



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Mudança no Sistema Prisional Brasileiro: Lei n. 12.403/11: as cautelares pessoais  
e as alternativas ao sistema carcerário

João Sérgio dos Santos Soares Pereira

Rio de Janeiro  
2012

JOÃO SÉRGIO DOS SANTOS SOARES PEREIRA

A Mudança no Sistema Prisional Brasileiro: Lei n. 12.403/11: as cautelares pessoais  
e as alternativas ao sistema carcerário

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato  
Sensu da Escola de Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval  
Prof<sup>a</sup> Mônica Areal  
Prof<sup>a</sup> Neli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2012

## **A Mudança no Sistema Prisional Brasileiro: Lei n. 12.403/11: as cautelares pessoais e as alternativas ao sistema carcerário**

João Sérgio dos Santos Soares Pereira

Graduado pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça. Assessor de Órgão Julgador.

**Resumo:** O sistema prisional brasileiro sofreu profundas alterações com a nova Lei n. 12.403/11. A análise ora exposta objetiva a verificação das principais mudanças inseridas no Código de Processo Penal e a possibilidade oferecida ao julgador de aplicar no caso concreto medidas cautelares diversas da prisão aos acusados que a elas tenham direito. A reforma diminui os efeitos negativos do cárcere, sendo que necessidade e adequação, perspectivas que se reúnem no Princípio da proporcionalidade, são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal. Há de se sensibilizar o Juiz para o papel basilar e fundamental que possui na aplicabilidade da nova legislação, uma vez que o modelo acusatório brasileiro não contempla a inércia do magistrado em relação à adoção de medidas tendentes a proteger a efetividade do processo. O rol de tais medidas é substancialmente ampliado, a fim de propiciar, afinal, a figura de um novo Juiz Criminal, Juiz das garantias constitucionais, aquele comprometido com a realidade social e o ideal efetivo de Justiça.

**Palavras-chaves:** Direito Processual Penal. Sistema prisional brasileiro. Medidas cautelares pessoais. Binômio adequação e necessidade. Juiz de garantias.

**Sumário:** Introdução. 1. O Sistema Carcerário Brasileiro. 2. Os objetivos da mudança promovida pela Lei n. 12.403/11. 3. Panorama existente antes da mudança pela nova Lei. 4. Principais mudanças promovidas pela nova Lei. 4.1. Valorização do binômio adequação x necessidade. 4.2. Deslocamento da prisão como última hipótese de cautela. 4.3. Compatibilização das regras da prisão com a Constituição. 4.4. Novas cautelares como opção de segurança processual. 5. Papel do Juiz diante dos novos tempos de mudança. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca a mudança no sistema prisional promovida pela Lei 12.403/11 e sua importância no cenário jurídico e social brasileiro.

De longa data o sistema prisional brasileiro não atende as suas mais básicas finalidades, a mais importante delas: a ressocialização dos presos. Pior, aqueles que cometem determinado ilícito penal não são tratados com dignidade, e são tomados como vilões sociais, em prol da segurança, pilar tutelado pelas normas penais e processuais penais. Não restam dúvidas de que a superlotação carcerária de presos, fundada em juízos provisórios, viola frontalmente os direitos humanos e fundamentais dispostos na Constituição da República.

É nesse contexto, que a Lei N. 12.403/11 veio à lume no ordenamento jurídico brasileiro, com a implantação de medidas que confirmam o entendimento de que a prisão é excepcional, não se negando, entretanto, que é necessária, desde que devidamente motivada.

Com efeito, a alteração trás valiosos métodos para minorar o problema carcerário brasileiro e modernizar o estatuto processual penal, com especial enfoque no reforço ao sistema acusatório e às garantias processuais.

O Juiz, como de rigor, possui importante função social, pois diante das opções legais (taxatividade das medidas cautelares), deve propiciar a providência mais ajustada ao caso concreto e levar em conta, nos moldes do artigo 282 do CPP, a necessidade e adequação da medida imposta.

Antes mesmo da vigência da Lei n. 12.403/11, os Tribunais Superiores vinham afirmando a importância do princípio da proporcionalidade quando da decretação das medidas cautelares, principalmente, da prisão. Ainda com mais razão, tal princípio incidirá em sua perspectiva estrita, avaliando-se o ônus imposto e o benefício trazido, de forma que se exigirá a aplicação das medidas em casos estritamente necessários.

Soma-se a tal panorama a Lei n. 12.403/11 que reclama grande atenção dos

estudiosos tendo em vista a sensível seara na qual incide, havendo que se admitir, no entanto, que melhor seria se, ao invés de reformas pontuais, viesse a lume o tão esperado novo Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 156/2009).

Críticas existem, por óbvio, porém a nova alteração possui a grande vantagem de sobrepor à dignidade humana das pessoas presumidamente inocentes, em prol do Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, diminuindo os efeitos nocivos da prisão provisória, num país em que o sistema carcerário se encontra despido de seus fundamentos básicos, genéricos e específicos.

## **1. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

A toda evidência, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em colapso. Milhares de presos, sem qualquer distinção quanto ao fundamento que ensejou a sua prisão, são colocados em cubículos, em total desrespeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana, e aos direitos mais básicos de higiene e segurança dispostos na Lei de Execuções Penais (art. 3º, 10º, 11, 40, 41, 88, dentre outros).

