ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ISBN 978-85-99559-06-2

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 4

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Curso O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Coordenadores: Desembargadores Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez e
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; e
Juízes Rubens Roberto Rebello Casara e André Luiz Nicolitt

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 4

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

CURSO O NOVO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL
RIO DE JANEIRO, 4,11,18 E 25 DE JULHO E 1º DE AGOSTO DE 2011

Rio de Janeiro
EMERJ
2012

© 2012 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes do Curso "O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal", realizado em 4, 11, 18 e 25 julho e 1º de agosto de 2011, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Geórgia Kitsos e Rafaelle Neves (auxiliar de editoração eletrônica); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares. **Revisão Metodológica:** Professora Dra. Maria Teresinha Pereira e Silva.

CURSO "O NOVO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL", 2011, Rio de Janeiro.

O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

470 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 4)

ISBN 978-85-99559-06-2

1. Processo penal. 2 Medida cautelar. 3. Brasil. Lei 2.403/2011. I. EMERJ. II. Série. III. Título.

CDD 341.43

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, nº 115/4º andar - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20020-903
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Desª. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ **CONSELHO CONSULTIVO**

Desª. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Milton Fernandes de Souza
Des. Jessé Torres Pereira Júnior
Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ **COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Desª. Elisabete Filizzola Assunção
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas
Des. Claudio Brandão de Oliveira
Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto
Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ **COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ**

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ **ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL**

Donatila Arruda Câmara do Vale

Sumário

Apresentação **9**

O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal
Admara Falante Schneider **10**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho **15**

A Constitucionalização do Processo Penal
Adriana Valentim Andrade do Nascimento **22**

Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na Legislação Vigente
Alberto Fraga **27**

Novo Regime Jurídico Instituído pela Lei nº 12.403/2011
Alessandra da Rocha Lima Roidis **33**

Da Inconstitucionalidade da Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva, de Ofício, pelo Magistrado, na Fase Investigatória
Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro **38**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. (Introduzido com o advento da Lei nº 12.403/11)
Ana Paula Abreu Filgueiras **44**

Inovações Trazidas pela Lei nº 12.403/2011
Ana Paula Monte Figueiredo Pena Barros **52**

As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11
André Luiz Nicolitt **63**

O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal
Angélica dos Santos Costa **71**

As Medidas Cautelares no Processo Penal – Aplicação nos Juizados Especiais Criminais
Arthur Narciso de Oliveira Neto 77

Algumas Considerações sobre a Lei nº 12.431/11
Carlos Marcio da Costa Cortazio Corrêa **88**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Cézar Augusto Rodrigues Costa **94**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Cintia Santarém Cardinali **102**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Cláudio Ferreira Rodrigues **110**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Cristina de Araujo Góes Lajchter **115**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. Lei nº12.403, de 2011
Daniela Barbosa Assumpção de Souza **119**

Medidas Cautelares no Processo Penal
Elisa Pinto da Luz Paes **126**

Da Interpretação Prospectiva da Lei nº 12.403/11
Érika Bastos de Oliveira Carneiro **137**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro **142**

Do Reconhecimento de Garantias Constitucionais Processuais Penais pelo Ordenamento Jurídico (Uma Década de Evolução)
Felipe Carvalho Gonçalves da Silva **150**

A Constitucionalidade do Fundamento "Ordem Pública" do Art. 312 do CPP – Necessidade de Observância da Cláusula

de Reserva de Plenário para Afastar a Incidência, no Todo ou em Parte, do Referido Dispositivo Legal
Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes **161**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Geórgia Vasconcellos da Cruz..... **169**

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Hindenburg Köhler Brasil Cabral Pinto da Silva..... **174**

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
João Guilherme Chaves Rosas Filho..... **186**

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal
Jorge Luis Le Cocq D'Oliveira **192**

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal
Juliana Andrade Barichello **202**

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal - Questões Controvertidas
Juliana Benevides de Barros..... **209**

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal
Leila Santos Lopes..... **215**

As Novas Medidas Cautelares no CPP (Lei 12.403/2011) - Algumas Reflexões -
Leonardo Cardoso e Silva **223**

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal
Lúcia Regina Esteves de Magalhães **227**

Considerações sobre a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal
Luciana da Cunha Martins Oliveira **236**

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal – Lei nº 12.403/2011
Luciano Silva Barreto **241**

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Ludmilla Vanessa Lins da Silva **266**

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Luiz Henrique Oliveira Marques **279**

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Marcelo Alberto Chaves Villa **289**

Considerações sobre a Lei nº 10.403/2011
Márcia Paixão Guimarães Léo **416**

Uma Análise da Lei nº12.403 de 2011
Myrian Therezinha Cury **422**

O Papel do Magistrado Criminal Diante das Novas Alterações Legislativas
Orlando Eliazaro Feitosa **432**

As Medidas Cautelares Alternativas à Prisão - Uma Abordagem da Recente Lei nº 12.403/2011
Otavio Mauro Nobre **439**

A Lei nº 12.403/11 (Medidas Cautelares)
Roberta Barrouin Carvalho de Souza **447**

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal
Thereza Cristina Nara da Fontoura Xavier **454**

Anexo 1: Programação do Curso **460**

Anexo 2: Parecer da Enfam **464**

Apresentação

Em cumprimento a uma das metas de seu Plano Estratégico, a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), em consonância com as diretrizes da Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM), desenvolve o Programa Estadual de Aperfeiçoamento de Magistrados para cuja operacionalização promove cursos, seminários, fóruns de discussão, dentre outras atividades educacionais sobre assuntos atuais ligados ao cotidiano profissional, tudo com objetivo de facilitar a entrega da prestação jurisdicional.

Recentemente, o cenário jurídico brasileiro, em seu viés penal, sofreu alteração consubstancial com a edição da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou a redação do § 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal.

Para informar e discutir a nova legislação e suas implicações, a EMERJ promoveu a partir de 4 julho - data de início da vigência do dispositivo legal supramencionado - o curso "O NOVO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL", coordenado pelos Desembargadores Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez e Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho e pelos Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara e André Luiz Nicolitt.

Como resultado das palestras e dos debates travados, assim disciplinado no art. 3º, §§ 3º e 5º do Ato Regimental EMERJ nº 1/2010, em cumprimento ao art. 2º da Resolução nº 2/2007, ratificada pela Resolução nº 01/2011, ambas da ENFAM, os participantes elaboraram trabalhos escritos sobre a matéria, acentuando aspectos concretos ligados à atividade judicante.

O conteúdo dos artigos produzidos é de relevância e, certamente, trará significativos reflexos na prática jurisdicional, daí o interesse desta Administração em socializar os resultados da produção dos magistrados com a comunidade acadêmica.

Ao mesmo tempo em que agradecemos a cooperação dos palestrantes que abrilhantaram o evento, desejamos boa leitura a todos!

Desembargadora Leila Mariano
Diretora-Geral da EMERJ

O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal

Admara Falante Schneider[1]

O presente trabalho tem o propósito de expor algumas reflexões sobre o regime das medidas cautelares no processo penal, inauguradas com a Lei n. 12.403/2011. Diante da diversidade de abordagens relativas à segregação penal e suas repercussões frente ao ordenamento jurídico pátrio, bem como às correntes filosóficas, sociológicas, jurídicas que versam sobre o tema, o mesmo constitui ponto crucial de discussão entre os operadores do direito em matéria criminal.

1. Antes da vigência da Lei nº 12.403/2011

Com o passar dos anos, os desafios em matéria criminal estimularam a produção de um caudal de textos legais, não raro, beirando à configuração de aberrações legislativas que não favoreceram a prática da justiça nessa área. Para superar o problema, fez-se necessária a produção doutrinária e jurisprudencial profícua, subsídios muito relevantes para promover uma interpretação sistemática constitucional viável.

No outro polo, sem embargo, cumpre reconhecer uma realidade tristíssima no tocante ao sistema prisional. Numa vaga de modernização da legislação e tentativa de minimizar os efeitos maléficos de aprisionamento do cidadão em masmorras de tortura, par e passo buscando efetiva sanção a alguns comportamentos delitivos, que, pela entropia do sistema judiciário jaziam impuníveis, veio a primeira grande modernização: a Lei

1 Juíza de Direito da Comarca de Paraty.

nº 9.099/95. A seguir, merecem relevo outras, na esteira do que se observava necessário para aprimorar sua existência e aplicação.

A segunda grande marca de inovação no direito penal decorreu do art. 44 do Código Penal, com o sistema de penas alternativas aplicadas a condenações de até 04 anos, ou até um pouco mais, desde que não cometido delito com violência contra a pessoa.

Tal iniciativa trouxe subjacente a intenção de adequar as sanções ao comportamento social destoante e ainda minimizar o gravíssimo problema de superlotação dos presídios, problema cuja repercussão extrapolou os limites do território nacional.

Ocorre que, apesar de previsão legal vinculante ao magistrado fixando direito ao cidadão condenado de cumprir pena não privativa de liberdade, o tempo do processo lhe servia como pena, porque era sistemática a prisão cautelar até a instrução acusatória, quando então se analisava eventual direito à liberdade provisória. Ou seja, criou-se situação por demais injusta, pois aquele que, após sentença penal condenatória, poderia cumprir pena restritiva de direitos permanecia acautelado pelo Estado, com a liberdade cerceada, ainda que após, mesmo com sentença penal condenatória, fosse libertado.

A jurisprudência avançou e o entendimento que prevaleceu era o de que, após analisados os antecedentes, se o julgador verificasse que ao fim faria jus o réu a uma pena substitutiva, deveria ser posto em liberdade desde logo.

Aí surgiu outro aspecto paradoxal: enquanto o magistrado deveria analisar os requisitos e, se fosse o caso, deferir a liberdade ao requerido, o delegado de polícia, face à classificação jurídica conferida ao delito, mantinha o indivíduo em cárcere por até 30 dias, em momento prévio à análise profunda por parte do órgão julgador.

Em paralelo, não se pode esquecer que, enquanto se travam essas discussões, a crise do sistema prisional só tende ao agravamento...

Por seu turno, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 66, cujo teor obriga o julgador a analisar os requisitos legais da prisão provisória, ao receber a comunicação do flagrante. No entanto,

apesar do profícuo trabalho no intuito de homogeneizar o Judiciário e melhorar a prestação jurisdicional, meta que vem paulatinamente alcançando, o CNJ não é órgão legislador e não pode editar regras legais penais ou processuais penais a vincular os Juízes...

A comunicação da prisão em flagrante então deixou apenas de ser homologada pelo Juiz e passou a ter uma decisão padrão, um pouco mais longa e rebuscada, porém igualmente mecânica.

Veio então a Lei nº 12.403/2011 a vincular o julgador a seus ditames e o principal é que, se o réu, ao final, fizer jus a uma pena substitutiva, não poderá/deverá esperar a duração do processo para ser libertado: ele não pode ficar preso!

2. Comentários a Lei nº 12.403/2011

A nova lei que disciplina prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, indica a vinculação do magistrado, que deve decidir, já ao receber a comunicação de prisão em flagrante, pela presença ou não dos requisitos para segregação.

Um ponto nodal da reforma é que, a partir da vigência da nova lei, não se pode mais manter qualquer prisão, por vontade ou determinação da autoridade policial. O Juiz precisa analisar se aquela prisão decorrente de flagrante deverá ser chancelada ou se é indicada a soltura do indiciado.

Constitui grave violação ao raciocínio lógico jurídico e à dignidade da pessoa humana manter um cidadão acautelado sem provimento jurisdicional de mérito quando, ao fim, ainda que proferida sentença penal condenatória, será ele obrigatoriamente posto em liberdade...

Resta, pois, patente que, ao receber a comunicação de prisão, deverá o Juiz analisar e, se concluir que, após a sentença penal condenatória fará jus o réu à fruição de pena alternativa, estará vinculado ao deferimento da liberdade provisória. O entendimento prevalente nesse assunto diz respeito à obrigatoriedade de manifestação ministerial.

Como se tornou a tese dominante, venho adotando essa sistemática. No entanto, pela leitura do disposto no art. 306 do CPP com a nova reda-

ção, constata-se a previsão de remessa da comunicação da prisão ao Ministério Público e à Defensoria Pública, caso o réu não informe ter advogado. A rigor, quis o legislador tornar obrigatória a ciência de todos os agentes necessários à formação completa da relação processual.

No entanto, não parece necessária atuação ministerial, no momento da comunicação para que o Juiz possa, ao jurisdicionalizar aquela prisão, mantê-la. Não se trata de violação ao princípio do *ne procedat iudex ex officio* porque, em verdade, a demanda processual penal somente será proposta após o recebimento do inquérito policial decorrente da prisão em flagrante, que acontecerá dentro de até 10 dias ou até 30 dias, caso se trate de crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Ao receber a denúncia, no entanto, estará o magistrado vinculado à *opinio delicti* ministerial e somente poderá decretar a prisão preventiva, se houver requerimento.

