

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI**

**FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**JOEL ALENCAR PEREIRA**

**ANÁLISE DA LEI 12.403/2011 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE**

**CAMPINA GRANDE – PB**

**2017**

**JOEL ALENCAR PEREIRA**

**ANÁLISE DA LEI 12.403/2011 E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado do Curso de Bacharelado em  
Direito, da Faculdade Reinaldo Ramos –  
FARR.

Prof. Orientador: Prof. Rodrigo Reul

Campina Grande – PB

2017

---

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

---

P436a Pereira, Joel Alencar.  
Análise da lei 12.403/2011 e sua (in)constitucionalidade / Joel Alencar  
Pereira. – Campina Grande, 2017.  
33 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-  
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.  
"Orientação: Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul".

1. Processo Penal. 2. Medidas Cautelares Pessoais. 3. Prisões  
Preventiva e Provisória. I. Reul, Rodrigo Araújo. II. Título.

---

CDU 343.2(043)

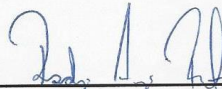
---

JOEL ALENCAR PEREIRA

ANÁLISE DA LEI 12.403/2011 E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE

Aprovada em: 05 de JUNHO de 2017.

BANCA EXAMINADORA

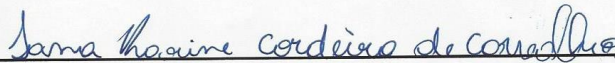


---

Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)



---

Profa. Ms. Iana Karine Cordeiro de Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



---

Prof. Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>6</b>  |
| <b>CAPITULO I</b>  |           |
| <b>EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI 12.403/2011</b> .....   | <b>8</b>  |
| 1.1 PRISÃO PREVENTIVA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....  | 11        |
| 1.1.1 Prisão Preventiva <i>versus</i> Prisão Temporária .....                                | 12        |
| <b>CAPITULO II</b>   |           |
| <b>MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS</b> .....   | <b>14</b> |
| 2.1 CONCEITO .....   | 14        |
| 2.2 NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS INTRODUZIDAS<br>PELA LEI 12.403/2011 .....          | 16        |
| 2.2.1 Comparecimento periódico em juízo .....  | 16        |
| 2.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares .....                         | 17        |
| 2.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada .....                               | 18        |
| 2.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca ou do país .....                                   | 18        |
| 2.2.5 Recolhimento noturno e nos dias de folga .....   | 19        |
| 2.2.6 Suspensão do exercício da função pública ou atividade econômica<br>ou financeira ..... | 19        |
| 2.2.7 Internação provisória em caso de inimputável ou semi-imputável .....                   | 20        |
| 2.2.8 Fiança .....   | 20        |
| 2.2.9 Monitoramento eletrônico .....   | 21        |
| 2.2.10 Proibição de ausentar-se do país .....  | 22        |
| <b>CAPITULO III</b>  |           |
| <b>(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.403/2011</b> .....                                      | <b>24</b> |
| 3.1 INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA .....   | 25        |
| 3.1.1 Inconstitucionalidade Formal da Prisão temporária .....                                | 25        |
| 3.2 CONSTITUCIONALIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE<br>FIANÇA .....                     | 27        |
| 3.3 INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA .....                                     | 28        |
| <b>4 CONCLUSÃO</b> .....   | <b>30</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | <b>32</b> |

## RESUMO

Não é novidade pra ninguém que vivemos uma crise no nosso sistema carcerário e que a maneira como punimos nossos infratores já não surte mais efeito, o que tem levado o judiciário, juntamente com os órgãos punitivos do Estado, a buscarem outras alternativas antes de decretar a prisão, mesmo que seja cautelar, de um individuo em detrimento de decretar a prisão processual de imediato. Em 2011 foi publicada a lei 12.403/2011 que trata tanto das medidas cautelares pessoais substitutivas à prisão, quanto da liberdade provisória e a prisão processual, nesse caso a temporária. Muito se tem questionado sobre a constitucionalidade da norma em comento, tanto no que se refere a prisão temporária e a preventiva, quanto ao fato desta ter sido iniciada pelo Poder Executivo, o que traria uma certa inconstitucionalidade Formal da matéria, levantando-se também a discussão acerca da liberdade provisória mediante fiança. A verdade é que de um lado as normas devem obedecer ritos de passagem para que surtam seus efeitos sem vícios de formação, mas por outro é fundamental que haja um meio regulador da situação carcerária e também de medidas mais humanitárias de cumprimento de pena, onde a dignidade da pessoa humana, a vida e outros direitos Fundamentais sejam resguardados, mesmo que a iniciativa da lei não obedeça as formalidades instituídas.

**Palavras chaves:** Lei 12.403/2015. Medidas Cautelas pessoais. Prisão Preventiva e Provisória.

## ABSTRAC

It is no news to anyone that we are experiencing a crisis in our prison system and that the way we punish our offenders is no longer effective, which has led the judiciary, along with the punitive organs of the State, to seek other alternatives before enacting Imprisonment, even if it is a precautionary measure, of an individual to the detriment of enacting immediate procedural arrest. In 2011, Law 12,403 / 2011 was published, which deals with both personal precautionary measures substitutive to imprisonment, as well as provisional release and procedural arrest, in this case temporary. Much has been questioned about the constitutionality of the norm in question, both regarding temporary and preventive arrest, and the fact that it was initiated by the Executive, which would bring about a certain Formal constitutionality of matter, Discussion about probation on bail. The truth is that, on the one hand, norms must obey rites of passage in order to have their effects without any formation defects, but on the other hand, it is fundamental that there be a regulating means of the prison situation and also of more humanitarian measures of punishment, where Dignity of the human person, life and other fundamental rights are safeguarded, even if the initiative of the law does not obey the established formalities.

**Key words:** Law 12,403 / 2015. Measures Cautelas personal. Preventive and provisional arrest

## INTRODUÇÃO

Como é sabido por todos estudantes e operadores do direito, a aplicação do direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, para evitar danos irreversíveis ao condenado com a aplicação de uma pena, evita-se encarcerar o indivíduo por crimes de menor potencial e menores danos à sociedade.