Com efeito, de longa data o sistema prisional brasileiro não atende as suas finalidades, a mais importante delas: a ressocialização dos presos. Pior, aqueles que cometem determinado ilícito penal são tomados como vilões sociais, em prol da segurança, pilar tutelado pelas normas penais e processuais penais. Não restam dúvidas de que a superlotação carcerária de presos, fundada em juízos provisórios, viola frontalmente os direitos humanos e fundamentais dispostos na Constituição da República e legislação infraconstitucional, como a já citada Lei de Execuções Penais.

A pena privativa de liberdade, como sanção genérica, está falida. Não readapta o delinqüente. Ao contrário, perverte-o. Por isso, deve-se aplicá-la somente nos casos em que se mostra absolutamente necessária. Urge que seja imposta somente em relação aos crimes graves e delinqüentes de intensa periculosidade. E, provisoriamente, ainda mais, há de se ter

cuidado com a sua aplicabilidade irrestrita.

César Barros Leal<sup>1</sup> consegue captar a agonia do cárcere. São suas as seguintes palavras:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absoluta ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso “sorteado” é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.

Da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (LEP), consta no item 100 que é de conhecimento que grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma nocividade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção de inocência. Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade inevitável e profunda.

A cadeia é uma universidade do crime. Não se pode esquecer tal constatação clara e evidenciada pelas atuais circunstâncias sociais.

A imposição da pena de prisão, como vinha acontecendo no Brasil, não reduz a criminalidade. Prova disso é que não se consegue diminuí-la após o advento da Lei dos crimes hediondos, da Lei do crime organizado, dentre outras que esboçam a idéia de que é com pena alta e prisão que se atende aos anseios da sociedade. Aliás, não é só aqui. Em todo o mundo, a aplicação da pena custodial, mesmo nos países onde se constata uma política favorável à expansão do parque prisional, não conseguiu conter a onda de crimes, cada vez mais avassaladora.

Portanto, não há como fechar os olhos para as condições atuais do cárcere brasileiro. O sistema é omissivo. Não há saúde nem educação para a ressocialização dos presos, os quais

---

<sup>1</sup>LEAL, César Barros. *Prisão crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 56.

saem piores de dentro do regime prisional. As estatísticas atuais são alarmantes. Aliás, a superlotação não se restringe apenas aos presídios. Há uma grande quantidade de presos provisórios em condições inadequadas em delegacias que, em tese, apenas servem para custodiar o preso em casos de flagrante delito, de forma momentânea, sem possibilidades de cumprimento de pena em definitivo em tais localidades.

O nosso Código Penal de 1940, ainda em vigor, reformado em 1984, na parte geral, teve como modelo imediato o código italiano. Daí os fortes resíduos autoritários incrustados em nossa legislação. Não tem sido fácil expurgá-los. É preciso que se façam valer os direitos humanos. Os direitos e garantias individuais estão previstos na Constituição da República, pilar do sistema normativo, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e que possuem *status* constitucional, ou, ao menos, supralegais, e na legislação processual penal.

Não há como manter tais seres humanos como se não tivessem os direitos que a própria Constituição da República assegura expressamente. Afinal, é inviolável o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade. A carta magna não pode ser reconhecida como uma carta de intenções, uma vez que possui eficácia material e valorativa em cada um de seus dispositivos.

Afinal, de acordo com o art. 5º, XLIX, aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral. Assim disposto, a Magna Carta garante ao preso a conservação de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, exceto, aqueles que sejam incompatíveis, por óbvio, com a condição peculiar de uma pessoa presa, como a liberdade de locomoção, o exercício dos direitos políticos, dentre outros.

Entretanto, é necessário que se ateste que todos os demais direitos devem ser assegurados (por exemplo: art. 5º, XV, XIII, XI da CRFB/88), ou seja, o preso não deixa de ostentar a sua condição de ser humano apenas por estar na prisão.

A prisão cautelar e a imposição de outras medidas cautelares pessoais geram o

natural confronto existente entre a liberdade e a segurança, no entanto, é dever do Estado garantir ao preso o direito de sobrevivência, sim, o mais básico de todos, advindo do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, enquanto se encontra em sua tutela advinda da necessidade de imposição do cárcere.

## **2. OS OBJETIVOS DA MUDANÇA PROMOVIDA PELA LEI N. 12.403/11**

Como já demonstrado, o sistema carcerário precisa de alterações, e, para tanto, igualmente, era necessária a mudança na legislação processual penal a fim de adequá-la aos novos rumos que, aliás, estavam traçados há muito pela própria Constituição da República: presunção de inocência ou não culpabilidade, liberdade e prisão apenas a estritamente necessária.

A Lei n. 12.403/11 possui o papel de tentar minorar as agruras do sistema carcerário, em determinar que a prisão cautelar provisória é a última *ratio*, pois, claramente, desafogar o regime prisional é uma questão de necessidade contemporânea, pois na atualidade supera-se a marca dos quinhentos mil presos, sendo que, destes, quase, duzentos mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual, porém necessária.

Como se verá, a Lei n. 12.403/11 trouxe mais vantagens do que pontos negativos, sendo que, diversos são os dispositivos que buscam desafogar as cadeias públicas como o disposto no art. 322 do CPP que amplia a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

Na verdade, a própria duração excessiva dos processos criminais no país tem sido um dos vilões que impossibilitam o desenvolvimento da justiça, pois reduz o grau de eficácia do sistema punitivo como um todo, e, igualmente, à perda de sua legitimidade. Nesse sentido, a

sociedade possui a impressão de que é nas prisões cautelares que deve ser transferido todo o anseio de solução imediata para aquele que comete um delito. Colocá-los no cárcere é o mais eficaz propósito punitivo.

