

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES**  
**URI – CAMPUS DE ERECHIM**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**LEONARDO DOS SANTOS ARPINI**

**A (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/2011:**  
**REFLEXÃO ACERCA DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS À SEGREGAÇÃO**

**ERECHIM**  
**2016**

**LEONARDO DOS SANTOS ARPINI**

**A (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/2011:  
REFLEXÃO ACERCA DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS À SEGREGAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de Direito,  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
da Universidade Regional Integrada do Alto  
Uruguai e das Missões – Campus de  
Erechim, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Antônio Carlos Ribeiro

**ERECHIM**

**2016**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Deus por esse momento maravilhoso e único em minha vida.

Um agradecimento mais do que especial aos meus pais Silvio Roberto Arpini e Marli Alves dos Santos, que em momento algum mediram esforços para que eu chegasse até aqui.

Igualmente, não poderia deixar de agradecer aos conhecimentos angariados durante o longo do curso e na orientação do presente trabalho, que me foram proporcionados através do Professor Antônio Carlos Ribeiro, orientador deste trabalho.

*Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá.*

Ayrton Senna da Silva

## RESUMO

Versa o presente trabalho acerca da análise da nova lei de prisões que acabou por revolucionar a nova forma de restringir a liberdade no Brasil, fazendo com que mais ainda a prisão se tornasse uma exceção no ordenamento jurídico, retirando de pauta o antigo duplo reducionismo na forma de lidar com a segregação, quando tratava apenas da prisão preventiva e da liberdade provisória, trazendo como inovação, a figura da prisão em flagrante como medida preparatória e também as nove medidas cautelares diversas, e que em contrapartida, ainda peca na tentativa de solucionar a caótica situação carcerária atual em território nacional. Para a realização deste trabalho de conclusão de curso, foi utilizado o método indutivo, analítico – descritivo, através de pesquisa bibliográfica e documental

**Palavras-chave:** Lei de prisões. Medidas cautelares. Prisão em flagrante. Prisão preventiva.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	10
2.1 ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	14
2.1.1 Das condições necessárias para a imposição das cautelares .....	15
2.1.2 Das medidas cautelares em espécie .....	17
<b>3 A PRISÃO COMO <i>ULTIMA RATIO</i> DO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	26
3.1 DA PRISÃO PREVENTIVA .....	27
<b>4 DA (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/2011</b> .....	38
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	43
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	45

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.403/2011, de 04 de maio de 2011, trouxe consigo, alterações pontuais no Código de Processo Penal, discorrendo sobre a nova modalidade de prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória, passando a ter vigência no ordenamento jurídico brasileiro em 04 de julho de 2011, após o período de vacância de 60 dias, instituindo assim, suas medidas cautelares, objeto do presente estudo, consoante o artigo 319 do CPP.

Intrinsecamente ao texto normativo, está além de preceitos e estudos na área do Direito Processual Penal, matéria pertinente ao ramo do Direito Constitucional, no que toca a liberdade das pessoas, afirmando o caráter subsidiário da segregação como *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

Nesse viés, dentre os princípios presentes na Lei 12.403/2011, oriundos da Constituição Federal, preocupou-se o legislador em trazer importante carga da presunção de inocência, do devido processo legal, bem como a necessidade de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar.

A problemática pertinente nesse exato momento é de qual era a finalidade que o legislador buscava ao lapidar a Lei 12.403/2011 em seu processo legiferante.

Desta maneira, o principal objetivo era justamente que o aplicador da lei se valesse mais de medidas alternativas diversas a prisão, do que a segregação provisória propriamente dita, bem como, tornando-se eficaz tal dispositivo legal, desafogar o sistema carcerário brasileiro.

Outrossim, o legislador não poderia ter aplicado 100% de suas fichas na eficácia da referida norma, eis que o desaforamento do sistema carcerário brasileiro não passa apenas pelo simples fato da aplicação de tais medidas diversas, vai muito além disso, principalmente no que diz respeito a implementação de políticas públicas por parte do Estado e o investimento no sistema prisional, tentando-se chegar o mais próximo possível das condições mínimas de cumprimento de pena, conforme preceitua a Lei de Execução Penal.

Ocorre que tal anseio não foi alcançado até a presente data, em virtude de uma aplicação divergente, por parte do Judiciário brasileiro. Outrossim a ineficácia propriamente dita da norma se dá pelo crescente número de prisões no Brasil, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

Hoje, o Brasil possui um total de 357.219 mil vagas no sistema carcerário, todas estão ocupadas, seja de apenados ou de presos provisórios, conjuntamente, a realidade que se apresenta no cenário nacional é grave, levando-se em conta que o Brasil possui um déficit de 206.307 mil vagas prisionais, considerando os 563.526 mil segregados atuais, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

A problemática embrionária deste dispositivo legal não está apenas em não aplicar as medidas alternativas diversas à prisão, mas também no crescente número de aplicação da prisão preventiva, a qual deve ser a *ultima ratio*, do ordenamento jurídico, assim, superlotando as casas prisionais, e isso se dá através dos números apresentados pelo CNJ.

Assim, olhando de maneira mais aprofundada os números apresentados pelo CNJ, de 563.526 mil presos, surge o preocupante número de

231.045,66 mil presos provisórios, ou seja, chega-se a um percentual de 41% de segregados sem trânsito em julgado.

Um dos fatos que contribuem para o grande número de segregados sem sentença penal condenatória é de que não há previsão de prazo para o cumprimento da prisão preventiva, levando-se em conta a razoável duração do processo, princípio este insculpido no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal.

Consubstancia-se assim que na maioria dos casos, o réu acaba cumprindo boa parte da pena prevista ao delito praticado, de forma preventiva, sem que realmente haja o trânsito em julgado, sendo que este não é o objetivo da prisão preventiva, a qual serve para garantir a ordem pública, ordem econômica, instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Situações desse tipo vão diretamente contra o princípio da presunção de inocência, bem como o da razoável duração do processo, motivo pelo qual o acusado pode vir a ser absolvido da imputação que lhe é feita.

Sendo assim, deve-se saber manejar melhor o instituído pela Lei 12.403, aplicando-se as medidas cautelares diversas à prisão.

Trata-se de um tema de muita relevância social na atualidade, em virtude da realidade que se apresenta no Brasil, influenciando diretamente na garantia constitucional de presunção de inocência, norteadora do Direito Processual Penal. Apesar da relevância do tema, há uma escassa bibliografia por parte dos doutrinadores, e que começou a crescer com o passar do tempo.

Para a realização dos capítulos seguintes deste trabalho de conclusão de curso, foi utilizado o método indutivo, analítico – descritivo, através de pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, no que diz respeito a restrição de liberdade do ser humano desde os primórdios em território nacional, cabe ressaltar há já existente prisão em flagrante e liberdade provisória, bem como o posterior surgimento da prisão com o objetivo de garantia da ordem pública, a qual, se tornou um dos elementos basilares para a imposição da prisão preventiva nos dias atuais, conforme dispõe a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Historicamente, a figura da prisão estava diretamente ligada ao comparecimento do acusado durante o tramite processual que envolvia a prática do delito, para que posteriormente houvesse a punição, caso necessária, evitando-se assim, evasão do distrito da culpa e eventual frustração do exercício do jus puniendi, conforme assevera Eugênio Pacelli e Domingos Barros da Costa.

O exame de tais registro autoriza a conclusão no sentido de que, desde sua origem, o instituto esteve ligado à exigência de comparecimento do acusado ao processo, especialmente à fase de julgamento, fundada, pois, no temor de uma possível fuga. Não por outra razão se exigia, para a concessão do favor, a prestação de determinadas garantias. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 7)

Frente a isso, a partir do século XIV, uma das maneiras da antiguidade pré-estabelecida para a liberdade provisória do agente, vinha na forma de garantias pecuniárias, que acabaram por tornar-se a conhecida prestação de fiança, atualmente, como bem dispõe Pacelli e Costa.

