando os padrões de profissionalização.

O sistema de justiça criminal é composto por Polícias Militar e Civil, Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário.

A Polícia Militar não tem a atribuição de investigar o crime, conforme se denota do artigo 144, § 5º, da CF, que dispõe: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

Fica evidenciado, assim, que a polícia militar exerce a função de polícia administrativa, sendo responsável pelo policiamento ostensivo e preventivo e pela manutenção da ordem pública nos diversos Estados da Federação. Ela encaminha o registro do fato para a Polícia Civil, a quem cumpre as providências investigativas decorrentes.

A Polícia Civil, geralmente, processa as evidências levantadas, transformando-as em um inquérito policial, que é remetido ao Ministério Público, tendo este, consoante a atribuição de analisar tais informações e decidir se há ou não elementos suficientes da suposta autoria e materialidade do crime. Com efeito, uma denúncia é formalizada pelo promotor de justiça em desfavor do suposto autor, se a autoria e a materialidade do crime se verificarem.

No Judiciário, havendo o acatamento da denúncia por parte do juiz, uma nova fase, a processual, se inicia. Este, nesse sentido, observa que todas as ações passam a ocorrer no mesmo espaço físico, no fórum, onde representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública trabalham no sentido de dar o encaminhamento à instrução criminal.

Oposição entre os ideais da lei e da ordem nas sociedades democráticas modernas fazem com que a manutenção da ordem pública incorpore valores que vão além da eficiência na contenção da criminalidade, onde se retira do indivíduo a prerrogativa do uso da violência para composição dos seus conflitos e entrega-se ao Estado o poder de impor os padrões de conduta esperados, via monopólio do uso da força.

O ideal de ordem encontra-se frequentemente em oposição ao ideal de legalidade uma vez que estabelece limites rígidos para atuação das agências no controle social, ou seja, há uma aparente contradição entre o direito garantista e a exigência pela eficiência.

Evidentemente que a conexão entre os órgãos do Sistema de Justiça Criminal é fator de singular importância para que o próprio sistema consiga atingir seus objetivos. Com efeito, Bayley (2001, p 36) avalia que o grau de articulação entre os componentes do sistema é fundamental para o alcance dos resultados esperados, dado que se referem à competência do sistema para descobrir os delitos efetivamente ocorridos, registrá-los, investigá-los, determinar os culpados, apresentar a denúncia para a justiça a fim de que ocorra a sentença.

O nosso sistema de justiça criminal até o advento da Lei 12403/11 privilegiava as condenações com penas privativas de liberdade, assim indivíduos que praticavam crimes considerados mais tênues eram submetidos às mesmas sanções que aqueles que praticavam crimes extremamente graves como o homicídio e estupro, causando mais uma vez inchaço das prisões.

O aumento da sensação de insegurança entre a população criou barreiras de convívio social e uma inversão de posições, onde o homem de bem está cada vez mais preso em suas casas, em seu mundo particular, num profundo isolamento humano.

Prisões em condições degradantes de habitação, higiene, alimentação, saúde, ociosidade geral dos presos contribuem para um quadro negativo e impossibilita o retorno saudável e equilibrado dessas pessoas à sociedade.

A insatisfação dos presos gerou ao longo do tempo e ainda gera inúmeros episódios de violência nas prisões e motim. Um exemplo muito clássico e que ainda nos dias de hoje é lembrado que foi a carnificina do presídio do Carandiru que contabilizou mais de cem mortos. Tudo começou com uma briga de presos no Pavilhão 9 e deveria terminar como mais um tumulto da Casa de Detenção, no complexo do Carandiru, zona norte de São Paulo. No entanto, uma intervenção policial resultou em 111 mortes. (ESTADO DE MINAS, 2012)

O último estágio é decorrência do anterior, já que no momento em que o indivíduo é excluído do grupo a que anteriormente pertencia, ele é forçado a participar de uma subcultura desviante e organizada. A partir da interação com os membros mais experientes desse novo grupo, o criminoso é socializado em seus novos valores.

Estes valores da subcultura organizada, somados a outros tantos problemas está gerando um colapso, sem estimativa de solução que consiga atender aos detentos e a sociedade. Correntes de cunho humanista defendem políticas que tornem mais real a ressocialização dos condenados garantindo a eles condições dignas de vivência, autonomia e segurança dentro dos presídios, preparando-os para a volta ao convívio social e familiar. Bitencourt analisa que “a reintegração social do preso não pode ser conseguida num ambiente tal como é a prisão, onde as mazelas do cárcere e a estrutura social de dominação acabam reproduzindo e agravando as contradições existentes no sistema social exterior”.(BITENCOURT, 2004, p.121)

Outros defendem uma política reformadora que separe as normas das pessoas, almejam medidas mais eficazes que além de garantir a integridade física e moral do condenado, garanta a sociedade que uma vez ele retornando ao convívio social não volte a cometer crimes. Dentre os defensores de tal corrente, temos Rocha que diz sabiamente “apesar de muitas posições contrárias, reitera-se que a tendência moderna é de que a execução da pena esteja vinculada à idéia de humanização, juntamente com a orientação de prevenir o criminoso para a não reincidência.”(ROCHA, 2000, p. 65)

As duas abordagens apenas vislumbram a satisfação de um segmento da sociedade, precisamos encontrar um caminho mais fértil que possibilite medidas concretas e que atendam a todos.

3 LEI Nº 12403/11 E PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal vem sofrendo, ao longo de sua existência, alterações substanciais em seu corpo. Prova disso são as inúmeras mudanças que sofreu e podem ser evidenciadas com as seguintes leis²:

Lei nº 8.699, de 27.8.1993, Lei nº 8.862, de 28.3.1994, Lei nº 9.043, de 9.5.1995, Lei nº 9.271, de 17.4.1996, Lei nº 9.520, de 27.11.1997, Lei nº 11.719, de 2008, Lei nº 10.258, de 11.7.2001, Lei nº 10.628, de 24.12.2002, Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, Lei nº 11.113, de 2005, Lei nº 11.435, de 2006, Lei nº 11.690, de 2008, Lei nº 11.719, de 2008 e Lei nº 11.900, de 2009.

A mais recente delas é a Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, que modificou a redação de nada menos que 32 artigos do CPP (Código de Processo Penal), além de revogar outros 3 artigos do mesmo diploma legal.

A nova redação veio solidificar as premissas que a doutrina e jurisprudência, com suas reiteradas decisões, já vinham sedimentando e servindo como base para a decretação da prisão, trazendo críticas e sugestões para o aprimoramento do sistema processual brasileiro.

A pena cominada para a infração cometida, antes da edição da referida lei, não era determinante para que o juiz, diante do caso real, decretasse uma prisão, mas era apenas mais um elemento para ser analisado.

Agora não, a pena é o elemento essencial para ser levado em consideração, haja vista que é a partir dela que se fazem as ilações acerca de manutenção de uma prisão, isso atrelado a outros critérios que a lei estabelece.