Afinal, se fez o mal, o mal receberás. Na verdade, o direito processual penal, instrumento garantidor das liberdades humanas, lamentavelmente, vê-se também voltado muitas vezes para a satisfação deste direito simbólico que é esculpido na mente da sociedade: melhor prender aquele que fez o mal.

Outrossim, a Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, teve igualmente o objetivo de “colocar as coisas em seus devidos lugares”. Explica-se: objetivou-se romper com uma cultura inquisitorial que encarcerava primeiro para depois avaliar a necessidade e proporcionalidade dessa medida. Atualmente, não. Imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis* e a comprovação da necessidade da prisão preventiva ou provisória, nos termos do art. 282, § 6º do CPC, ou seja, desde que não possa ser substituída por outra medida cautelar disposta no art. 319 do mesmo *codex*.

Pretendeu-se romper com o binário de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao Juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, bem como revitalizar o instituto da fiança, que havia sido completamente esquecido e sem aplicabilidade na legislação antes das mudanças em questão promovidas no Código de Processo Penal.

Necessário que se tomasse um passo firme e encorajado a fim de que não se tolere mais o desrespeito total aos mais básicos direitos do ser humano que são espelhados diariamente naqueles que vivem no cárcere sem sequer possuir uma sanção penal efetivamente definida, pois ali estão apenas como “prisioneiros provisórios”. Afinal, como bem ressalta Evandro Lins e Silva<sup>2</sup>, o cárcere é “uma jaula reprodutora de delinquentes”, e não podemos “enjaular” igualmente os presos definitivos e os provisórios.

---

<sup>2</sup> SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimentos ao CPDOC*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, p.271.

Portanto, as mudanças trazidas pela novel legislação têm como um dos seus objetivos fundamentais munir o Juiz do Poder de lançar mão de várias medidas em substituição à prisão para fazer a chamada Justiça Social, além de tentar minorar a superlotação carcerária atual.

Antes que se adentre nas modificações produzidas pela nova legislação, necessário é verificar o panorama do ordenamento jurídico anterior em relação a duas das principais medidas cautelares provisionais existentes, a fim de entendermos ontologicamente as alterações.

### **3. PANORAMA EXISTENTE ANTES DA MUDANÇA PELA NOVA LEI**

Como é de conhecimento geral, a prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. Tal medida pode recair sobre a coisa (ex. busca e apreensão, seqüestro, arresto) e sobre a pessoa.

De outro giro, não obstante o Código de Processo Penal não especificar propriamente as medidas cautelares, igualmente podemos classificá-las como probatórias, patrimoniais e pessoais. As cautelares relativas à prova são a busca e apreensão e a produção antecipada de prova (testemunhal ou antecipação de outro tipo de prova). As cautelares reais, por sua vez, são as medidas assecuratórias, seqüestro e arresto. E, as medidas cautelares pessoais, que mais interessam no momento, são as prisões processuais provisórias, as novas medidas alternativas ou substitutivas da prisão processual incorporadas pela Lei n. 12.403/11 e as contracautelas (liberdade provisória, com ou sem fiança).

Anteriormente à vigência da Lei n. 12.403/11, existia a chamada bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. É importante que se visualize que o nosso sistema processual penal sempre trabalhou apenas com duas possibilidades dadas ao magistrado: prisão cautelar ou liberdade provisória. O acusado respondia ao processo com privação de sua liberdade, ou,

então, lhe era concedido o direito à liberdade denominada de provisória, quer por simples compromisso de comparecimento aos atos processuais, quer, se exigida a fiança, mediante a obrigação de não mudar de residência sem autorização judicial e de não se ausentar por mais de oito dias sem comunicar ao Juiz.

O sistema era basilar, sem grandes alternativas. Resumia-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. Era o que se denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro.

Claramente, a efetividade do processo penal restava comprometida. Como bem ressalta o professor Renato Brasileiro de Lima<sup>3</sup>:

Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que é muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações. Como o Juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a prisão de liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.

Antes do advento da Lei n. 12.403/11, diversos juízes, compromissados com a necessidade de fazer justiça no caso concreto, a par da legislação não conferir a possibilidade de outras medidas cautelares, no entanto, revogavam a prisão preventiva e impunham certos requisitos ou condições ao acusado, tais como a restrição de frequentar determinados locais, a entrega de passaportes, e etc, numa aplicação subsidiária do artigo 798 do CPC, o chamado poder geral de cautela.

Os anseios de mudança já se mostravam nítidos. Já era reconhecido que o modelo não funcionava e que não se podia ver na prisão cautelar solução para a impunidade nas ruas.

O Prof. Paulo Rangel<sup>4</sup> já asseverava, antes mesmo da mudança, em sua obra:

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da *urgência e necessidade* informa a prisão cautelar de natureza

---

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011, p.4.

<sup>4</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.751.

processual. Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País. Se há roubo, homicídios, estupros, etc, ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo. O Judiciário não pode substituir a ação do Executivo. Polícia nas ruas, garantindo nossa segurança, é problema do executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo Judiciário.

A principal prisão cautelar, a preventiva, de acordo com a doutrina e jurisprudência já vinha sendo entendida como medida excepcional e apenas aplicável se devidamente presentes os requisitos legais. Afinal, o direito constitucional de liberdade exige que se aguarde o desenrolar normal do processo a fim de que, havendo condenação do acusado, possa ser cerceado.