Eis a grande problemática para o Direito Penal e Processual Penal: De um lado tem-se um sistema carcerário deficitário, onde a dignidade e a segurança física e psicológica dos presos não podem ser resguardadas, podendo, posteriormente, gerar a obrigação de indenizar para o Estado.

Por outro lado, caso o suspeito/criminoso/indiciado não seja retirado da sociedade os riscos podem ser maiores, uma vez que além da possibilidade deste indivíduo fugir ser grande, a não punição deste causa uma desarmonia social, pois surge a ideia de injustiça e revanchismo.

Para tentar dirimir as questões das medidas cautelares, foi promulgada em 2011 a Lei 12.403/2011, trazendo algumas inovações ao Processo Penal Brasileiro e modificando algumas medidas já existentes, de modo que o *status libertatis* do indivíduo ficará condicionada a tal norma.

À medida que a investigação criminal se desenvolve e os indícios de autoria se intensificam, o risco de um acusado/investigado fugir ou cometer outros delitos na tentativa de esconder o que deu início a investigação é evidente. Nessa situação, é cada vez mais necessário que haja políticas de prevenção que, ao passo que previna novos delitos e fuga e também assegure a segurança física e psicológica do investigado.

As medidas acauteladoras devem estar em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tão defendido pela nossa Carta Magna, além do mais, devem atender aos requisitos estabelecidos pelo código de Processo Penal no artigo 319 e as normas previstas na lei 12.403/2011.

O objetivo geral desse trabalho é Fazer uma análise do instituto das medidas cautelares, conceituando-as e explicando-as uma a uma, de maneira que seja possível identificar suas características e requisitos, fazendo o paralelo com os demais ramos do Direito.



Quanto aos objetivos específicos, visa-se Conceituar medidas cautelares e fazer uma análise histórica do instituto, Analisar as medidas acautelatórias em espécies e Explanar as principais mudanças introduzidas com a promulgação da lei 12.403/2011.

A abordagem para a pesquisa é a qualitativa, fazendo-se o a correlação entre o estudo da atividade de investigação policial e as medidas acauteladoras previstas em nossa Carta Magna e nas leis infraconstitucionais, com vistas a estabelecer quais os melhores métodos preventivos em cada caso concreto.

Será utilizada a técnica de fichamentos e resumos como meio eficaz de selecionar as ideias e posicionamentos mais importantes, seguindo de uma organização e complementação através de comentários e pontos de vistas do autor do Trabalho acadêmico.

Os instrumentos utilizados serão livros, artigos científicos publicados em revistas de grande circulação e o estudo de casos concretos. Além destes, será feito também um estudo da lei seca, além das jurisprudências e uma análise doutrinária. Será um trabalho predominantemente bibliográfico.

Será realizado um estudo exploratório por meio de revisão bibliográfica em literaturas que contemplem o estudo os direitos e garantias fundamentais, as medidas de prisão preventiva e cautelares e dentre outras normas.

## CAPITULO I

### 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI 12.403/2011

Para falar da evolução histórica da lei 12.403/2011 é necessário entender todo o contexto legislativo em que foi proposta essa norma e as principais mudanças ocorridas com o código de Processo Penal, haja vistas que desde sua criação, em 1º de janeiro de 1942, passou por inúmeras alterações com o intuito de evoluir junto com a sociedade, adequando-se as mudança e necessidades.

Em 1967, A Lei 5.439 extinguiu a prisão preventiva como medida obrigatória. Posteriormente, a Lei 5.951/1973 trouxe mais duas inovações: As regras que estabelecem que o réu recorra da decisão de pronuncia e a possibilidade de que o réu com bons antecedentes pudesse recorrer em liberdade.

Em 1977 foi promulgada a lei 6.416/77, que trouxe ainda mais alguns benefícios para aqueles que respondiam processo. Foi possível com essa norma que o preso pudesse ter decretada sua liberdade provisória sem fiança, mas apenas nos casos em que não fosse proibida a fiança para as prisões preventivas.

Em 2011, no Brasil, havia mais 500 mil presos, sendo destes 200 mil em prisão de medidas cautelares, logo, pode-se perceber que estamos com um sistema carcerário superpopuloso e que encarcerar presos em medidas cautelares, além de não ser a opção mais inteligente, pode trazer sérios danos ao encarcerado. Foi através desse entendimento que se idealizou a PL 4.208/2001, que deu origem a reforma do CPP e a lei 12.403/2011.

A respeito do anteprojeto com as medidas cautelares e a reforma do CPP, seus relatores Antônio Scarance Fernandes e Luís Flávio Gomes deram as seguintes justificativas para as suas propostas:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfigurem o sistema. Exemplo justificativo é o da fiança que passa, com as alterações do Código, de instituto central no regime de liberdade provisória, a só servir para poucas situações concretas, ficando superada pela liberdade provisória sem fiança do parágrafo único do artigo 310. As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes

à prisão e a liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, com as da Itália e Portugal. (PLC 111/2008).

A lei 12.403/2011 foi promulgada dia 04 de junho de 2011, após longos 10 anos de tramitação, trazendo mudanças de suma importância nas medidas cautelares e prisões processuais, criando um novo sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro.

As mudanças introduzidas pela lei 12.403/2011, que conseqüentemente alterou nosso Código de Processo Penal, tiveram grande influência dos códigos processuais Italiano e Português. Sendo assim, os extremos entre prisão cautelar e liberdade provisória obedecem a uma “escada” de gravidade, podendo, através da análise dos requisitos, decidir o juiz pela melhor penalidade ou benefício.

O Código de Processo Penal, em seus artigos 319 e 320, que foram alterados pela lei em comento, trazem os seguintes requisitos/medidas que substituem a prisão, vejamos:

Art. 319.

São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 320.