Em meados do século XIV, ao tempo das Ordenações Afonsinas, Livro V, Tit. 51, o Brasil já dispunha de vários instrumentos para a obtenção da liberdade provisória. A abordagem, ainda que sumária, desses institutos, mostra-se relevante não só sob a perspectiva histórica, mas também para que se possa situar o atual e vigente regime no contexto sociopolítico que deu origem e

sustentação, ontem e hoje, a um e outro modelo normativo. Basta ver, por exemplo, que, inicialmente, de um esquema de garantias de natureza prevalentemente *fidejussórias*, se passou a outro, de feição exclusivamente *real*, como é a hipótese da *fiança*, prevista no Código de Processo Penal de 1941. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 7, grifo do autor)

Por consequência do avanço do período histórico, certo seria, o surgimento bem como a inclusão de novas medidas que versassem acerca da liberdade do indivíduo com fins de se evitar o cárcere, mas não fora essa a visão trazida pela Constituição do Império, outorgada em 1824, mais precisamente, em seu artigo 179, inciso IX, conforme ressalta Eugênio Pacelli e Domingos Barros da Costa.

A Constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824, não contemplou qualquer outra modalidade de liberdade provisória que não fosse a fiança, consoante se extrai do disposto no seu art. 179, IX, nesses termos: Art.179 – A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela seguinte maneira: [...]

IX – Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei admite, e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 9)

Na mesma seara evolucionista da Constituição Imperial, tem-se o surgimento do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente nos dias de hoje, que a época limitou-se também em relação a liberdade provisória, trazendo apenas a fungibilidade no que diz respeito a forma de prestar a fiança, não sendo necessariamente por dinheiro em espécie, assim demonstrado por Pacelli e Costa.

Em relação a liberdade provisória, o Código manteve a tradição da legislação colonial e imperial, somente autorizando a restituição da liberdade ao aprisionado em flagrante mediante a apresentação de fiança, consistente no depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou em hipoteca (art. 330), cuja perda, parcial, será decretada na hipótese de descumprimento de qualquer das condições estipuladas por ocasião da soltura (quebramento), e no seu valor integral, quando, condenado, o réu, não se apresentar à prisão (art. 341 e 344). [...]. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 11)

Não obstante, faz-se necessário algumas considerações quanto a modalidade da prisão em flagrante. Desta maneira, tem-se a sua classificação como medida de restrição de liberdade, mediante a situação de imediatidade ocular da prática do delito, ou por outras circunstâncias que se possam levar a crer ser o indivíduo o autor da prática delituosa, conforme discorre acerca do tema, Távora e Alencar (2014).

É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autora permitida pelo domínio visual dos fatos. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 714)

No mesmo viés de Távora e Alencar, acerca do caráter ocular, bem como a desnecessidade de ordem escrita para fazer-se cessar a prática do delito, calha ressaltar os dizeres de Pacelli e Costa, senão vejamos:

Ora, a prisão em flagrante não depende mesmo de ordem judicial escrita e fundamentada, podem mesmo ser levada a cabo por *qualquer do povo* (art. 301, CPP). Trata-se de ato *autoexecutório* que se legitima pelas circunstâncias que caracterizam o flagrante, bem como pela necessidade e pelo interesse em interromper uma ação criminosa em pleno curso ou *deter* seu agente logo em seguida, de modo a facilitar a apuração dos fatos. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 16, grifo do autor)

Outrossim, ainda acerca desta modalidade prevista à época, tem-se a prisão em flagrante, que conforme a redação originária do Código de Processo Penal de 1941, tinha caráter de presunção e antecipação de culpa, tendo como consequência de sua aplicação, a inobservância do princípio da não culpabilidade, assim conforme os dizeres de Pacelli e Costa.

Àquele tempo, como veremos, a prisão em flagrante autorizava o juízo de *presunção e antecipação de culpa*, de modo que a restituição da liberdade – naquela época, note-se bem! – era sempre excepcional (crimes afiançáveis e eventual presença de excludentes da ilicitude) (PACELLI; COSTA, 2013, p. 17, grifo do autor)

Seguindo o período de evolução do instituto jurídico, com o advento da Constituição Federal de 1988, a prisão em flagrante deixou para trás o que lhe asseverava o texto original do Código de Processo Penal de 1941, fazendo com que desaparecesse a anterior premissa de antecipação e presunção de culpa, como bem ressaltado pelos juristas Eugênio Pacelli e Domingos de Barros da Costa, mediante a inserção, por parte do legislador constituinte, do princípio da presunção de inocência, senão vejamos:

Há, contudo, óbice intransponível a semelhante ponto de vista: o princípio da não culpabilidade, ou da inocência (como queira!), segundo o qual alguém somente pode ser *considerado culpado* após o trânsito em julgado da sentença condenatória:

“Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

Justamente por isso, e pelo menos a partir da Constituição de 1988, o flagrante delito não pôde mais cumprir a missão que lhe reservara a redação originária do Código de Processo Penal: a de *antecipação da culpa*, aqui no sentido de responsabilidade penal sobre o fato. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 16, grifo do autor)

Anteriormente a inserção do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, através do texto constitucional de 88, corroborava-se através do artigo 546 do Código de Processo Penal, com redação originária, a afeição do ordenamento jurídico com o princípio da presunção e antecipação de culpa, mediante manutenção da prisão do acusado, mesmo absolvido em primeiro grau, se a pena privativa de liberdade cominada ao delito praticado fosse igual ou superior a oito anos, conforme bem exemplifica Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa.

Uma curiosidade histórica e quase inacreditável: o antigo art. 596 (hoje a redação é outra, evidentemente!) previa que, mesmo quando absolutória a decisão de primeiro grau, o processado deveria ser mantido preso quando a pena máxima cominada ao delito fosse igual ou superior a oito anos. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 29)

Desta maneira, com a breve narração histórica acerca das formas de segregação no ordenamento jurídico pátrio, passa-se definitivamente ao exame e análise acerca das medidas cautelares diversas da prisão, bem como a sua aplicação frente ao instituto da prisão preventiva.

## 2.1 ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Primeiramente, calha salientar, o surgimento das cautelares diversas a prisão, hoje previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, através do advento da Lei n.º 12.403/2011, que dispôs acerca da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória.

O dispositivo legal em tela teve como primordial objetivo, a busca pela diminuição do número de prisões no Brasil, tentando retirar o país do colapso carcerário atualmente vigente, bem como deu margem aos aplicadores do direito, de que pudessem manejar outras formas que pudessem fazer com que o acusado ficasse inteiramente ligado com processo penal no qual responde, diversa da prisão.

Corroborando com a ideia acerca das inovações trazidas por parte da Lei n.º 12.403/2011, cabe tecer os comentários de Pacelli e Costa.

Mas, o que realmente importa é que ela, Lei nº 12.403/11, põe fim à *dualidade* (aquilo relativo à apenas *dois*) de tratamento das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. Antes dela, ao juiz restariam apenas as seguintes alternativas: ou restituía a liberdade, exigindo do investigado/réu o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, ou decretava a prisão preventiva ou *mantinha* o flagrante. [...]. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 17, grifo do autor)

Colocando-se um fim na dualidade de tratamento das medidas cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, Aury Lopes Jr. (2013) também discorre acerca da temática, fazendo com que seja de grande relevância as inovações trazidas pelo dispositivo legal, dando uma maior margem de interpretação por parte do julgador quando da imposição de tais medidas, conforme segue:

Destaco dois pontos muito relevantes da Lei n.º 12.403, de 4-5-2011: a adoção do modelo polimorfo, que rompe com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva; a revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então. (LOPES JR., 2013, p. 16)

Sendo assim, rompe-se com o antigo formato de prisão, trazendo novas formas no manuseio no instituto, com o recebimento das cautelares e as inovações no instituto da fiança.

### **2.1.1 Das condições necessárias para a imposição das cautelares**

Já com a inserção das cautelares no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, é de suma importância a observação da necessidade, adequação e do juízo de proporcionalidade, conforme elencado no artigo 282 e seus incisos, do mesmo diploma legal, no momento de imposição das condições diversas do cárcere.

Partindo-se do juízo de proporcionalidade para a aplicação das cautelares, mostra-se imprescindível a medida de proibição de excesso, mediante uma interpretação minuciosa das elementares inerentes ao caso concreto, evitando-se assim, uma desproporção com a cautelar imposta e a que efetivamente poderia/devia ter sido aplicada, conforme bem descreve Pacelli e Costa.