O Juiz, desde que não aplique medida mais severa do que o requerido pelo Ministério Público, poderá aplicar medida cautelar, em substituição à prisão, ainda que somente essa última tenha sido requerida pelo *parquet;* da mesma forma, poderá aplicar outra que não a por ele indicada. Por fim, penso que existam medidas não elencadas pela lei, mas que, revelando segurança ao processo e sendo adequadas ao caso e circunstância, poderá o julgador aplicar, segundo critérios de razoabilidade.

3. Conclusão

Se, por um lado, a lei vinculou o julgador, dando efetividade ao que já era construção jurisprudencial, vedando a possibilidade de prisão cautelar para os crimes que, ao fim, constituam pena substitutiva, deu ao julgador a liberdade de aplicar medidas cautelares diversas e adequar a medida ao caso em concreto. Quanto às polêmicas acerca do tema, creio ser possível articular a preocupação com a segurança geral da sociedade, com as garantias constitucionais do réu. Não existe liberdade, sem cumprimento das leis, sejam cíveis, sejam penais e o Estado existe para coibir e vetar a *barbárie*.

O que vemos hoje é um estado de coisas em tal ruptura social que parece que a violência decorre de luta social. Mas nós, juízes, não podemos deixar de cumprir a lei e o reclamo da sociedade, que estabeleceu o Estado e clama por segurança. De outro lado, não haverá paz social e segurança, se não houver efetivação de políticas sociais sérias, com diminuição de desigualdades sociais, moradia digna, saúde, dentre outros, e também distribuição da Justiça. A sociedade clama em todas as áreas, para que o Estado ocupe seu lugar, exerça seu dever e realize a função de julgar, máxime no âmbito criminal. Então somente resta a nós, Juízes, trabalhar com afinco e fazer cumprir a lei. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho[1]

A Lei número 12.403, de 04 de maio de 2011, visando ao aprimoramento da atuação do Poder Judiciário no âmbito do processo penal, introduziu, no sistema processual penal brasileiro, medidas cautelares, diversas do encarceramento provisório. A primeira discussão que se tem sobre o tema é quanto à efetividade de tais medidas.

Parcela dos integrantes do Poder Judiciário e mesmo a própria mídia entenderam que a referida legislação, em vez de garantir a aplicação da lei, enseja a proteção deficiente da sociedade, por limitar as hipóteses de encarceramento provisório. Alguns sustentam que a reforma tem finalidade meramente econômica, visando a reduzir os custos do Poder Executivo, na medida em que os gastos com a mantença de presos vêm se elevando a cada ano.

Ouso discordar de tais argumentos. Realmente, a lei número 12.403/2011 trouxe em seu bojo algumas perplexidades; no entanto, notório é que sua elaboração foi fruto de trabalho de vários juristas, visando à adequação do processo penal brasileiro à diretriz constitucional que consagra os princípios da presunção de inocência e do sistema jurídico acusatório.

As perplexidades oriundas da análise do texto decorrem da inserção da Lei número 12.403/2011 em uma legislação paradoxal, na qual os sis-

1 Juíza de Direito titular da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital.

temas acusatórios e inquisitivos se mesclam e se confundem.

Obviamente, a total reforma do texto processual penal teria ensejado a ausência de tais perplexidades. No entanto, Poder judiciário e os intérpretes do direito, hão de dirimi-las, sempre voltados à norma constitucional e aos princípios magnos que regem a matéria.

Ressalte-se que a lei número 12.403/2011, embora, a princípio, possa ser encarada como meio de proteção deficiente à sociedade (já que limita a aplicação da prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos), dependendo do Juiz que a aplica, poderá tornar-se meio a violação do princípio constitucional da presunção de inocência, ou mesmo legislação arbitrária violadora dos basilares direito à liberdade (ante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares a qualquer ilícito – inclusive àqueles para os quais a medida não seja na situação fática apresentada necessária- ou mesmo possibilitará decretação da prisão preventiva sob a alegação de seu descumprimento, ou mesmo o decreto de preventiva pela soma de penas na hipótese de concurso material) .

Frise-se que as pessoas trazem em si noções preconcebidas, preconceitos, mitos, cujas raízes podem ser encontradas em sua vivência e formação. Impossível lhes é analisar o fato com imparcialidade, vez que toda análise fática importa uma convicção parcial, usualmente maculada pelos conceitos, mitos e outras concepções, algumas das quais, não raro, nos acompanham desde a infância. Sob esse enfoque, não há verdade real, mas produzimos determinado ponto de vista sobre a situação, que pode ser analisada de diferente forma, por distintos participantes de uma mesma cena.

Como dizia Nietzsche, "o homem é antes de tudo um animal que julga", "não existindo um caminho único e correto", vez que "são muitas as verdades e, por esse modo, não existe verdade alguma"[2][1]. Portanto, a lei número 12403/2011 traz em seu bojo o risco do "juiz herói, do juiz defensor da sociedade ou do juiz defensor do carente, do juiz protetor do

2 [1]*Apud* PERCY, Allan – **Nietzsche para Estressados** – páginas 20 e 41 , Editora Sextante, 1ª edição.

excluído da sociedade de selva" violar, interpretando-a e aplicando-a, os princípios da presunção de inocência, do sistema acusatório e da segurança pública, passando, na ânsia de fazer justiça, a criar a injustiça. Deveria o intérprete, em impossível missão, despir-se do julgamento prévio, cientificar-se da inexistência de caminho correto e certo, aplicando os dispositivos legais ao caso concreto com observância dos princípios constitucionais de presunção de inocência, segurança pública e sistema penal acusatório.

Passando à análise da própria lei, verificam-se alguns pontos controvertidos, que geram dúvidas ao aplicador. Afinal, qual peça deverá ser remetida à autoridade judicial, ao Ministério Público e à Defensoria Pública após a lavratura do auto de prisão em flagrante? Qual o prazo para a remessa de tal peça processual? O processo se inicia só a partir da denúncia? Qual o prazo para a autoridade judicial decidir quanto ao relaxamento, conversão da prisão em preventiva, aplicação de medida cautelar, ou concessão de liberdade? Há necessidade de prévia manifestação do *Parquet*? As medidas cautelares são aplicáveis a qualquer delito ou apenas como substitutivas à prisão preventiva? O que ocorre no caso do artigo 366 do C.P.P?

Tais questionamentos ainda não estão pacificados... No entanto, a lei se encontra vigente e deve ser aplicada, não podendo o interprete recusar sua incidência ao caso, sob o fundamento de ausência de pacificação quanto às questões que lhe são colocadas.

Pela leitura do artigo 310 do C.P.P., verifico que, diversamente do sustentado por vários juristas, não há previsão legal de encerramento do procedimento inquisitorial, na hipótese de flagrante, no prazo de 24 horas e sua remessa à autoridade judicial. De fato, o artigo 10 do C.P.P. continua vigente; ou seja, tem a autoridade policial o prazo de 10 dias para conclusão do inquérito policial, na hipótese de estar o indiciado preso. Apenas tem a obrigação de, no prazo de 24 horas, promover a remessa à autoridade judicial, ao Ministério Público e a Defensoria Pública, do *auto de prisão*, acompanhado de toda a documentação que o instrua, para que possa, a autoridade judicial, verificar a legalidade da prisão provisória e se for o caso chancelá-la, com sua conversão de prisão administrativa em prisão judicial. Saliento que tal conclusão se extrai da própria análise do texto, já que não

há neste a determinação de remessa dos autos, mas do auto de prisão.

Embora o artigo 311 do C.P.P. permita ao Juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva, observando-se os princípios constitucionais que informam o processo penal brasileiro, extrai-se que não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de tornar-se cotitular da ação penal, violando o sistema acusatório e a imparcialidade que lhe é exigida, determinar medida restritiva de direito e liberdade, sem prévio requerimento do legitimado ativo.

Assim sendo, deve o Juiz, ao receber o auto do flagrante, aguardar a manifestação do Ministério Público que poderá, no prazo de 24 horas, requerer qualquer das medidas expressas no artigo 310 do C.P.P.. Obviamente, não havendo qualquer manifestação do titular da ação penal, não poderá o Juiz, sob pena de violação do sistema penal acusatório e da imparcialidade que se lhe impõe o múnus de que se encontra investido, decretar medidas cautelares, ou converter a prisão em preventiva. Compete-lhe apenas, ante a inércia do *Parquet*, libertar o indiciado, ante o princípio da presunção de inocência. Ressalte-se que o Juiz não fica, no entanto, adstrito a cumprir a "determinação" do Ministério Público. Verificando a existência de ilegalidade do flagrante ou mesmo inadequação da prisão preventiva à hipótese, ante a possibilidade de sua substituição por medidas cautelares, deverá fazê-lo, ou seja, libertar o indiciado.

A prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do C.P.P, pode ser decretada com a finalidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para fins de assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova suficiente da existência do crime e de sua autoria, podendo, ainda, ser aplicada aos casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, só sendo admitida nas hipóteses do artigo 313 do mesmo diploma legal. Sua aplicação é possível, nos termos do artigo 311 do C.P.C., não só no curso da ação penal como na fase inquisitorial.

Retumbante crítica se faz ao decreto de prisão preventiva com fundamento na garantia à ordem pública. Como bem ressaltado pelo Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em palestra proferida na EMERJ, a violação à ordem pública ocorreria em caso de

violação ao "normal funcionamento dos órgãos públicos e a regular fruição dos direitos individuais e coletivos: Grupos que dominam comunidades, "bondes" que incendeiam ônibus, atacam viaturas, fecham o comércio; atentado ao monopólio estatal da força (arma de fogo)".

Os decretos de prisão, no entanto, não podem ser genéricos, devendo fundamentar-se ao caso, de forma adequada.

Incabível é o jurista somar as penas máximas cominadas aos delitos, para ensejar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva. Ressalte-se que o somatório das penas máximas, no concurso material ou mesmo interpretação mais gravosa é contrário ao texto legal. As medidas cautelares, embora possam substituir as prisões preventivas, quando o decreto prisional se demonstrar inadequado à hipótese, podem ser aplicadas aos casos não abrangidos pelo artigo 313 do C.P.P., podendo, inclusive, ser aplicadas aos crimes culposos, ante sua adequação ao caso, nos termos do artigo 282 do C.P.P., como, por exemplo a medida prevista no artigo 319, inciso III e V, do C.P.P. em crime de lesão corporal culposa em trânsito provocado por embriaguez.

Não podem, no entanto, as medidas cautelares, nos termos do artigo 288, parágrafo 1º, ser aplicadas a infrações às quais não for isolada, cumulativamente ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Também incabível se faz sua aplicação às contravenções penais, vez que o artigo 282, inciso II do C.P.C. condiciona sua aplicação aos crimes.

Havendo a aplicação de medida cautelar de forma indevida, pode a defesa ou interessado a esta se opor mediante a interposição de *habeas corpus*. Da mesma forma, não sendo determinada a aplicação da cautelar requerida pelo M.P. ou pelo assistente técnico, poderá a parte insatisfeita utilizar-se do mandado de segurança. Frise-se que a atuação do assistente técnico só é possível na fase da ação penal; ou seja, após o oferecimento da denúncia, não sendo cabível sua atuação, por expressa limitação contida no CPP, na fase inquisitorial.

Entendo, ainda, ser possível impetrar *habeas corpus*, quando a medida cautelar se estender por tempo irrazoável, quando se torne em

vez de medida cautelar a assegurar o processo, cumprimento antecipado de pena.

A lei não fixa prazo para duração da medida cautelar. No entanto, esse prazo deve nortear-se pelos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Lógico, ainda, é que importando a medida cautelar em cerceamento de liberdade e assemelhada à própria pena deverá haver detração penal. Cabível, também é a utilização do *habeas corpus*, quando a medida cautelar de fiança for fixada com a finalidade de ensejar a impossibilidade de sua prestação, como no caso do Juiz que a fixou em R$ 54.0000.0000,00 para réu notoriamente pobre.

É possível a aplicação de medida cautelar de internação ao semi-imputável, mesmo quando previsto tratamento ambulatorial.

Podem as medidas cautelares ser aplicadas a título de condição de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 86 parágrafo 2º da Lei número 89.099/95.

Para garantia de sua efetividade, as medidas cautelares devem ser anotadas na distribuição.

A aplicação dos institutos da prisão preventiva e das cautelares não se confunde com a decretação da prisão temporária. Em verdade, os fundamentos das medidas são distintos, não havendo cessado a possibilidade de decreto de prisão temporária que visa a viabilizar a investigação de fato, sendo para sua decretação imperiosa a existência do juízo de possibilidade e não de probabilidade, ensejador do decreto de prisão preventiva.

Há, ainda notória alteração de orientação quanto à violência doméstica, vez que o 313, III, parece pressupor a extensão das medidas protetivas de urgência ao sexo masculino em estado de vulnerabilidade, ao não restringir a aplicação das medidas apenas ao sexo feminino.