A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Vale a pena salientar que tais medidas podem ser utilizadas de forma cumulativa, de acordo com a dosimetria do magistrado. Essas medidas vêm a confirmar a ideia principal do direito penal, de que a prisão/encarceramento é a última opção a ser utilizada, principalmente quando o sistema carcerário se encontra como está.

Como se pode depreender da análise dos artigos supracitados, a prisão, mesmo sendo a processual recebe o mesmo tratamento da sentença final: é a última opção, utilizando-se antes de aplica-la medidas restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

É perceptível, com a análise da lei em comento, que esta norma veio ao encontro dos dispositivos constitucionais que regulam as prisões processuais e derivadas de sentenças, mas também das liberdades fundamentais aos cidadãos. Vejamos alguns artigos da nossa Carta Magna que ressaltam isso:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Com a leitura do caput do artigo 5º da nossa Carta Magna, é perceptível que a liberdade é a regra, não a prisão, e que está deve ser garantida ao individuo até o esgotamento de todas as alternativas que substituam a pena. É partindo da regra geral que surge o principio da presunção de inocência, também balizado pelo art. 5º, LVII Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

## 1.1 PRISÃO PREVENTIVA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Trata-se da modalidade de prisão processual por excelência, onde, a partir de completados os requisitos estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, poderá o magistrado decretar a prisão preventiva para garantia da ordem pública; Da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Logo, percebe-se que a função primordial de tal medida é o bom funcionamento da instrução processual penal.

Nas palavras do eminente autor Renato Brasileiro de Lima, prisão preventiva é:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (LIMA, 2016, p.1286).

Ainda, de acordo com Diogo dos Santos Santana, fundamenta-se a prisão preventiva:

A garantia da ordem pública, fundamento desta prisão, trata-se de interpretação do julgador, da necessidade de se manter a ordem na sociedade, que foi abalada pela prática de um fato delituoso. O clamor público fundado pelo sentimento de impunidade e insegurança, força o magistrado então, a determinar o recolhimento do indivíduo com base na gravidade da infração e pela repercussão social. (2013).

Por tal motivo, é importante ressaltar que a prevenção é o principal fundamento da preventiva, e caso não seja ela verificada ou até desnecessária, não há que se falar em prisão em obediência ao princípio da presunção de inocência, sendo, assim, uma prisão arbitrária e ilegal.

No que tange a decretação da prisão, o artigo 311 do CPP afirma que está poderá ser feita em qualquer fase da investigação policial, e é nesse ponto que chama a atenção de muitos doutrinadores, pois tendo em vista que o Inquérito Policial é peça dispensável no processo, pode haver decretação da prisão

preventiva sem a elaboração do Inquérito policial, mas sempre deverá haver investigações preliminares que justifiquem a medida. Vejamos o texto legal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Ao que se refere ao tempo de duração da Prisão Preventiva, o Código Processual Penal não trouxe tempo determinado, mas já se é pacificado pela doutrina e jurisprudência que durará, no máximo, até a decisão absolutória, configurando constrangimento ilegal a sua continuação. A verdade é que o princípio da razoabilidade é basilar nessas situações, determinando assim, o tempo necessário para garantir que o processo seja efetivado sem interferências do acusado.

### **1.1.1 Prisão Preventiva versus Prisão Temporária**

Tais modalidades de prisões processuais possuem distinções que as tornam singulares no processo penal, de modo que, não é apenas o tempo de duração entre uma ou outra que as diferem, mas suas funções, momentos e características próprias.

Como não é o objetivo central do trabalho em tela esgotar todo o conteúdo das prisões preventivas e temporárias, será tratado no tópico em comento apenas as diferenças mais relevantes dos dois institutos processuais. Vejamos:

- a) Enquanto a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo, a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase anterior ao processo, ou seja, nas investigações policiais;
- b) A prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo magistrado, diferente da prisão temporária, onde tal situação não ocorre;
- c) A prisão temporária tem lei própria, a lei nº 7.960/89, que inclusive traz o rol taxativo dos crimes que poderão ensejar a prisão temporária. Já a prisão

preventiva é disciplinada pelo próprio código de Processo Penal e é decretada bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP.

- d) A prisão temporária possui tempo determinado, que é de 5 dias prorrogáveis por mais 5, sendo assim , o máximo de 10 dias. Diferente da prisão preventiva que tem prazo indeterminado.

## CAPITULO II

### 2. MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS

#### 2.1 CONCEITO

Trata-se de alternativas diversas da prisão da prisão cautelar, como meio de adaptar as normas processuais ao caso concreto e a gravidade do delito e das características pessoais do agente, de modo que, além de não sobrecarregar o sistema carcerário com presos temporários, também obedece ao Princípio Penal da Proporcionalidade da pena, onde se evita abusos ou intervenções desnecessárias.

Bedaque *apud* Renato Brasileiro de Lima (2016, p.1379) afirma que se trata “de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela”.

Para a aplicação das medidas cautelares é necessários alguns requisitos, que serão vistos adiante, não podendo ser de maneira automática. Como muito bem traz o artigo 282 do CPP, que regula a aplicação das medidas cautelares. É valido salientar que tais medidas podem ser aplicadas cumulativamente ou isoladamente, de acordo que observem o fim proposto. Vejamos a redação do artigo 282 do CPP:

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

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



§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

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

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

Em suma, a regra é que a liberdade do indivíduo seja resguardada, já que este é um direito Constitucional, devendo está ser restringida quando houver perigo para a sociedade (novos delitos) ou para o andamento das investigações policiais, aplicando-se, então, a prisão preventiva em detrimento às medidas cautelares.

Sobre a aplicação da lei, realça Euripedes Clementino Ribeiro Junior:

[...] com exceção dos casos de notória urgência ou ainda, de perigo iminente de ineficácia da medida, o juiz quando provocado a se manifestar sobre o pedido de medida cautelar, determinará que se intime a parte contrária para tomar ciência daquele pedido, observando o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CF), onde preceitua que deve ser assegurada ampla possibilidade de defesa, lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes, e ainda, o princípio do contraditório (art. 5º, LV da CF), que por sua vez assegura que às partes deve ser aberta a possibilidade de influir no convencimento do magistrado. Insta observar que no caso de iminente risco da comunicação prévia inviabilizar a medida cautelar, após a conclusão do procedimento a parte contrária também poderá fazer uso do contraditório e se defender da medida imposta depois da sua decretação, é o que a doutrina denomina de “contraditório diferido”. (2011).