Deste modo, a prisão cautelar para que ocorra, o juiz em primeira monta verificará a pena máxima cominada ao delito - se maior que quatro anos de reclusão, ele passará a análise dos outros critérios.

Como podemos perceber a política criminal empregada no tocante a restrição da liberdade de uma pessoa ganhou contorno de tornar esta, a *ultima ratio*.

Várias foram as alterações que a nova lei trouxe de forma a garantir a efetividade da exceção da prisão. As mudanças inovaram por completo os procedimentos e deram a máxima que deverá nortear a aplicação do CPP, no que pertine às medidas cautelares.

² DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal, principais leis que o alteram.

Nos termos do artigo 282, de seus parágrafos e incisos, do CPP, temos os critérios de decretação da prisão, onde o juiz deverá analisar a necessidade e adequação da medida a ser imposta. O parágrafo primeiro demonstra que as medidas podem ser aplicadas isoladamente ou de forma cumulativa, bastando para tanto que guardem compatibilidade entre si.

Também neste artigo 282, temos que a decretação das medidas cautelares somente podem ser impostas por juiz competente, de ofício, na fase processual ou a requerimento das partes e, na fase de investigação criminal, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Uma inovação é o fato de a vítima poder pedir a decretação da prisão preventiva do acusado ou investigado e, com muito mais propriedade, alguma outra cautelar. Caso não for frustrar a finalidade da medida cautelar, a parte contrária deverá ser intimada para se manifestar sobre a medida a ela ser imposta, oportunizando-se, desta forma, o contraditório.

O juiz, verificando que a medida alternativa à prisão não se mostra eficiente, poderá impor outras e até mesmo, em último caso, decretar a prisão cautelar, mesmo que a reprimenda final imposta pela cominação do tipo penal não preveja o limite mínimo de quatro anos de reclusão.

Esta imposição não figurou na esfera de atribuição da autoridade policial, mas não impede que esta seja solicitada ao Ministério Público e este a encampe. Esta situação se justifica para dar efetividade, caso haja descumprimento da medida originariamente imposta e assim municiar o juízo de mecanismos efetivos de agravamento da reprimenda. Apenas não caberá a aplicação das medidas cautelares nos casos em que a pena a ser aplicada à infração não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, consoante estabelece o artigo 283,§1º, do CPP.

O artigo 289-A prevê que o juiz, ao expedir o mandado de prisão, deverá fazer o cadastramento deste no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de modo a se formar um único cadastro em âmbito nacional de todos os mandados expedidos.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo elenca atribuição para qualquer agente do setor de segurança pública poder prender quem tiver contra si mandado de prisão em aberto, com isso, evitando-se que o acusado, ao evadir da Comarca de um Estado para outro, ver-se livre do encarceramento por falta de comunicação entre os Estados.

Assim, qualquer juiz ou autoridade poderá ter acesso aos dados do cadastro e saber se contra essa pessoa pesa alguma restrição, mesmo que a jurisdição seja outra.

No artigo 300, do CPP, a nova redação fez a supressão da expressão “sempre que possível”, que dava ao aplicador das medidas de cerceamento da liberdade a possibilidade de descumprimento e de se manter separado os presos provisórios dos presos já condenados.

Com a nova temática da lei, esta possibilidade não mais existe por parte da administração penitenciária, pois a redação é enfática em determinar a separação dos presos provisórios dos já em definitivo condenados.

Outra mudança é que antes, quando uma pessoa era presa em flagrante, essa prisão deveria ser informada ao Juiz para apreciar a prisão, agora além de informar ao Juiz, o Delegado deverá informar também ao Ministério Público. Este é o comando descrito pelo artigo 306 da Lei nº 12.403/11, nos seguintes termos:

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

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

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

O Juiz, pelo novo dispositivo do artigo 310, do CPP, ao receber a comunicação da prisão em flagrante tem três alternativas a adotar, quais sejam: relaxar a prisão se verificar que ela foi executada ilegalmente; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, isso de forma fundamentada; ou ainda conceder liberdade provisória com ou sem medidas cautelares, sendo que a fiança é apenas uma, dentre muitas outras medidas criadas diversas da prisão.

Então, a simples prisão em flagrante de uma pessoa não é motivo suficiente para mantê-la presa. Caso seja necessário, o juiz deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os motivos ensejadores e isso de forma fundamentada, que não pode ser a mera repetição dos termos da lei, sob pena de ela se tornar uma prisão ilegal. Agora é a prisão preventiva que mantém uma pessoa presa e não o fato de ter sido ela presa em flagrante, sendo essa uma grande inovação que a lei trouxe.

Em consonância com o sistema acusatório, que vige em nosso sistema processual, em que o juiz deve ser imparcial, o novo artigo 311, do CPP estabeleceu que somente na fase processual poderá o Juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva e não mais na fase investigativa. No mesmo artigo, outra inovação foi a possibilidade do assistente de acusação e o querelante requererem a prisão preventiva do réu.

Os requisitos da prisão preventiva elencados no artigo 312, do CPP continuam os mesmos, quais sejam, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato. Os motivos da referida custódia também permaneceram inalterados, sendo eles, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência ou necessidade da instrução ou para aplicação da lei penal. Vejamos no quadro abaixo a alteração do artigo 312:

Tabela 1: Quadro comparativo da Lei nº 12.403/2011

Redação anterior	Nova redação
Art. 312 CPP - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.	Art. 312 CPP - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

FONTE: A autora

Contudo acrescentou o nosso legislador um novo requisito, estabelecido no artigo 313 do CPP, para que seja decretada a prisão preventiva.

Tabela 2: Quadro comparativo da Lei nº 12.403/2011

Redação anterior	Nova redação
Art. 313 CPP - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das	Art. 313 CPP - Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

medidas protetivas de urgência.	IV - (revogado). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.
---------------------------------	---

FONTE: A autora

Deste modo, o artigo novo veio trazer uma proporcionalidade na medida a ser aplicada ao final do processo. Mas, se o réu não for primário (reincidente em crime doloso), o juiz poderá decretar a prisão preventiva, mesmo que a pena máxima cominada ao crime seja inferior ou igual a quatro anos.

Nos casos que envolver violência doméstica e onde haja dúvida sobre a real identidade do acusado, caberá a prisão preventiva, neste último caso, identificando o indivíduo será imediatamente posto em liberdade, caso outro motivo não recomende a manutenção da medida.

No caso do artigo 313, o legislador se anteviu ao que já se praticava nas Varas de Penais, pois se o crime não possuísse pena cominada superior a quatro anos e o réu não fosse reincidente em crime doloso, a execução da pena seria em regime semi-aberto ou provavelmente a ele seria aplicada uma pena restritiva de direito ou sursis penal, o que poderia tornar a prisão preventiva mais severa do que a sanção principal, se condenada fosse a pessoa.