Nos casos do artigo 366 do C.P.P. viável se faz, dentre as hipóteses permitidas em lei, a aplicação de medidas cautelares e, em razão de seu descumprimento, a decretação de preventiva, nos termos do artigo 282, parágrafo 4º do C.P.P.

Tenho plena noção de que a matéria ainda será melhor apreciada e outros posicionamentos se firmarão. No entanto, essa é a vida dos operado-

res do direito, tentar mexer os pés, fazer os passos na busca de mudanças a ensejar uma sociedade mais justa e um mundo melhor, como na poesia:.

" Eu mexo os pés e faço os passos
Procurando o mundo todo andar.
Eu mexo as mãos e desenho
Procurando o papel apenas riscar.
Tolo é quem não vive, e quem nunca viveu
Hei de escrever minha vida, com a mão que nunca escreveu
Vivo conto de fadas apenas por sonho meu
Sou feliz do meu modo, e quem ganha o mundo sou eu."
Thábata Carvalho.[3][2]

Que um dia com nossas idéias possamos andar, ganhar, modificar e melhorar o mundo. ◆

3 [2] CARVALHO, Thábata - poesia "Feliz do Meu Modo", **Das Palavras Faço o Mundo**, Ed. Bookess

A Constitucionalização do Processo Penal

Adriana Valentim Andrade do Nascimento[1]

Trata-se de trabalho de conclusão do Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados "**O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal".** O advento da Lei nº 12.403/2011 trouxe para os juízes em matéria criminal maiores desafios e dúvidas na aplicação da lei processual penal.

No contexto do que se chama de constitucionalização do processo penal, a Lei nº 12.403/20011 reforçou a posição do juiz como garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Entre esses direitos e garantias está a presunção da inocência ou da não culpabilidade, prevista no art. 5º, inciso LVII da CF, que estabelece que ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A pergunta que surge é: a prisão cautelar ofenderia o princípio da inocência?

Na verdade, o que não se admite é a prisão como antecipação da pena, não havendo violação ao princípio constitucional da presunção da inocência pela prisão cautelar, quando necessária e adequada em face das circunstâncias concretas da causa.

Nesse passo, já em 2009, o Conselho Nacional de justiça editou a Resolução nº 66 que criou mecanismo importante de controle periódico das prisões cautelares, com o claro objetivo de evitar a permanência de prisões ilegais ou desnecessárias ou o constrangimento decorrente do tempo excessivo de prisão.

1 Juíza de Direito da 1ª Vara de Cachoeiras de Macacu.

Por outro ângulo, a Resolução nº 66 dispõe ser dever do magistrado sempre, de maneira fundamentada, proferir a decisão que julgar conveniente entre as três possíveis quando receba auto de prisão em flagrante: relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória ou sua manutenção se presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Em meio a tantas discussões sobre o tema, o Desembargador Geraldo Prado afirmou, em sua palestra, que a liberdade do indivíduo é responsabilidade judicial, devendo o magistrado analisar o cabimento da prisão cautelar dentro dos parâmetros processuais cautelares. Se não há risco para o processo, não cabem medidas cautelares alternativas à prisão, muito menos esta última. Continuou o eminente jurista afirmando que, em sendo a liberdade a regra, o agir do juiz em confronto com esse novo modelo de liberdade importa evidente abuso de autoridade.

Em contraponto a essa ótica mais garantista da Lei, houve quem suscitasse a questão relativa ao cerceamento da atividade do magistrado no que se refere à prisão e à liberdade do acusado, na medida em que o juiz é um tutor, como poder do Estado, da ordem e da segurança públicas.

Ora, se o Ministério Público não requer a prisão preventiva no prazo exíguo previsto na nova lei, o juiz, em estrita obediência ao sistema acusatório, deve soltar o indivíduo, mesmo não sendo hipótese de relaxamento e de estarem presentes os requisitos para a prisão ou outra medida cautelar? Poderia ser feita a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício?

Essa indagação surgiu por várias vezes durante os dias de palestra.

Penso que é na análise de cada caso concreto que o juiz deverá fazer a ponderação de interesses e, assim, decidir fundamentadamente, qual o caminho deverá seguir. O juiz não pode deixar de aplicar a lei, mas está autorizado a aplicá-la de acordo com os fins sociais a que ela se destina.

O garantismo não pode ser visto sob a ótica minimalista de intervenção mínima do direito penal e do direito processual penal, em detrimento do genuíno desejo da sociedade de que existam meios de defesa do bem comum, garantindo-se o desenvolvimento regular do processo e a aplicação de futura pena. O garantismo, como busca da efetividade das

normas legais e constitucionais como um todo, deve abranger também essa faceta social, devendo o Estado utilizar de meios preventivos para a tutela da segurança, direito e liberdade dos cidadãos, diante da conduta daqueles que ultrapassam os limites da convivência em comum.

Segundo Lênio Streck,

> *(...)...já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de "liberdades negativas", pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil).* (STRECK, Lenio Luiz. "A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico." Disponível na internet em janeiro de 2005-ONG Transparência Brasil.

Como dito anteriormente, na ponderação de interesses necessária na decisão mais justa do magistrado, entre a prisão e a liberdade, imprescindível a adoção do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 95009-SP, em 06/11/2008, sob a relatoria do Ministro Eros Grau:

> *(...) Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em situações excepcionais. É necessária, contudo, a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade*

> *individual em prol da viabilidade do processo, o que não se dá no caso em exame.(..)*
>
> *(...) Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição "leva à conclusão de que a Lei maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar". Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie. (...)*

É indiscutível que são necessárias medidas de cautela para instrumentalizar a ação penal de conhecimento e para garantir a execução penal. No entanto, anteriormente à Lei nº 12.403/2011, as medidas cautelares no Código de Processo Penal estavam elencadas de forma atécnica, sem nenhuma sistematização.

Com a nova Lei, a prisão processual, a fiança e a liberdade provisória sem fiança ganharam um sistema mais de acordo com as normas constitucionais.

Nessa esteira, os requisitos das medidas cautelares penais estão previstos no art. 282 do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011:

> *Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
>
> *II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*

Veja-se que, mais uma vez, está presente o princípio da proporcionalidade, que se situa na ponderação dos interesses em conflito no processo penal – *ius libertatis e ius puniendi* – devendo o juiz analisar a gravidade, o alcance e a intensidade da medida cautelar, de modo que ela seja proporcional ao seu fato ensejador. Aqui surge outra perplexidade: haveria espaço, no campo da medidas cautelares do processo penal, para o exercício do poder geral da cautela pelo juiz? A doutrina, em sua maioria, afasta essa possibilidade, com esteio no princípio da legalidade estrita que deve vigorar em se tratando de limitação da liberdade do indivíduo.

No entanto, existe o entendimento de que em relação a medidas cautelares não pessoais, como aquelas relativas às provas e as reais, admitir-se-ia o exercício do poder de cautela pelo juiz. De acordo com Marcellus Polastri, também em outras modalidades de cautelares pessoais, desde que não prisionais, poder-se-á exercer o poder geral de cautela, como é o exemplo de hipóteses específicas do processo de execução penal. (POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal.** Editora Lumen Juris. 2011, p. 19) .

De tudo que se comentou a respeito do tema, pode-se concluir que a Lei nº 12.403/2011 não traz nada de tão novo assim. Suas normas confirmam o redimensionamento do processo penal brasileiro que já há muito se iniciou, segundo as normas constitucionais que tutelam os direitos e garantias fundamentais. Continua sendo o juiz elemento fundamental no sistema acusatório, aparando arestas, conciliando princípios, direitos e deveres, exercendo a jurisdição na tutela dos interesses de todos os indivíduos, seja daquele que é processado, seja daquele que assiste, através dos meios de comunicação, à violência aos direitos dos cidadãos integrantes da sociedade. ◆

Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na Legislação Vigente

Alberto Fraga[1]

As inúmeras inovações trazidas pela Lei 12.403/11 ainda dependem de maior reflexão e amadurecimento, seja no campo teórico, seja no campo jurisprudencial, mas as palestras ministradas no Curso "O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal", serviram como base para a imediata aplicação da nova sistemática processual penal. Foi nítida a ligação entre os variados assuntos, os quais foram expostos de maneira clara e objetiva, havendo sempre a preocupação com o dia a dia dos magistrados.

Entre os pontos destacados, merece melhor abordagem a questão atinente à possibilidade de aplicação de medidas cautelares e eventual decretação de prisão preventiva em razão de seu descumprimento - ou até mesmo a imediata conversão do flagrante- para aqueles que, não sendo reincidentes e não estando envolvidos em situações de violência doméstica, praticam crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima não é superior a 04 anos (artigo 313, I do C.P.P.).

Neste estudo, pretende-se tratar da situação daqueles que se enquadram tão somente na hipótese do artigo 313, I do C.P.P., excluindo-se, assim, não só os reincidentes e aqueles envolvidos em descumprimentos de medidas protetivas de urgência, como também os que se enquadram na hipótese do artigo 313, parágrafo único do C.P.P.

De plano, deve-se ter em mente que a *mens legis* da Lei 12.403/11 é viabilizar o desencarceramento dos presos provisórios. Assim, foram cria-

1 Juiz de Direito da 16ª Vara Criminal-Capital.

das alternativas à prisão, permitindo ao juiz a fixação de medidas cautelares que, apesar de implicarem restrições, não são privativas de liberdade.

Além disso, a nova redação do artigo 313, notadamente o inciso I, criou caminhos mais objetivos para o decreto preventivo. Desta forma, foi excluída de plano a possibilidade de cerceamento de liberdade para os não reincidentes que cometem crimes cuja pena máxima não seja superior a 4 anos, e também para aqueles que praticam crimes culposos ou contravenções penais.

Ocorre que, em algumas das palestras, foi sustentada a possibilidade, em alguns casos, de imediata conversão do flagrante em decreto preventivo para esse tipo de situação. Todavia, apesar do respeito às posições sustentadas, deve-se primar pela estrita legalidade, impedindo qualquer interpretação extensiva em detrimento de direitos fundamentais**.** Com efeito, deve-se concluir que àqueles que se enquadram tão somente na hipótese do artigo 313, I do C.P.P. não é possível, em qualquer hipótese, efetuar o decreto preventivo.

Neste ponto, não há como negar certo desconforto ao julgador ao ter que determinar a soltura de alguém que, reiteradamente e em um curto espaço de tempo, vem sendo preso em flagrante, em função de delitos pequenos. Apenas para exemplificar, imaginemos a hipótese de um agente que, ainda sem antecedentes, no dia 01.08.11 é preso em flagrante praticando um crime de furto. Em seguida, concedida a liberdade provisória, o mesmo agente volta a ser preso no dia 05.08.11. Concedida nova liberdade, o mesmo agente volta a ser preso em flagrante delito por novo crime de furto no dia 10.08.11. Pergunta-se: será que, no novo flagrante, o juiz poderia, a pedido do Ministério Público, converter o flagrante em prisão preventiva? A resposta é não!

Ora, apesar da estranheza que a situação desafia, não pode o magistrado fugir da técnica para, invocando sua discricionariedade, tomar uma decisão arbitrária. Note-se que, de acordo com o texto constitucional, a presunção é de inocência. Ademais, a nova sistemática processual penal consolidou a ideia de que deve haver proporcionalidade entre a medida aplicada cautelarmente e o resultado possível do processo, não sendo ra-

zoável impor situação gravosa àquele que, no final, mesmo se condenado, incorrerá em situação mais benéfica.

Voltando ao exemplo, o que se está a dizer é que, além de ser presumidamente inocente, aquele que é preso em flagrante cometendo reiterados furtos raramente será encarcerado ao final do processo, motivo pelo qual não deve ser encarcerado cautelarmente.

Lembre-se: a lei é clara é impõe limites ao julgador, cabendo a esse respeitá-los, pois só assim estará fortalecendo o Estado Democrático de Direito. Neste passo, agir em sentido contrário, invocando suposto senso pessoal de justiça, implica perigosa atitude arbitrada, que deve ser severamente rechaçada.

Apenas para seguir no campo dos exemplos, é muito comum que apontadores do jogo do bicho sejam reiteradamente presos pela prática da contravenção penal, prevista no artigo 58 da L.C.P. Entretanto, por se tratar de contravenção penal, há expressa limitação legal ao decreto preventivo, sendo esse um limite que não pode ser ultrapassado pelo julgador.

Mas o que deve o magistrado fazer em situações desse tipo? A resposta é singela: deve dar a máxima efetividade ao princípio positivado no artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República, imprimindo a maior celeridade possível à marcha processual. Assim, será viável efetuar o julgamento do agente que, se condenado por crime doloso e voltar a delinquir, passará a ser tido como reincidente, o que viabilizará sua prisão preventiva com base no artigo 313, II do C.P.P.