A Jurisprudência do Tribunal que decide a respeito das matérias relativas à legislação infraconstitucional, o Eg. Superior Tribunal de Justiça, sempre asseverou a excepcionalidade da medida, conforme se verifica dos arestos abaixo citados:

CRIMINAL. HC. JÚRI. HOMICÍDIO DESCLASSIFICADO PARA LESÕES CORPORAIS. DEFICIÊNCIA NA EXPLICAÇÃO DOS QUESITOS. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DA MEDIDA NÃO-DEMONSTRADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Não há ilegalidade na decisão que reconhece a nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, por deficiência na explicação dos quesitos e indução em erro por parte do Juiz-Presidente, eis que evidenciada situação de perplexidade, ante a resposta contraditória que resultou na desclassificação do delito de homicídio para lesões corporais - tese sequer sustentada pela defesa.

II. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

III. Ordem parcialmente concedida para revogar a prisão cautelar efetivada contra o paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau.<sup>5</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA GRAVIDADE DO DELITO, EM ABSTRATO E NA PROBABILIDADE DE FUGA DO CO-RÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

A simples presunção de periculosidade em razão da natureza abstrata do delito não

---

<sup>5</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.171/RJ. 5ªT. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em: 05.09.2000, publicado no DJ de 23.10.2000, p.152.

enseja a decretação de prisão preventiva, quando não demonstradas a periculosidade do agente e, por conseguinte, qualquer prejuízo para a ordem pública ou para o desenvolvimento da ação penal.

O decreto de prisão preventiva deve fundamentar-se em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Juízos subjetivos quanto à probabilidade de fuga, máxime do co-réu, não bastam para a manutenção da custódia, como expediente para garantir a instrução criminal. Deve o magistrado demonstrar, de modo efetivo, as circunstâncias concretas, suscetíveis de ensejar a custódia preventiva, consistentes nos maus antecedentes e na periculosidade do agente, com o fito de justificar o decreto prisional.

Precedentes jurisprudenciais.

Ordem concedida, nos termos do voto.<sup>6</sup>

Há outra forma de prisão cautelar que também era vista de determinada forma, e, modificou-se posteriormente. É importante pontuar nesse momento, a fim de identificar o panorama anterior da legislação processual penal relativa ao tema.

Durante vários anos, a jurisprudência majoritária sempre entendeu que, ao receber a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária não estaria obrigada a fundamentar a manutenção da prisão cautelar do agente.<sup>7</sup> Se deliberasse pelo relaxamento da prisão, aí sim a decisão deveria ser motivada. Nesses termos, ao receber um comunicado de prisão em flagrante, competia ao Juiz apenas verificar a existência da infração penal e a devida observância das formalidades legais, sendo obrigado a apresentar fundamentação tão somente determinasse o relaxamento da prisão.<sup>8</sup>

O cenário, portanto, anterior as alterações promovidas, pregava a prisão como elemento necessário à instrução criminal, mas, não apenas isso: relacionava-a a uma resposta a ser dada pela sociedade se o crime fosse reconhecido como grave e ganhasse espaço nos grandes meios de comunicação. Lutava-se para que a sociedade e o meio jurídico entendesse que o requisito “garantia da ordem pública” disciplinado no art. 312, *caput* do CPP não pode

---

<sup>6</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 26.037/SP. 6ªT. Relator: Min. Paulo Medina. Julgado em: 15.04.2003, publicado no DJ de 02.06.2003, p.355.

<sup>7</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 5.650/RS. 6ªT. Relator: Min. Vicente Leal. Julgado em: 02.06.1997, publicado no DJ de 01.09.1997, p.40884.

<sup>8</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 10.080/MG. 5ªT. Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em: 05.09.2000, publicado no DJ de 25.09.2000, p.114.

ser confundido com clamor público.<sup>9</sup>

Apenas mais um ponto merece consideração para fins de panorama anterior às alterações promovidas: o instituto da fiança. Na forma pela qual estava reduzido o instituto não tinha mais qualquer utilidade substancial. O art. 322 do CPP apenas dispunha que a autoridade policial somente poderia conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Conseqüência disso é que não era possível dar à autoridade policial a verificação quanto a manutenção ou não no cárcere dos crimes de pequeno ou nenhum potencial ofensivo se a lei cominasse a pena de reclusão, que, aliás, são a grande maioria do nosso sistema penal.

Na verdade, a alteração promovida no artigo supracitado ampliou a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial, o que também é uma medida para desafogar as cadeias públicas em geral. E, não se diga que a medida é desproporcional, pois agora o delegado tem o poder de colocar na rua quem ele quer, como já se ouviu falar por profissionais de direito outros. A concessão da fiança é realizada pela autoridade policial diante da análise do caso concreto em um primeiro momento, mas nem por isso está isento de avaliação e censura pelo Ministério Público e Juiz Criminal, pois o próprio sistema processual penal oferta ao interessado a interposição das medidas cabíveis para o controle das ações das autoridades policiais.

Em poucas palavras: não se está dando uma carta em branco na mão das autoridades policiais para que façam o que bem entenderem perante aqueles que cometem crimes. Ao revés. Dá-se a elas instrumento eficiente e adequado para que, diante do caso concreto, num primeiro momento, desde que levados em conta os limites estabelecidos pela nova Lei, ou seja, que o crime em tese tenha como pena abstrata máxima o patamar de até quatro anos, promova a *mens legis* da alteração advinda da Lei n. 12.403/11, ou seja, prisão provisória

---

<sup>9</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 108184/SC. 6ªT. Relator: Min. OG Fernandes. Julgado em: 20.05.2010, publicado no DJe de 11.10.2010.

apenas para os casos necessários, dentro de um critério de razoabilidade e ponderação.