Outra alteração trazida está no artigo 317, do CPP, que é a possibilidade de prisão domiciliar como medida cautelar, ou seja, uma medida cautelar processual e somente aplicada nos casos descritos nos incisos do artigo 318.

Vejamos no quadro comparativo abaixo as hipóteses de cabimento de prisão domiciliar:

Tabela 3: Quadro comparativo da Lei nº 12.403/2011

Nova redação	Redação anterior
Art. 318 CPP - Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo)	Art. 318 CPP - Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito.

mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.	
--	--

FONTE: A autora

Outra grande alteração da lei foi a adoção de nove medidas cautelares alternativas à prisão, descritas no artigo 319, do CPP, sendo o recolhimento domiciliar uma inovação substancial.

O monitoramento eletrônico também veio para trazer uma alternativa à prisão, mas a sua implementação exige por parte do poder público investimentos para a real efetivação desta medida.

A fiança é outra medida que foi muito alterada, sendo que agora ela serve para dar efetividade à liberdade mediante fiança. Os valores arbitrados podem variar de um salário a cem salários mínimos, a critério da autoridade policial e de dez a duzentos salários, a critério do Juiz, todos estes podendo ser multiplicados até o limite de mil vezes. No entanto, a autoridade policial poderá arbitrar a fiança somente nos crimes onde a pena máxima cominada seja de até 4 anos. A partir disso, só o juiz será competente para concedê-la. Dependendo da condição econômica do acusado, a fiança poderá ser reduzida a dois terços do valor ou até mesmo dispensada.

A fiança recolhida será perdida se o apenado não se apresentar para cumprir a reprimenda, perderá a metade se frustrar algum ato do processo e os valores depositados servirão para ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. O valor depositado a título de fiança antes era depositado no Fundo Nacional e agora é depositado no Fundo Penitenciário Nacional para ajudar a custear todo o sistema penal.

3.1 Liberdade provisória

A liberdade é direito de todo homem, uma regra no nosso ordenamento jurídico vigente, que pode ser limitada como todo direito, dependendo da casuística e do respeito ao estado democrático de direito.

A liberdade provisória é o instituto que substitui a prisão decorrente de flagrante legal, podendo ser concedida com ou sem o pagamento de fiança. É uma medida utilizada em substituição à prisão provisória, garantindo ao Estado a presença do acusado no processo

criminal sem, no entanto, mantê-lo encarcerado, já que ela está sempre acompanhada de cumprimento de obrigações e restrição de direitos.

A principal função da liberdade provisória é minimizar o grande número de presos que temos em nossas cadeias, que poderiam estar aguardando seu julgamento em liberdade. Nesse sentido, destaca Araújo:

Se fosse uma cidade, a população carcerária brasileira estaria entre as maiores do país 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, essa cidade nada fictícia poderia ser maior ainda do que as capitais Aracaju e Cuiabá, pois os números atuais não incluem os mandados de busca expedidos pela Justiça. Ninguém sabe ao certo quantos condenados à prisão estão foragidos. Só em São Paulo seriam 150 mil ordens de captura, mas não são raros os casos de vários mandados expedidos contra a mesma pessoa, uma falha que continuará se repetindo até que o país tenha um cadastro nacional de fugitivos, uma medida, por sinal, incluída na Lei 12.403, sancionada no mês passado. Com tantos prisioneiros, haja presídios – e dinheiro para construí-los. Entre 2003 e 2009, segundo dados oficiais da Secretaria Nacional de Segurança Pública, o governo investiu mais de R\$ 1 bilhão na construção de 97 estabelecimentos penais, além de ter ampliado e reformado outros 37, valor que não inclui equipamentos ou reaparelhamento na área de segurança. Tal esforço resultou em um crescimento expressivo no número de vagas, da ordem de 138%, de 135 mil em 2000 para as atuais 323.265. Mesmo assim, a conta não fecha e o país precisaria de 400 novos presídios para acomodar tantos presos. Ou de uma nova abordagem para o problema. (ARAÚJO, 2011)³

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal e observados os critérios constantes do art. 282 do mesmo diploma legal, que são a necessidade e a adequação.

O fundamento da liberdade provisória encontra-se no artigo 5º, LXVI da Constituição Federal, o qual diz: “ninguém será levado à prisão e nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, que é decorrente do princípio da presunção de inocência. A liberdade provisória perdura até que ocorra uma causa de extinção da punibilidade ou até que transite em julgado uma sentença.

Uma das grandes mudanças trazidas pela Lei n.º 12.403/11, no que se refere à liberdade provisória, é relativo à fiança. Antes destas alterações legislativas, a fiança era tímida e pouco usada, posto que a lei a vedava nos casos em que a pena mínima fosse superior a 2 anos de reclusão, bem como nos crimes cometidos com violência ou grave

³ www.ufsm.br

ameaça à pessoa. Também não era cabível o arbitramento da fiança nas hipóteses de prisão civil ou militar e nos casos em que se encontravam presentes os motivos da decretação da prisão preventiva.

Os parâmetros para a concessão de fiança, a partir da novel legislação, passam a ser conforme a pena cominada para a infração penal. A autoridade policial pode fixar a fiança nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 anos, sendo que, nos demais casos, caberá ao juiz esta tarefa. A novidade está no fato de que, praticamente quase todos os crimes, são afiançáveis, ficando claro a preocupação do legislador em manter encarcerado um número mínimo de indivíduos, sendo a fiança, portanto, um meio de garantir a liberdade provisória.

Os crimes inafiançáveis estão elencados no artigo 323 do Código de Processo Penal, que simplesmente ratifica o artigo 5º, incisos XLII e XLIII, da Carta Magna, sendo eles os delitos de racismo, crimes hediondos e equiparados e de ações de grupo armado contra o estado democrático de direito. Com o advento da Lei n.º 12403/11 referido dispositivo legal ficou mais claro, uma vez que eliminou hipóteses que ora atentavam contra preceitos constitucionais ou tornavam a aplicação da liberdade provisória no mínimo contraditória, pois para os crimes leves arbitrava-se fiança enquanto para os crimes graves era concedida a liberdade provisória sem o pagamento da fiança.

A fiança não tem cabimento quando existam requisitos para a decretação da prisão preventiva ou quando a mesma for julgada quebrada, cujas hipóteses estão elencadas nos artigos 327 e 328 do Código de Processo Penal, os quais não sofreram qualquer alteração com a novel lei.

Todavia, atualmente existem novas hipóteses de quebramento da fiança. Antes da Lei n.º 12403/11 apenas a ausência do réu num ato processual ou a prática de nova infração eram casos de quebra da fiança. Agora, além desses dois casos, temos outros três: a) ato de obstrução ao andamento do processo; b) descumprimento de medida cautelar imposta juntamente com a fiança; c) resistência à ordem judicial .

O quebramento já implicava em perda da metade do valor da fiança. Agora, além disso, o juiz poderá determinar a aplicação de outras medidas cautelares e, se for o caso, decretar a prisão preventiva.