Assentada a impossibilidade de conversão do flagrante em decreto preventivo àqueles que se enquadram nas hipóteses do artigo 313, I do C.P.P., deve-se refletir se seria possível, nestes casos, a aplicação de medidas cautelares.

Nas palestras ministradas e nas conversas com os colegas, foi percebido que adquire força a posição que admite tal hipótese, havendo também os que defendem que, em havendo o descumprimento dessas medidas, poderia haver o decreto preventivo. Segundo os defensores de tal corrente, o embasamento legal estaria na combinação dos artigos 283, § 1º, 282, § 4º e 312, parágrafo único do C.P.P. Ouso discordar!

Através da leitura *a contrario sensu* do artigo 283, § 1 do C.P.P., tem-se a ideia inicial de que o deferimento das medidas cautelares seria possível, independentemente do montante de pena aplicável ao delito, bastando que a esse fosse cominada pena privativa de liberdade. Assim, aplicada a medida e havendo o seu descumprimento, deveria o juiz atentar para o que disciplina o artigo 282, § 4º do C.P.P., verificando inicialmente se há outras medidas cautelares a serem aplicadas em substituição ou cumulação. Ato contínuo, concluindo pela inexistência de outras medidas, estaria o julgador autorizado a efetuar o decreto preventivo, aplicando ao caso o artigo 312, parágrafo único do C.P.P.

Ocorre que, apesar da aparente harmonia da leitura supramencionada, estou convicto do seu equívoco, principalmente no que se refere à possibilidade de decreto preventivo em razão do descumprimento de medida cautelar fixada para aqueles que se enquadram na hipótese do artigo 313, I do C.P.P.

Recorde-se de que os requisitos e fundamentos da prisão preventiva estão expressamente previstos no artigo 312 do C.P.P., o qual, entretanto, deve ser aplicado em conjunto com o artigo 313 do mesmo diploma legal, que impõe limites de aplicação. Assim, aos que, baseados na interpretação literal e isolada do artigo 283, §1º do C.P.P., decidam por aplicar medidas cautelares penais para o agente primário e que comete crime – e até contravenção penal- com pena inferior a 4 anos, deve-se entender que o eventual descumprimento da medida apenas poderá gerar a aplicação de outra medida, cumulada ou em substituição.

Por consequência e mesmo que se invoque o artigo 312, parágrafo único do C.P.P., não há qualquer respaldo legal para, nestes casos, decretar a prisão preventiva em razão do descumprimento da cautelar. Trata-se de medida ilegal e que viola de forma clara e direta o que está escrito no artigo 313 do C.P.P.. Tal dispositivo legal não pode, de forma alguma, ser deixado de lado no momento da análise de qualquer decreto preventivo, seja decorrente de conversão de flagrante, seja no curso do processo ou inquérito, seja em função de descumprimento de medida cautelar porventura aplicada.

Mas não é só... Além de ser inviável o decreto preventivo aos agentes que se enquadram na hipótese do artigo 313, I do C.P.P., acredito que o próprio artigo 313 deva servir como verdadeiro guia no momento em que o julgador tiver que decidir sobre a aplicação de medida cautelar.

Segundo o mestre Aury Lopes Júnior[2] :

> *"Em nossa opinião, ainda que o artigo 313 discipline os limites da aplicação da prisão preventiva, também deverá ser utilizado como balizador nas medidas cautelares diversas, não só por uma questão de coerência e harmonia do sistema cautelar (imposto pela necessária interpretação sistêmica), mas também pelos seu inegável caráter substitutivo, artigo 282, § 6º do C.P.P."*

Sobre o tema, o primeiro pressuposto é que, além da Lei 12.403/11 ter o objetivo de não encarceramento de presos provisórios, a *mens legis* traz consigo a intenção de redução de controle estatal. Com efeito, não é lícito ao magistrado banalizar a aplicação das medidas cautelares, as quais devem servir apenas de alternativa à prisão e não, de primeiro passo para o seu decreto.

Portanto, não há motivo para que sejam estabelecidas medidas cautelares àqueles que se enquadram na hipótese do artigo 313, I do C.P.P.. Tais medidas se afiguram desmedidas, em razão de representarem restrição de liberdade àquele que não pode, de forma alguma, tê-la privada cautelarmente.

Apenas para exemplificar, caso se pretenda interpretar de maneira isolada o artigo 283, §1º do C.P.P., não haveria qualquer óbice à aplicação de medida cautelar quando da prática de uma contravenção penal. Por outro lado, não há qualquer interpretação da lei que permita o decreto preventivo para as contravenções penais, sendo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos agentes primários que cometam pequenos crimes.

2 LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas.** 2ª Edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

Com efeito, não há como negar que a aplicação de uma medida cautelar sem a possibilidade de decreto preventivo superveniente é medida que afronta diretamente a credibilidade da Justiça. Essa conclusão fica clara quando se percebe que, não havendo o cumprimento da medida cautelar imposta, o juiz nada poderá fazer a não ser substituí-la ou cumulá-la com outra cautelar (artigo 282, §4º do C.P.P.). Em seguida, descumprida essa nova cautelar, nada restará ao juiz fazer, o que revelará a sua impotência e, mais que isso, a absoluta inexistência de meios capazes de, imediatamente, fazer cumprir as determinações judiciais.

É claro que muitos irão dizer que seria possível processar criminalmente por desobediência os que, porventura, viessem a descumprir as medidas cautelares impostas pelo magistrado. Entretanto, é inegável que a deflagração de outro processo junto ao JECRIM não tem qualquer eficácia para a tutela específica das cautelares impostas.

Portanto, analisando o exposto, conclui-se é que:

a) Não é possível, em qualquer hipótese, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva para aqueles que se enquadram nas hipóteses do artigo 313, I do C.P.P.

b) Não é possível a decretação de prisão preventiva para aqueles que, enquadrados na hipótese do artigo 313, I do C.P.P., venham a descumprir eventual medida cautelar aplicada em seu desfavor;

c) O artigo 313 do C.P.P. deve servir como limite da aplicação das medidas cautelares, o que se impõe em atenção à necessidade de redução de controle estatal e preservação da efetividade das decisões judiciais, viabilizando, em última análise, a garantia da credibilidade do Poder Judiciário. ◆

Novo Regime Jurídico Instituído pela Lei nº 12.403/2011

Alessandra da Rocha Lima Roidis[1]

Após o encerramento do ciclo de palestras organizado pela EMERJ destinado à análise da Lei nº12.403/2011, constata-se que, como de costume, vários posicionamentos surgiram e, com esses, várias dúvidas práticas e teóricas.

Apesar das diversas posições apresentadas, a impressão que ficou revela que pouca coisa mudou em nosso ordenamento jurídico e que a polêmica lei talvez tenha sido promulgada apenas para dar início a uma mudança em nosso sistema penal.

Certo que o legislador pátrio, mais uma vez, ao escolher modificar parte do sistema processual penal, perdeu a chance de aprovar o novo Código de Processo Penal e, assim, deixou de organizar o estudo de um novo processo penal democrático à luz da Constituição da República de 1988. Sem essa reforma completa, os operadores do direito terão que continuar a realizar ginástica mental para adequar as leis processuais autoritárias ao sistema constitucional vigente

Cediço que a prisão (cautelar ou pena) consiste em medida que, apesar de não resolver os problemas sociais, era considerada a principal consequência para aqueles que praticassem crimes. Ocorre que, com o crescimento da população e das desigualdades sociais, também cresceu o número de encarcerados no país, a tal ponto que o Brasil passou a figurar no pódio dos três países que mais encarceram, junto aos EUA e China.

Essa posição revela que o elevado número de prisões não arrefece o crescimento dos índices de criminalidade, além de custar muito caro ao

1 Juíza de Direito da Vara Criminal de Queimados.

Estado e, consequentemente, à sociedade.

Todos sabem que os ensinamentos sobre a finalidade da prisão, em nosso sistema, não correspondem à realidade, pois não possui a propagada função pedagógica e não se destina à ressocialização. Muito ao contrário, verifica-se, com facilidade, que a prisão consiste em mera retribuição ao mal feito e, pior, que contribui para a exclusão social dos ex-presidiários, os quais - estigmatizados pela passagem pelo cárcere - passam a ser classificados quase como outra espécie e, por isso, veem as oportunidades sociais ainda mais distantes.

Diante desse quadro assustador, o legislador tem restringido, paulatinamente, as hipóteses de cabimento de prisão. Como exemplo disso, pode-se citar a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais e, em matéria penal, criou o conceito de infrações de menor potencial ofensivo que, de acordo com seu artigo 69, parágrafo único, não admite prisão. Além disso, essa lei ainda criou medidas despenalizadoras, com a finalidade de evitar a prisão para infrações que não fossem graves.

Tem-se, ainda, a importante Lei nº 9.714/98 que tornou possível a substituição das penas privativas de liberdade de até quatro anos de reclusão pelas penas restritivas de direitos, o que possibilitou grande diminuição de prisões desnecessárias à sociedade.

Aliás, no momento em que se analisa essa Lei nº 9.714/98, em conjunto com a nova Lei nº 12.403/11, percebe-se que pouca coisa mudou com essa última, pois, antes de seu advento, a corrente mais técnica já entendia que os acusados de prática de infrações com pena de até quatro anos deveriam permanecer em liberdade, com fundamento no princípio da homogeneidade.

Esse importante princípio lógico repousa no seguinte: por qual motivo deveria o réu ficar preso cautelarmente se, ao final do processo, teria o direito de ver sua pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direitos?

Como não havia justificativa para essa esdrúxula situação, salvo naqueles casos excepcionais, a imensa maioria dos juízes concedia a liberdade provisória desde o início, a fim de evitar prisões desnecessárias.

Diante da análise acima, vê-se que o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com redação dada pela nova lei, prevê que, em regra, a prisão preventiva somente será admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Ora, se, em princípio, não mais se admite a prisão preventiva para os crimes cuja pena seja de até quatro anos, conclui-se que a Lei nº 12.403/11, no que tange à necessidade da prisão preventiva, veio consolidar o entendimento criado pela Lei nº 9.714/98.

Ocorre que o novo diploma legal não se limitou a dispor sobre as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, tendo inovado na criação das medidas cautelares substitutivas à prisão, conforme se vê no rol apresentado pelo novo artigo 319. Importante destacar que essas medidas cautelares se afiguram substitutivas à prisão preventiva, ou seja, somente devem ser impostas naqueles casos em que, antes da nova lei, seria decretada a prisão preventiva.

Essa conclusão decorre do espírito da nova lei que veio diminuir as hipóteses de prisão.

Assim, naqueles casos em que, por exemplo, o réu primário e sem antecedentes for preso em flagrante por furto simples e nada indicar a necessidade de prisão cautelar, não poderá o juiz impor qualquer medida cautelar ao réu, pois, desde antes do advento da Lei nº 12.403/11, deveria o julgador, com fundamento no princípio da homogeneidade, conceder ao acusado a liberdade provisória, quase sempre sem fiança.

No entanto, naqueles casos em que o réu for preso em flagrante pela prática de crime cuja pena máxima seja de até quatro anos, mas, no entanto, existam indícios de que sua liberdade coloca em risco a tranquilidade da vítima, deverá o juiz impor ao réu a medida cautelar mais adequada, *in casu*, a proibição de manter contato com a vítima ou de frequentar lugares frequentados pela mesma.

Constata-se, assim, que as medidas cautelares se destinam a **substituir** a decretação da prisão preventiva e não ampliar o rol de limitações a serem impostas aos réus.

Sobre a criação das medidas cautelares, cumpre ressaltar que o rol do

artigo 319 se apresenta taxativo, de modo que não pode o juiz criar medida cautelar que ali não esteja prevista, da mesma forma que não pode mesclar as mesmas. Poderá, sim, impor mais de uma medida, se for necessário, conforme se vê no artigo 282, § 1º, do Código de Processo Penal com a redação dada pela nova lei.

Tal conclusão decorre do estudo das cautelares em sede de processo penal que, diferentemente do que se aprendia até a década de 90, nada tem a ver com o estudo das cautelares no processo civil.

Consequentemente, como o processo penal consiste em instrumento limitador do poder punitivo estatal, vê-se que a forma processual se caracteriza, ao mesmo tempo, como limite de poder estatal e garantia para o réu de que o Estado atuará dentro de limites previamente estabelecidos.

Diante disso, nunca, em processo penal, o juiz poderia agir com base no "poder geral de cautela", pois tal comportamento violaria os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal. Desta forma, é evidente a natureza taxativa do rol definido no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Ainda sobre as medidas cautelares, convém registrar que o legislador perdeu a oportunidade de fixar prazos para a duração das medidas cautelares. Ainda que não haja previsão legal sobre a duração ideal das prisões processuais, toda a jurisprudência entende que a segregação cautelar não deve ultrapassar noventa dias. Ocorre que esse prazo deve ser revisto diante da Lei nº11.719/08, que alterou o rito para estabelecer que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada em, no máximo, sessenta dias.