Em relação, assim, à Legislação Processual Penal anterior, verifica-se que, em termos legais, houve avanço. Mas, como se verá em tópico próprio, tal avanço precisa ser bem utilizado pelos operadores de direito, principalmente advogados criminalistas, Delegados de Polícia, Ministério Público e o Juiz Criminal que conduzirá o feito.

Nesse contexto, a par da aplicação da nova legislação, é preciso que se verifiquem os principais pontos de mudança inseridos pela nova Lei, sem, obviamente, possuir a pretensão de esgotar toda a matéria, o que não seria possível, quer por sua amplitude, quer pelo objetivo proposto para este artigo. No entanto, é possível traçar as temáticas mais importantes.

#### **4. PRINCIPAIS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA NOVA LEI**

Neste capítulo, especificamente, pretende-se traçar alguns pontos que são os principais da mudança promovida pela Lei n. 12.403/11. Para tanto, a Professora e Advogada Débora Faria Garcia<sup>10</sup>, didaticamente, na introdução de sua obra, traçou as mudanças que a reforma trouxe. No presente trabalho algumas delas serão sintetizadas conforme os subcapítulos abaixo numerados.

##### **4.1. VALORIZAÇÃO DO BINÔMIO ADEQUAÇÃO X NECESSIDADE**

As prisões cautelares gozam da característica da jurisdicionalidade, ou seja, somente podem ser decretadas por ordem judicial fundamentada, na forma do art. 5º, LXI, da CRFB/88. E mais: a prisão cautelar deve estar sempre associada à segurança do resultado de um processo penal de conhecimento ou de execução.

---

<sup>10</sup> GARCIA, Débora Faria. *Novas regras da prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 20.

Na verdade, a alteração promovida valorizou o binômio adequação x necessidade na perspectiva descrita no art. 282 do CPP, enaltecendo que a medida cautelar tem caráter provisório e só deve ser decretada se proporcional e necessária ao fim a que se destina.

Nessa perspectiva, o Professor e membro do Ministério Público, Rogério Schietti Machado Cruz<sup>11</sup>, que já exerceu o cargo de Procurador Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos lembra os seguintes conceitos, que se aplicam adequadamente à nova perspectiva mencionada disposta no dispositivo do art. 282 do CPP:

A noção de proporcionalidade das medidas cautelares e, em particular, das que interferem na liberdade do indivíduo é de extrema importância para a própria possibilidade de convivência dessas medidas com a presunção de não-culpabilidade, não sendo raras as vezes que apontam a incompatibilidade desses institutos. (...)

Antes de mais nada, uma medida cautelar qualquer somente se legitima quando seja capaz de produzir o resultado esperado, isto é, quando mostrar-se eficaz, adequada, idônea para proteger o direito que se encontra ameaçado na situação concreta. Cuida-se de averiguar a relação medida-fim, a aptidão para e sua conformidade com os fins que justifiquem a sua adoção. (...)

Também denominado princípio da intervenção mínima, da indispensabilidade, ou da proibição de excesso, essa máxima – que será novamente objeto de abordagem no capítulo relativo às medidas alternativas à prisão preventiva – significa que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei.

Assim, em relação às prisões cautelares, conclui-se que estará ela justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana.

Legitima-se a prisão cautelar apenas se o sacrifício a liberdade for razoável, nos moldes dos juízos de idoneidade e necessidade da cautela, e proporcional em termos comparativos à gravidade do crime e às respectivas sanções e penas que previsivelmente venham a ser impostas àquele que sofre a medida.

Nesse sentido, não preenchidos os requisitos necessidade e adequação, nenhuma medida cautelar, incluindo a prisão, pode ser decretada.

---

<sup>11</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p. 91.

De grande importância, nesse contexto é o disposto no artigo 310 do CPP, pois, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá fundamentalmente: relaxar a prisão; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP e forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; conceder liberdade provisória, com (crimes afiançáveis) ou sem fiança, isso nos moldes dos art. 321 a 324, todos do CPP.

A alternatividade conferida ao Juiz confirma a obrigatoriedade da verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade na escolha do caminho a ser seguido. Outrossim, na forma do artigo 321 do CPP, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o Juiz deve conceder a liberdade provisória a fim de impor, se for o caso, as medidas cautelares, com os critérios já mencionados do art. 282 do CPP.

#### **4.2. DESLOCAMENTO DA PRISÃO COMO ÚLTIMA HIPÓTESE DE CAUTELA**

Este ponto é de importância para que se tenha em mente que, posteriormente à reforma, a utilização da prisão preventiva de forma inadequada, ou seja, como primeira alternativa, configurará constrangimento ilegal sanável pela via de *habeas corpus*.

Com efeito, o art. 282, § 6º do CPC afirma, categoricamente, que a prisão preventiva apenas será determinada quando não for possível a sua substituição por qualquer outra medida cautelar prevista na nova redação do art. 319 do CPP. Assim, se possível a aplicação preliminar de outra medida cautelar, o Juiz não está mais autorizado a decretar a prisão preventiva. Necessário que se afirme e reafirme que agora temos vedação legal para tanto.

#### **4.3. COMPATIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DA PRISÃO COM A CONSTITUIÇÃO**

Algumas modificações foram efetivadas na Legislação a fim de que se atenda aos

mandamentos constitucionais inerentes ao tema da prisão. Assim, a título exemplificativo, verifica-se que o art. 283 do CPP atualmente traz de maneira pormenorizada as hipóteses de cabimento da prisão, ausente a expressão “prisão por pronúncia ou nos casos definidos em lei”, nem mesmo “prisão decorrente de sentença condenatória recorrível”, as quais desapareceram no ordenamento processual penal. Outrossim, o art. 315 do CPP expressamente determina que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva deve ser sempre motivada, com a finalidade de adequação ao art. 5º, LXI da CRFB/88.

