

A NOVA LEI DE PRISÕES: SENTIMENTO DE IMPUNIDADE OU EFETIVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL?

Carolina Bueno Fantuci¹
Elaine Araujo SImplicio¹
Fernanda Garcia Velasquez²
Thaís Regina Ossucci Gaiote¹

FANTUCI, C. B.; SIMPLICIO, E. A.; VELASQUEZ, F. G.; GAIOTE, T. R. O. A nova lei de prisões: sentimento de impunidade ou efetivação do devido processo legal?. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umarama. v. 16, n. 2, p. 153-168, jun./dez. 2013.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade esclarecer quais foram às mudanças acrescentadas à legislação brasileira com o advento da Lei 12.403/11. A nova lei de prisões traz consigo nove medidas cautelares inerentes a prisão que poderão ser aplicadas após a análise do caso concreto e o cumprimento do devido processo legal. Destarte, a novatio legis trouxe consigo um sentimento de impunidade aos olhos da sociedade que vê na prisão preventiva uma forma mais rápida de se fazer justiça, já que a justiça brasileira apesar de ter evoluído nos últimos anos continua a passos lentos no que tange o desenrolar dos processos nas diversas instâncias da justiça. Insta salientar que a situação dos presídios brasileiros é preocupante, se comparados o total de vagas com a quantidade de condenados e acusados. Cabe lembrar que a lotação do presídio deve ser compatível com sua estrutura e finalidade, havendo o controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, assim está previsto no art. 85 da Lei de Execução Penal. A Lei 12.403/11 é sinônima de segurança em relação à efetivação do devido processo legal. Garantia essa diversas vezes mesmo assegurada por lei não foi cumprida já que, não estavam devidamente compatibilizados o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, realidade essa modificada a partir de quatro de julho de 2.011 quando entrou em vigor a novatio legis.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; Lei; Garantia; Excepcional; Liberdade.

INTRODUÇÃO

A nova lei de prisões – Lei 12.403/2011 modificou o sistema criminal brasileiro, bem como compatibilizou os dispositivos do Código de Processo Penal com a Carta Magna reforçando o cumprimento dos princípios.

¹Acadêmicos do curso de Direito da UNIPAR

²Docente do curso de Direito da UNIPAR

As alterações introduzidas pela Lei causaram uma grande discussão na comunidade em geral, pois para alguns ela fomenta a impunidade ao permitir que em certos crimes o indiciado responda ao processo em liberdade, desde que cumpra as medidas cautelares impostas pelo juiz.

São nove as medidas cautelares, dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal. Essas medidas têm por finalidade a punição do sentenciado, sob a cautela do Estado que as aplica e, portanto, tem o dever de fiscalizar o seu cumprimento. Cabe lembrar que há todos os crimes com pena de reclusão igual ou inferior a quatro anos, são igualmente aplicáveis às medidas cautelares, desde que o condenado não seja reincidente.

Todavia, existem vários princípios que regem o Estado brasileiro, alguns explícitos e outros implícitos tanto na Constituição Federal como em leis infraconstitucionais. Os Princípios de ordem penal como o Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Excepcionalidade da Prisão possuem o fim de limitar o poder punitivo do Estado, este único detentor do *jus puniendi*.

O devido processo legal é uma garantia constitucional e como tal deve ser respeitada, assim como os outros direitos e garantias da pessoa humana previstos na Constituição Federal, que buscam proteger o indivíduo contra o arbítrio do Poder Estatal.

Destarte, o que se prioriza, até que se prove o contrário, é a não culpabilidade do acusado, que poderá ser inocentado ou condenado no decorrer do processo, antemão ele será sempre inocente.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.403/2011

A Lei 12.403/11 entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, alterando vários dispositivos do Código de Processo Penal, de modo a adequar-se à norma Constitucional, fazendo cumprir o Princípio da Excepcionalidade da Prisão. Essas alterações dizem respeito à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Afastando de alguns crimes a prisão preventiva, anteriormente aplicada, representando um maior afrouxamento (GONÇALVES, 2012).