Será que as medidas cautelares devem respeitar a duração máxima das prisões cautelares?

A partir do entendimento de que as medidas cautelares também consistem em restrições à liberdade individual, é evidente que a resposta deve ser afirmativa, pois ninguém pode ficar, indefinidamente, com sua liberdade restrita.

No entanto, posição contrária deve surgir com fundamento na natureza substitutiva das medidas cautelares e, ainda, em razão de ser muito difícil o cômputo da duração dessas medidas para se fazer a detração.

Outro ponto polêmico da nova lei consiste na manutenção da decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública ou a ordem econômica. Mais uma vez, o legislador perdeu a chance de conceituar "ordem pública" e "ordem econômica", de modo que, do jeito que a legislação foi redigida, ainda existe espaço para prisões arbitrárias, pois a definição de ordem pública, ou econômica, se apresenta extremamente subjetiva e vaga, variável de acordo com o perfil de cada julgador.

Apesar de tantos pontos discutíveis, a nova lei apresenta dois aspectos positivamente indiscutíveis: revitalizou o falido instituto da fiança e ampliou as situações possíveis do réu dentro do processo, o que deixou o juiz com maior liberdade para desencarcerar o acusado.

Certo é que, apesar dos defeitos e qualidades da nova lei, impõe-se aguardar mais tempo, para que se possa analisar como a mesma será aplicada pelos julgadores e, consequentemente, será moldada para se adequar à letra da nossa Constituição da República. ◆

Da Inconstitucionalidade da Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva, de Ofício, pelo Magistrado, na Fase Investigatória

Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro[1]

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 do mesmo mês de maio, com o início de sua vigência em 04 de julho de 2011, trouxe relevantes alterações no nosso Código de Processo Penal, principalmente no trato das prisões e da liberdade provisória.

A presente análise restringe-se somente ao artigo 310, II do CPP, que determina que o juiz, antes do recebimento da denúncia, converta, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva.

Data máxima vênia, entendo que, em fase inquisitorial, não cabe ao magistrado, de ofício, antes sequer da manifestação ministerial, decretar prisão preventiva, sob pena de nítida violação ao sistema acusatório, sistema este salvaguardado na nossa Lei Maior.

Andou muito bem o legislador ordinário, quando da redação do art. 311 do CPP (alterado pela Lei nº 12.403/11), pois determina que, na fase de investigação, a prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público e por representação da autoridade policial e somente pode ser decretada pelo magistrado, de ofício, no curso do processo penal, ou seja, com o recebimento da denúncia.

É evidente que o juiz não pode decretar prisão preventiva *ex officio* no curso da investigação, sob pena de violação ao sistema acusatório adotado na Constituição da República de 1988. Afastar o juiz das funções

1 **Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa.**

investigatórias, certamente preserva ao máximo sua imparcialidade. Neste momento e para essas funções investigatórias, foram instituídos o Ministério Público (artigos 127 e seguintes da CR/88) e a Polícia Judiciária (artigo 144 da CR/88). Não é por outro motivo ser vedada a decretação da prisão temporária (prevista na Lei nº 7.960/89), de ofício, pelo juiz, já que a citada medida cautelar tem por destinação, unicamente, a tutela da fase de investigação policial.

Ocorre que, não obstante tais considerações, o art. 310 e seus incisos do CPP, com a nova redação dada pela mencionada lei, dispõem que o juiz, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante delito, poderia: relaxar a prisão, se ilegalmente realizada, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretar (ou converter) a prisão em flagrante em prisão preventiva em desfavor do indiciado.

Salvo melhor juízo, entendo que, no que tange à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a lei é inconstitucional, ante a ausência de requerimento por parte do MP e por não se tratar de fase processual.

A interpretação literal de leis infraconstitucionais quase nunca é a que mais serve aos propósitos constitucionais, sendo preciso ser realizada a devida "filtragem constitucional". Em assim procedendo, a outra conclusão não chego que a inconstitucionalidade da determinação contida no art. 310, II, do CPP, quando comanda ao juiz "converter" a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Notória a violação do Sistema Acusatório (art.129, I, da CR/88), assim como do princípio da inércia jurisdicional e da imparcialidade do juiz.

A própria Lei nº 12.403/11 é confusa, pois, ao mesmo tempo em que rechaça o Sistema Acusatório (artigo 310, II do CPP), nos artigos 282, § 2º e 311 também do CPP, revela incansável defesa, quando dispõe que não cabe ao juiz decretar cautelares, especialmente, a prisão preventiva, de ofício, em sede inquisitorial. É sabido por todos que o magistrado, na fase inquisitorial, somente deve atuar mediante provocação.

Nota-se que a possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva, além de violar o art. 129, inciso I, da CR/88, já que o

juiz provoca a própria jurisdição, na fase inquisitorial, atuando de ofício e avançando indevidamente acerca da *opinio delicti*, é absolutamente impossível, querendo-se agir com um mínimo de responsabilidade. É que o juiz, para o fim de decretar a preventiva, deve verificar a presença da prova da materialidade de um crime e indícios de autoria. Exigir que se faça isso nessa fase pré-processual, considerando apenas a conduta narrada no Auto de Prisão em Flagrante, se esta se amolda a tipos penais que comportam a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, do CPP, é inconcebível, ainda mais quando sequer há alguma imputação feita pela futura parte acusadora! Não se pode esquecer que a *opinio delicti* não é do Delegado de Polícia ou do Magistrado, mas do Promotor de Justiça!

Ante o exposto, neste momento do procedimento, com a mera análise da cópia do APF, entendo que não cabe ao magistrado examinar os fundamentos da preventiva, mas limitar-se a dizer se a prisão está nos moldes do art. 302, do CPP, homologando ou relaxando, ou, se o caso concreto permitir, concedendo a liberdade provisória com ou sem fiança.

Não obstante o supramencionado, é cediço também que a mera cópia do APF não contém informações básicas necessárias para verificar a presença dos fundamentos do art. 312, do CPP: garantia da ordem pública (comprovada prática de reiteração criminosa, através da folha de antecedentes, por exemplo); garantia de aplicação da lei penal (se há indícios de que o autuado estava se preparando para fugir; cópia de comprovante de residência, por exemplo) ou conveniência da instrução criminal (se houve tentativa de destruição de provas, ou ameaça a testemunhas, por exemplo), o que pode levar a decretos de prisão mal fundamentados ou a equívocos, como a concessão de liberdade provisória a quem deveria permanecer em cárcere provisoriamente.

Desta forma, ao passo em que considero inconstitucional o art. 310, inc. II, do CPP, na parte em que determina a conversão de flagrante em preventiva, significando o mesmo que decretá-la ou impô-la, de ofício, em sede inquisitorial, entendo que a análise sobre o cabimento ou não de liberdade provisória (com ou sem fiança), nesta fase, via de regra, é insipiente, já que sem a apresentação de documentação minimamente viável

para que se possa aferir a periculosidade do agente, se representa risco para a instrução penal ou para a aplicação da lei penal. (Muitas das vezes, ainda não há nos autos folha de antecedentes criminais, cópia de comprovante de residência do autuado e etc.)

Pergunto: Como conceder a liberdade provisória ao indiciado, se não há prova de seu comprovante de residência? Se vier a ser processado, a citação ocorrerá onde? Certamente, basta os mais avisados fornecerem falsos endereços residenciais em sede policial que jamais serão processados criminalmente, surgindo nos juízos criminais intermináveis processos suspensos pelo artigo 366 do CPP. Será que o legislador infraconstitucional quis abraçar a impunidade? Evidente que não...

O que pretendeu a novel legislação, sem dúvida, foi impor ao magistrado analisar, em cada caso concreto, a possibilidade de um preso em flagrante delito responder a um processo criminal em liberdade, independentemente de requerimento de liberdade provisória com ou sem fiança por parte da defesa. Essa situação não deve ser feita de forma açodada, apressada, sem qualquer documentação mínima nos autos.

É plenamente possível, em razão de expressa previsão constitucional (art. 5º, LXI, CF), a manutenção da custódia cautelar do indiciado com base em sua prisão em flagrante até que se tenham elementos suficientes para concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretação de sua prisão preventiva. Para tanto, basta o magistrado aferindo não ser caso de relaxamento de prisão, HOMOLOGAR A PRISÃO EM FLAGRANTE, ou, se assim não entender, diante de documentação mínima acostada ao procedimento, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Ora, se assim não for, indago: O juiz recebendo cópia do APF, convertendo a prisão em flagrante em preventiva, como fica o prazo do artigo 10 do CPP e outros dispostos em leis especiais para o término do inquérito? Afinal de contas, se há fundamentos para decretação de prisão preventiva, é evidente que há lastro probatório mínimo de o Ministério Público denunciar. Mas, como imaginar a existência de lastro probatório mínimo somente com cópia do auto de prisão em flagrante (cópia do APF)? O

APF é mera peça, não é o inquérito concluído, como no jargão jurídico chamamos "o vermelhinho". O APF é mera peça inicial do inquérito ("vermelhinho") que se instaura quando o sujeito é preso em situação de flagrante. Como o magistrado vai se antecipar ao Promotor de Justiça? Magistrado determinando o momento em que o órgão acusador deve denunciar, bem como sugerindo qual o delito deve ser o indiciado denunciado? Isso fere por completo a CR/88, vai de encontro com o Sistema Acusatório, a inércia jurisdicional, sua imparcialidade. Não é dele a função constitucional de acusar, a *opinio delicti.*

Pois bem, imagine-se um caso concreto: o magistrado recebe uma cópia do flagrante, lê, entende que não é caso de relaxamento e que não é caso de concessão de liberdade provisória, em vez de homologar o flagrante e remeter os autos ao MP, converte a prisão em flagrante em preventiva, por entender ser roubo o delito praticado pelo indiciado. Ocorre que, findo o inquérito, o Promotor de Justiça, quando da denúncia, entende ter o denunciado praticado um furto simples por arrebatamento, opinando inclusive pela concessão de liberdade provisória. Como fica? No mínimo, entendo que este magistrado está suspeito para atuar no feito! Evidente que já adiantou seu entendimento sobre os fatos.

E mais, um magistrado recebe cópia de prisão em flagrante acerca de uma grande apreensão de drogas sintéticas. Como o juiz irá converter em preventiva um crime de tráfico de entorpecentes, somente com base em cópia do APF, sem, muitas das vezes, ainda sequer a policia tenha terminado a confecção do laudo prévio da droga. O MP terá que denunciar sem laudo? É evidente que não... Mas, como há decretação de prisão preventiva, de ofício, pelo magistrado, nos autos sem sequer prova concreta da materialidade? (Neste caso, visualize este problema não com drogas conhecidas, como maconha e cocaína, mas com drogas sintéticas, o que necessita de uma análise mais técnica para se atestar a materialidade).

Imagine-se a hipótese de o magistrado receber cópia do APF, converter a prisão em flagrante em preventiva e o Promotor, posteriormente, entender não pelo crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mas do artigo 28

do mesmo diploma legal – uso de entorpecentes. Onde fica a imparcialidade do magistrado?

Conclusão

A meu sentir, não cabe ao magistrado manifestar-se sobre a decretação ou conversão de prisão em flagrante em preventiva, antes do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador. Sem dúvida, que relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória com ou sem fiança, analisando o caso concreto, pode e deve fazê-los de ofício, já que é missão constitucional do Poder Judiciário a tutela das liberdades públicas. Todavia, decretar prisão preventiva antes de iniciada a ação penal é ferir o Sistema Acusatório previsto na Lei Maior.

A prisão em flagrante é, como explicitado, plenamente possível existir até o recebimento da denúncia, em razão de expressa previsão constitucional (art. 5º, LXI, CF). Basta o magistrado, aferindo não ser caso de relaxamento de prisão, nem de concessão de liberdade provisória, homologá-la. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal (Introduzido com o advento da Lei nº 12.403/11)

Ana Paula Abreu Filgueiras[1]

Dentre muitos temas relevantes aos pensadores e profissionais do Direito contemporâneo, merece relevo o Princípio da Necessidade e Adequação das Medidas Cautelares, as quais somente se justificam quando presentes as hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, a saber: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, sendo relegado à prisão cautelar caráter subsidiário, somente admissível quando insuficientes as medidas cautelares típicas elencadas no novel diploma legal da Lei 12.403/11.

O ínclito palestrante Desembargador Paulo Rangel mencionou o Princípio da Homogeneidade das Medidas Cautelares, o qual preceitua o cabimento da cautelar de prisão apenas quando o resultado final da ação penal for capaz de ensejar semelhante reprimenda privativa de liberdade, já amplamente prestigiado pela doutrina pátria e agora positivado no ordenamento jurídico no dispositivo do artigo 313, inciso I, que prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva apenas aos crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, haja vista que a tais crimes seria imposto o regime aberto para cumprimento da pena ou, ainda, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa.