De modo mais simplificado: a proporcionalidade é um critério de interpretação voltada para a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Por isso, cumpre a missão de *proibição de excesso*, limitando ou mesmo afastando a validade de intervenções mais graves e/ou onerosas que o devido a determinado caso

concreto; e, de outro lado, a de garantir *máxima efetividade* dos direitos instituídos em favor de seu titular. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 31, grifo do autor)

De encontro com Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa (2013), acerca do juízo de proporcionalidade a ser feito durante a aplicação das cautelares, Aury Lopes Jr. (2013), é enfático ao elevar a proporcionalidade como o pilar de sustentação das prisões cautelares, senão vejamos:

Definido como o princípio dos princípios, a proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares. [...] O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz diante do caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. (LOPES JR., 2013, p. 45, grifo do autor)

Seguindo na diretriz dos requisitos a serem observado para a imposição das cautelares, verifica-se em um segundo momento, da leitura do artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

É cediço que para a fixação das cautelares diversas da prisão, necessita-se de fundamentação a corroborar com a medida imposta, não sendo suficiente para sua imposição, meros indícios e argumentos fálicos que possam denegrir a figura do acusado. Sendo assim, nascendo o fundamentalmente o critério da necessidade, como bem assevera Pacelli e Costa.

Nesse campo, contudo, e, repita-se, não se pode justificar a necessidade de aplicação das cautelares com base em meras especulações acerca de mera possibilidade de reiteração criminosa, de riscos abstratos de interferência negativa na instrução ou investigação, o mesmo se podendo dizer no que diz da possibilidade de fuga do acusado [...] Daí, portanto, a positivação da *necessidade* como regra geral condicionante da aplicação de medidas cautelares (PACELLI; COSTA, 2013, p. 33, grifo do autor)

Corroborando com os dizeres de ambos doutrinadores, calha trazer à baila, entendimento já exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Habeas Corpus, senão vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E INDIVIDUALIZADA PARA A IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. É necessária a devida fundamentação – concreta e individualizada – para a imposição de qualquer das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP. Isso porque essas medidas cautelares, ainda que mais benéficas, representam um constrangimento à liberdade individual. Assim, é necessária a devida fundamentação em respeito ao art. 93, IX, da CF e ao disposto no art. 282 do CPP, segundo o qual as referidas medidas deverão ser aplicadas observando-se a “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”, bem como a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. (HC nº 231-817 – SP, Rel. Min. Jorge Mussi, jul.23-04-2013)

Desta maneira, resta cristalina a necessidade da presença da ponderação entre a necessidade e a adequação na medida a ser adotada no caso concreto.

### **2.1.2 Das medidas cautelares em espécie**

Dando seguimento aos requisitos, tem-se a figura da adequação, conforme dispõe o artigo 282, inciso II, do CPP:

Art. 282. [...] II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL, 1941)

Gize-se que, em que pese a redundância, a adequação nada mais é do que a medida mais adequada a ser aplicada pelo julgador ao caso concreto, levando-se em conta as circunstâncias fáticas da prática delituosa como um todo, bem como da figura

do agente criminoso em uma relação meio-fim, conforme muito bem ressalta Pacelli e Costa.

De todo modo, e voltando às linhas gerais, certo é que a imposição das cautelares tem como verdadeiro pressuposto a presença de bases de convicção designativas de autoria, indícios consistentes acerca da *materialidade* do fato, de sua valoração jurídico – penal, e, junto a isso, está condicionada a um juízo de necessidade e de adequação da medida ao agente, consideradas, nesse caso, também as circunstâncias do fato e suas consequências. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 39, grifo do autor)

Seguindo com a lógica exposta, necessário se faz ressaltar as hipóteses de cabimento das cautelares, tendo como primeira delas, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades, conforme dispõe o artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal.

Quanto a cautelar em apreço, muito embora o texto legal ser autoexplicativo, não somente nesta medida, mas em todas as outras, calha ressaltar a sua periodicidade, a qual tem traços muito semelhantes, senão idênticos, com o *sursi* processual, previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, de modo que o agente deverá apresentar-se nas condições fixadas pelo magistrado no caso concreto, como bem discorre sobre o tema, Aury Lopes Jr.

Quanto à periodicidade, parece-nos que a cautelar buscou inspiração na suspensão condicional do processo, estabelecida no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, com a diferença de ter deixado completamente em aberto a sua determinação. Portando, poderá o juiz estabelecer o comparecimento mensal, semanal ou até mesmo, em situações extremas em que a necessidade de controle assim exija, que o imputado compareça diariamente ao fórum. (LOPES JR., 2013, p. 149)

Seguindo com as cautelares, conforme dispõe o inciso II, do artigo 319, a 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.

Nesta senda, a medida em tela, traz uma maior restrição à liberdade de locomoção do imputado, buscando-se evitar a reiteração do agente criminoso em nova prática delituosa, em razão das circunstâncias relacionadas ao fator anterior, conforme bem ressalta Aury Lopes Jr.

É uma medida que encontrará ampla incidência em relação a imputados que, por exemplo, integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos. Ou, ainda, que habitualmente envolvam-se em delitos em bares e boates ou mesmo em situações de violência doméstica. (LOPES JR, 2013, p. 152)

Já por terceiro, na ordem disposta no Código de Processo Penal, a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Tem-se neste ponto, o primordial objetivo de tutela da prova a ser produzida quando do trâmite processual, evitando-se o seu perecimento, tendo como exemplo, mais precisamente a prova oral a ser colhida durante a instrução, com a proteção da vítima e de eventuais testemunhas acerca do fato, assim dispondo Aury Lopes Jr.

A situação aqui é mais bem circunscrita que a do inciso anterior, na medida em que a proibição tem um objeto de tutela mais claro: uma pessoa determinada, em regra, a vítima, testemunha e até mesmo um coautor do crime, mas sempre alguém devidamente individualizado. (LOPES JR, 2013, p. 152)

Quanto à proibição de ausentar-se da comarca ou do país ou quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, vem a enfatizar o eventual risco de fuga do acusado do distrito da culpa, frustrando-se desta maneira, a própria eficácia da lei penal e a produção da prova.

Indo de encontro a cautelar em tela, verifica-se da redação do artigo 320 do Código de Processo Penal, onde 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 vinte quatro horas.

Calha discorrer acerca do entendimento já consagrado por Aury Lopes Jr, senão vejamos:

É medida de cautelaridade, servindo assumidamente para tutela da prova e, por via reflexa da própria eficácia da lei penal (risco de fuga).

[...]

Caberá ao juiz comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o imputado para entregar o passaporte no prazo de 24 horas. O descumprimento desta determinação será considerado como descumprimento da própria medida cautelar, cabendo até a decretação da prisão preventiva. (LOPES JR., 2013, p. 153)

Seguindo, tem-se conforme dispõe o artigo 320, inciso V, do CPP, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos.

Tem-se que a medida cautelar a ser analisada, não deve ser confundida com o instituto da prisão domiciliar, previsto no artigo 318 do mesmo diploma legal. Primeiramente, a prisão domiciliar, possui alguns traços, minimamente, com o instituto da prisão preventiva, mas de maneira menos gravosa, onde a prisão é a própria residência do acusado, enquanto a cautelar tem caráter de substituição à segregação, como bem explica Aury Lopes Jr.

A primeira, explica SCHIETTI, aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência (salvo autorização judicial); enquanto a segunda, é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial, permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga. (LOPES JR., 2013, p. 155)

Prosseguindo com as medidas trazidas pela Lei 12.403/2011, verifica-se da leitura do artigo 320, VI, do Código de Processo Penal, a 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.

Cabe ressaltar que a cautelar em apreço, de maneira literal, dá conta a sua aplicação em delitos econômicos e praticados por servidores públicos no exercício de suas funções, sempre com a finalística de impedir crimes futuros.

Outrossim, trata-se de uma das cautelares mais gravosas dentre as medidas impostadas pelo advento da Lei 12.403/2011. É cediço que tais medidas carecem de prazo fixado para cumprimento, levando-se assim a inúmeras restrições, e no caso desta, a suspensão do exercício de função pública, que pode ser considerada uma antecipação de pena por parte do Estado.