De acordo com Fernando Capez (2011) a lei 12.403/2011 traz algumas modificações jurídicas, tais quais:

Antes da sentença final, é imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar. Além da prisão temporária, cabível nas restritas hipóteses da Lei n. 7.960/89 e somente quando imprescindível para a investigação policial de alguns crimes elencados em rol taxativo, só existe a prisão preventiva, como modalidade de prisão provisória. Mesmo assim, quando couberem outras medidas coercitivas menos drásticas, como, por exemplo, obrigação de comparecer ao fórum mensalmente, proibição de se ausentar da comarca, submeter-se ao monitoramento eletrônico etc., não se imporá a prisão preventiva, a qual passa a ser medida excepcional, ou como se costuma dizer, a *ultima ratio*.

Desse modo, a partir da entrada em vigor da lei em estudo, só haverá a decretação da prisão processual após a comprovação da necessidade e urgência, caso contrário, nenhuma medida restritiva de liberdade será tomada, o que vem causando uma certa polêmica entre a Doutrina e estudiosos, uma vez que, determinados crimes, mesmo com sua gravidade, porém com baixa penalidade (até quatro anos), podem ficar impunes e ainda trazer um certo risco social, no que tange a colheita de provas, por exemplo.

## 2.2 NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011

Como já foi estudada anteriormente, a lei 12.403/2011 trouxe ao nosso ordenamento jurídico medidas alternativas aos casos de prisão preventiva ou temporária, modificando, assim, os artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal. Há três tipos de medidas nos dispositivos citados: a) coercitivas, que trazem alguma sujeição ao réu, b) Obrigatórias, onde o réu ficará obrigado a cumprir determinadas ordens judiciais e, c) Interditivas, quando o indivíduo é privado de algum poder.

### 2.2.1 Comparecimento periódico em juízo

Tal medida possui o escopo de verificar se o acusado permanece a disposição do juízo para a prática dos atos processuais e para garantir que a justiça consiga as informações necessárias. É de suma importância diferenciar tal medida da que é aplicada quando se está em liberdade condicional (art. 89, § 1º, IV, da Lei nº 9.099/95), onde há uma periodicidade fixada em lei. Também não é a mesma periodicidade de comparecimento ao juízo estabelecido pelo artigo 310 do CPP, onde a função principal é garantir que os atos processuais sejam realizados.

A medida em estudo traz como ônus ao acusado o comparecimento periódico à Secretaria do Juízo competente para informar onde está residindo e trabalhando, caso esteja empregado. Como óbvio, a medida deve ser feita de modo pessoal. A

respeito de comparecer em outra comarca, Renato Brasileiro de Lima, traz a seguinte ideia:

Caso o acusado resida em outra comarca, pensamos que o acompanhamento dessa medida pode ser feito perante o juízo onde ele reside, expedindo-se, para tanto, carta precatória. É sabido que grande parte da clientela do direito penal é composta por pessoas miseráveis. Exigir-se o deslocamento de acusado pobre até o juízo processante poderia acabar por inviabilizar o cumprimento da medida em virtude de fator alheio a sua vontade. Essa carta precatória seria expedida apenas para a fiscalização da medida. (LIMA, 2016, p. 1381).

O supracitado autor faz menção ao menor custo para o cumprimento da penalidade ao réu, isso porque seria condena-lo duas vezes ao instituir uma medida de difícil meio de ser cumprida, tendo em consideração que a função do Direito Processual Penal é fazer cumprir as normas e não prejudicar o réu além do que for estipulado judicialmente.

### **2.2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares**

Trata-se da medida elencada no artigo 319, II, do CPP, e também é um meio adotado por outros meios penais, tais quais os benefícios do SURSIS, livramento condicional, etc. Entretanto, trata-se também de uma medida de difícil fiscalização, sendo a denuncia da vítima o principal meio de punição pelo descumprimento da ordem.

De acordo com Gustavo Henrique Righi Badaró (2011):

Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. “Aqui, deve haver claro nexos entre o local que se proíbe e o crime cometido. A delimitação das proibições deve ser precisa, para não haver infrações induzidas pela dúvida. Definir claramente o lugar (boate, estádio de futebol, clube, bares) que está vetado.”

Um fato característico de tal medida alternativa é que ela precisa guardar relações com o fato que gerou tal punição, podendo ser locais públicos ou privados, abertos ou fechados. Porém, é inadmissível que o juiz fixe a proibição de lugares genéricos, devendo ser tal lugar determinado e especificado. Por exemplo, não pode o magistrado proibir que o acusado/investigado frequente bar, devendo, entretanto,

fixar qual o bar o acusado está proibido de ir, com endereço e características definidas.

### **2.2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada**

Essa medida tem como foco principal a proteção da vítima, testemunha e até mesmo os corréus. Seu marco inaugural foi a lei de violência doméstica, onde visa punir os aqueles que tragam algum risco para quem coabita com eles.

Por se tratar, também, de uma medida de difícil fiscalização, a forma mais eficaz de fiscalizar se tal medida esta sendo cumprida é a denuncia da vítima, testemunha ou ocorreu, de modo que reprima o acusado quando este infringir a norma de forma voluntária, devendo haver meios de comprovação para isto, já que a aproximação involuntária não pode ser objeto de punição.

Determinados crimes são comuns de estabelecer essa medida, como muito bem saliente Guilherme de Sousa Nucci:

Como regra, o foco é a vítima do delito, quando o cenário envolve crimes típicos de violência ou grave ameaça à pessoa, como tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal etc. Outro campo fértil para essa medida diz respeito aos delitos contra a honra, pois deles podem resultar infrações mais sérias. (2016, p. 467).