1 Juíza de Direito Auxiliar na Vara de Execuções Penais.

Costuma-se ainda discutir a aplicação deste preceito inserto no inciso I do artigo 313 do CPP com a redação dada pela Lei 12.403/11 às demais cautelares tipificadas no rol do artigo 319 do CPP, havendo posicionamento em ambos os sentidos. O insigne jurista Eugênio Pacelli de Oliveira, por exemplo, sustentou a incidência das cautelares típicas ainda que o crime tenha pena máxima inferior a 4 anos; assertiva que contou com a insurgência de alguns colegas Magistrados, que sustentaram que, se essas cautelares são substitutivas à prisão, por óbvio, somente seriam cabíveis nos crimes cuja pena máxima fosse igualmente superior a quatro anos.

Na esteira dos ensinamentos apreendidos nos discursos dos proeminentes palestrantes, tive oportunidade de aplicar as diretrizes acerca dos Princípios da Proporcionalidade e Adequação das Medidas Cautelares e ainda do Princípio da Excepcionalidade da Prisão, quando em exercício na 21ª Vara Criminal da Comarca da Capital, ao apreciar caso concreto consistente de situação fática típica do crime de roubo em que o Ministério Público requeria a decretação da prisão preventiva e que, a despeito de o delito comportar pena máxima superior a 4 (quatro) anos, entendi não ser necessária e, por conseguinte, tampouco adequada a aplicação da prisão cautelar, por entender, face às peculiaridade da hipótese vertente, ser a imposição das cautelares típicas suficiente para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, a qual passo a transcrever, *in verbis*:

> "Trata-se de denúncia ofertada conjuntamente com requerimento de decretação da prisão preventiva de SEMD, que foi denunciado como incurso nas sanções penais do artigo 157, caput e artigo 129, *caput*, na forma do art. 69 do Código Penal.
> É O BREVE RELATÓRIO. DECIDO.
> 1) A peça inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo adequadamente as condutas típicas imputadas ao denunciado, em todas as suas circunstâncias. Por outro

lado, verifica-se que a acusação encontra nos autos do inquérito que a instrui sólidos elementos comprobatórios da materialidade do delito, e indicativos da autoria do denunciado, conforme se depreende através das declarações prestadas às fls. 05-13; auto de qualificação indireta (fls. 28-29) e laudo de exame de corpo de delito de fls. 34-35, não se apresentando qualquer das situações elencadas no art. 395 do CPP.

Por tais fundamentos, RECEBO A DENÚNCIA.

2) A despeito do percuciente parecer do Ministério Público em que propugna pela decretação da prisão preventiva, há que se proceder à apreciação e julgamento da questão em consonância com a nova dogmática conferida ao regramento das prisões e demais medidas cautelares introduzida pela Lei 12.403/11.

Com efeito, tal diploma legal positivou no ordenamento jurídico pátrio orientação já prevalente na jurisprudência dos Tribunais Superiores e apregoada pela doutrina moderna, fulcrada, substancialmente, no Princípio da Inocência, consagrado em sede constitucional.

Nesta esteira, revela assinalar que, mesmo na presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, a prisão cautelar, por se caracterizar como uma medida extremada - posto que restritiva absoluta da liberdade do indivíduo – somente deve subsistir em última análise, quando manifestamente insuficientes as demais medidas cautelares elencadas no artigo 319 do CPP com a redação dada pela novel diploma (§ 6º do artigo 282 do CPP).

No caso em tela, o acusado possui residência certa e fixa, conforme se depreende pelo depoimento prestado em sede policial pela própria vítima (fls. 07-08), a qual esclarece que viu o acusado SEMD ingressando no prédio onde reside na Rua M.P. nº X, na Tijuca, valendo destacar ser ele estudante universitário do curso de Psicologia da Universidade Gama Filho,

além de ser primário, não ostentando antecedentes criminais, conforme se infere pelo teor das declarações prestadas na DP (fls. 28-29) e pelas consultas de fls. 31 e 32, o que evidencia a prescindibilidade da prisão preventiva, exsurgindo como adequada e suficiente à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal na hipótese concreta *sub examine* a aplicação das medidas cautelares típicas elencadas no artigo 319 do CPP.

Destarte, verifico que estão presentes os requisitos de ordem cautelar para aplicação das medidas previstas na Lei 12.403/11, haja vista a presença do *fumus comitio delicti*, o qual se dessume pelos sólidos elementos comprobatórios da materialidade do delito e indicativos da autoria do denunciado extraídos das declarações prestadas às fls. 05-13; do auto de qualificação indireta (fls. 28-29) e do laudo de exame de corpo de delito de fls. 34-35, bem como a periculosidade demonstrada pelo acusado que perseguiu a vítima após esta retomar a posse do celular, agredindo-a fisicamente, a revelar a necessidade de imposição das cautelares típicas para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, além de sua adequação à gravidade do delito e às peculiaridades das circunstâncias fáticas que envolveram o fato criminoso e as condições pessoais do acusado que, frise-se, após ter agredido a vítima sequer tentou retomar-lhe a *res furtiva* (artigo 282, incisos I e II do CPP).

Face ao perigo de ineficácia da medida, deixo de determinar a manifestação da defesa, INDEFERINDO o requerimento ministerial de decretação da prisão preventiva e DECRETANDO as presentes medidas cautelares típicas de ofício na forma do disposto no artigo 282, § 2º do CPP, a saber:

I - comparecimento mensal a este Juízo para informar e justificar suas atividades (inciso I do artigo 319 do CPP); e

II - proibição de ausentar-se da Comarca face à necessidade de sua presença para fins de instrução criminal (inciso II do

citado artigo);
3) Cite-se o denunciado na forma do artigo 396 do CPP com a redação dada pela Lei 11.719/08, comunicando-se que se a resposta não for apresentada no prazo legal, ser-lhe-á nomeado defensor público para oferecê-la no prazo de 10 dias e Intime-se o acusado do deferimento das medidas cautelares supra-deferidas, advertindo-lhe que o descumprimento de qualquer delas poderá acarretar sua prisão preventiva (§ 4º do artigo 282 do CPP com a redação dada pela Lei 12.403/2011.
Dê-se ciência às partes."

Muito se debateu ainda neste relevante Seminário acerca do momento em que o Juiz deve proceder à análise da conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou conceder a liberdade provisória, tal como prevê o atual artigo 310 do CPP com a redação conferida pela Lei 12.403/11.

Em exercício na 21ª Vara Criminal e atualmente na 16ª Vara Criminal, ambas da Comarca da Capital, sempre determino a juntada da FAC – a fim de verificar a existência de eventual reincidência, fato que por si só seria capaz de ensejar a decretação da preventiva na dicção da nova redação do inciso II do artigo 313 - com posterior oitiva do Ministério Público antes de decidir acerca desta conversão ou da concessão de liberdade provisória, pois como bem ressaltado na palestra do eminente Desembargador Paulo Rangel, entendimento diverso poderia resultar em situação anômala em que o Juiz, recebendo o auto de prisão em flagrante, procedesse à conversão do flagrante em preventiva e, posteriormente, sobreviesse aos autos parecer do Promotor de Justiça, propugnando pelo arquivamento do inquérito, por exemplo, por entender que o fato é atípico.

Por essa razão, compartilho da orientação adotada por este jurista e sempre oportunizo a prévia manifestação do Ministério Público, titular da ação penal pública, por entendê-la mais consectânea com o Sistema Acusatório consagrado no ordenamento jurídico pátrio.

Outro tema de notável relevância prática exsurge na hipótese de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nesse caso, há

transmutação do título prisional conquanto ambas as modalidades de prisão conservem sua característica de prisão cautelar. Neste seminário muitos colegas Magistrados formularam questionamentos no sentido de ser necessária nesta hipótese de conversão a expedição de mandado de prisão.

Em um primeiro momento, a resposta poderia ser negativa, visto que estando o réu preso seria despicienda a expedição de mandado de prisão, medida meramente burocrática que somente contribuiria para o assoberbamento desnecessário da Serventia Judicial.

Contudo, na qualidade de Juíza Auxiliar da Vara de Execuções Penais há quatro anos, constato a necessidade de expedição de mandado de prisão nessas hipóteses, pois não se pode olvidar que, com o novo regramento legal introduzido pela Lei 12.403/11, eventual prejuízo erigido à efetivação de alvará de soltura referente a uma prisão em flagrante em data longíqua sem a correlata informação de sua conversão em preventiva (e aí com o consequente registro constante nos sistemas da Polinter e da SEAP – Secretaria de Administração Penitenciária - relativa ao mandado de prisão pendente de cumprimento) não seria idôneo a obstar a liberdade.

Ademais, tal prática encontra-se ainda em consonância com a instituição do Banco de Dados de Mandados de Prisão pela Resolução nº 137 do Conselho Nacional de Justiça, o qual visa exatamente a facilitar o acesso de todo cidadão às informações acerca da existência de ordens de prisão pendentes de cumprimento e efetivamente válidas, coibindo-se, desta forma, prejuízos insubsistentes, caracterizadores de constrangimento ao obstar ilegalmente a efetivação de uma ordem de soltura.

Portanto, entendo como prática salutar a expedição do mandado de prisão nos casos de conversão da prisão em flagrante, em prisão preventiva, no sentido de tornar a consulta aos registros da Polícia Civil e da Secretaria de Segurança Pública de ordens de prisão vigentes, mais fidedignas e transparentes.

Por derradeiro, não posso deixar de mencionar a questão da prisão domiciliar que recebeu disciplina destacada na nova Lei 12.403/11, derrogando, neste particular as situações antes definidas no rol do artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Com efeito, não se pode ignorar que a nova lei no artigo 318 contempla situações fáticas um pouco distintas e mais específicas daquelas elencadas na LEP; todavia, a verdade é que, na prática da Vara de Execuções Penais, o regime aberto de cumprimento de pena vem sendo paulatinamente transformado em prisão albergue domiciliar mediante monitoramento eletrônico, medida que se adequa com perfeição às previsões inseridas nos incisos V e IX do rol do artigo 319 do CPP, a despeito de a hipótese se tratar de medida cautelar típica, enquanto no âmbito da Execução Penal cuida-se de forma de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sabidamente, pelo Código Penal, no regime aberto, há o albergamento do preso que permanece em liberdade durante o dia, recolhendo-se à Casa de Albergado durante o período noturno, finais de semana e feriados. No Estado do Rio de Janeiro há somente duas casas de albergado: uma em Benfica e outra em Niterói, sendo absolutamente insuficientes as vagas existentes para comportar todos os presos em regime aberto, o que gera inúmeras evasões seguidas de retornos espontâneos dos apenados, já que impossível o pernoite de todos eles nas casas de albergado.

Outro problema gerado era a distorção existente entre os presos residentes na região metropolitana do Grande Rio e aqueles residentes nas demais comarcas do Interior, pois estes alegavam não possuir condições econômicas de se deslocar diariamente para suas residências e retornar à Casa de Albergado, requerendo face à inexistência de Casas de Albergados nestes municípios, a concessão da prisão domiciliar, o que era deferido pois a prática revelava que estes apenados não logravam cumprir regularmente o regime aberto em casa de albergado, evadindo-se e não mais retornando ao cárcere.

Por essa razão, os Juízes atualmente em exercício na Vara de Execuções Penais, juntamente com os Promotores de Justiça em atuação na VEP, estabelecemos entendimento conjunto no sentido da supressão destas casas de albergado, as quais geravam custos ao cofres públicos sem atingir sua finalidade, e submissão de todos os apenados em regime aberto à prisão albergue domciliar com monitoramento eletrônico, de forma gradativa: primeiro aqueles apenas que progridem para o regime aberto; e posteriormente, com a inclusão daqueles cuja condenação já estabeleceu o regime inicial aberto.

Atualmente, as casas de albergado ainda se encontram em funcionamento, mas com contingente muito inferior, já que todos que se encontram em transição do regime semiaberto para o aberto estão saindo em prisão domiciliar com monitoramento, sendo certo que a realidade demonstra o êxito desta prática, haja vista que um percentual inferior a 1% (um por cento) rompe o dispositivo eletrônico, conduta que enseja imediata revogação da prisão domiciliar deferida e regressão cautelar para o regime semiaberto, com a conseqüente expedição de mandado de prisão neste regime.