O Juiz passou a ter uma série de opções diferente, da prisão, que são as medidas cautelares, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal por meio da nova redação dada pela Lei 12.403/11, a serem aplicadas após análise do caso concreto, predominando assim um sistema multicautelares. Vejamos:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando,

por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 2012).

Antes da nova Lei, para o juiz só havia duas opções: ou aplicava prisão ou liberdade provisória, vigorando um sistema conhecido como binário ou bipolar (SANNINI NETO, 2012). Ocorria que na maioria das vezes o indiciado aguardava preso (preso temporário) para ter seu destino decidido em sentença (GONÇALVES, 2012).

Com as medidas cautelares, passou a existir de fato e de direito uma opção entre a liberdade e a prisão preventiva que incide na aplicação de medida distinta do cárcere, que, para alguns casos são suficientes um meio mais moderado (CURY; CURY, 2012).

A decretação da prisão preventiva só deve ocorrer em último caso, quando não forem cabíveis outras medidas cautelares. Ficará a cargo do juiz de atribuir a medida cautelar apropriada para resguardar o curso do processo, seu efetivo resultado, bem como os direitos individuais do acusado (BAPTISTA, 2012).

No Brasil atualmente é implícito na cultura a visão de que a prisão provisória é uma forma mais célere de se fazer justiça, já que os processos criminais caem em prescrição e, portanto se instaura o sentimento de impunidade (HABIB, 2011).

Portanto, é de se frisar que a maioria da população acredita que só com a manutenção do indiciado na prisão, mesmo sem o trânsito em julgado ele es-

tará “pagando” pelo crime praticado. Tendo em vista a morosidade e o grande número de processos acumulados nas mesas dos juízes de primeiro grau e em trâmite nos tribunais, acarreta a demora na conclusão desses; ressaltando-se que em algumas comarcas existe apenas um juiz para decidir sobre todos os feitos.

Antes da Lei 12.403/11 entrar em vigor, quando alguém praticava um ato ilícito comum, como porte ilegal de arma, estelionato, em situação de flagrante delito a pessoa seria presa em flagrante, sem fiança, permanecendo encarcerado na delegacia até a análise do processo pelo juiz (MELO, 2012).

Com o advento da nova Lei, pode o delegado arbitrar fiança em casos de crimes cuja pena máxima seja de até quatro anos, sendo solto e saindo da delegacia junto com a vítima (MELO, 2012). Sobredita Lei tem gerado na sociedade um inconformismo popular, aumentando a sensação de insegurança, pois essas modificações poderiam estar incentivando a criminalidade.

Com grande alarde, boa parte da mídia não especializada anunciou que, por conta da nova Lei 12.403/11, milhares de presos serão colocados em liberdade, aumentando a insegurança da sociedade, contribuindo ainda mais para a cultura do medo, fomentada – ao longo dos séculos, é verdade – por parte da sociedade que tem interesse num maior controle social, e, conseqüentemente na supressão de direitos e garantias fundamentais (BAPTISTA, 2012, p. 1).

Outro fator que tem gerado este sentimento de impunidade frente à nova lei é quanto ao exercício do Estado de se fazer cumprir e fiscalizar as medidas cautelares, já que é ele o responsável por oferecer infraestrutura para que essas medidas sejam devidamente cumpridas, totalmente voltadas à tranquilidade social (MELO, 2012).

A busca para assegurar ao réu que suas garantias sejam devidamente respeitadas está reafirmada na Lei 12.403/11 com o Princípio da Excepcionalidade da Prisão. Haja vista que esse princípio havia caído em desuso, devido a corrente prática da prisão preventiva do indiciado/acusado, gerando na população um sentimento de falsa segurança jurídica. Sendo assim, esse princípio não tem a finalidade de permitir a impunidade, mas garantir o cumprimento do devido processo legal.

Após a *novatio legis*, somente há duas espécies de prisão provisória admitidas legalmente: a prisão temporária (decorrente da Lei nº 7.960/89) e a prisão preventiva (art.312 e 313 do CPP). Todas as demais formas de prisão perdem seu efeito como forma de prisão cautelar (HABIB, 2011).