### **2.2.4 Proibição de ausentar-se da comarca ou do país**

Trata-se de uma medida cautelar de restrição de direitos, onde a função primordial é garantir que o processo seja desenrolado com segurança e sejam assegurados todos os atos da investigação, além, claro, de ser um meio de evitar fugas. A respeito do tema, Silvio Maciel faz a seguinte observação:

A proibição somente se justifica se for necessária para a investigação ou instrução criminal. Teria mais sentido se o legislador tivesse previsto essa medida cautelar para garantia da aplicação da lei penal, porque a saída do distrito da culpa está sempre relacionada com a idéia de fuga. Não vemos no que a saída do acusado da comarca possa comprometer o bom andamento das investigações ou do processo. Se a saída não tem finalidade de fuga, isso significa que o indiciado ou o acusado estará à disposição da polícia e do Judiciário nas pouquíssimas vezes em que for intimado a comparecer diante das autoridades; se a saída demonstra concretamente intenção de fuga, é o caso de decretar prisão preventiva.

Além disso, para garantir o bom andamento da investigação ou da instrução processual seria mais adequado a lei ter previsto a medida de comparecimento obrigatório aos atos do processo (como ocorre no caso da fiança). Não tem sentido proibir o indiciado ou o acusado de sair da comarca durante o longo tempo que tramita o inquérito e o processo (às vezes por anos) apenas para que ele compareça a determinados atos processuais. (2011, p. 180).

É obvio imaginar que tal medida precisa ser indispensável para ser aplicada, devendo-se evitar o mínimo de constrangimento ao indiciado.

### **2.2.5 Recolhimento noturno e nos dias de folga**

É considerada a medida cautelar menos gravosa, pois o recolhimento é dentro da própria residência do acusado, permitindo que o mesmo trabalhe e desenvolva suas atividades diárias, mas ao mesmo tempo reprimindo de alguma forma o delito cometido. É uma medida de difícil fiscalização, pois depende de denuncia ou flagrante.

Não é qualquer acusado que tem direito a essa medida, pois só se aplica a presos que possuem residência e trabalho fixos, ou ainda, comprovando que está estudando em local fixo. São pré-requisitos que asseguram, de certa forma, que o réu não vai fugir. Na sentença, o magistrado deverá ser objetivo sobre o que ele entende de noturno, dias de folgas e fixação do tempo da medida cautelar.

### **2.2.6 Suspensão do exercício da função pública ou atividade econômica ou financeira**

O inciso VI do art. 319 do CPP dispõe que são medidas cautelares diversa da prisão:

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

A medida cautelar trazida pelo inciso IV do artigo 319 do CPP tem sujeitos passivos determinados justamente por que se aplica a pessoas que cometeram

determinados crimes e podem usar suas funções, públicas ou no meio financeiro, ou para continuar cometendo-as ou para atrapalhar as investigações e o colhimento de provas.

Segundo Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 441):

A medida cautelar em análise consiste na vedação temporária do exercício de determinada função pública ou, ainda, de atividade de natureza econômica ou financeira. O conceito de função pública deve ser buscado no Direito Administrativo e inclui toda atividade exercida com o objetivo de consecução de finalidades próprias do estado, por meio de seus agentes públicos. Em outras palavras, exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, englobando agentes políticos, os servidores públicos, e os particulares em colaboração com o Poder Público. (...) A finalidade da suspensão da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira é evitar, segundo dispositivo legal, a sua utilização para a prática de infrações penais. Assim, busca-se, precipuamente, evitar que o agente se valha das facilidades desta função ou atividade para a prática de novas infrações.

É evidente que deve haver ligação entre o crime e a função pública de modo que o réu em atividade prejudique de algum modo às investigações.

### **2.2.7 Internação provisória em caso de inimputável ou semi-imputável**

Essa medida cautela tem a função de suprir a extinção da medida de segurança provisória, e possui sujeitos determinados e definidos: inimputáveis e semi-imputáveis que cometem crimes violentos, logo, trata-se de pessoas que precisam ser isoladas da sociedade ou de tratamento médico-psiquiátrico urgente.

A internação provisória é necessária por que, ao se tratar de insanidade mental, não é possível esperar o fim do processo, até porque além do perigo para a sociedade, a insanidade mental do agente precisa ser tratada. A internação deve acontecer em locais especializados, como Os hospitais de custódia e tratamento, mediante exame de insanidade mental.

### **2.2.8 Fiança**

O inciso VIII do art. 319 do CPP dispõe que são medidas cautelares diversa da prisão:

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial;

Na forma do artigo supracitado, a partir da vigência da lei 12.403/11, a fiança poderá ser exigida como medida cautelar para assegurar fins processuais e poderá ser imposta isolada ou cumulativamente com outras medidas cautelares. Desta forma, no entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

A fiança é uma garantia real, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro ou na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade, no curso da investigação ou do processo. (2016, p. 86).

Utiliza-se o valor da fiança para o custeamento do processo, de modo que obtém uma garantia real dos custos. Entretanto essa modalidade é duramente criticada, pois indiretamente, o indiciado paga por sua liberdade mesmo quando não há provas concretas contra ele, além de condicionar a liberdade de um indivíduo ao pagamento de determinado valor, o que a Constituição Federal de 1988 condena até o devido processo legal.

### **2.2.9 Monitoramento eletrônico**

De acordo com Felix Araújo Neto, Rebeca Rodrigues Nunes Medeiros (2011), conceitua-se monitoramento eletrônico como:

O monitoramento eletrônico é um método de controle e observação que pode ser aplicado tanto a seres humanos quanto a coisas, visando conhecer a exata localização, percurso e deslocamento do objeto monitorado. Nesta vertente, a vigilância eletrônica consiste no método que permite “controlar donde se encuentra o el no alejamiento o aproximación respecto de un lugar determinado, de una persona o una cosa.