Registre-se que, conquanto o monitoramento eletrônico não seja utilizado como medida cautelar em sede de execução penal, mas como forma de assegurar a efetividade do cumprimento da pena em regime domiciliar, em substituição ao vetusto e ineficiente regime aberto em Casas de Albergado, a experiência compartilhada pelos Magistrados em exercício na VEP representa importante precedente no êxito da aplicação das novas medidas cautelares típicas, o que evidencia sua efetividade como medidas substitutivas da prisão – situação extremada e excepcional – tal como vem ocorrendo no âmbito da execução penal, com a substituição da prisão em casas de albergados por prisão domiciliar, cuja grande parcela de sucesso deve ser atribuída ao monitoramento eletrônico realizado nas próprias dependências da VEP pela Secretaria de Segurança Pública, razão pela qual gostaria de registrar na presente dissertação minha experiência positiva com o sistema de monitoramento eletrônico. ◆

Inovações Trazidas pela Lei nº 12.403/2011

Ana Paula Monte Figueiredo Pena Barros[1]

Introdução

Após uma década de tramitação de seu projeto de lei no Congresso Nacional, foi editada a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, e início de sua vigência em 04 de julho de 2011, trazendo relevantes modificações ao Código de Processo Penal no tocante às prisões preventiva e em flagrante, destacando-se, ainda, diversas alternativas ao encarceramento, através da positivação de outras modalidades de medidas cautelares pessoais.

O objetivo do legislador foi tornar ainda mais excepcional o encarceramento dos acusados, restringindo as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e outorgando aos magistrados um leque de medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas, conforme as circunstâncias do caso concreto, todas com a função de acautelamento de interesses da jurisdição criminal.

A nova lei ainda é objeto de diversas controvérsias acerca de sua aplicação, bem como sua efetividade, dividindo opiniões entre doutrinadores e operadores do Direito. Busca-se, portanto, com o presente relatório, traçar as mais relevantes inovações trazidas pela alteração legislativa e debater algumas das principais controvérsias por ela geradas, sempre destacando relevantes posições manifestadas pelos ilustres palestrantes durante o Curso de Aperfeiçoamento "*O novo regime jurídico das medidas cautelares no Processo Penal*".

1 Juíza de Direito - Auditoria da Justiça Militar.

Aplicação intertemporal da Lei nº 12.403/11

A Lei nº 12.403/11, por tratar do tema prisão, tem natureza tanto processual, eis que se trata de um dos instrumentos do processo, quanto material, posto repercutir em um dos direitos materiais mais importantes, a liberdade. Deste modo, sujeita-se à norma do art. 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil/88, ou seja, *deve retroagir para beneficiar o réu*. Outrossim, o art. 2º da Lei de Introdução ao CPP, o qual, segundo os Tribunais Superiores, continua aplicável, determina que "*À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis*".

De maneira geral, a Lei nº 12.403/11 traduz verdadeira *novatio legis in mellius*, posto que, além de restringir a aplicabilidade da prisão preventiva – antes, qualquer crime punível com reclusão a admitia; hoje, somente aqueles cuja pena máxima seja superior a quatro anos (seja qual for a qualidade da pena, reclusão ou detenção) –, estabelece outras medidas cautelares menos drásticas e alternativas ao cárcere.

Assim, a partir de sua vigência, ou seja, 04 de julho de 2011, prisões preventivas em razão dos crimes de furto simples, apropriação indébita, quadrilha ou bando e porte e disparo de arma de fogo, por exemplo, que não terão pena máxima superior a quatro anos, tornaram-se ilegais, passíveis de relaxamento.

Âmbito de incidência da lei nº 12.403/11

Hoje, o Título IX do CPP passou a ser "*Das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória*" – antes era apenas "*Da prisão e da liberdade provisória*". Com isso, a Lei nº 12.403/11 passou a reger as medidas cautelares no processo penal. Todavia, tal lei somente versa acerca das medidas cautelares *pessoais*; ou seja, as que recaem sobre a pessoa do acusado – medidas cautelares aflitivas – e não das medidas cautelares reais/probatórias, como a busca e apreensão, produção antecipada de provas, interceptações telefônica e ambiental, que continuam a ser regidas pelas suas próprias

disposições, em observância ao princípio da especialidade.

A redação do § 2º do art. 282 do CPP sugere que tais medidas cautelares pessoais só podem ser decretadas de ofício pelo juiz *incidentalmente* ao processo, e não de forma preparatória, quando do inquérito, a fim de que o juiz não se imiscua nas atribuições da autoridade policial e do Ministério Público. Por outro lado, tratando-se de medidas cautelares reais/probatórias, a atuação do juiz é mais abrangente, inclusive na fase do inquérito policial.

Ainda sobre o âmbito de incidência da Lei nº 12.403/11, insta salientar possível *conflito aparente de normas* considerando o disposto no art. 20 da Lei nº 11.340/06 – a Lei Maria da Penha – que dispõe que "*Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial*".

A dúvida que surge é se, no âmbito da referida lei, o juiz poderá decretar de ofício a prisão preventiva em sede de inquérito. Ora, tal dispositivo baseava-se na antiga redação do art. 311 do CPP, que figurou como seu paradigma, ao estabelecer a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de oficio tanto no inquérito quanto no processo. Hodiernamente, com a mudança de paradigma introduzida pela Lei nº 12.403/11, deve-se estender essa mudança da norma geral a todas as leis que se basearam naquele padrão. Por outro lado, com fulcro no princípio da especialidade, pode-se sustentar a aplicabilidade do dispositivo da Lei 11.340/06.

A NÃO SUBSISTÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Já era pacífico nos Tribunais Superiores entendimento favorável ao poder geral de cautela do juiz no processo penal *condenatório*, de forma a permitir medidas cautelares inominadas (atípicas), tais como retenção cautelar do passaporte e compromisso de comparecer a todos os atos do processo, tudo com base na Teoria dos Poderes Implícitos.

Todavia, com a Lei nº 12.403/11, as medidas cautelares foram positivadas nos arts. 319 e 320 do CPP, não havendo mais que se falar em

poder geral de cautela no processo penal condenatório ou em Teoria dos Poderes Implícitos, já que o legislador, além de prever a medida cautelar máxima, a prisão, pontuou em rol *numerus clausus* as medidas cautelares mais brandas. O que for imposto sem previsão naqueles dispositivos será considerado ilegal.

Sem embargo, o poder geral de cautela permanece no processo de execução, haja vista a regressão cautelar de regime e, nas ações constitucionais impugnativas, a liminar em *habeas corpus* e em revisão criminal, todas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Existência de um processo penal cautelar autônomo

Enquanto no processo civil há plena distinção entre o processo de conhecimento, de execução e cautelar, no processo penal não se falava em processo cautelar, mas sim em medidas cautelares. Ocorre que o legislador, no § 3º do art. 282 do CPP, estabeleceu que "*Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo*" (sem grifo no original). Trata-se de clara tentativa de criar um processo penal cautelar autônomo.

Ocorre que, tratando-se de medidas cautelares aflitivas de direitos, caso se aguarde a manifestação da parte contrária (no caso, do réu), a medida perderá toda sua eficácia, já que em regra são medidas de cunho repressivo. A norma não se aplica às medidas cautelares probatórias (princípio da especialidade), até porque retirariam toda a sua efetividade.

De qualquer modo, doravante, o juiz, ao decidir, além de expor a necessidade em concreto da medida, terá que indicar a urgência ou risco de ineficácia que justifique a apreciação *inaudita altera pars*, a não ser que a decisão seja de indeferimento, ou seja, apreciar o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, esclarecendo as razões de decidir sem oitiva da outra parte, mostrando a urgência e o risco de ineficácia da medida.

Legitimidade do assistente de acusação e do querelante para postular medidas cautelares

Segundo o § 2º do art. 282 do CPP, "*As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público*" (sem grifo no original).

Como já destacado, após a nova lei, a regra é não admitir a decretação de medidas cautelares aflitivas de ofício em sede de inquérito, mas somente mediante representação da autoridade policial ou requerimento ministerial. Corretamente, não há menção ao assistente de acusação, que somente se habilita quando da ação penal (CPP, art. 268), tanto que o art. 311, por seu turno, expressamente prevê o requerimento do assistente.

Deste modo, o assistente de acusação não possui legitimidade para requerer medidas cautelares incidentais ao inquérito, posto somente se habilitar após ofertada a ação penal, salvo nas hipóteses da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em que a vítima tem, já em sede de inquérito, legitimidade para postular medidas protetivas, conforme dispõe seu art. 20, já transcrito. Por outro lado, incidentalmente ao processo, a legitimidade do assistente é manifesta, seja porque o art. 282, § 2º, do CPP refere-se às "*partes*", sem ressalvas, seja porque o art. 311 do CPP lhe confere legitimidade para postular a prisão preventiva, medida cautelar pessoal mais drástica, e, segundo o adágio, "*quem pode o mais, pode o menos*".

No tocante ao querelante, o legislador, na redação do § 2º do art. 282 do CPP, equivocadamente omitiu sua atuação *no curso da investigação criminal*, olvidando-se das ações penais privadas. Quanto à sua atuação durante a ação penal, não há dúvidas, posto que o dispositivo legal faz referência a "*partes*", onde se inclui o querelante, sendo certo, ainda, que o art. 311 do CPP expressamente menciona o querelante. Assim, não há que se falar em silêncio eloquente do legislador, já que aquele dispositivo legal menciona os legitimados a postular a prisão preventiva, referindo-se genericamente à fase do inquérito.

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

Assim, em que pese o art. 282, § 2º, do CPP não se referir expressamente ao querelante como legitimado para requerer medida cautelar incidental ao inquérito, é nítida sua legitimidade para tanto, posto ser legitimado para requerer a decretação da prisão preventiva, a medida cautelar pessoal mais gravosa. Outrossim, seria um contrassenso admitir a legitimidade do assistente de acusação, parte secundária, e não a do querelante, parte principal. Haveria, inclusive, violação ao princípio da isonomia, posto que a vítima na ação penal privada é tão *dominus littis* quanto o Ministério Público o é nas de ação penal pública.

Da prisão preventiva e demais medidas cautelares pessoais

Com a Lei nº 12.403/11, o art. 313 do CPP passou a apresentar a seguinte redação:

> *Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
> *IV - (revogado).*

Neste ponto, a Lei nº 12.403/11 é, de maneira geral, mais benéfica ao acusado, especialmente por restringir as hipóteses de cabimento da prisão cautelar. Somente em poucos pontos há prejuízos para o réu, como na inclusão do assistente de acusação como legitimado para requerer medidas cautelares, norma esta que somente se aplica aos fatos ocorridos após a vigência da referida lei, ou seja, a partir de 04 de julho de 2011.

Como antes, não cabe prisão preventiva em caso de contravenções penais e crimes culposos. Todavia, atualmente, para a admissibilidade da prisão preventiva, não é relevante a qualidade da pena (reclusão ou detenção), mas sim a quantidade da pena máxima abstrata cominada, somente havendo que se falar em preventiva quando tal *quantum* for superior a quatro anos. Para isto, consideram-se as qualificadoras, as causas de aumento e de diminuição da pena, seja da parte geral seja da parte especial, elevando-se a pena máxima da maior fração e reduzindo-a da menor, sempre em busca da pena máxima, descartando-se as agravantes e as atenuantes genéricas, as quais somente repercutem na pena em concreto.

Ressalte-se, segundo o Desembargador Paulo Rangel, em manifestação durante o Curso de Aperfeiçoamento, apesar da norma do art. 313, I, do CPP, nada impede, conforme as circunstâncias do caso concreto, a decretação da preventiva nos demais casos, quando a pena privativa de liberdade máxima cominada for inferior a quatro anos, p.ex., para evitar a reiteração de delitos, como a prática de pequenos furtos simples, assegurando-se a paz social.

Cabe salientar que, quanto ao *concurso de crimes*, provavelmente prevalecerá o entendimento já consolidado nos Tribunais Superiores, lastreado nas Súmulas 81 ("*Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão*") e 243 ("*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano*") do STJ e na Súmula 723 do STF ("*Não se admite a suspensão condicional do processo por*

crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano"), sempre considerando o acréscimo decorrente do concurso. Assim, em se tratando de concurso material e formal imperfeito, as penas máximas devem ser somadas; tratando-se de concurso formal perfeito e continuidade delitiva, a pena máxima deve ser elevada da maior fração, 1/2 e 2/3, respectivamente.

Insta salientar que, com o advento da Lei nº 12.403/11, pode haver controvérsia no tocante ao teor do art. 313, I, do CPP quando cotejado com art. 1º, III, *b* e *l*, da Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária. Isto porque os crimes de sequestro ou cárcere privado simples (Código Penal, art. 148, *caput*) e quadrilha ou bando simples (CP, art. 288, *caput*), ambos passíveis de prisão temporária, preveem penas máximas inferiores a quatro anos, não desafiando, portanto, prisão preventiva. Em uma visão acrítica, pode-se alegar que o art. 313, I, do CPP não repercute nas hipóteses de prisão temporária mencionadas, em homenagem ao princípio da especialidade, já que se trata de sistema próprio, independente do CPP.

Todavia, numa interpretação sistemática, os referidos crimes, além de não desafiarem mais prisão preventiva, também não mais ensejam prisão temporária, não apenas porque na prisão preventiva o *fumus comissi delicti* é mais robusto – exige-se prova da existência do crime e indício suficiente de autoria – que na temporária, mas também porque, se a prisão preventiva é a *ultima ratio* (CPP, art. 282, §§ 4º e 6º, e art. 310, II, *in fine*), o que dizer da prisão temporária, cabível para assegurar a simples investigação.