A prisão em flagrante passou não ser mais admitida para manter alguém preso durante a instrução criminal. Desta forma, cabe ao juiz transformá-la em prisão preventiva, para que o réu permaneça em cárcere, ou conceder a liberdade

provisória com ou sem fiança (HABIB, 2011). Ainda, com a nova lei, o julgador poderá substituir a prisão em flagrante pelas medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva (MELO, 2012).

A prisão preventiva só pode ser decretada em crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos; e nos casos de crimes de violência doméstica os acusados de abusos contra crianças, adolescentes, idosos, enfermos e portadores de deficiência (GONÇALVES, 2012).

Segundo Sannini Neto (2012, p. 2) “com a inovação legislativa, não importa mais a natureza da pena, se de reclusão ou de detenção, bastando o *quantum* legal para que a medida seja adotada, desde que, é claro, as outras cautelares sejam insuficientes ou inadequadas”.

Desse modo, fica extinta a prisão provisória para crimes com penas inferiores há quatro anos, portanto somente serão levados ao cárcere aqueles que cometem crimes que prevejam pena superior aquela.

Tendo em vista as aludidas alterações ficará um pouco mais difícil à decretação da prisão preventiva, para crimes como receptação, contrabando ou descaminho, homicídio culposo entre outros, via de consequência causando na sociedade a sensação de impunidade, diante da cultura judicial de que com a prisão cautelar far-se-á justiça (SANNINI NETO, 2012).

Entretanto, essa mudança está de acordo com o art. 44, inciso I do Código Penal, que prevê a substituição da pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos quando a pena não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça, e isso pelo Princípio da Proporcionalidade deve ser levado em consideração quando da decretação da prisão preventiva (SANNINI NETO).

Cumprido salientar que a Lei 12.403/11 tem por finalidade mesmo que omitida, o ‘desafogar’ das penitenciárias e das cadeias públicas brasileiras. O indivíduo ao ingressar no sistema prisional se depara com uma dura realidade, celas superlotadas, em que são obrigados a ficarem amontoados disputando um espaço ao chão, pois o número de pessoas ultrapassa o limite de capacidade da cela.

Situação humilhante e degradante mostra um total descaso com a pessoa presa, que é obrigada a viver em ambiente insalubre, sem condições mínimas de higiene, ventilação adequada, sofrendo maus tratos dos agentes penitenciários e carcereiros.

Desta forma, a Lei procura garantir que o Princípio da Excepcionalidade da Prisão seja efetivamente cumprido e de forma *erga omnes* fazendo com que o juiz delegue ao réu medida cautelar com o intuito de não levá-lo ao cárcere. Vale lembrar que a prisão sempre foi à regra, porém deveria ser uma exceção aplicada quando não houvesse outra medida adequada.

De acordo com Habib (2011, p. 59) “temos que conviver com essa nova e salutar realidade: a prisão deve decorrer da verificação processual da culpabilidade do acusado, jamais da possibilidade de sua condenação”.

Cabe salientar que a prisão em flagrante não mais perdurará, sendo esta mantida por meio de sua transformação em preventiva, para que o réu permaneça preso até o fim do seu julgamento.

Do contrário lhe será concedido o direito de responder em liberdade provisória com ou sem fiança. “O direito à liberdade física é fundamental. Para amparar tal direito, surge a garantia de que ninguém será levado ao cárcere sem o devido processo legal” (NUCCI, 2010, p. 70).

É importante observar que quando o indiciado for primário, e a pena máxima em abstrato comenda para o delito praticado for igual ou inferior a quatro anos, o juiz não terá amparo legal para aplicar a prisão preventiva do acusado, esta sendo uma cláusula legal ou objetiva.

A *novatio legis* trouxe consigo a exigência de manter separados os presos provisórios de presos com sentença transitada em julgado, provendo ao Estado este papel, fazendo cumprir o que já estabelecia o artigo 84 da Lei de Execução Penal. Os presos processuais devem ser colocados em cadeias, artigo 102 da Lei de Execução Penal e aqueles já condenados em penitenciárias, conforme prevê o Artigo 87 caput da Lei de Execução Penal.

Instar ressaltar que muito diferente do que paira sobre a opinião pública de que a Lei 12.403/11 é sinônimo de impunidade, a bem da verdade a referida Lei nada mais é do que o estrito e rigoroso cumprimento do Princípio da Excepcionalidade da Prisão, bem como medida de caráter absolutamente emergencial para o sistema carcerário provisório, que de longe está desvirtuado de seu conceito.