Podemos dizer que a fiança, modalidade de medida cautelar, com a Lei n.º 12403/11, certamente intimida o réu frente à majoração dos valores da mesma, devendo a autoridade competente indicar o quanto deverá ser pago, a ponto de não frustrar a sua finalidade cautelar,

podendo a fiança, dependendo da condição econômica do sujeito, ser fixada em até 200 vezes o salário-mínio e, ainda, aumentada em mil vezes esse valor.

3.2 Prisão em flagrante e prisão preventiva

Podemos dizer que, em linhas gerais, não houve muita alteração no que se refere às hipóteses de flagrante e a forma de se materializar o auto de prisão em flagrante. Sofreram alterações somente dois artigos que abordam o assunto em pauta, que foram os artigos 306 e 310 do CCP. O legislador acrescentou no artigo 306 a figura do Ministério Público, que, apesar de ser parte no processo-crime, é peça fundamental como fiscal do cumprimento da lei, devendo a ele também ser informada a prisão de qualquer pessoa, bem como o local onde se encontra.

O artigo 310 do CPP sofreu maior alteração ao estabelecer que agora o juiz deve decidir, fundamentadamente, em relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando não for aconselhável a aplicação das medidas cautelares ou conceder liberdade provisória, mediante o comparecimento do acusado a todos os atos processuais.

Logo, não basta o juiz fundamentar com a repetição literal da lei, deverá ser de forma idônea, relatando os motivos de fato e de direito que o levam a tal decisão. É notório que o legislador quis colocar um fim na autonomia da prisão em flagrante, uma vez, que antes permanecia durante o processo sem ser convertida em preventiva, segundo Bonfim (2011, p.77) “ a prisão em flagrante é uma subcautelar, verdadeira precautelar, ao determinar que o magistrado deve decidir de forma fundamentada [...]”.

Posição esta claramente observada na decisão supracitada:

O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo não basta por si só. Trata-se de uma medida pré-cautelar, devido à sua precariedade (único caso previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado judicial), devendo ser submetido ao crivo do julgador a homologação ou não. Não será dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Destarte é preciso que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou ao da prisão cautelar, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, não sendo possível a conversão automática em prisão preventiva. O auto deverá ser devidamente fundamentado, devendo estar de acordo com o artigo 95, IX da Carta Magna. (TJRS, 7ª Câmara Criminal, HC 70016357089, rel. Des. Nereu Giacomolli, j, 31-8-2006)

A prisão preventiva, diferentemente da prisão em flagrante, sofreu algumas alterações nos artigos que tratam do assunto. As alterações dizem respeito à legitimidade e à oportunidade para a sua decretação, evitando que o magistrado se desvencilhe de sua precípua

característica de total imparcialidade, principalmente na fase instrucional, já que nosso sistema é acusatório e caso o juiz se manifestasse o nosso sistema se tornaria inquisidor.

Os requisitos para a sua conversão sofreram um pequeno acréscimo, que diz respeito ao descumprimento de medidas cautelares aplicadas, comprovando talvez uma das maiores e mais significativas mudanças com o advento da lei por nós estudada neste trabalho, que é a valorização das medidas cautelares e a ampliação do rol como forma de garantir o bom andamento processual sem a necessidade de manter o acusado preso.

O elemento subjetivo do delito passou a ser considerado como um dos fatores para a decretação da preventiva e o artigo 313 também aumentou o rol de pessoas que estão sujeitas a sofrerem violência doméstica, uma vez que não só a mulher, mas também o idoso, a criança, o enfermo ou deficiente, que são pessoas vulneráveis e merecem amparo legal.

Mais de uma vez constatamos que, com a nova redação de alguns artigos do Código de Processo Penal, diante das reiteradas vezes em que se menciona a necessidade de o juiz fundamentar a sua motivação para determinados posicionamentos e decisões, o que é evidente, claro que a prisão preventiva demanda extensa fundamentação e que a prisão não deve ser pautada em teorias e teses, uma vez que a liberdade é a regra e não o contrário.

3.3 Medidas cautelares

A Lei n.º 12403/11 trouxe significativas mudanças nas medidas cautelares, o número, a natureza, a forma e o controle de sua aplicação, bem como o seu cumprimento. Em nosso trabalho estudamos as prisões em flagrante, de natureza provisória e a prisão preventiva, de natureza assecuratória, que são modalidades de medidas cautelares, mas o legislador criou novas medidas para garantir ao acusado a sua liberdade como sendo o bem maior, consagrado por nossa Constituição Federal.

Adotou-se também a prisão domiciliar como modalidade de prisão cautelar nas hipóteses exemplificativas do artigo 318 do CPP, uma vez que o juiz pode achar que determinado réu pode cumprir prisão domiciliar sem que esteja previsto no referido dispositivo. As medidas cautelares afetam a liberdade de locomoção e a intimidade do acusado, portanto, para a sua aplicação dois requisitos são indispensáveis: a razoabilidade e a adequação.

Surgem, no novo contexto de desencarceramento, algumas medidas cautelares paliativas que visam mais do que a prisão do acusado, mas o cumprimento de determinadas

obrigações que garantam o bom andamento do processo sem ferir o direito à liberdade. Nas palavras de Bottini:

Essa superação da medíocre 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 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, em 1811, já afirmava que as prisões não corrigem, não intimidam nem põe o delinqüente fora do estado de prejudicar, e pelo contrário muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinqüente novel. A situação continua a mesma 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) ⁴

Dentre as novidades nas cautelares, deve se destacar a reabilitação da fiança, que passa a ser cautelar autônoma e exigível mesmo na ausência dos requisitos para a prisão preventiva.

A monitoração eletrônica tem como finalidade acompanhar todos os passos do acusado, mas sua aplicação só tem eficácia se vier cumulada com alguma outra medida, visto o quão vago e relativo é a regulação de suas condições e limites. Deve-se ressaltar que, para a implantação da monitoração eletrônica, deverá existir um grande investimento do poder público para a sua efetivação e acompanhamento.

Uma medida de grande alcance social é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, para os casos em que o investigado ou réu tenha residência e trabalhos fixos, principalmente porque valoriza o trabalho e é sabido que uma das formas de recuperação e ressocialização do indivíduo que sofreu privação da liberdade é através do trabalho. Retirar um pessoa do trabalho para deixá-la no cárcere é um grande retrocesso se considerarmos as precárias condições dos estabelecimentos prisionais e a verdadeira escola do crime diante da ociosidade e diferentes tipos de indivíduos que ali se encontram.

Nesse ponto, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, se bem fiscalizado, constitui alternativa eficaz à prisão provisória. Trata-se, na verdade, de uma privação moderada da liberdade, que priva o investigado ou réu apenas do livre gozo dos seus períodos de descanso, permitindo a continuidade do exercício das atividades laborativas.