Quanto à falta de fixação de prazo para o cumprimento da medida, bem como de seu caráter mais gravoso, cabe ressaltar os ensinamentos de Aury Lopes Jr, senão vejamos:

Recordemos que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo de duração das medidas, conduzindo a resultados gravíssimos para o imputador, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. O inciso em tela bem evidencia o imenso problema dessa indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia. (LOPES JR., 2013, p. 156)

Como sétima medida imposta no rol taxativo do artigo 320 do Código de Processo Penal, tem-se a 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.

Da leitura da medida imposta pela nova lei de prisões, necessário ressaltar a necessidade da existência de três requisitos para sua aplicação no caso concreto. A primeira delas, são as infrações penais cometidas com violência ou grave ameaça quanto a pessoa. Já em segundo lugar, quando a perícia concluir pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, e por fim se houver risco de reiteração da prática delituosa.

Conforme nota-se da redação dada a medida em tela, há marcantes traços com o instituto da medida de segurança aplicada pelo magistrado na sentença, quando

previstas as hipóteses elencadas no artigo 26 do Código Penal, não fosse pelo seu caráter cautelar, objeto de inovação por parte da Lei 12.403/2011.

Ocorre que esta cautelar, conforme asseverado pela doutrina, traz problemáticas embrionárias no que diz respeito a sua criação e sua eventual aplicação ao caso concreto.

O primeiro deles diz respeito à falta de prazo para cumprimento da medida, conforme já explanado por Aury Lopes Jr.

Os requisitos são cumulativos e não alternativos. Os problemas dessa medida são de diferentes ordens, a começar pela ausência de limitação de sua duração (mesmo erro existente na prisão preventiva), o que poderá gerar abusos. (LOPES JR, 2013, p. 157)

Por segundo, tem-se a verificação preliminar da inimputabilidade ou semi-imputabilidade atestada pela perícia para a imposição da cautelar, a qual pode ter seu quadro alterado com o curso do processo, conforme bem explicado por Aury.

O segundo inconveniente decorre dessa “perícia” para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pelos riscos inerente às avaliações psicológicas e, o mais grave, pelo caráter retroativo com que é feita. Ou seja, os peritos dirão, hoje, se ao tempo da ação ou omissão o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não é aferir isso no estado psíquico atual, mas no passado, quando da prática do crime, o que constitui um imenso espaço impróprio para subjetividade do avaliador e, portando, um grave risco. (LOPES JR., 2013, p. 157)

Por terceiro e último problema a ser objeto de enfrentamento para a incidência desta medida, trata-se do risco de reiteração do agente criminoso, que por seu caráter, resta totalmente subjetiva e inalcançável tal análise, assim nos dizeres de Aury.

Em terceiro lugar, o dispositivo recorre à perigosa futurologia do “risco de reiteração”, completamente subjetiva e impossível de ser aferida. Em última análise, a nosso juízo, pode representar um grave retrocesso essa internação provisória do inimputável ou semi-imputável, pois significa a aplicação de medida de segurança cautelar, fundada na “periculosidade” do agente. É

interessante essa categoria de “louco temporário” ... que deverá ter sua periculosidade aferida por algum “periculosômetro” (ZAFFARONI)... É um retrocesso ao discurso criminológico de propensão ao delito, periculosidade, enfim, um reducionismo sociobiológico. (LOPES JR., 2013, p. 158)

Dando continuidade, como oitava medida cautelar vigente no ordenamento jurídico, temos a previsão no artigo 319, VIII, do Código de Processo Penal, da fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

O instituto da fiança previsto no ordenamento jurídico brasileiro tem função assecuratória, de caráter originariamente pecuniário, bem como o seu caráter secundário no tocante ao pagamento de despesas processuais ou seu eventual perdimento tendo em vista o descumprimento de alguma das condições impostas para esta cautelar, como bem explica Bonfim.

Atualmente, a natureza da fiança é diversa, constituindo uma caução – termo, por sua vez, aparentando etimologicamente a *precaução*. Trata-se de garantia real, independente, portanto de idoneidade de quem a presta, consistente na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar a liberdade do indiciado ou réu a *persecutio criminis*, e, secundariamente, também para garantir o pagamento de custas processuais e ônus a que estiver sujeito o réu. (BONFIM, 2010, p. 473, grifo do autor)

Não fosse apenas o fato de tal instituto ser imposto para as finalidades acima mencionadas, cabe ressaltar o seu caráter vinculativo com a figura do acusado frente a sua obrigação de comparecimento aos demais atos do processo, sob pena de ver quebrada a caução, garantindo-se assim a aplicação da lei penal e eventual evasão do distrito da culpa, conforme bem disserta Aury Lopes Jr.

A fiança é uma contracautela, uma garantia patrimonial, uma caução real prestada pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas também é utilizada como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. Guarda, por isso, uma relação

de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e também em relação às possibilidades econômicas do imputado. (LOPES JR., 2013, p. 182)

Ocorre que após o advento da Lei 12.403/2011, o instituto da fiança sofreu alterações pontuais, mais precisamente em sua abrangência, tendo aumentado significativamente o campo de incidência, estando prevista como condição da liberdade provisória (art. 310, III, do CPP) e como medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do CPP).

No que diz respeito a liberdade provisória, dada a redação do artigo 310, inciso III, do Código de Processo Penal, tem-se a concessão da liberdade com ou sem fiança. Ou seja, neste caso, a autoridade pública ao receber o auto de prisão em flagrante, podendo-se evitar a segregação cautelar, concederá a liberdade provisória com ou sem fiança, conforme discorre Aury Lopes Jr.

Nos termos do art. 310, III, anteriormente analisado, o juiz, recebendo o auto de prisão em flagrante, poderá – após sua homologação – decretar a prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Nesse momento, tem uma característica mais clara de contracautela, para evitar a decretação da prisão preventiva e vinculada à concessão da liberdade provisória. Importante destacar que o art. 310 é expresso: conceder liberdade provisória com ou sem fiança. (LOPES JR, 2013, p. 183)

Passada a função primária definidora da fiança, cabe ressaltar o seu caráter cautelar, também já mencionado acima de maneira mais superficial, e que não foge à regra de comparecimento do acusado aos atos a serem praticados no processo, podendo ser aplicada de maneira solitária ou cumulativamente com alguma outra medida prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, como bem ensina Aury.

Assim como as demais medidas cautelares diversas, essa fiança pode ser aplicada de forma isolada ou cumulada com outra medida prevista no art. 319, e tem como função precípua assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar obstrução do seu andamento ou em caso de resistência à ordem judicial. (LOPES JR., 2013, p. 184)

Não bastasse a inovação trazida pela legislação quanto ao instituto da fiança, ainda trouxe consigo, a possibilidade de fixação de valores elevadíssimos para a prestação da caução assecuratória, fazendo assim, com que nasça um desestímulo por parte do réu em empreender fuga do local da culpa.

Dando fim ao estudo das medidas cautelares impostas pelo advento da Lei nº. 12.403/2011, temos a previsão do monitoramento eletrônico, conforme se denota da redação do artigo 319, inciso X, do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma medida imposta sob a figura do acusado, e que tem como principal finalidade, o monitoramento do réu, bem como a chance de evitar-se a prática de novos delitos. Não obstante, também traz consigo uma maneira de fiscalizar outras medidas que possam ser impostas cumulativamente com o uso da tornozeleira, tal qual, a proibição de frequentar determinados lugares.

Acerca da temática, calha ressaltar os ensinamentos de Aury Lopes Jr, senão vejamos:

Nesse novo dispositivo legal, consagra-se o monitoramento como medida cautelar, em que a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar. Cumpre, assim, diferentes dimensões de tutela cautelar. [...]

Em geral é utilizado para a tutela do risco de fuga, mas também poderá contribuir para a efetivação de outras medidas cautelares de tutela da prova, tais como a proibição de manter contato com a pessoa determinada (exemplo típico da ameaça a testemunhas, vítima etc.), ou mesmo de tutela da ordem pública, quando concebida no viés de risco de reiteração (LOPES JR., 2013, p. 161)

Desta maneira, dá-se fim a análise das cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se ao exame das medidas frente ao instituto da prisão preventiva.