Entende-se, portanto, por Princípio da Excepcionalidade da Prisão, que o cárcere será tido como medida excepcional, ou seja, quando não houver alternativa cautelar que faça cumprir a disposição do magistrado, será o réu aprisionado.

O Brasil possui a população carcerária equivalente há 514.582 apenados, um número alarmante, tendo em vista que a população total brasileira chega à casa dos 190.732.694, para tornar mais simples o raciocínio a cada 100.000 habitantes a 269,79 presos estes condenados, segundo os dados da INFOPEN – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, dados estes referentes a dezembro de 2011.

O sistema penitenciário brasileiro conta com 163.718, presos provisórios do sexo masculino e 10.100 femininos, sendo estes abrigados em cadeias públicas e penitenciárias, não sendo assim, respeitado o princípio de que os presos condenados devem ser separados daqueles ainda não sentenciados.

OS DADOS DA TABELA E FIGURA 1 ESPECIFICAM ESTES DADOS, POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO SEXO MASCULINO E DO SEXO FEMININO DO BRASIL

Tabela 1: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sexo da população carcerária do brasil

Sexo	Quantidade
Masculino	163.718
Feminino	10.100
Total	173.818

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Tabulação: A autora

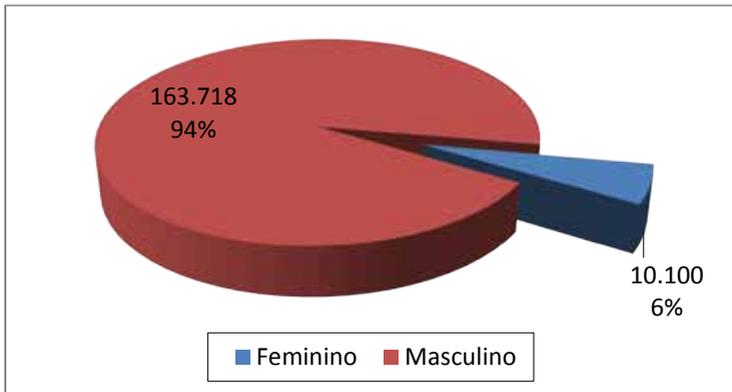


Figura 1: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional - departamento penitenciário nacional sobre o sexo da população carcerária do brasil

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Figura: A autora

Já no Estado do Paraná são 2.060 presos provisórios do sexo masculino e 121 do sexo feminino.

Os dados da tabela e figura 2 especificam estes dados, população carcerária do sexo masculino e do sexo feminino do Paraná.

Tabela 2: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sexo da população carcerária do paraná

Sexo	Quantidade
Masculino	2.060
Feminino	121
Total	2.181

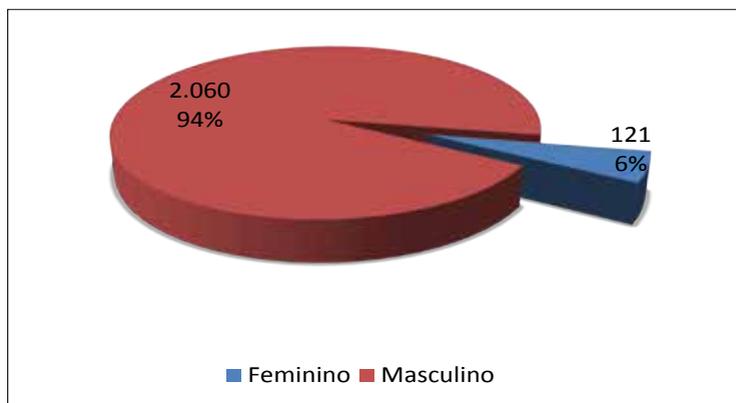


Figura 2: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sexo da população carcerária do paraná

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Figura: A autora

Entretanto, o número de vagas do sistema prisional brasileiro para presos em situação provisória não condiz com a realidade já que são 89.871 vagas para um total de 173.818 presos, quase o dobro da capacidade, lembrando que estes mesmos presos encontram-se em condições desumanas, pois vivem amontoados nas cadeias e penitenciárias Brasil a dentro.