⁴ www.colunas.revistaepoca.globo.com

A proibição de se aproximar ou manter contato com determinada pessoa surgiu primeiramente com o advento da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06), como forma de garantir a integridade e proteção às pessoas que sofrem violência doméstica. Agora sua aplicação se estende a todos os casos em que autor e vítima se conhecem. Cabe ao juiz estipular dentro de parâmetros razoáveis que garantam a integridade física e mental da vítima.

O comparecimento periódico a juízo no prazo e condições que o juiz determinar, não é novidade, pois já era aplicado em nosso sistema penal. A mudança é que antes se estipulava que fosse mensalmente e agora o prazo para comparecimento é critério do juiz, dentro dos limites da necessidade e suficiência, além, é claro, de entrar para o rol das medidas cautelares. Sabemos que o acusado terá uma despesa para se deslocar sempre que necessário, pois o comparecimento é pessoal e obrigatório; assim espera-se que o juiz dentro do princípio da razoabilidade não estipule prazos muito curtos, mas nada se compara ao encarceramento.

A suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira deixa claro que o que se pretende é tutelar os indivíduos que cometeram crimes de natureza penal/administrativa, merecendo a atenção do legislador, devido à função pública que essas pessoas exercem e o grande poder que elas têm em mãos. Muitas vezes causam prejuízo ao erário, mantê-las presas, já que lotaria as cadeias e presídios, mas se o instrumento do crime é o cargo ou função que exerce, afastá-la seria uma boa alternativa até que transite em julgado a sentença.

Outra medida cautelar inserida pela novel legislação é a internação provisória nos crimes praticados com violência ou grave ameaça, desde que se comprove a inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Observamos que tal medida veio com o intuito de preencher uma lacuna em nosso ordenamento jurídico, pois os doentes mentais que cometiam crimes, até que se saísse a decisão impondo a medida de segurança, ficavam encarcerados em estabelecimentos penais comuns, junto com criminosos imputáveis. O juiz não precisa ficar adstrito a laudos periciais para tomar tal decisão, mas deve valer-se de seu poder de cautela para avaliar a necessidade, haja vista o caráter eminentemente provisório de tal medida.

A fiança, como medida cautelar para assegurar o comparecimento do acusado a atos do processo e evitar a obstrução do andamento, certamente é a medida cautelar mais utilizada. Trata-se de uma garantia real e eficaz, pois quando envolvem patrimônio e renda do indivíduo, este fica mais propenso a cumprir as exigências legais. O descumprimento de qualquer das medidas cautelares que porventura vierem aplicadas com a fiança ou simplesmente o descumprimento desta implica em perda total ou parcial do valor pago a título de caução, sem prejuízo de poder ter decretada a sua prisão preventiva.

As medidas cautelares seguem praticamente a mesma sistemática da prisão preventiva, de forma que, desaparecendo o motivo que a enseja será revogada, bem como havendo o descumprimento de qualquer uma delas, acarretará ao acusado sua intimação para apresentar a defesa e, se for conveniente, a sua substituição por outra que surta o efeito desejado, sua cumulação com outra, ficando a critério do juiz a decisão, largamente fundamentada, sempre pautada na avaliação do caso concreto e nas circunstâncias ou a conversão em prisão preventiva.

4 PRISÃO COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO

Para compreendermos como chegamos ao atual cenário em que se encontra a segurança pública, os problemas relacionados ao crime e a melhor forma de coibir ou punir precisamos entender como ao longo dos tempos nossos filósofos e estudiosos comportamentais enfocaram a dinâmica entre delito, sociedade e punição.

As influências sofridas pelo desenvolvimento econômico, bem como as atividades políticas e sociais, são, sem dúvida, fatores desencadeadores de transformações significativas em qualquer sociedade. Por si só impõem, necessariamente, mudanças na forma de administrar, sobretudo, para atender as demandas crescentes no mundo moderno, especialmente na difícil tarefa de garantir a segurança pública a toda comunidade, que constitui numa atribuição não só das Instituições Policiais, mas de todos os órgãos que compõe a Justiça Criminal e também da sociedade.

A interferência do Estado em todas estas atividades é antiga, provocando crises e até mesmo decadências que têm reflexo nas ações e políticas adotadas no desenvolvimento de atividades policiais e jurisdicionais.

Após o fim da Segunda Grande Guerra até o início dos anos 70, foram registradas recorrentes taxas de crescimento na economia mundial, atribuídas pela interferência do Estado nas condições econômicas e de bem-estar social. Todavia, em virtude da crise do petróleo, esse cenário de prosperidade entrou em uma onda de decadência, dando margem a uma ampla crise mundial. (ABRUCIO, 2005).

Um dos fatores do aumento da criminalidade foi o inchaço das cidades, a escassez de empregos e a falta de políticas públicas e econômicas que minimizassem os impactos da crise.

O novo cenário mundial, onde a participação da população na construção de estratégias de políticas públicas torna-se essencial para um resultado mais confiável e satisfatório, a prevenção da criminalidade não mais deve ser vista como objeto exclusivo das instituições que integram o sistema de justiça criminal, mas de um processo abrangente que reorganiza o espaço estatal em relação aos espaços do mercado e da sociedade civil.

A sociedade brasileira está engrenada em um processo de mudança que avança com rapidez e força para alterar valores e princípios considerados esteios nas mais diversas instituições públicas. O governo federal premido por juristas, por meios de comunicação e pela sociedade brasileira, devido ao aumento da criminalidade no país, tenta dar uma resposta ao povo com o Plano Nacional de Segurança Pública e a criação de leis que promovam o indivíduo e dêem a ele a oportunidade de permanecer no convívio social.

O longo período em que a prisão decorrente do ato de flagrância vigorou em nosso sistema penal, sem nenhuma análise acerca da necessidade de sua manutenção até que fosse requerido algum benefício como a liberdade provisória, trouxe para o conjunto carcerário brasileiro um inchaço que as administrações executivas não conseguiam abarcar e dar conta de suprir as demandas.

Podemos dizer que a prisão como medida de exceção surgiu com o advento da Lei n.º 9099/95, onde o legislador adotou uma política de despenalização, que significa suavizar, restringir ou eliminar a pena de prisão, mas a prisão ainda é referência no poder punitivo do Estado e largamente utilizada.

Hoje, o juiz deve analisar se a reprimenda do cerceamento da liberdade do cidadão deve ou não ser efetivada, não se limitando mais a uma pura análise da legalidade ou não do flagrante, mas sim, de ofício, verificar se há necessidade de converter a custódia flagrancial em prisão preventiva.

Os princípios da dignidade humana, da humanização da pena e da proporcionalidade fundamentam a mudança pretendida. Com a Lei n.º 12.403/11, o sistema penal brasileiro adotou alternativas em relação à prisão provisória, na medida em que esta vem sendo questionada diariamente, em razão da falência da pena privativa de liberdade.

A prisão não pode continuar sendo concebida como a principal resposta do Direito Penal para aqueles que infringem as normas penais. Impõe-se a inteira remodelação desse provecto sistema punitivo, para privilegiar as penas e medidas alternativas, que deveriam já aparecer diretamente no tipo penal, deixando-se a prisão como medida extremada (medida de *ultima ratio*).