### 3 A PRISÃO COMO *ULTIMA RATIO* DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Primeiramente, como é cediço, através da análise do ordenamento jurídico pátrio, tem-se a liberdade como um dos direitos fundamentais, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal. Não obstante, a previsão no *caput* do referido dispositivo, calha mencionar, a previsão do princípio da presunção de inocência, também elencado na Carta Magna, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII. Nesse viés, e imperioso afirmar que a liberdade do indivíduo é tida como regra, e a prisão como exceção.

Outrossim, o Direito Penal, como de origem é tido como a última razão do ordenamento jurídico vigente, indo de encontro ao princípio da intervenção mínima. Em outras palavras, o Estatuto Repressivo é acionado quando não houver uma solução jurídica por parte de algum outro ramo do direito, como bem assemelha Pacelli e Costa.

Daí se pode concluir que o próprio Direito Penal há de ser *subsidiário*, o último recurso (*ultima ratio*) a ser empregado, diante de condutas graves e da constatação da ineficácia das normas de outra natureza (civil, administrativa, tributária etc.) em assegurar a devida tutela aos bens jurídicos por elas (condutas) violados ou ameaçados de violação. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 39, grifo do autor)

Corroborando com o teor histórico da *ultima ratio* do Direito Penal, temos, no mesmo viés, o instituto da prisão, o qual foi modificado pelo advento da Lei 12.403/2011, reforçando o seu caráter excepcional, como bem assevera Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa.

Isso não significa, contudo – e aqui se faz importantíssima ressalva! – que a imposição da prisão preventiva dependerá da anterior experimentação e/ou tentativa de eficácia de outras medidas, diversas da privação provisória da liberdade. A expressão *ultima ratio*, para a escolha das cautelares, traduzi, sobretudo, um juízo de preferência para fins de tutela da investigação e do processo. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 42, grifo do autor)

Na mesma linha lógica que discorre Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa, cabe tecer os ensinamentos de Silva, *in verbis*:

Como decorrência do princípio da proporcionalidade, a lei consagra, expressamente, a subsidiariedade da prisão, o que implica que a prisão será utilizada como *ultima ratio*. Como efeito, estabelece o § 4º que o juiz pode, em “último caso”, decretar a prisão preventiva, e o § 6º determina que “a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. (SILVA, 2011, p. 154, grifo do autor)

Feitas as considerações necessárias, apenas meramente introdutórias, cabe passar a análise da figura da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1 DA PRISÃO PREVENTIVA

Trata-se de medida constritiva de liberdade prevista em nosso ordenamento jurídico, de caráter provisório, podendo ser fixada a qualquer tempo dentro do curso da ação penal, por requerimento das partes, ou em fase policial, por representação da autoridade policial, mediante o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, conforme bem assevera Bonfim:

Prisão preventiva é a modalidade de prisão provisória, decretado pelo juiz a requerimento de qualquer das partes, por representação do delegado de polícia ou de ofício, em qualquer momento da persecução penal, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. (BONFIM, 2010, p. 456)

Outrossim, indo ao encontro da prisão preventiva, há que se ressaltar a ponderação do princípio da presunção de inocência no momento de sua decretação, como bem assevera Távora e Alencar:

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 732)

Desta maneira, para que surja a possibilidade de decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, necessário se faz a presença de suficientes indícios de autoria e a prova da existência da infração penal, ou seja, o *fumms commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Por outro lado, tem-se que os meros indícios da autoria do delito e da prova da existência da prática da infração penal, não são elementos autossuficientes para a decretação da segregação cautelar, eis que se faz necessária a presença do outros elementos constantes da redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, como a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e, por fim, o seu caráter para assegurar a aplicação da lei penal, conforme já discorreu sobre o tema Bonfim:

A presença do *fumms boni juris* (existência de prova da materialidade de indícios de autoria), entretanto, não é suficiente para que seja decretada a prisão preventiva do acusado ou do indiciado. Com efeito, o próprio art. 312 do CPP estabelece as situações em que se faz necessário o encarceramento cautelar do imputado (*periculum libertatis*). A liberdade do indiciado ou acusado pode ser perigosa para o processo ou para a sociedade. Assim, além da prova da existência do delito e do indício suficiente de autoria, a prisão preventiva somente poderá ser decretada com fulcro em uma das situações abaixo, que nada mais são do que hipóteses de resguardo da sociedade ou do processo (cautelaridade social ou processual) (BONFIM, 2010, p. 457, grifo do autor)

Entretanto, a figura da garantia da ordem pública e ordem econômica são conceitos trazidos pelo advento da Lei 12.403/2011, e que, conforme entendimento doutrinário, acabaram por retroceder com o projeto de Lei n.º 4.208/2001, conforme bem explica Aury Lopes Jr.

Primeiro ponto a ser sublinhando: a Lei n. 12.403/2011 não evoluiu em nada. E mais, representou até um retrocesso à luz do Projeto de Lei n. 4.208/2001 originariamente apresentado (cuja redação era muito melhor e abandonava as categorias de “ordem pública” e “ordem econômica”). (LOPES JR, 2013, p. 92)

Indo ao encontro do raciocínio já elencado por Aury Lopes Jr, acima citado, cabe tecer os comentários de Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa, acerca do tema:

Feitas essas considerações, que destacam uma maior precisão da legislação estrangeira na delimitação da possibilidade de prisão preventiva com função *extraprocessual*, é de se lamentar a manutenção, pela Lei n.º 12.403/11, da expressão *garantia da ordem pública e econômica* na definição de hipótese em que cabível a custódia cautelar. E, se é de se lamentar, pela vagueza, a conservação da expressão *ordem pública*, ainda menos adequada se mostra a disposição quanto à garantia da *ordem econômica*. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 100, grifo do autor)

Adentrando aos demais requisitos que se fazem necessários para se ensejar a decretação da prisão preventiva, primeiramente apresenta-se a figura da garantia da ordem pública.

Malgrado, o conceito de garantia da ordem pública é muito vago, tendo diversas e inúmeras definições já apontadas pela doutrina, dentre elas, o desprestígio do Poder Judiciário caso não restrinja a liberdade do agente criminoso, o abalo social causado pelo cometimento do crime, bem como a gravidade da infração penal, os quais a depender da maneira como são tratados, não trazem solidez para que haja a restrição da liberdade, assim como já se manifestou acerca da questão, Aury Lopes Jr.

Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer...Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como um sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a “tranquilidade”. [...]. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimamente da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. (LOPES JR., 2013, p. 93)

Quanto a gravidade do delito, como fundamento ensejador da decretação da prisão preventiva, cabe ressaltar o julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, *in verbis*:

PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO. O preso em flagrante e acusado de tráfico de entorpecentes, crime de natureza hedionda, não pode ter seu pedido de liberdade provisória indeferido pela simples razão da gravidade do delito. Necessário que a manutenção da prisão seja fundamentada em fatos que indiquem sua necessidade, observados os requisitos previstos no art. 312 do CPP. Precedentes citados: RHC 11.631-MG, DJ 10/10/2001, e HC 31.230/SP, DJ 13/09/2004 (HC 39.635-DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 17-2-2005).

Superada a tentativa de conceituar a *ordem pública* por parte da doutrina, cabe discorrer acerca da outra inovação da nova lei de prisões, qual seja, a *garantia da ordem econômica*.

No que diz respeito a garantia da ordem pública como um dos elementos capazes de sustentar a custódia cautelar, é sabido que tal requisito mostra-se como uma forma de trazer a tranquilidade ao meio social onde ocorrera a prática delitiva, com a efetiva restrição da liberdade do agente criminoso, fazendo com que não nasça o sentimento de impunidade, e que de pronto o Estado haja.