Os dados da tabela e figura 3 especificam estes dados, população carcerária de presos provisórios do Brasil.

Tabela 3: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sistema prisional brasileiro para presos em situação provisória no brasil

VAGAS PARA PRESOS PROVISÓRIOS	89.871
TOTAL DE PRESOS PROVISÓRIOS	173.818

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Tabulação: A autora.

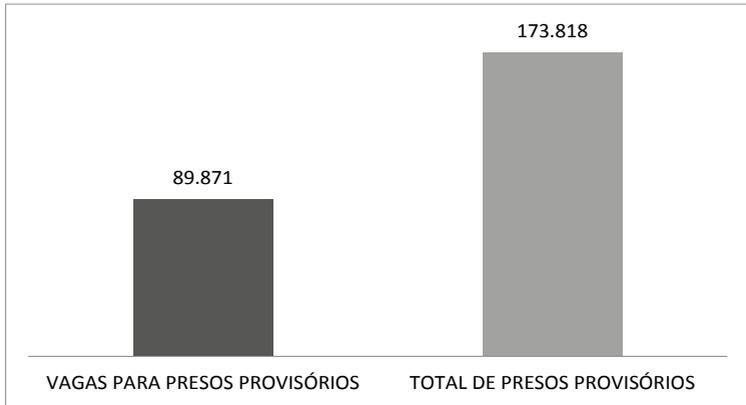


Figura 3: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sistema prisional brasileiro para presos em situação provisória no brasil

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Figura: A autora

No Estado Paraná, a situação é um pouco mais satisfatória, já que o número de vagas é superior à quantidade de presos, sendo 2.448 vagas para um total de 2.181 presos provisórios, porém, a distribuição destes presos não é feita de forma correta, tendo em vista existirem cadeias superlotadas.

Os dados da tabela e figura 4 especificam estes dados, população carcerária de presos provisórios do Paraná.

Tabela 4: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sistema prisional brasileiro para presos em situação provisória no paraná

VAGAS PARA PRESOS PROVISÓRIOS	2.448
TOTAL DE PRESOS PROVISÓRIOS	2.181

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Tabulação: A autora

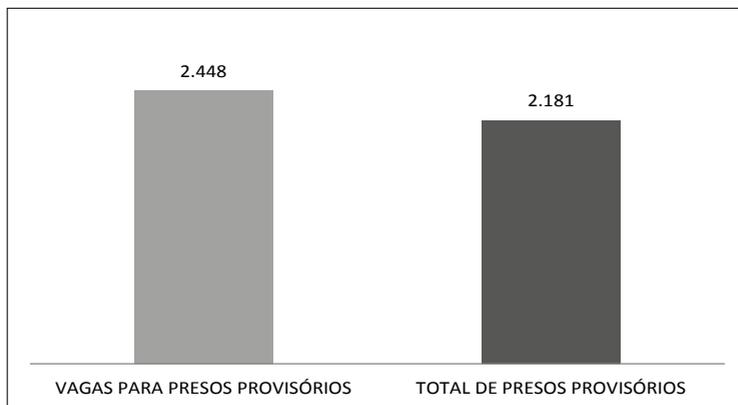


Figura 4: Sistema de informação penitenciária do ministério da justiça nacional – departamento penitenciário nacional sobre o sistema prisional brasileiro para presos em situação provisória no paraná

Fonte: Dados: INFOPEN (2011). Figura: A autora

A responsabilidade não é apenas do Poder Executivo, mas também de outros setores estatais; se no estabelecimento penal os condenados encontram-se amontoados pela falta de número de vagas disponíveis a atendê-los dignamente, omissos se faz o Poder Judiciário e o Ministério Público, por não adotarem medidas para interdição do estabelecimento (AZEVEDO, 2011).

A lotação do presídio deve ser compatível com sua estrutura e finalidade, havendo o controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, assim está previsto no art. 85 da Lei de Execução Penal.

Esse é outro ponto extremamente falho no sistema carcerário brasileiro. Se não houver investimento efetivo para aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para o regime fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado.