No Brasil, sua introdução se deu com a Lei 12.258/2010, como incidente de execução da pena, a fim de se evitar o cárcere, sob determinadas condições e atualmente o novo dispositivo legal imposto pela Lei 12.403/2011, consagra o monitoramento eletrônico como medida cautelar visando à possibilidade de vigilância ininterrupta para controlar o risco de fuga e prática de novas infrações.

Além de servir como instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de ausentar-se da comarca ou país, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares e o recolhimento domiciliar.

Essa foi a primeira medida que utiliza o monitoramento eletrônico no curso do processo, como uma alternativa a prisão, sendo admitida, anteriormente no ordenamento brasileiro a utilização dessa medida em casos de saídas temporárias dos presos, como datas comemorativas e indutos.

Essa medida foi recebida por parte dos doutrinadores e cientistas jurídicos com muito otimismo, pois além de ser uma medida que atenuará a superlotação dos cárceres brasileiros (finalidade principal das medidas cautelares) possui baixo custo comparado ao que se tem com o presidiário, sendo uma dupla vantagem.

#### **2.2.10 Proibição de ausentar-se do país**

Essa medida cautelar vem isolada no artigo 320 do CPP, trazendo a seguinte redação:

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

Como se percebe, não é o indiciado quem vai comunicar às autoridades, mas sim o juiz competente, ou seja, antes de qualquer coisa essa saída do país precisa ser deferida pelo juiz, e após essa permissão, o indiciado precisa entregar o passaporte 24 horas antes de sua saída, tudo isso com o propósito de evitar a fuga do indiciado.

Há certa divergência na doutrina a respeito da compatibilização dessa medida com o princípio da inocência, de modo que, o STF acolhe a tese de que enquanto não houver decisão transitada em julgada, o indiciado não pode ser constrangido ao tentar sair em viagem do Brasil.

A questão é: seria proporcional cercear a liberdade de um cidadão que sequer foi julgado, que esteve o processo inteiro em liberdade e contra quem não existem



quaisquer indícios concretos de que tenta ou pretende se evadir? A resposta é, evidentemente, negativa, e muitos de seus fundamentos estão consubstanciados na decisão que ora se comenta.

Nucci interpretando corretamente a nova lei, explica que:

[...] o recolhimento do passaporte é, na realidade, uma decorrência da aplicação da medida cautelar de proibição de se ausentar da Comarca (CPP, art. 319, IV), pois, "não sendo permitido deixar o local onde vive, por óbvio, não cabe ao indiciado ou réu ausentar-se do país". (2016, p. 88)

Renato Brasileiro de Lima segue a mesma ideia:

[...] para que a adoção dessa medida [a do art. 319, IV, CPP] não funcione na prática como uma mera advertência ao acusado, e objetivando assegurar sua operacionalidade e eficácia, o art. 320 do CPP prevê que a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas. (2016, p. 361).

Com isso, é possível compreender que a simples apreensão do passaporte não é a medida principal, haja vistas que a proibição elencada pela lei 12.403/11 é a de não ausentar-se da comarca, por óbvio, sair do país já incide nas duas tipificações legais, de modo que prevalece o comando do artigo 319 do CPP.

## CAPITULO III

### 3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.403/2011

Antes de adentrar na questão da constitucionalidade da Lei 12.403/2011, se faz mister fazer alguns apontamentos acerca do Código de Processo Penal e entender o contexto no qual foi publicado, haja vistas que as medidas cautelares de uma forma geral foram estabelecidas em 1941, o que significa dizer que não condizem com algumas disposições Constitucionais estabelecidas em 1988.

As leis penal e processual penal foram editadas sobre o autoritarismo da época, em que a principal preocupação era manter a ordem, diferente da Constituição Federal de 1988 que ficou conhecida como Constituição Cidadã por defender, dentre outras garantias, a dignidade da pessoa humana.

Por tanto, muito conteúdo do Código de Processo Penal terminou por ser revogado com a entrada da Constituição, e o que não saiu e contrarie a nossa Carta Magna de 1988 numa verdadeira antinomia, deverá ser analisado no caso concreto após a utilização dos meios de resolução de conflitos entre as normas.

Ainda sobre a aplicação das medidas cautelares, afirma Reis Júnior (2015, p.9):

Além da agravação de situações anteriormente desconsideradas pela legislação processual penal, observa-se na lei alteradora que não poderão ser impostas medidas cautelares em casos que não cabe prisão preventiva. Uma vez descumprida a referida restrição cautelar, não se deverá decretar prisão cautelar, sob pena de violação à razoabilidade da medida, limitando-se a liberdade do acusado mais do que o necessário para a proteção do bem jurídico violado.

As medidas cautelares devem ser utilizadas para garantir as medidas assecuratórias ao bom andamento processual criminal, sendo qualquer atitude controversa a essa finalidade considerada uma antecipação da pena, desrespeitando, assim, a presunção de inocência, principio resguardado por nossa Constituição Federal de 1988.

### 3.1 INCONSTITUCIONALIDADES DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária não é tratada pela lei 12.403/2011, entretanto ela serve de parâmetro e base para a prisão preventiva, prisão domiciliar e liberdade provisória, logo, analisar a sua Constitucionalidade é essencial para aprofundar nos institutos citados pela lei 12.403/2011, pois ambos cessam a liberdade do indivíduo em favor do bom andamento processual.

Uma vez que a prisão temporária é arbitrada sem uma ponderação de valores e princípios, há grande risco de se contrariar os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de inocência e, também, a razoabilidade e proporcionalidade as lei, pois trata-se de uma fase pré-processual, onde ainda não há provas que evidencie que o réu seja culpado, mas ele já terá sua liberdade cessada, mesmo que temporariamente para garantir o bom andamento do processo.

#### **3.1.1 Inconstitucionalidade Formal da Prisão temporária**

Muito se indaga sobre a Inconstitucionalidade da prisão temporária, tanto no seu aspecto material, ao trazer certo risco aos princípios constitucionais supracitados, quanto no seu aspecto formal, uma vez que o Instituto é fruto da lei 7.960/89 que por sua vez é o resultado da conversão da Medida Provisória nº111/89, que foi iniciada, na época, pelo poder Executivo, quando na verdade era de competência do poder Legislativo.