Sobre o tema, defende 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 propostas que procuram evitar ou suavizar ou restringir a pena de prisão. (GOMES, 2008)⁵

Para o Estado Democrático de Direito experimentado pela sociedade brasileira, que possui como regra a liberdade da pessoa humana, o sistema que vigorava não encontrava consonância com aquele princípio, pois uma pessoa podia ficar presa preventivamente, mesmo que a reprimenda final não fosse essa a ser adotada na fase de execução da pena. A

⁵ www.jus.com.br

nova lei veio alterar esta realidade e dar uma natureza real de exceção da prisão, como a política criminal recomenda e enaltece a liberdade como regra.

Ademais, o alto custo de um preso para os cofres públicos torna inviável mantê-lo nas cadeias e presídios, aliado ao fato de que para tornar o tempo que o indivíduo fica encarcerado menos traumático é necessário a construção de mais estabelecimentos penais a fim de se proporcionar a garantia mínima dos direitos humanos e necessidades básicas.

Em primeiro plano, a sociedade poderá estranhar as mudanças e ter uma sensação de impunidade, sendo que aqueles que vivem à margem da lei talvez não sofram e até se beneficiem com as alterações. Porém, temos que ter em mente que a norma tem uma finalidade maior, qual seja, a de propiciar que aquele que, por uma eventualidade, se veja nas teias da seara penal, tenha um tratamento condizente com o fato praticado e não seja lançado na masmorra das prisões brasileiras.

5 PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

5.1 Judiciário

A aplicação pelos juízes criminais da Lei n.º 12.403/2011, que estabeleceu uma série de medidas cautelares em substituição à prisão em delitos com pena de até quatro anos de reclusão, o uso do princípio da proporcionalidade e do princípio da necessidade e da adequação, que servem como elementos balizadores para aplicação das medidas cautelares, além da fiscalização do cumprimento dessas medidas e a conversão fundamentada da prisão em flagrante em prisão preventiva, com base em nosso estudo são as maiores dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Dar resposta aos anseios da sociedade é o que se espera do Estado e a Lei n.º 12.403/2011 veio tentar solucionar o problema de superlotação carcerária, não havendo, portanto, espaço para pensar em prisão por mera conveniência, devendo-se tão somente recorrer à privação de liberdade quando houver necessidade.

Essa responsabilidade é atribuída, em sua maior parcela, Poder Judiciário, que certamente é o maior utilizador e aplicador da referida lei. De acordo com o juiz Luciano José Losekann¹, coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócio-educativas, a Lei n.º 12.403/2011 veio para desafogar o sistema carcerário, que cada vez mais padece de superlotação.

No entanto, ele afirmou que o total de presos provisórios, em vez de diminuir, mantém-se nos mesmos 43% anteriores à entrada em vigor da lei. Isso sem falar em algumas distorções que estão a ocorrer, como, por exemplo, na aplicação do instituto da fiança, onde já se percebem exageros na fixação de seu montante, além de mencionar que, se fizermos uma avaliação e fiscalização mais intensificada, verificaremos que as medidas cautelares, quando aplicadas, não são fiscalizadas quanto ao cumprimento, como deveriam ser.

O dispositivo prevê o instituto da liberdade provisória, inclusive com possibilidade de imposição, cumulativa ou não, de nove medidas cautelares, propiciando ao Estado tornar a prisão preventiva a última alternativa a ser adotada.

Sob essa ótica, verificamos que a lei é positiva, mas os magistrados enfrentam dificuldades para aplicar a lei. Faltam equipamentos para a aplicação efetiva de medidas cautelares e, principalmente, carece o Judiciário de recursos humanos para a fiscalização quanto ao cumprimento das medidas cautelares.

Ao criar a lei, não se especificou, tampouco se refletiu acerca de a quem caberia a fiscalização das medidas cautelares. Nesse diapasão, é certo que os serventuários da justiça, além das infindáveis atribuições de seus cargos, ficarão com a incumbência de fiscalizar o cumprimento de tais medidas.

Noutro giro, é importante tecermos alguns comentários sobre quão difícil é para os magistrados aplicar os princípios da necessidade e da adequação, ao aplicar as medidas cautelares.

A primeira medida consiste no comparecimento periódico à sede do juízo, para informação a respeito das atividades regulares. Tal medida deve se limitar às informações sobre as eventuais atividades em desenvolvimento pelo investigado ou processado ou, conforme o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas. Imaginemos um recém saído do estabelecimento penal beneficiado pela Lei n.º 12403/2011 e que não consegue exercer atividade laborativa para se sustentar e que, por tal motivo, fica vadiando pelas ruas, incorrendo, em tese, na contravenção penal descrita no artigo 59 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3688/41), estaria ele descumprindo a medida cautelar que lhe fora imposta?

Ora, deve-se cuidar para não confundir uma investigação a respeito da origem dos recursos utilizados para a manutenção e sobrevivência daquele que afirma não ter fonte de receitas, com algo muito diferente que é punir a vadiagem, a malandragem. Como ponderar tal situação para não incorrer em injustiça?

Outra medida cautelar recentemente criada é o monitoramento eletrônico. Medida essa que deve ter um teor excepcional, devendo contar com a concordância e aderência do monitorado, pois mais importante ainda é não confundir o monitoramento a presos já condenados (como alternativa à prisão já imposta), com o monitoramento previsto na legislação processual penal como medida cautelar. A questão é a quem será imputada tal medida, pois me parece que ela é a medida que efetivamente mais controlará os passos do indivíduo. Como aplicar esta medida, sem que o juiz deixe de observar um dos alicerces da existência do princípio do devido processo legal, que é justamente evitar a estigmatização do indivíduo antes que se tenha uma sentença condenatória em um processo. ¶ Como adotar um juízo de proporcionalidade, necessidade e adequação da medida, tendo em vista que valores constitucionais estão sendo conflitados: segurança pública *versus* dignidade da pessoa humana e princípio da presunção de não-culpabilidade? Convenhamos é muita responsabilidade, e que está sendo totalmente delegado ao Poder Judiciário, que terá que avaliar o caso concreto, ponderar e aplicar as medidas mais eficientes.

Lopes (2010, p. 102) destaca que a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando, de ofício, a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e outro de inércia.

A lei não tem um rol taxativo ou exemplificativo dos crimes e qual medida cautelar é mais adequada a ele, sendo o juiz, no caso concreto, quem avaliará e fará a opção, estabelecendo a ele muita responsabilidade, exigindo do magistrado mais do que nunca a imparcialidade e o conhecimento para a fundamentação de suas decisões.

Outro ponto relevante e que merece nossa atenção é a determinação de quanto tempo vai durar a medida cautelar, uma vez que a lei não trouxe qualquer disposição. Importante mencionar que o fator limitador da duração das cautelares é o binômio necessidade e adequação da medida. A medida cautelar perdurará enquanto necessária e adequada aos fins preconizados pela legislação.