O artigo 59 (parte final) do Código Penal Brasileiro prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime, a pena tem por finalidade condenar a conduta ilícita e ao mesmo tempo prevenir novas infrações penais, deste modo, conjugando duas teorias da pena a absoluta e a relativa. Portanto, “a pena deve prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis” (DOTTI, 2001, p. 433, grifo do autor).

Entretanto, a finalidade da pena não é apenas a mera retribuição punitiva, mas, além disso, deve promover a readaptação social do infrator e evitar futuras transgressões pela intimidação dirigida à sociedade (CAPEZ, 2010).

E para tanto, existe outra função para a pena legalmente prevista, o artigo 1º da Lei nº 7.210/1984, de Execução Penal dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Assim, implicitamente é preciso que, a pena alcance a reinserção social do infrator.

Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade individual de cada sentenciado, há flagrante descumprimento da lei.

Neste contexto, a norma de execução penal não tem ultrapassado a legalidade formal, o “dever ser”, ante sua inefetividade. E que esse “dever ser” nunca será, se não houver expressiva mudança no sistema prisional, pois falta o necessário cumprimento da lei.

Nesse sentido, Matumoto (2005, p. 59): “O cárcere é um ‘dever ser’ que nunca será [...] haja vista que a mitigação da ressocialização é inconteste, diante do despreço à legalidade material da Lei Maior e das demais legislações, como a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984)”.

Vale ressaltar que existe autorização legal para que o condenado possa cumprir a pena em unidade federativa diversa daquele onde tem origem a sua sentença, em presídio estadual ou da União. Esta, por sua vez, pode construir unidades para abrigar sentenciados quando a medida seja justificada no interesse da segurança pública ou do próprio condenado (art. 86, LEP).

O adequado seria que o condenado cumprisse a pena no local onde ocorreu o crime ou onde foi sentenciado, mas havendo vaga para transferência, podem ocorrer exceções.

Poderá haver interesse do condenado de cumprir sua pena próxima a seus familiares, possibilidade viável de ser aceita, com intuito de proporcionar uma melhor ressocialização (NUCCI, 2010). Quanto ao interesse público seu principal objetivo é visar à segurança pública, que envolve tanto a sociedade como dos próprios presos, por meio de ações como esvaziar presídios superlotados; separar líderes de facções criminosas; dentre outras (NUCCI, 2010). Insta ressaltar que, sempre prevalecerá o interesse público, que prioriza a segurança da pública.

Além dessa norma, outras já foram editadas determinando que a União construísse e administrasse estabelecimentos penais de segurança máxima para abrigar presos considerados perigosos. Pouco se fez até o momento nessa área, motivo pelo qual este é outro fator de fragilidade do sistema carcerário no Brasil.

Em caráter emergencial a Lei nº 12.403/11 tem por finalidade o efetivo cumprimento do Princípio da Excepcionalidade da Prisão, assim, o juiz terá a sua disposição às diversas medidas cautelares, priorizando sempre a liberdade

do acusado.

A LEI 12.403/2011 E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Proporcionalidade segundo Tavares (2008, p. 707) “é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade”. Este princípio implica basicamente na renúncia de qualquer meio de punição exagerada advinda do poder Estatal (BITENCOURT, 2010). Portanto sendo uma “[...] forma de vinculação do legislador aos direitos fundamentais” (TAVARES, 2008, p. 707).

Perante o Princípio da Proporcionalidade deve existir um equilíbrio entre a conduta ilícita praticada e a sanção penal aplicada. Esta sanção segundo Luisi (2003, p. 184) “só pode ser legítima quando constitui o meio necessário para a efetiva proteção de um determinado bem jurídico, há de ser também proporcional a importância do bem, a gravidade da ofensa e a intensidade de culpabilidade do agente”.

Desse modo, ao analisar o caso concreto, pode constituir causa ilegítima prender cautelarmente o indivíduo, no momento em que outra medida seria suficiente e menos lesiva ao indivíduo.

O critério da proporcionalidade, em sentido amplo, abarca três necessários elementos, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito. (TAVARES, 2008, p. 707).