A respeito dessa inconstitucionalidade, comenta Alberto Silva Franco, 1991:

A Lei n. 7.960/89 originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei, pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da competência reservada ao Poder Legislativo.

Percebe-se uma verdadeira e direta invasão de competência de matérias, pois quando se trata de liberdades pessoas, matéria de Direito Penal e Processo Penal, a competência é privativa do Poder Legislativo.

A insatisfação pela conversão da MP 111/89 na lei 7.960/89 surgiu de diversos setores, como exalta Rayani Carvalho Gonçalves (2015):

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil insatisfeito com a validade da Medida Provisória n. 111/89, postulou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162 a fim de que o Supremo Tribunal Federal analisasse a inconstitucionalidade formal da MP, que logo se tornou lei.

Além dessa problemática da invasão de competência, outro ponto nevrálgico relaciona-se ao fato de uma Medida Provisória instituir uma prisão processual, numa verdadeira afronta as normas do Processo Legislativo.

Ainda sobre esse vício original da lei, salienta Franco (1991, p. 241-242):

A Lei 7.960/89 originou-se de uma medida provisória, baixada pelo Presidente da República e que, embora tenha sido convertida em lei, pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área de competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação, pelo Congresso Nacional, da medida provisória. O vício de origem, ínsito a este instrumento normativo, contagia a lei convertedora, havendo, em consequência, uma comunicação de invalidade.

Insta afirmar que a conversão da MP 111/89 na lei 7.960/89 ofende diretamente o princípio da Legalidade.

Tendo em vista que todas as normas do nosso ordenamento jurídico devem estar em conformidade com as regras de legislação estipuladas por nossa Carta Magna, é totalmente possível e aceitável que o Poder Judiciário exercite o controle de legalidade sobre normas inconstitucionais em defesa dos Preceitos Constitucionais.

Sobre a ação de Inconstitucionalidade sobre a lei 7.960/89, Salienta Rayani Carvalho Gonçalves:

É importante entender o conceito de ação direta de inconstitucionalidade, instrumento utilizado para averiguar a constitucionalidade da conversão da Medida Provisória n. 111/89 na Lei n. 7.960/89. ADI - Ação direta de inconstitucionalidade - constitui ação cujo objeto é a análise da constitucionalidade da norma através do controle concentrado no STF.

[...] O principal aspecto confrontado na ADI n. 162/DF é o vício de iniciativa, que após análise e julgamento pelo controle de constitucionalidade da Corte, restou prejudicado por entender que não houve conversão da Medida Provisória em Lei. (2015).

Ainda, Com o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1998 tornou-se expresso que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" Logo, levar alguém ao cárcere, sem antes concluir o devido processo legal, oportunizando ao réu o contraditório e ampla defesa, é uma afronta aos princípios e preceitos constitucionais

### 3.2 CONSTITUCIONALIDADES DA LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

De acordo com o artigo 321 do CPP, caso não sejam atendidos os requisitos para a decretação da Prisão preventiva, poderá o magistrado utilizar qualquer das medidas provisórias estabelecidas pela lei 12.403/2011 para poder conceder a liberdade provisória, dentre delas a fiança.

Eis que surge a dúvida: É lícito e Constitucional ceifar a liberdade de alguém, no andamento do processo e sem provas concretas de crime, enquanto não houver pagamento da estipulada fiança? Sabendo-se que nosso ordenamento jurídico só admite prisão por dívida nos casos de pensão alimentícia, é admissível a prisão temporária pelo não pagamento de fiança?

De antemão ressalta-se que é inconstitucional, pois a própria Carta Magna, no seu artigo 5º, LXVI, estabelece que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Nesse mesmo diapasão afirma Vinicius Mendes:

Logo, concedida a liberdade provisória, ainda que mediante a imposição de fiança, a primeira medida a ser tomada pela autoridade judiciária deve ser a colocação do autor da infração em liberdade para, somente depois, exigir o seu cumprimento e, não a manutenção da prisão para forçar o seu pagamento. A conveniência no recolhimento não pode ser o fim que justifica a prisão como meio. (2016).

A posição do autor é correta, pois se de um lado não há requisitos mínimos para decretar a prisão preventiva, de outro não é coerente condicionar a liberdade de alguém ao pagamento de uma fiança prévia, numa verdadeira insinuação de que a liberdade de alguém tem um preço estipulado, quando na verdade se trata de um direito fundamental do cidadão.

Ainda sobre a restrição da liberdade dos indivíduos, Cesare Beccaria, na sua obra *Dos delitos e das Penas*, ressalta a importância de se utilizar esse instituto apenas quando não houver outra forma de conter determinada pessoa, Vejamos:

Assim sendo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. (...) A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que desse fundamento se afaste constitui abuso e não justiça (2003).

Ao analisar o instituto da fiança e da liberdade provisória decorrente deste, percebe-se que há uma clara afronta ao princípio da equidade, uma vez que o pagamento de uma fiança para quem possui condições financeiras confortáveis não parece ser um encargo pesado, diferente para um assalariado, que terá que tirar do seu próprio sustento para garantir a liberdade.

Além do mais, se analisarmos dois casos diferentes, onde em um foi estipulado o pagamento da fiança e em outro o cumprimento de outra medida cautelar diversa, percebe-se que o primeiro caso terá que antes pagar o valor estipulado e somente depois terá o direito fundamental à liberdade resguardado, enquanto o segundo caso cumprirá a medida cautelar após ser colocado em liberdade.

### 3.3 INCONSTITUCIONALIDADES DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

A internação Provisória será estabelecida para quem for detido em flagrante e for inimputável ou semi-imputável. Muito se questiona essa medida cautelar, pois diferente das demais, que possuem o escopo de ser parcialmente liberatória, essa, de fato, restringe a liberdade do indivíduo.