Igualmente, conceito este muito bem manejado por Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa, senão vejamos:

Expostas as críticas que se entendem pertinentes no que tange à prisão preventiva para garantia da *ordem econômica*, cabe-nos, agora, dirigir novamente o foco para a expressão ordem pública, em mais um esforço no sentido de demarcar os espaços de sua interpretação, ainda que de forma precária, dada a instabilidade inerente à abertura de significação que enseja. Com esse escopo, destacamos, de início que a prisão preventiva não se caracteriza pela *instrumentalidade* que, de um modo geral, é marca de distinção das cautelares. Ou seja, não se destina à tutela da efetividade do processo condenatório, mas, sim, “à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social”. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 101, grifo do autor)

Entretanto, o conceito de ordem pública, quando aplicado ao caso concreto, necessário se faz um juízo de ponderação quanto as circunstâncias do delito, e também quanto as condições pessoais do acusado, sem, contudo, deixar-se levar pela repercussão acerca do delito que está em exame, principalmente quando se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça, o qual é desafiador ao instituto da prisão preventiva. Por outro lado, tem-se que a possibilidade de que o agente criminoso, com a imposição de outras medidas cautelares diversa da prisão, não cesse espontaneamente com a prática dos delitos, voltado assim a reiterar as condutas criminosas, fazendo com que surja a intranquilidade social.

Discorrem muito bem acerca do tema Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa:

O que deve, porém, restar definitivamente assentado é que a expressão *ordem pública* precisa, necessária e indispensavelmente, ser delimitada em seus contornos mínimos, de modo a permitir uma aplicação minimamente segura da hipótese de prisão que ela consagra. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 102, grifo do autor)

É sabido que, diferentemente do processo civil, o processo penal não gira em torno de conflito de interesses propriamente dito, tendo em vista se tratar de ramo do Direito Público, o qual, na ação penal versa acerca do direito de liberdade do réu, que pode ser cerceada durante a instrução, havendo elementos que fundamentem tal constrição, bem como, ao final com o trânsito em julgado em uma sentença condenatória, de regra.

Acerca de tais afirmações, cabe discorrer os comentários de Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa, conforme segue:

Daí por que entendemos legítima a previsão de cabimento da custódia preventiva em garantia à *ordem pública* como medida cautelar hábil a impedir a reiteração criminosa, até que – e se – aplicada, ao final, a pena privativa de liberdade (ainda que substituível ou passível de suspensão – *sursis*), por decisão condenatória que transite em julgado ao final de um devido processo penal. E não há de se confundir as funções preventivas (*finais*) da pena com a *cautela (meio)* que se pretende com a prisão preventiva, principalmente porque se dão em diferentes momentos, a partir de juízos de natureza diversa. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 103, grifo do autor)

Findo as explicações acerca do conceito de garantia da *ordem pública* ainda restam a ser analisados a *conveniência da instrução criminal* e a *prisão como forma de garantir a aplicação da lei penal*.

A prisão preventiva como forma de conveniência da instrução criminal, gira em torno da função exercida por todo o conjunto jurisdicional durante a persecução penal. Assim sendo, tal requisito é fundamental quando há probabilidades de que o acusado, solto, possa interferir no regular trâmite do devido processo penal, retardando o curso da ação penal.

Outrossim, são de grande monta os casos de prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal, muito por conta de ameaças contra o ofendido e testemunhas que figuram dentro da ação penal.

Cabe ressaltar as explicações de Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa:

Constata, portando, a aparência do crime (*fumus boni iuris* ou *comissi delicti*), o perigo da demora (*periculum in mora* ou *libertatis*), pode decorrer dos riscos que o investigado ou processado, estando em liberdade, represente ao escorrido andamento da investigação ou do processo, enfim, da persecução.

[...]

Por fim, são vários os exemplos que poderiam ser citados para ilustrar a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal ou da investigação. Talvez os mais comuns, dentro os muitos possíveis, sejam a destruição de provas e a ameaça – direta ou indireta – a testemunhas ou à vítima. Fato que é que esta conduta, especificamente, se subsume ao tipo previsto no art. 344 do CP, razão pela qual, além de legitimar a decretação da custódia preventiva, pode resultar em condenação a pena de reclusão de um a quatro anos e multa, além da corresponde à violência eventualmente exercida. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 104, grifo do autor)

Ainda, tem-se a prisão como meio para garantir-se a *aplicação da lei penal*. Tal requisito, também ensejador e motivador para a constrição cautelar versa a respeito da efetiva garantia da aplicação de eventual sanção penal ao fim do processo crime, em virtude de sentença condenatória e também como motivador, durante a instrução processual, para que não haja o risco real de fuga por parte do acusado, em razão de não possuir vínculos com a Comarca/Juízo Processante, ou por tentativa de frustrar tal medida, através de qualquer outro meio que retire o acusado do distrito da culpa.

Também é de grande monta os ensinamentos de Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa, senão vejamos:

Como acima antecipado, também se trata de finalidade que expressa o caráter instrumental da prisão preventiva por tanto decretada. Tem-se, a partir da medida, o acautelamento quanto à utilidade do processo condenatório, a garantir a efetiva aplicação da pena que ao seu final venha a ser imposta ao réu.

Dependendo da demonstração fundamentada quanto à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, certo é que a decretação da custódia preventiva para esse fim requer análise e exposição contextualizada das circunstâncias e condições do investigado ou processado que evidenciem suas manobras no sentido de frustrar a aplicação da lei penal. Noutros termos: sua decretação requer seja demonstrado o risco real de fuga. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 105)

Não ficando apenas com os ensinamentos de Pacelli e Barroso da Costa, cabe tecer os comentários de Aury Lopes Jr, quando muito bem exemplifica a *garantia de aplicação da lei penal*, com o risco real de fuga do acusado e também como meio de garantir eventual aplicação de sentença condenatória, senão vejamos:

Assegurar a aplicação da lei penal: em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto do próprio, processo).

O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas.

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos. (LOPES JR., 2013, p. 93)

Não fosse somente os elementos presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, ainda há de se levar em conta os demais requisitos presentes no artigo 282 e seus incisos do mesmo diploma processual, o qual refere a necessidade e a adequação da medida a ser adotada diante de uma situação que seja necessário manejar as cautelares e eventualmente uma prisão.

Acerca da adequação, conceituando sinteticamente, trata-se de um juízo de valor a ser feito em um primeiro momento quando da prática da infração penal, para justamente adequar as medidas cautelares as suas finalidades no caso concreto.

Muito bem assevera acerca do tema Aury Lopes Jr., senão vejamos:

Assim, deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre a gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em cotejo com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor no art. 319 do CPP. Assim, deverá optar por aquela ou aquelas que melhor acautelam a situação, reservando sempre a prisão preventiva para situações extremas. (LOPES JR, 2013, p. 46)

De outra banda, faz-se também indispensável a análise da necessidade da medida a ser aplicada ao caso concreto, buscando-se a realização do resultado esperado, dentro das reais possibilidades, fazendo com que seja aplicada a menos gravosa de todas, reservando a segregação cautelar somente nos casos em que não haja outra opção.

Não fosse somente os critérios de necessidade e adequação, ainda assim há o surgimento da proporcionalidade, que nada mais é do que os critérios de necessidade mais adequação a serem analisados para a imposição das medidas frente a infração penal.

A proporcionalidade dentro do campo processual penal faz com que surja a cada análise acerca das medidas ou de eventual segregação cautelar, um conflito entre a presunção de inocência e a prisão provisória.

Quanto ao conceito de proporcionalidade, resta mencionar os ensinamentos de Aury Lopes Jr.

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz diante do caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica social que irá sofrer o acusado. (LOPES JR, 2013, p. 45, grifo do autor)

Seguindo o estudo da prisão preventiva e já superada a conceituação e explicação dos requisitos desafiadores da segregação cautelar, restam ainda a ser analisados os casos em que esta pode ou não ser decretada, conforme dispõe os artigos 313 e 314 do Código de Processo Penal.

Não fosse apenas a necessária presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, ainda assim, há de se fazer uma cumulação entre a redação do artigo 312 e também com a redação das condicionantes artigo 313, do Código de Processo Penal.

Em primeiro lugar, conforme se depreende da redação do artigo 313, inciso I, do CPP, onde tal modalidade somente é aplicável para os crimes dolosos, com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Ou seja, excluindo-se as modalidades de crimes culposos, bem como aqueles com pena privativa de liberdade igual a 4 (quatro) anos).