A apreciação do cumprimento do Princípio da Proporcionalidade deve ser observada a necessidade e adequação da medida legislativa adotada, na relação cidadão e ordem jurídica (BITENCOURT, 2010).

Os três elementos possuem caráter coerente, sendo que a nenhum deles intervém diretamente na atuação do outro. O elemento da adequação significa que todo ato do Estado não deve ultrapassar os princípios implícitos e explícitos do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a ferir os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (BITENCOURT, 2010).

A Lei 12.403/2011 se mostra adequada a este princípio, ao instituir medidas cautelares diferente da prisão cautelar, caso em que antes da lei o juiz só possuía duas opções de medida que seriam: prisão ou liberdade, e na maioria das vezes aplicava a prisão. Dessa feita, com a lei faz-se cumprir o Princípio da Excepcionalidade da Prisão e o Princípio do Devido Processo Legal.

No tocante ao critério da necessidade ou exigibilidade conforme Tavares (2008, p. 715) “equivale a melhor escolha possível, dentre os meios adequa-

dos, para atingir os fins. Dentro da concepção do Estado de Direito, essa escolha corresponde àquela que menos ônus traga ao cidadão”.

A lei se molda ao critério apresentado, visando ao juiz aplicar as outras medidas não acarretando maiores restrições ao indiciado haja vista que o sistema prisional brasileiro apresenta cadeias públicas superlotadas e péssimas condições ferindo vários dispositivos de lei.

A proporcionalidade em sentido estrito “trata-se, pois, de um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas” (TAVARES, 2008, p. 717).

Para concluir, com base no princípio da proporcionalidade, é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vingança, e punições arbitrárias – que ele prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los (BITENCOURT, 2010, p. 58).

A *novatio legis* é uma lei, que respeita o Princípio da Proporcionalidade, haja vista o fato de que para alguns casos uma medida diferente da prisão cautelar seria o suficiente, agora, pois estas medidas estão à disposição do juiz, e sendo menos onerosas ao réu, portanto proporcionais. Ao mesmo tempo em que é uma lei necessária diante do caos do sistema prisional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova lei de prisões não traz como novidade o Princípio da Excepcionalidade da Prisão, pois esse já era uma garantia Constitucional, portanto, sempre existiu. Mas o que ela traz é a exigência de que este Princípio seja efetivamente cumprido e de forma rigorosa, que a prisão seja na prática uma exceção.

E para isso foi introduzido às várias opções de medidas cautelares para o juiz aplicar analisando o caso concreto. Apesar da garantia Constitucional de que ninguém será levado ao cárcere sem o devido processo legal, o juiz mesmo não tinha muitas alternativas, pois para que o indiciado não “atrapalhasse” o curso do processo era instituída a prisão cautelar, essa era a regra que vigorava.

O sentimento de impunidade que a lei gerou na comunidade, não tem respaldo no efetivo cumprimento do Princípio já citado, mas na verdade é por que a população acostumou-se em ver os indiciados presos aguardando a decisão do juiz, e isso gerava uma falsa sensação de segurança. Portanto, o que levou ao

sentimento de impunidade frente à nova lei, foi essa falsa sensação de segurança, proporcionada por uma cultura judicial que tinha como regra a prisão.

A finalidade da lei não é apenas fazer cumprir o Princípio da Excepcionalidade da Prisão, contudo busca-se, organizar o sistema carcerário brasileiro e ao mesmo tempo reduzir o número de presos provisório do país, em outras palavras esvaziar as celas das cadeias públicas.

Para um país que vive o Estado Democrático de Direito, que traz em seu texto Constitucional direitos e garantias da pessoa humana, não excluindo a pessoa presa, é vergonhoso a situação do preso brasileiro. Os dados estatísticos mostram o número de presos é maior que o número de vagas, isso significa celas superlotadas em que o número de presos ultrapassa o limite de capacidade da cela.

Como consequência recai sobre o preso uma “sobrepêna” ao ser obrigado a dividir a cela com muitos outros presos, onde as condições de higiene são péssimas, e ventilação inadequada. Tornando impossível a ocorrência da ressocialização finalidade da pena prevista no artigo 1º da Lei de Execução Penal.