O art. 306 do CPP, em sua nova redação, suprimiu de seu § 1º a expressão “acompanhado de todas as oitivas colhidas”, com o objetivo de dar maior celeridade de comunicação da prisão em flagrante à autoridade competente, o que confere maior razoabilidade para cumprir o prazo de até 24 horas descrito no mesmo dispositivo legal, o que corrobora a importância da sindicabilidade pelo Juiz da prisão efetivada, dando-se cumprimento ao art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI da CRFB/88.

Mas, para os fins do presente trabalho, de grande importância é a modificação efetivada no art. 300 do CPP. De fato, a redação antiga do dispositivo asseverava que “sempre que possível”, as pessoas presas provisoriamente ficariam separadas das que já estivessem definitivamente condenadas. Atualmente a expressão “sempre que possível” foi devidamente suprimida do texto legal.

Assim, mais uma chance há para o operador e aplicador do direito, para fazer cumprir o princípio básico de todo o sistema constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

A separação entre as pessoas presas provisoriamente (e, aqui entenda-se aquelas cujo o flagrante foi convertido em prisão preventiva, ou que tiveram, originariamente, decretada a prisão preventiva ou temporária) daquelas que já foram definitivamente condenadas é uma obrigação cogente, como um corolário direto e sem possibilidade de omissões do nosso Estado Democrático de Direito. Aliás, a Convenção Americana de Direitos

Humanos em seu artigo 5º preconiza igual direito ressaltando que os processados, de fato, devem ficar separados dos condenados e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

Não se trata de regalia. Como já exposto no capítulo um do presente trabalho, presídios, delegacias, casas de custódia, não possuem sequer o mínimo que se busca de uma instituição prisional. Não ressocializa. Na verdade, diante da realidade que se vive, já retratada, o indivíduo acaba sendo socializado para a prisão e não para a vida em sociedade.

Portanto, a mudança reflete o princípio da dignidade da pessoa humana e também a presunção de inocência ou de não-culpabilidade como regra de tratamento, e, em face da obrigatoriedade inerente à norma, defende-se que o seu descumprimento importará constrangimento ilegal, e, na falta de condições, ser a prisão substituída por outra medida, ou, até mesmo, relaxada. Esse último entendimento é preconizado, igualmente, por Luiz Flávio Gomes.<sup>12</sup>

#### **4.4. NOVAS CAUTELARES COMO OPÇÃO DE SEGURANÇA PROCESSUAL**

As cautelares pessoais introduzidas no art. 319 do CPP são de grande utilidade para o sistema de reforma introduzido. Algumas delas não apresentam qualquer dificuldade interpretativa, como, por exemplo, o inciso I do art.319 do CPP que dispõe a respeito da medida cautelar de comparecimento periódico em juízo, no prazo e condições fixadas pelo Juiz, afastando-se o receio de fuga.

Importante ressaltar o disposto no inciso V do mesmo dispositivo legal relativo ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos. É uma questão de política criminal, uma forma de pena

---

<sup>12</sup> GOMES, Luiz Flavio. *Prisão e Medidas Cautelares*: comentários à Lei n. 12.403/11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.

alternativa. Presume-se que o acusado trabalhador se ficar em casa após o horário do trabalho evitará problemas para a instrução. Importante observar que tal medida cautelar pode advir da aplicação da prisão domiciliar, disposta no artigo 317 do CPP, que terá capítulo próprio adiantes neste trabalho. Também é possível a aplicação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for maior de 80 anos ou estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave, na forma do artigo 318 do CPP.

Quanto a outro inciso de importância (inciso VII), pontue-se que a internação provisória do inimputável ou do semi-imputável dependerá, primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial, segundo o disposto no art. 149 e seguintes do CPP.

O inciso VIII trata da fiança nas infrações que a admitem para casos específicos determinados no próprio inciso. Evita-se a prisão, privilegiando a liberdade mediante recolhimento de valor estipulado pela autoridade policial ou judicial, conforme o caso. Nesse inciso é importante ressaltar que existem casos em que a fiança será vedada (art. 323, art. 324, ambos do CPP); e, outros, nas quais, ou nada se exigirá do aprisionado senão o comparecimento a todos os atos do processo (art. 310, parágrafo único, CPP), ou nenhuma cautelar será imposta, devendo ser integralmente restituída a liberdade (art. 283, §1º, CPP).

Conclui-se que sua imposição não é obrigatória. O art. 282, §1º, CPP dispõe que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, o que permite concluir não se exigir do juiz a imposição de fiança para todos os casos em que a sua aplicação não seja proibida. Nesse sentido, nas hipóteses em que não for cabível a fiança para os crimes alinhados no art. 323 do CPP, o juiz imporá certamente o maior número possível de medidas cautelares (art. 319 do CPP).

Aliás, o art. 322 do CPP dita que agora a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos.