Muito bem discorre Aury de Lima Lopes Jr, ao exemplificar a inexistência de preventiva nos crimes culposos e naqueles em que a pena privativa de liberdade é igual ou não supera o patamar dos 4 (quatro) anos, senão vejamos:

Não cabe prisão preventiva por crime culposos em nenhuma hipótese. Sendo doloso, o critério de proporcionalidade vem demarcado pela lei: a pena máxima cominada deve ser superior a 4 anos. Isso dá margem, de plano, ao seguinte questionamento: e nos (muitos) tipos penais em que a pena máxima é igual a 4 anos (e não superior), como nos crimes de furto (art. 155), estelionato (art. 171) e tantos outros? A rigor, o dispositivo é claro e não dá margem para interpretação extensiva (sempre vedada em matéria penal), portanto, esses casos estão excluídos das hipóteses de decretação. (LOPES JR., 2013, p. 98)

Outrossim, também há a previsão legal de incidência da prisão preventiva para o réu reincidente em crime doloso, conforme se depreende da redação do artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal.

Prosseguindo, tem-se a prisão preventiva como um meio de garantir o cumprimento de medidas protetivas deferidas em situação de violência doméstica, tendo em vista que eventual descumprimento não se subsume à figura típica do artigo 330 do Código Penal, daí o porquê do surgimento da prisão preventiva.

Muito bem já escrevera sobre o tema, Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa, bem como Aury Lopes Jr.:

Do inciso III, por sua vez, emerge a prisão preventiva como medida cautelar de salvaguarda a direitos individuais de pessoas vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade, que tenham sido (ou sejam!) vítimas de violência doméstica ou familiar e para cuja proteção outras medidas menos gravosas não se fizeram eficazes. E, também nessa hipótese, o manejo da custódia preventiva é possível independentemente do máximo de pena abstratamente previsto para a infração que motiva a investigação ou o processo. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 109)

Esse inciso foi além da redação anterior, que havia sido inserida por força da Lei n. 11.340/06, para incluir no caso de violência doméstica, além da mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou qualquer pessoa com deficiência (mas sempre no contexto de coabitação da violência doméstica). Cria o dispositivo uma espécie de vulnerabilidade doméstica, em que a prisão preventiva é usada para dar eficácia à medida protetiva aplicada. (LOPES JR., 2013, p. 100)

Concluindo com o artigo 313 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, ainda tem-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva nos casos em que seja duvidosa a identidade civil da pessoa sobre a qual recaí a prisão, bem como quando esta não fornecer suficientes elementos para sua identificação, devendo ser o segregado, logo após sua identificação, posto em liberdade, salvo se por outro motivo se deva manter a cautelar.

Não obstante, manifesta se faz a necessidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, como elementos essenciais juntamente com a cumulação do parágrafo único do referido dispositivo legal, e também a luz da Lei nº 12.037/2009, que versa acerca da identificação criminal.

Acerca da matéria, muito bem já se manifestou Aury Lopes Jr, conforme segue:

Trata-se de uma inovação e que, igualmente, exige uma leitura cautelosa. Para que seja decretada a prisão preventiva do imputado por haver dúvida em relação à identidade civil são imprescindíveis o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* [...]  
A regra é que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal (ou seja, nem datiloscópica, nem fotográfica), definindo a lei que a

identificação civil pode ser atestada por qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional; outro documento público que permita a identificação do indiciado. A lei equipara aos documentos civis os de identificação militar.

Não sendo apresentado qualquer desses documentos, será o suspeito submetido à identificação criminal e, dependendo do caso, à prisão preventiva (recordemos, desde que observados os casos de cabimento). [...] Em suma, essa hipótese de prisão preventiva deve ser empregada com cuidado, analisando-se a situação à luz dos casos de identificação criminal previstos na Lei n. 12.037/2009 e cessando tão logo ela seja realizada. (LOPES JR., 2013, p. 102, grifo do autor).

Encerradas as possibilidades descritas no artigo 313, resta a análise do disposto no artigo 314 do CPP, o qual refere que a prisão preventiva não será decretada quando o agente tiver agido dentro das hipóteses elencadas no artigo 23, incisos I, II e III, do Código Penal, ou seja, quando o delito tiver sido praticado na forma de alguma das excludentes de ilicitude.

Muito bem destacada tal forma por Eugênio Pacelli e Domingos Barroso da Costa:

É o que se infere do art. 314, CPP, justamente por ser pressuposto primeiro da decretação da preventiva a prova da existência de crime, conceito jurídico que se estrutura também a partir da ilicitude da conduta. Assim, diante de elementos de convicção que permitam concluir pela probabilidade de exclusão da ilicitude da conduta, não se poderá considerar provada a existência de crime. Logo, descabida a preventiva. (PACELLI; COSTA, 2013, p. 109)

Dando por finalizada a dissertação acerca da prisão em flagrante, das medidas cautelares diversas a prisão, da prisão preventiva e todos os seus requisitos essenciais e ensejadores para ser possível sua existência, cabe, por fim, discorrer acerca dos efeitos proporcionados pela nova lei de prisões.

#### 4 DA (IN)EFICÁCIA DA LEI Nº 12.403/2011

Aos operadores e doutrinadores que se debruçam sob do Código de Processo Penal, em uma forma mais garantista de vê-lo ser aplicado, são sabedores de que o CPP, atualmente em vigor, é o (quase que) falho resultado das inúmeras modificações ocorridas logo após a sua entrada em vigor no ano de 1941, como por exemplo, a própria lei em comento, a qual discorre acerca da nova forma de prisão, alterando a parte que versava acerca das medidas cautelares pessoais, bem como a mini reforma de 2008, a qual modificou quase que totalmente os dispositivos do CPP.

Quanto as pontuais reformas e as consequências geradas por cada uma delas e o impacto causado no trâmite processual, muito bem já se manifestou Aury Lopes Jr., senão vejamos:

O problema das reformas pontuais, sem desmerecer a imensa qualidade do trabalho realizado pela Comissão de Juristas, é que elas geram inconsistências e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos. Basta ver que modificaram todos os procedimentos em 2008 e não tocaram no capítulo das nulidades... gerando graves paradoxos.

A reforma de 2008, deu-se por meio das três leis citadas, sendo as duas primeiras (n. 11.689 e 11.690) publicadas no dia 9 de junho de 2008 e a última (Lei n. 11.719) no dia 20 de junho. Juntas, modificaram mais de 100 artigos do CPP e alteraram direta ou indiretamente, todos os procedimentos do Código. [...]

O que se deseja(va) é(era) um CPP inteiramente novo, elaborado pós-Constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida. (LOPES JR., 2013, p. 13)

Não obstante, uma das mais impactantes reformas que recaíram sob o Processo Penal, sem sombra de dúvidas é a Lei n. 12.403/2011, que dispôs num todo, sob a nova forma de prisão, medidas cautelares e liberdade provisória com ou sem fiança. Muito embora, tal dispositivo legal no seu processo legiferante, tivesse como objetivo principal desafogar o atual sistema carcerário brasileiro, verifica-se que esta não conseguiu alcançar tal pretensão.

Muitos são os fatores que acabaram por contribuir para tal (in)eficácia, dentre eles, a inserção de figuras previstas em tal dispositivo legal, que, na época de sua época de criação, não estavam previstos (garantia da ordem pública e da ordem econômica), também ao fato da natureza dos delitos praticados, os quais, muitas vezes, de pronto necessitam da incidência da prisão preventiva, não sendo favorável a imposição de alguma das medidas cautelares prevista no artigo 319, sejam elas, isoladas ou cumulativamente.

Igualmente, ainda cabe ressaltar a falta de previsão de prazo para cumprimento da prisão preventiva, que como é cediço, não pode servir como medida de punição antecipada por parte do Estado, tendo em vista a regra da presunção de inocência, fazendo assim, com que o sistema prisional apresente números absurdos de presos provisórios.