A *novatio legis* não ira permitir a impunidade dos possíveis condenados, mas foi instituída para que fossem cumpridos alguns princípios que regem o Estado brasileiro como o Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Excepcionalidade da Prisão. Pelas políticas públicas desenvolvidas, não há muito interesse em construir novos presídios, e com o problema da superlotação, é possível acreditar que a lei tem como finalidade amenizar o problema.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, B. M. de. **Superlotação do Cárcere: um problema para o Estado?**. Síntese Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre: Síntese, 2011.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei n. 7.210/1984**: Lei de Execução Penal. Vade Mecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei n. 12.403/2011**, de 04 de maio de 2011. Trata da prisão preventiva, prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/

112403.htm>. Acesso em: 10 maio. 2012.

_____. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. InfoPen - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CP TBRNN.htm>> . Acesso em: 19 maio. 2012.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal:** parte geral - Art. 1º a 120. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

DOTTI, R. A. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABIB, S. **A nova lei de prisões e o sistema penal brasileiro.** Revista Jurídica Consulex, ano XV, n. 348, Brasília: Consulex, 2011.

LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MATUMOTO, F. G. V. **Uma crítica ao sistema prisional brasileiro pelo viés fenomenológico da “alternativa da exclusão”.** 2005. 137 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense - UNIPAR, Umuarama, 2005.

NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THE NEW LAW OF PRISONS: IMPUNITY FEELING OR EFFECTUATION OF DUE LEGAL PROCESS?

ABSTRACT: This article aims to clarify which were the variations added to Brazilian legislation with the enactment of Law 12.403 / 11. The new law brings nine prisons precautionary measures inherent in prison that could be applied after the analysis of the case and compliance of due legal process. Thus, the *novatio legis* brought a sense of impunity to the society that understands the preventive

detention a faster way to do justice, since Brazilian justice despite having evolved in recent years continues too slow in steps regard the unfolding processes at different levels of justice. Furthermore, urges emphasize that the situation of Brazilian prisons is troubling, if compared to the total of vacancies with the number of condemned and accused. It is worth remembering that the capacity of the prison should be compatible with its structure and purpose, with the control by the National Council on Criminal and Penitentiary Policy, as is provided for in art. 85 of the Penal Execution Law. Law 12,403 / 11 is synonymous with safety for the realization of due process. Guarantee this several times even ensured by law was not enforced because they were not properly matched to the Code of Criminal Procedure and the Constitution, this reality changed from July 4 of 2011 came into force when the *novatio legis*.

KEYWORDS: Prison; Law; Guarantee; Exceptional; Freedom.

LA NUEVA LEY DE PRISIONES: ¿SENTIMIENTO DE IMPUNIDAD O CUMPLIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL?

RESUMEN: Este artículo ha tenido por finalidad aclarar cuáles fueron los cambios acrecidos a la legislación brasileña con el advenio de la Ley 12.403/11. La nueva ley de detenciones trae consigo nueve medidas cautelares inherentes a la prisión, que podrán ser aplicadas tras el análisis del caso concreto y el cumplimiento del debido proceso legal. Así, la *novatio legis* ha traído consigo un sentimiento de impunidad a los ojos de la sociedad que ve en la prisión preventiva una forma más rápida de hacerse justicia, ya que la justicia brasileña a pesar de haber evolucionado en los últimos años continúa a pasos lentos en lo que tañe el desenrollar de los procesos en las diversas instancias de la justicia. Insta resaltar que la situación de las cárceles brasileñas es preocupante, si comparados el total de plazas con la cantidad de condenados y acusados. Hay que recordar que la capacidad de la cárcel debe ser compatible con su estructura y finalidad, teniendo el control por el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, así está previsto en el art. 85 de la Ley de Ejecución Penal. La Ley 12.403/11 es sinónima de seguridad con relación al cumplimiento del debido proceso legal. Garantía ésa, diversas veces, mismo asegurada por ley no ha sido cumplida, ya que no estaban debidamente compatibilizados el Código de Proceso Penal y la Constitución Federal, realidad ésa modificada a partir de cuatro de julio de 2011, cuando entró en vigor la *novatio legis*.

PALABRAS CLAVE: Prisión; Ley; Garantía; Excepcional; Libertad.