Ainda, sobre a incoerência da medida cita Gomes Filho *apud* Almir Santos Reis Júnior (2015, p.8):

Não é possível identificar uma verdadeira natureza cautelar. Tudo indica que a medida tem nítida finalidade de segurança da sociedade e não de um

escopo terapêutico, com vistas à recuperação do inimputável ou semi-imputável.

Logo, a medida em comento possui duas falhas: uma pena antecipada, com desrespeito a presunção de inocência e demais princípios Constitucionais reportado no trabalho em tela, e uma antecipação de laudo psiquiátrico, já que as medidas intervencionais só podem ser impostas após laudo médico.

## 4 CONCLUSÃO

A lei 12.403/2011 alterou significativamente o nosso Código de Processo Penal, de maneira que ficou conhecida como mini reforma do CPP, pois além de introduzir novas medidas cautelares pessoais, trouxe também novas regras a respeito da liberdade provisória e prisão preventiva e temporária.

A lei ora em estudo modificou trinta e dois (32) artigos do Código Processual Penal, o que acarretou algumas divergências nas decisões, haja vistas que magistrados não acompanharam a mudança drástica da mini reforma processual, havendo, assim, uma certa divergência entre magistrados e doutrinadores.

A grande verdade é que as penitenciárias brasileiras se tornaram depósitos humanos, onde não há a preservação da dignidade da pessoa humana, higiene adequada e assistência médico-hospitalar tem se tornado cada vez mais falha, sendo um completo desrespeito colocar alguém em uma situação dessa para se averiguar se há ou não provas contra essa pessoa,

Ocorre que, por questões de política criminal, tem-se evitado levar alguém a prisão por motivos de investigação processual, sendo utilizados esses meios apenas quando houve fortes indícios que torne real a suspeita do cometimento e autoria do crime e quando houver receio de continuação do delito, evitando-se, assim, manter um criminoso a solta e colocando a sociedade em risco.

Além da superlotação carcerária, que só faz aumentar com as prisões processuais, os danos causados ao indivíduo que é levado a um local desse podem ser irreversíveis, trazendo riscos de indenizações a serem pagas pelo Estado, tornando-se, assim, um alto preço a ser pago em nome das investigações processuais, que no final, podem comprovar que o preso processual é inocente, trazendo-lhe um constrangimento desnecessário.

É em torno de toda essa problemática que surge a questão da (In)constitucionalidade da lei hora estudada, pois se de uma lado ela prevê meio alternativo á prisão processual, de outro ela disciplina a liberdade provisória mediante fiança, infringindo o direito à liberdade de locomoção, à equidade, já que o condicionamento da liberdade de um indivíduo que sequer tem provas contundentes



de que ele de fato cometeu o crime a um determinado valor pode ser injusto quando aplicado a duas pessoas de classes sociais diferentes.

Diante de tudo exposto fica a dualidade da norma, pois se de um lado ela humaniza o cumprimento de medidas cautelares, preservando a dignidade da pessoa humana e contribuindo para o desinchaço do sistema prisional, de outro ela pode significar a impunidade para alguns agentes, pois crimes que não sejam hediondos e que contenham penalidade inferior a quatro anos não fará com que o infrator responda preso, o que poderá comprometer a apuração das provas.

A lei 12.403/2011 é contraditória a presunção de inocência, tão defendido em nossa Carta Magna como um meio de se evitar arbitrariedades, pois uma vez que se condiciona a liberdade de alguém ao cumprimento de uma medida específica ou um valor arbitrado judicialmente, trazendo-lhe um encargo e constrangimento, sem que haja provas necessárias de sua autoria no crime, está abandonando completamente a presunção de inocência desse indivíduo, que se quer teve o Direito de esperar o trânsito em julgado para provar sua inocência, transvestindo-se, assim, as medidas cautelares em meios antecipatórias da pena.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Felix, MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes. **O monitoramento Eletrônico de presos e a Lei nº 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 28/04/2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. **Professor detalha cada uma das novas cautelares**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-01/professor-usp-detalha-cada-novas-medidas-cautelares>>. Acesso em: 17 de Maio de 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

CAPEZ, Fernando. **A Lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 28/04/2017.

CODÍGO DE PROCESSO PENAL- CPP. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20/04/2017.

CONTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18/04/2017.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luís Flávio. PLC 111/2008. Disponível em: <[www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=55385](http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=55385)>. Acesso em 15/05/2017.

GONÇALVES. Rayani Carvalho. **Da (in)constitucionalidade da prisão temporária**. Disponível em: <<https://rayanicarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/198254141/da-inconstitucionalidade-da-prisao-temporaria>>. Acesso em: 08 de Maio de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824 p.

MARCIEL, SILVIO. Liminar Parcialmente Deferida. 18/04/2016. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Disponível em: <<http://www.pontonacurva.com.br>>. acesso em 28/04/2017.

MENDES. Vinicius. **É inconstitucional usar a prisão como coação ao pagamento de fiança na liberdade provisória**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/02/04/e-inconstitucional-usar-a-prisao-como-coacao-ao-pagamento-de-fianca-na-liberdade-provisoria/>>. Acesso em: 02 de Maio de 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/\(Andrey\)%20cap.%20VIII.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/(Andrey)%20cap.%20VIII.pdf)>. Acesso em: 02/05/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza **Código de Processo Penal comentado**. – 15.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REIS JÚNIOR. Almir Santos. **A (in)constitucionalidade das medidas cautelares substitutivas da prisão**. Disponível em <<http://seer.fafiman.br/index.php/dialogose saberes/article/viewFile/338/328>>. Acesso em: 10 de Março de 2017.

RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino. Comentários à Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que modificou dispositivos constantes no Código de Processo Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9939](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9939)>. Acesso em: maio 2017.

SANTANA. Diogo dos Santos. **O processo penal e a evolução das prisões e medidas cautelares com o advento da lei nº 12.403/2011**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-processo-penal-e-a-evolucao-das-prisoas-e-medidas-cautelares-com-o-advento-da-lei-n-12-403-2011dd/111513/>>. Acesso em: 15 de Maio de 2017.