Quanto a não existência de prazo para a prisão preventiva, cabe tecer os dizeres de Bonfim:

A decretação da prisão preventiva não se faz por prazo determinado, isto é, possui caráter *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as coisas continuarem como estão. Entretanto, é certo que não pode o réu permanecer preso preventivamente por prazo indeterminado, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal. Nesse caso, a jurisprudência tem criado mecanismos para a aferição da existência do chamado “excesso de prazo” (BONFIM, 2010, p. 460)

Ainda assim, no que diz respeito a não previsão de prazo e, o lapso excessivo no cumprimento da preventiva, acabam se tornando, como anteriormente mencionado, a medida de punição antecipada por parte do Estado e, bem como o constrangimento ilegal, tese também já suscitada por Avena:

Observe-se, porém, que outra é a conclusão se no caso concreto ficar evidenciado que a decretação da custódia não observou os pressupostos que a justificam, ou se a medida já perdura por lapso superior ao aceitável sem que para isso tenha dado causa a defesa (Súmula 64 do STJ). Em tais hipóteses, independentemente da gravidade ou repugnância causada pelo delito, a verdade é que a prisão preventiva estará sendo utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada e não como forma de prisão processual, consubstanciando clara violação ao princípio da presunção de inocência, restando, por isso mesmo, absolutamente ilegal (AVENA, 2010, p. 876)

Cabe muito bem destacar a lição dada por Aury Lopes Jr, quando muito bem destaca a inserção de tais figuras na Lei 12.403/11 e também quanto ao colapso carcerário que se apresenta nos dias atuais, senão vejamos:

Infelizmente, estamos diante de uma nova reforma pontual que nem sequer aproveitou o trabalho desenvolvido no PLS n. 156/2009, optando por um texto de 2001, que ainda foi violentado. Exemplo disso é a equivocada manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica que não estava no texto originário do PL n. 4.208/2001 e foi resgatada na Câmara dos Deputados em 2002 e mantida até o final da tramitação. [...]

A prisão para garantia da ordem pública (ou econômica) serve a qualquer senhor, mas não serve para um processo penal democrático e constitucional. Outro erro gravíssimo foi continuar fechando os olhos para o direito fundamental ao processo penal em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Precisamos ter prazos máximos de duração da prisão cautelar claramente definidos em lei e com sanção processual. [...]

O dever de revisar periodicamente a medida cautelar, que estava no §7º do art. 282, infelizmente foi retirado na época da votação final da Câmara dos Deputados.

Essa lacuna da lei vai continuar cobrando um preço alto no que tange ao sacrifício de direitos fundamentais e à (de)mora jurisdicional, principalmente num país em que é bastante comum prisões cautelares se arrastarem por 3 ou 4 anos (!). Significa dizer que nossos presídios estão repletos de pessoas presas há anos sem terem sido julgadas. E isso vai continuar. (LOPES JR., 2013, p. 15)

Gize-se ainda, a sua manifestação quanto a situação do sistema carcerário brasileiro, retomando a ideia da falência da prisão, tendo em vista o alarmante número de presos provisórios, como bem assevera Aury Lopes Jr:

Mas o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011 superamos a marca dos 500 mil presos, dos quais quase 200 mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou essa reforma pontual. (LOPES JR., 2013, p. 14)

Outrossim, o número ainda é mais alarmante quando da apresentação dos últimos dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em junho de 2014.

Conforme relatório do CNJ, o Brasil, em 2014, ostentava a número de 563.526 mil presos, sendo estes, presos com sentença transitada em julgado e presos

cautelares. Comparando-se com os dados acima mencionados na lição de Aury Lopes Jr., em três anos, deram entrada ao cárcere mais 63.526 mil presos.

Seguindo, o número ainda é mais absurdo, quando somam-se a quantidade de presos cautelares e definitivamente condenados, com o número de presos domiciliares, chegando-se ao patamar de 711.463 mil pessoas segregadas no Brasil.

A partir de todos esses números, desconsiderando o número de presos domiciliares, o Brasil apresenta um déficit de 206.307 mil vagas, tendo em vista que o sistema carcerário comporta 357.219 mil presos.

Corroborando a ideia de Aury, ao dissertar acerca da não regulamentação de prazo para o cumprimento da prisão preventiva, chega-se ao percentual de 41% da população carcerária ser composta por presos cautelares, conforme dados do CNJ.

A míngua da situação caótica no cárcere que se apresenta em todo o território nacional, corroborando ainda mais com a (in)eficácia da lei em comento, cabe ressaltar a situação que se apresenta no Estado do Rio Grande do Sul, segundo dados do Juiz de Direito Sidinei Brzuska:

O Brasil, nos últimos cinco anos, aumentou em 33% a taxa de encarceramento. Nós estamos cada vez mais jogando gente para um sistema que não funciona e estamos gastando dinheiro com isso, avalia. A realidade do Rio Grande do Sul, adverte, é de absoluta emergência. “Sequer audiências conseguimos fazer. Daqui a pouco não vamos conseguir julgar. E não faltará gente para acusar o Poder Judiciário de culpa disso, por estar soltando gente porque não está conseguindo fazer audiências. (BRZUSKA, 2016)

Por outro lado, atestando para a (in)eficácia da lei em comento, cabe ressaltar os ensinamentos de Nader, quando discorreu acerca dos atributos de validade da norma jurídica, como a vigência, eficácia, efetividade e legitimidade, senão vejamos:

Por eficácia devemos designer o resultado social positivo alcançado pelas normas jurídicas. Lei eficaz é aquela que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la. Ao programar um conjunto de normas, o órgão criador tem por mira atender à realidade social que apresenta algum tipo de problema. (NADER, 1992, p. 72)

Sendo assim, através dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, é crível de crer que a lei em comento não conseguiu solucionar o problema das prisões em massa, pois ao invés de impulsionar uma redução nos índices de prisões, não conseguiu contornar a situação

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando todo o exposto durante o presente estudo, é de se notar as modificações que ocorreram em relação ao instituto da prisão, com o advento da Lei nº 12.403/2011, com a instituição das nove medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, podendo ser aplicadas de maneira singular ou cumulativamente, também a inovação da prisão em flagrante como medida preparatória para posteriormente serem tomadas as providências previstas no artigo 310 do mesmo diploma processual, bem como a prisão preventiva.

Outrossim, com as inovações que advieram do texto da lei, esta corroborou positivamente com o princípio insculpido na Constituição Federal e norteador do processo penal, qual seja, o da presunção de inocência, fixando ainda mais a ideia de ter a prisão como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, sendo medida de caráter extremo e excepcional.

Há também que se levar em conta o formato de como se deram as circunstâncias para ensejar a decretação da prisão preventiva, quais sejam: a presença do *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, a prisão como garantia da ordem pública e da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para a garantia da aplicação da lei penal, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Também quanto aos delitos que são desafiadores do instituto da prisão preventiva, aqueles crimes dolosos que possuem pena privativa de liberdade superior a 4 anos e a impossibilidade de decretação frente a forma culposa da prática de algum crime.

Ainda assim, cabe ressaltar a necessidade e a adequação para a imposição de tal medida, ambas previstas no artigo 282, inciso I e II do CPP, e que posteriormente acabam por criar a figura da proporcionalidade, sendo um somatório das duas primeiras, conforme já exemplificado durante o transcorrer do trabalho.

Em contrapartida, há que se deixar claro as partes que equivocadamente ainda fazem parte da lei durante esse período de quase seis anos na tentativa de diminuir o número de prisões no Brasil. Um dos pontos geradores de discussão por parte da Doutrina, conforme já mencionado durante a dissertação do trabalho, foi a inserção da prisão como garantia da ordem pública e da ordem econômica, a qual não era prevista o projeto originário da referida lei, e que não serviria para um Processo Penal Democrático.

O fato é de que, em que pese, a nova lei de prisões ter disposto uma maneira diferente de se analisar a situação delitiva para posteriormente se fazer aplicar algum de seus dispositivos, vê-se que até os dias atuais não teve eficácia, tendo em vista o Brasil ostentar a quarta posição no ranking de países com o maior número de presos, com um índice de 41% de presos cautelares. Ou seja, a sua ineficácia está no fato do exponencial crescimento da população carcerária no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PACELLI, Eugênio. **Prisão Preventive e Liberdade Provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas. 2013.

SILVA, David Medina. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. V. 70 (2011). Porto Alegre: AMP/RS, 1973v. 23cm.

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**: Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232565/habeas-corpus-hc-39635-df-2004-0162884-5/inteiro-teor-12983387>>. Acesso em: 05 de Agosto de 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Romas Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2014.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**: Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=324555>>. Acesso em: 10 ago. 2016.