Ampliou-se, assim, a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial, o que também é uma medida para desafogar as cadeias públicas. Polastri<sup>13</sup> em sua obra explicita a importância da atuação do Delegado de Polícia neste momento, além, de, por óbvio, ressaltar a impositiva regra do art. 310, II do CPC, de grande importância:

A Lei n. 12.403/11, portanto, ao exigir do juiz que faça a transformação da prisão em flagrante em prisão preventiva, acaba por exigir uma maior fundamentação por parte do magistrado, o que poderá trazer nulidades e procrastinação do procedimento, pois, já tendo o *fumus comissi delicti* sendo apreciado pelo Delegado, ao juiz só deveria caber o exame do *periculum libertatis*, como na nossa já tradicional cautelar da prisão em flagrante autônoma (agora deturpada pela nova Lei de 2011), e, assim, evidentemente de forma fundamentada, anteriormente à reforma operada, bastava ratificar ou não a prisão já efetivada, examinando somente o *periculum libertatis*, sendo que só deveria substituir o “título” da cautelar se houver ilegalidade ou erro na apreciação feita pelo Delegado. [...]

Como medida de importância, positivou-se no artigo 319 do CPP o inciso IX, monitoramento eletrônico que não é incompatível com os direitos fundamentais expostos na Constituição da República, pois não viola o direito à integridade física nem o bem estar corporal e psíquico através de sensações de dor ou sofrimento. No entanto, como bem expõe Nicolitt<sup>14</sup>, o problema dessa intervenção corporal está é na cultura jurídica autoritária, no momento em que o monitoramento eletrônico se ponha a serviço do amplo poder punitivo do Estado. São suas as seguintes palavras que bem ilustram o tema:

[...] estamos convictos, talvez influenciados pelos dados sobre as prisões cautelares no Brasil e pelo uso abusivo das interceptações telefônicas, que a cultura autoritária fará da monitoração eletrônica mais um instrumento de expansão do poder punitivo estatal. Nossa prospecção é que, ao contrário de servir para que pessoas que necessitariam estar presas pudessem ficar “apenas” com a liberdade vigiada, na verdade, a tendência é que as pessoas que não necessitariam estar presas, e por isso prescindiriam de monitoração eletrônica, passariam a ter a sua liberdade vigiada a partir deste novo instrumento que estará a serviço do braço punitivo estatal. (...) Lembramos que o processo, embora seja uma garantia fundamental, um instrumento da liberdade, não raro é transformado em instrumento de opressão estatal.

De fato, o monitoramento deve ser utilizado apenas para os casos de necessidade

---

<sup>13</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.76-77.

<sup>14</sup> NICOLITT, André Luiz. *Lei n. 12.403/11 o novo processo penal cautelar: A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 99-100.

para a aplicação da Lei e de adequação da medida à gravidade do crime, como aliás é norteado todo o tema das medidas cautelares, conforme determinado pelo art. 282 do CPP.

Diante de todo o exposto até o momento, percebe-se que o Juiz possui papel de grande importância nesse cenário, a fim de que, decisivamente, dê efeitos concretos ao que o legislador pretendeu conferir: maior efetividade das normas constitucionais inseridas agora no processo penal.

## **5 - PAPEL DO JUIZ DIANTE DOS NOVOS TEMPOS DE MUDANÇA**

O Juiz ganhou, na nova perspectiva de mudanças, maior papel na garantia das liberdades individuais.

Um dos principais avanços da nova lei é ampliação das medidas cautelares diferentes de prisão, como, por exemplo, o estabelecimento da fiança, mas para ser efetiva, é preciso mudar a mentalidade da sociedade e dos profissionais da área jurídica de que a única solução está no encarceramento. A prisão é exceção, mas acabou virando regra ao longo de todo o tempo até então. É necessário adotar posturas diferentes da atual a fim de que a lei não seja banalizada, o que acarretará recair sobre os mesmos problemas que afetam hoje o sistema carcerário. Até mesmo porque é muito mais fácil apropriar-se do discurso da prisão para não enfrentar o principal problema que é o de investimento em políticas públicas, como educação, saúde, etc.

O Juiz deve sempre estar atento às garantias constitucionais. Apresentado o auto de prisão em flagrante ao mesmo, no prazo de vinte e quatro horas (art. 306, §1º, CPP), deverá ele adotar as providências alinhadas no art. 310 e seu parágrafo único, CPP. Deve-se ter em mente que agora, com as novas regras, somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo.

Até mesmo ao proferir a sua sentença deve estar ciente das modificações, principalmente em relação às normas revogadas. Outrossim, a nova redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face das determinações constitucionais.

A regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Importante, assim, que o Juiz tenha em mente que a prisão preventiva pode sim vir a ser decretada quando inadequadas e insuficientes as cautelares diversas da prisão desde logo e autonomamente. Necessidade e adequação, portanto, são os referenciais fundamentais na aplicação das novas medidas cautelares pessoais no processo penal. E ambas as perspectivas se reúnem no Princípio da proporcionalidade.

Ressalte-se ainda que as cautelares existem para servir ao processo principal, e, assim, igualmente as prisões cautelares provisórias são, como o próprio nome diz: temporárias, não definitivas, e nem poderiam ser em face ao princípio da não –culpabilidade ou presunção de inocência.

Com efeito, há doutrinador que tem refutado a possibilidade de utilização desse chamado poder geral de cautela. Conforme afirma expressamente o mestre Aury Lopes Jr<sup>15</sup>:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e também pouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundamente de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. (...) Nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziou com o advento da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, pois ela apenas ampliou o rol de medidas cautelares, sem jamais contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daqueles previstas em lei

---

<sup>15</sup> LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.16-17.

Porém, na verdade, o legislador, na atualidade, previu alternativas mais para o Juiz criminal, que, deve estar atento ao caso concreto e à medida que melhor se adequará àquela circunstância. Este Juiz é o comprometido com a realidade social que está a sua volta, não se podendo descuidar de seu desiderato: garantir o estado de liberdade dos indivíduos. Afinal, não há no direito brasileiro qualquer impedimento à decretação de medidas cautelares por iniciativa do juiz, incluindo a prisão preventiva, quando no curso do processo e justificada pela necessidade de proteção à sua efetividade. O modelo acusatório brasileiro não contempla a inércia do magistrado em relação à adoção de medidas tendentes a proteger a efetividade do processo.