A ausência de fixação legal do prazo razoável da prisão cautelar preventiva deixa a cargo do julgador a competência para delimitar o tempo dessa medida, levando em conta requisitos eleitos conforme seu entendimento para dirimir a questão, não havendo qualquer parâmetro legal para análise da razoabilidade da medida.

Desde que a lei entrou em vigor, o juiz criminal vai ter que revisar todos os casos de quem se encontra preso por força de prisão em flagrante. Antes, quando recebia o flagrante, o juiz abria vista ao Ministério Público e à Defensoria Pública, quando não se tinha advogado constituído. Como a Defensoria quase sempre formula requerimento de liberdade provisória, aqueles que continuam presos em flagrante é porque sua situação realmente justifica uma prisão cautelar.

Mais uma vez enfatizamos que a Lei n.º 12.403/11 certamente é um grande avanço no processo penal, mas nosso sistema judiciário ainda não está bem preparado ou equipado para melhor aplicá-la. Os objetivos que toda lei penal tem, que são os de garantir à sociedade e ao indivíduo que cometeu o delito a chance de ter uma vida mais digna e segura, somente serão alcançados quando nossas leis além de bem elaboradas tenham sustentabilidade para a efetiva aplicabilidade.

5.2 Polícia Militar

Em uma visão geral, percebemos que o texto normativo da Lei n.º 12.403/11 está somente preocupado e focado no esvaziamento da população carcerária provisória existente no país, posto que a prisão preventiva terá aplicabilidade somente nos crimes de maior potencial ofensivo, ou seja, com penas superiores a 4 (quatro) anos ou mesmo nos casos de reincidência, atinentes aos crimes dolosos.

Para a Polícia Militar ela não trouxe em seu texto grandes alterações. Precisamos ir além do texto normativo e focar nossa análise na realidade em que vivemos, onde até o presente momento nada foi feito para que nosso sistema repressivo obtenha êxito na redução dos índices de criminalidade. Aqueles que criticam as inovações afirmam que a nova lei terá como principais reflexos o aumento da sensação de impunidade, do sentimento de insegurança no cidadão de bem, crescimento dos indicadores criminais, além de maior número de bandidos nas ruas.(FERNANDES, 2011)

A Polícia Militar é um dos órgãos de justiça criminal, sendo aquele que está mais próximo da sociedade, justamente pelo aspecto preventivo, além é claro do repressivo, que muito contribuem para essa aproximação. Portanto, apesar de legislativamente não ter sofrido modificações em seu procedimento ou forma de atuação, é ela quem ouve e é cobrada quando a vítima de um crime se depara com o indivíduo que cometeu o delito se deslocando livremente pelas ruas.

Outro questionamento é relativo à fiscalização do cumprimento das medidas cautelares que, certamente, recairá sobre a Polícia Militar, única instituição que atua 24 horas por dia, nos 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias do ano. Teremos aí, com certeza, mais um desvio de função, absorvendo a Polícia Militar toda a responsabilidade, quando, na realidade, deveria ela cuidar apenas do policiamento ostensivo e preventivo, missão constitucional.

A Polícia Militar enfrenta uma dicotomia muito grande: de um lado, deve garantir à sociedade a paz social e a segurança individual, mas de outro, não pode tomar providências em relação ao indivíduo que comete determinados delitos como, por exemplo, sequestro e cárcere privado (art. 148, *caput*, CP) ou o furto simples (art. 155, *caput*, CP), uma vez que quem os praticou se beneficia com as alterações da Lei n.º 12403/11, que trata a prisão e encarceramento como a última alternativa a ser adotada e com o pagamento de fiança diretamente à autoridade policial se vêem livres pelas ruas.

Como explicar ao cidadão que teve sua segurança ameaçada e violada que o fato se deve a uma nova lei que beneficia o infrator em detrimento do homem de bem. Situação

difícil e que é objeto de manifestação constante por parte dos policiais militares, que se sentem impotentes e com a sensação de que o seu dever não foi cumprido.

5.3 Polícia Civil

A Lei n.º 12.403/2011 aumenta de maneira significativa a importância da Autoridade de Polícia Judiciária para a manutenção do Estado Democrático de Direito, haja vista que será possível a fixação de fiança para um conjunto muito maior de crimes, cabendo ao Delegado de Polícia um papel de protagonista na proteção da persecução penal ao lado do Ministério Público.

A Lei n.º 12.403/2011 trouxe para a autoridade policial algumas responsabilidades em conseqüências de algumas lacunas deixadas pela legislação no que se refere ao instituto da fiança. Temos, como exemplo, a dúvida que paira em relação ao percentual de aplicação das causas de aumento ou diminuição de pena, quando do arbitramento da fiança.

Outra dúvida de suma relevância é a de que até quando poderá ser recolhida a fiança arbitrada pelo delegado de polícia. Existem três posicionamentos acerca do tema. O primeiro é que a fiança poderá ser prestada enquanto não for remetido o inquérito ao Judiciário., Já há quem sustente que a fiança poderá ser recolhida até o encaminhamento do flagrante ao Poder Judiciário. Por último, alguns sustentam que a fiança pode ser prestada até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nas palavras de Costa que escreveu a cartilha sobre a lei nº 12403/11:

Antes do advento da lei 12.403/2011, acreditávamos que a fiança poderia ser prestada (recolhida) enquanto não fosse remetido o inquérito ao judiciário (10 dias, em regra). agora, em face do juízo de delibação realizado pelo juiz (menos de 24 horas após a prisão) decidindo, inclusive, acerca da concessão de medidas cautelares (dentre elas a fiança), acreditamos só poder ser a fiança recolhida até o encaminhamento do flagrante ao poder judiciário. caso outro seja o argumento acolhido, há risco de a ‘prestação’ da fiança na delegacia (após a comunicação judicial) ser incompatível com as deliberações judiciais acerca das cautelares. em suma, a fiança pode ser prestada até o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas, a nosso ver, recolhida em delegacia só até o encaminhamento dos autos da prisão em flagrante ao judiciário. recomendamos, por fim, que no termo de arbitramento de fiança, o qual será assinado pelo autuado, deverá constar expressa menção de que a fiança será recolhida, em delegacia, somente até a remessa dos autos de prisão em flagrante ao poder judiciário.(COSTA, 2011)⁶

Percebemos com isso que a lei deixou mais uma vez na mão do operador do direito a missão de preencher as lacunas com a jurisprudência e com a doutrina que, aos poucos, vai

⁶ Cartilha Secretaria de Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás 2011.

conseguindo dirimir esses tipos de conflitos que muitas vezes é provocado por leis mal formuladas.