No mesmo sentido, tem-se prudência e proporção na vedação de imposição de quaisquer medidas cautelares – incluindo a prisão preventiva – para as infrações às quais não seja prevista pena privativa da liberdade (art. 283, §1º, CPP). Nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar.

É necessário esclarecer que é possível ao Juiz inclusive revisar a medida cautelar uma vez deferida. Não restam dúvidas, que, com a inserção do artigo 319 do CPP, as medidas cautelares são revisáveis de ofício, cabendo ao juiz, independentemente de pedido, buscar uma medida cautelar diversa, mais adequada e suficiente no caso concreto.

O magistrado que é comprometido com a realidade social, portanto, saberá ponderar a melhor aplicabilidade da Lei nesses pontos.

Aguarda-se, portanto, realmente, possa ser utilizada a nova legislação pelo Poder Judiciário com razoabilidade, abandonando-se a cultura da prisão provisória compulsória, analisando-se caso a caso, conforme a gravidade concreta. Instituto, aliás, que guardará grande importância e pode renascer no cenário jurídico de forma mais efetiva é a fiança, como vimos. Novas medidas cautelares, se aplicadas corretamente, podem dar ensejo à criação de outras, diminuindo-se o índice elevado de prisões provisórias.

Há, assim, fundamentos constitucionais para o êxito da nova sistemática da prisão e

da liberdade no sistema processual brasileiro, porém, dependerá da boa vontade dos operadores do direito que labutam pelo ideal de justiça.

## **CONCLUSÃO**

Na última década, mostrou-se evidente a marcha do Estado brasileiro em direção às políticas públicas de combate à criminalidade baseadas em um sistema legal de recrudescimento do tratamento dado ao desviante, ou seja, àquele que se enquadra dentro do modelo de transgressor normalmente combatido.

Tornou-se extremamente comum a edição das leis que incriminam condutas, majoram penas e tornam o cumprimento de pena mais gravoso, tais como, por exemplo, as modificações ocorridas nos crimes contra os costumes na lei de crimes hediondos e na disciplina da prescrição penal.

O sistema legal penal hoje é encarcerador, ou seja, presume culpado o réu, aprisionando-o cautelarmente como mero meio de antecipar uma futura aplicação de pena, sem atentar para a necessidade real da medida cautelar. É, portanto, o retorno ao processo inquisitorial, disfarçadamente.

Tal situação não pode mais continuar. Afinal, o sistema carcerário brasileiro é precário, degradante, que acaba por gerar ainda mais revolta e humilhação naqueles que cometeram atos contrários à norma jurídica previamente disposta.

Assim, atendendo a uma nova forma de encarar a realidade do sistema prisional, foram adotadas novas medidas substitutivas da prisão provisória, as chamadas medidas cautelares substitutivas ou alternativas, que, se bem aplicadas e bem sopesadas, formarão instrumento forte de legitimação do sistema penal como um todo, atendendo às garantias individuais. Por outro lado, se adotadas de forma aleatória, sem controle e avaliação de resultados, será algo retórico que ensejará a descredibilização do sistema.

Necessário que se conclua que o processo penal é mecanismo de garantia e não instrumento de repressão daqueles que ficam submetidos às suas regras, sendo fundamental o papel do magistrado nesse novo enfoque das relações processuais penais.

Esse magistrado, em especial, o criminal, deve se desvencilhar de muitos conceitos pré-moldados que irradiam do seu próprio contexto social e enxergar que não é encarcerando, ou utilizando a máxima do tolerância zero, que se atenderá aos anseios de uma sociedade livre.

Diante disso, o Juiz deve estar preparado para entender a real essência das modificações legais e assim prestar a jurisdição, iluminado pelos ditames constitucionais e não apenas atuar como se fosse o meio legal, um meio de vingança destinado a punir gravosamente o violador dos ditames da lei. Afinal, proceder com razoabilidade e proporcionalidade é dever do Juiz. A sociedade moderna exige que ele seja encarado como um personagem que tem poder para modificar e trazer novas orientações para a coletividade, não devendo ceder a pressões econômicas, e, assim, auxiliar nas políticas públicas, promovendo a aplicação da nova Lei com a diminuição do encarceramento provisório no país.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.Out.1998. Disponível:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 jun.2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 out.1941.Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 17 jun.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.171/RJ. 5ªT. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em: 05.09.2000, publicado no DJ de 23.10.2000, p.152.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 26.037/SP. 6ªT. Relator: Min. Paulo Medina. Julgado em: 15.04.2003, publicado no DJ de 02.06.2003, p.355.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 5.650/RS. 6ªT. Relator: Min. Vicente Leal. Julgado em: 02.06.1997, publicado no DJ de 01.09.1997, p.40884.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 10.080/MG. 5ªT. Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em: 05.09.2000, publicado no DJ de 25.09.2000, p.114.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 108184/SC. 6ªT. Relator: Min. OG Fernandes. Julgado em: 20.05.2010, publicado no DJe de 11.10.2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Débora Faria. *Novas regras da prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Método, 2011.

GOMES, Luiz Flavio. *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei n. 12.403/11*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL, César Barros. *Prisão crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NICOLITT, André Luiz. *Lei n. 12.403/11 o novo processo penal cautelar: A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimentos ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.