Dissertando sobre as lacunas da novel legislação:

O legislador, com certeza, não atinou para esse detalhe e criou um verdadeiro contrassenso, pois, ao alargar a competência da autoridade policial para poder afiançar crimes apenados até com reclusão, aliviando a população carcerária, deixou de fora crimes apenados com detenção, como esses, contra as relações de consumo, até então afiançados pela autoridade policial. Pela nova regra, passarão a ser afiançados os crimes de quadrilha ou bando; autoaborto; lesão corporal dolosa, ainda que grave; maus tratos; furto; fraude; receptação; abandono de incapaz; emprego irregular de verbas públicas; resistência; desobediência; desacato; falso testemunho e falsa perícia; todos os crimes contra as finanças públicas; nove dos dez crimes de fraudes em licitações, contrabando ou descaminho, entre outros.(KFOURI, 2011)⁷

Outra questão levantada é a grande responsabilidade que a autoridade policial tem no arbitramento do quantum a ser pago pelo acusado na fiança. , pensamos ser temerário, pois infelizmente poderá haver casos de negociações nos bastidores em que se definirá um valor de fiança e se fixará por outro. O tempo de encarregar de dizer e esperamos sinceramente que nossas autoridades policiais e judiciais não se corrompam. Acho que você não deveria colocar esta parte em azul, porque a boa-fé deve ser presumida. Para afirmar isto, só se trouxesse elementos que indicassem esta postura. Aqui a autoridade policial deverá atentar para o princípio da proporcionalidade, mediante um juízo de ponderação entre a carga “coativa” da pena e o fim perseguido pela cominação penal.

Ademais, de acordo com Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais” (HASSEMER, 1984, p. 279).

⁷ www.conjur.com.br

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação da sociedade com a violência e a insegurança é fato que tem colocado em xeque as políticas públicas adotadas para enfrentar o grave problema. Se, por um lado, a expectativa da sociedade caminha no sentido de que as medidas de contenção da criminalidade sejam efetivas, ao ponto de produzirem um ambiente de paz social, por lado outro é nítida a descrença no poder público como ente capaz de apresentar as soluções que atendam às demandas crescentes por mais segurança das comunidades.

Em suma, verifica-se que a criminalidade e os desvios atuais acabam incentivados por duas circunstâncias muito favoráveis na vida presente das sociedades ocidentais, quais sejam: o acréscimo de solicitações por um lado e uma carência de regulações em lado outro. O enfrentamento da situação pela sociedade perpassa pela procura de controles sociais que façam baixar os desvios e os crimes sem lesar as liberdades. O sistema de justiça criminal é o grande responsável pelo combate à criminalidade e, certamente, encontra dificuldades para que sua atuação seja realmente eficaz, mas uma das grandes soluções e talvez a que mais alcance resultados é o trabalho integralizado desses órgãos (Polícia Militar, Polícia Civil, Ministério Público e Poder Judiciário) e a sociedade, numa construção de propostas que atendam às demandas e satisfaça a todos.

A questão que importa para a conclusão de nosso trabalho é que se faz necessário a adequação dos diplomas legais às realidades, para que os objetivos que justificam sua criação sejam alcançados.

A Lei n.º 12.403/11 vem no escopo de minimizar os problemas de superlotação carcerária, mas não vem acompanhada de mecanismos que tornem a sua aplicação viável. Ao invés de atingir a meta acima, poderá, na verdade, causar um colapso no sistema de justiça criminal, pois antes o acusado se via livre, mediante o compromisso de comparecer aos atos do processo e agora, com a criação de mais medidas cautelares, e que como mostramos em nossa pesquisa, difíceis de serem fiscalizadas, algumas de alto custo para a sua implementação.

É mister constatar que, obviamente, não serão cumpridas estas medidas cautelares e quem pagará a conta quando questionados sobre a continuação do aumento da criminalidade, pois o indivíduo preso ontem por algum delito e que se beneficia da novel legislação, amanhã estará solto nas ruas e talvez até volte a cometer outros delitos.

De positivo, em nossa análise, que a Lei n.º 12.403/11 trouxe foi a ampliação do instituto da fiança, sendo que, agora são em torno de 65 (sessenta e cinco) crimes do Código

Penal , além de outros da lei ambiental, lei de drogas , dentre outros, onde a autoridade policial poderá arbitrar a fiança e estipular o valor e, talvez, sua aplicação possa reparar os danos sofridos pela vítima.

Parece, na verdade, que a intenção do legislador é louvável, todavia efetivamente ele não produziu uma lei que efetivamente funcionasse e tornasse a legislação mais eficiente. Deixou ainda muitas lacunas e pairam dúvidas e descredibilidade por parte da sociedade de uma forma geral, mas o mais assustador é que nossos órgãos de justiça criminal, os operadores do direito e aplicadores da lei também pouco acreditam na aplicabilidade e eficiência desta.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilma Terezinha. **Análise do novo modelo de gestão em segurança pública:** IGESP. 2006. Dissertação (Mestrado). Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública. Belo Horizonte, 2006.

BEATO, Cláudio. **Crimes e cidades.** Belo Horizonte: UFMG, 2012. 291 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1998. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168p.

GOMES, Luís Flávio. Prisão é exceção. **Revista Jus**, 2008. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/11277/penas-alternativas-como-regra> > Acesso em: 12 de out. 2012.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

KROUFI, José Abrahão Filho. Retrocesso e avanço da Lei 12403/11. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-30/retrocesso-desvio-finalidade-caracterizam-edicao-lei-12403>> Acesso em 20 de set. 2012

LIMA, Hellen Soares. **Gestão Penitenciária:** um estudo de caso na Industrial Estevão Pinto. Monografia. Belo Horizonte. Escola de Governo de Minas Gerais da Fundação João Pinheiro. 1998.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Volume I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Ivan Luis. **Prisão e medidas cautelares-** Comentários à Lei 12403/11. São Paulo: RT, 2011.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Prisões e medidas cautelares à luz da Lei nº 12.403/11. **Jus Navigandi**, 2012. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/21891/prisoes-e-medidas-cautelares-a-luz-da-lei-no-12-403-11#ixzz20SE21Iba> > Acesso em: 28 de set. de 2012.

MINAS GERAIS Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais. **Plano Emergencial de Segurança Pública.** Belo Horizonte, mar. 2003.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares, comentários à Lei 12403/11. **Conteúdo jurídico**, 2011. Disponível em : <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigos,aprisao-processual-a-fianca-a-liberdade-provisoria-e-as-demas-medidas-cautelares-comentarios-a-lei-n-12403,32169.html>> Acesso em :22 set.2011.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do código de processo penal comentada**. Pará de Minas, Minas Gerais: Virtual Books, 2011. 117p.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Política criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/execucao-penal/prisao-ideologia.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2012

SAPORI, Luiz Flavio. **Gestão da segurança pública e estratégias de controle da criminalidade**. 2007. Tese (doutorado) Belo Horizonte, 2007.

Secretaria da Segurança Pública e Justiça do Estado de Goiás. **Cartilha que ensina a proceder mediante a Lei nº 12403/11**. Goiás. ago. 2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7.ed. Salvador, Bahia: Jus PODIVM, 2012. 1411p.