No tocante ao art. 313, II, do CPP, cabe salientar que, como a reincidência é em crime doloso, se for em contravenção penal e crime culposo não há que se falar em prisão preventiva. Destaque-se, a escala penal é irrelevante, bastando condenação em crime doloso. Cabe salientar, ainda, posição esposada por Paulo Rangel no Curso de Aperfeiçoamento no sentido da inconstitucionalidade da reincidência, por violação ao princípio *ne bis in idem*.

Quanto ao art. 313, III, do CPP, cumpre destacar a ampliação da admissibilidade da prisão preventiva no âmbito da violência doméstica e

familiar, que não mais se restringe à mulher, estendendo-se à criança, ao adolescente, ao idoso, ao enfermo e ao deficiente, independentemente do sexo. Trata-se, obviamente, de *novatio legis in pejus*, aplicando-se apenas aos fatos ocorridos após o início da vigência da Lei nº 12.403/11.

Por fim, saliente-se, o parágrafo único do art. 313 do CPP, por permitir a prisão preventiva apenas para esclarecer questões relativas à identificação civil da pessoa, parece passível de argüição de inconstitucionalidade, indo de encontro aos princípios da própria lei, com a imposição de prisão preventiva apenas para investigação, o que é condenável.

Quanto aos requisitos para decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312), o legislador manteve as hipóteses legais anteriores, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, as quais configuram o *periculum libertatis*, além da demonstração de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, que configuram o *fumus comissi delicti*.

Neste ponto, todavia, deve-se atentar à norma do parágrafo único do dispositivo em tela, que permite a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Tal norma exige *interpretação conforme a Constituição*, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Por isso há menção no dispositivo ao art. 282, § 4º, do CPP. Assim, ao decretar a prisão preventiva, além de presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, deve o juiz fundamentar as razões pelas quais entende insuficientes as demais medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, sob pena de ilegalidade da decisão.

Tais medidas cautelares diversas da prisão foram positivadas nos arts. 319 e 320 do CPP, destacando-se, dentre outras, o comparecimento periódico em juízo para justificar atividades; a proibição de acesso e frequência a determinados lugares, de manter contato com certa pessoa e/ou ausentar-se da Comarca; a fiança; o monitoramento eletrônico; e a retenção do passaporte. Tais medidas conferem ao juiz soluções intermediárias para assegurar a colheita de provas e o resultado do processo, antes restritas aos extremos liberdade ou prisão. Podem ser aplicadas isolada ou cumula-

tivamente, e *sempre preferirão à decretação da prisão preventiva*, conforme art. 282, §§ 4º e 6º, do CPP, razão pela qual, ao decidir pela prisão, deve o juiz fundamentar, ante o caso concreto, os motivos pelos quais deixa de adotá-las.

Insta salientar que, durante o Curso de Aperfeiçoamento, enquanto Denis Sampaio sustentava a natureza *substitutiva* das medidas cautelares diversas da prisão, razão pela qual estas somente poderiam ser aplicadas quando cabível decretação da prisão preventiva nas hipóteses do art. 313 do CPP, Gustavo Badaró discordava, afirmando que tais medidas têm caráter *alternativo*, sendo aplicáveis, inclusive, às infrações penais de menor monta.

Da prisão em flagrante delito e suas principais alterações

Com a Lei nº 12.403/11, a prisão em flagrante, na forma do art. 306 do CPP, deve ser comunicada também ao Ministério Público, o que se coaduna com o art. 129, I, da CRFB/88. Doravante, como não cabe mais ao juiz atuar oficiosamente no inquérito, cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, requerer as medidas que entender cabíveis.

Dentre tais medidas, conforme o art. 310 do CPP, pode o Ministério Público requerer ao juiz: a) o *relaxamento da prisão ilegal*; b) *a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva*, desde que as demais medidas cautelares não se mostrem suficientes – para Eugênio Pacelli de Oliveira, em exposição no curso, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, configura vício de iniciativa à luz do Sistema Acusatório; c) *conceder a liberdade provisória com ou sem fiança* – neste caso, não mais se fala em compromisso de comparecer aos atos processuais, que hoje é medida cautelar autônoma.

DA FIANÇA

Antes da Lei nº 12.403/11, a fiança tinha natureza de contracautela; hoje, tem natureza de medida cautelar autônoma (CPP, art. 319, VIII).

Exatamente por isso, não mais se encontra vinculada à prisão em flagrante, razão pela qual não cabe, hodiernamente, sustentar que a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados justificaria a vedação liminar à liberdade provisória.

Com a nova lei, aumentam as possibilidades de arbitramento da fiança pelos delegados de polícia, posto que, se antes eram limitados aos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, agora podem fazê-lo em todos os casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, na forma do art. 322 do CPP.

Conclusão

Se, antes da Lei nº 12.403/11, o juiz trabalhava apenas com duas soluções extremas, ou a prisão ou a liberdade, agora tem à disposição várias soluções intermediárias, destacando-se que a prisão preventiva somente deve ser decretada em último caso. Trata-se de mais uma medida legislativa que busca reduzir o encarceramento de pessoas acusadas da prática de crimes considerados menos graves. Resta saber se as novas medidas cautelares terão efetividade na prática, posto que, aparentemente, parecem de difícil fiscalização.

Espera-se que a nova lei seja usada com bom senso pelos operadores do Direito, a fim de atingir o que se espera de uma Justiça Justa, evitando-se o cárcere nas hipóteses em que ele não é necessário, mas sem perder de vista o imperioso combate à criminalidade, que tantos danos acarreta à população em geral. ◆

As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11

André Luiz Nicolitt[1]

Introdução

Tramita no Congresso Nacional e se debate em todo país o projeto de um novo código de processo penal (PL 156/2009), e somos surpreendidos por mais uma reforma pontual no CPP.

As chamadas reformas pontuais sempre são objeto de preocupação, primeiro, pela dificuldade de se manter a coerência sistêmica, segundo, porque, em se tratando do processo penal, deixa-se de romper com a tradição autoritária impregnada no atual código e não se avança para uma estrutura processual em harmonia com a Constituição de 1988.

Em relação à reforma trazida pela Lei 12.403/11, dois pontos reclamam atenção, a saber: a seara sensível na qual incide, ou seja, a constrição sumária da liberdade individual, fundada em juízos provisórios; e a implantação superficial das pretensões contidas no PL 156/2009.

A ampliação do rol das cautelares, com natureza excepcional a prisão, medida que deve, portanto, funcionar como *ultima ratio*, é algo a ser festejado. Agora, o juiz não fica mais escravo da prisão provisória, podendo lançar mão de outras medidas em substituição a ela. Esse talvez seja o ponto mais relevante da reforma.

Mal ou bem, o legislador fez o seu papel, dotando o Estado de instrumentos processuais capazes de evitar ou de minorar o problema. Percebemos que, do ponto de vista sistêmico, houve melhora e o elevado índice

1 Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de São Gonçalo.

de prisão só não diminuirá se a cultura jurídica autoritária não permitir.

O temor é que as novas medidas não sirvam para diminuir o número de presos provisórios, mas que consistam em instrumento de expansão do sistema penal, colocando restrições sobre aqueles que não necessitam. E esse foi o ponto alto das discussões calorosas em nosso encontro.

Optamos, neste relatório, por fazer uma análise somente do rol das medidas cautelares elencadas no art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11.

As medidas cautelares em espécie

Inúmeras foram as mudanças introduzidas pela Lei 12.403/11, porém o foco principal foi introduzir no ordenamento jurídico as medidas cautelares. Optamos, então, por tratar diretamente do assunto, apontando as mudanças significativas.

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

O comparecimento pessoal não é novidade em nosso sistema. O art. 89, em seu §1°, inc. IV, da Lei 9.099/95, já a previa, não como medida cautelar, mas como condição para a suspensão condicional do processo.

Essa medida foi inspirada no modelo português (art. 198° CPPP), porém, mais uma vez, a importação não foi bem feita. No modelo português, a lei exige expressamente que o comparecimento leve em conta as atividades profissionais do acusado, bem como o local onde habita, possibilitando ainda que o comparecimento se dê na delegacia de polícia e não apenas em um órgão do judiciário. Exige, ainda, para aplicação da medida, que o crime objeto do processo tenha pena máxima superior a seis meses[2].

O nosso legislador simplesmente criou a medida sem traçar seus

2 GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João. **A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 120.

contornos. Não obstante, deverá o juiz, na aplicação desta, levar em consideração tais fatores. Vale lembrar que diferentemente do que ocorre com o art. 89 da Lei 9.099/95, no qual o próprio legislador fixou o comparecimento mensal, o art. 319, I do CPP, deixou ao juízo a fixação dos prazos e das condições de comparecimento.

Além das críticas acima, devemos observar ainda que o legislador não aponta o tempo de duração da medida. Entendemos então que ficará a cargo do juízo decidir.

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

Mais uma inspiração na legislação portuguesa, que também já existia em nosso ordenamento, na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06, art. 22, III, *c*), que a limitava aos casos de violência doméstica, agora estendida a todo o processo penal com a Lei 12.403/11.

Naquele ordenamento, a abordagem também é mais precisa, estabelecendo que somente será aplicada aos crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 3 anos. No Brasil, não temos esse parâmetro, nem a fixação da duração.

E aqui, vale uma crítica: nosso legislador não parece muito preocupado com a fixação do prazo para o cumprimento das medidas cautelares, deixando para o executor da medida fixar; porém, entendemos que deveria partir daquele que emana a ordem, uma vez que ao judiciário apenas incumbe o trabalho da execução da norma emanada originariamente.

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

Mais uma medida que já se encontrava presente em nosso ordenamento, na Lei Maria da Penha, em seu art. 22, III, *a* e *b.*

Nesse caso, há total compatibilidade com a Constituição, vez que tem nítida raiz cautelar, destinada à prevenção de determinada pessoa (vítima, testemunha etc.), sendo importante para preservação da prova.

A norma apresenta amplitude quando fala em "proibição de manter contato", e isso quer dizer, contato físico, telefônico, eletrônico etc[3]. A Lei 12.403/11, tal qual a Lei Maria da Penha, não definiu a distância que deverá ser mantida, o que passa ao "prudente" arbítrio do juiz.

A jurisprudência já indica o caminho a seguir:

> DES. ROSA HELENA GUITA - Julgamento: 04/03/2010 - QUINTA CÂMARA CRIMINAL
> *Habeas Corpus*. Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Pedido de revogação de decisão que decretou medidas protetivas previstas pela Lei 11.340/06, consistentes na proibição de aproximação da vítima, de seus familiares e testemunhas, mantendo **distância mínima de 300 metros**, e de contato com os mesmos por qualquer meio de comunicação. Medidas que apenas dizem respeito à relação do indiciado com a indigitada ofendida e que não trazem qualquer prejuízo ao direito de ir e vir do paciente. Declaração da vítima no sentido de que já sofrera anteriores agressões por parte do paciente, afirmando, ainda, a existência de outro procedimento instaurado em face do mesmo, o que, em princípio, serve de suporte mínimo à decisão impugnada. Ausência de constrangimento ilegal. Alegação de que os fatos imputados não configurariam a violência doméstica prevista na Lei Especial. Questão de mérito a ser analisada pelo Juízo de primeiro grau. Ordem denegada.

3 GOMES, Luiz Flávio *et all*. **Prisão e Medidas Cautelares : comentários à Lei 12.403/11.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

> TJRJ 0052186-54.2007.8.19000
> DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 11/11/2008 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
> AGRAVO - LEI MARIA DA PENHA - CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E DE DIRIGIR-SE À RESIDÊNCIA OU TRABALHO DA EX-COMPANHEIRA - AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA MEDIDAS CONCEDIDAS INAUDITA ALTERA PARS COM PREVISÃO LEGAL - AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.1 A decisão que deferiu as medidas protetivas de **proibição de aproximação a menos de 1 km de distância da vítima**, bem como de com ela manter qualquer comunicação, coibindo-o, ainda, de se dirigir à residência ou local de trabalho dela, encontra-se devidamente fundamentada e, embora prolatada com decurso de tempo, se respaldou em fatos trazidos pela vítima e, à época, necessários à sua proteção, não havendo que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o legislador inclusive previu a possibilidade de concessão das medidas *inaudita altera pars*. 2 - Agravo conhecido e não provido.

Nossos tribunais têm fixado distâncias que variam entre 30 metros a um quilômetro; o importante nesse caso é a sensibilidade do julgador, e ainda, os fatores físicos, da cidade, município, e a relação dos envolvidos.

IV - Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução e proibição de ausentar-se do país

Mais uma medida conhecida em nosso ordenamento processual brasileiro, usada na suspensão condicional do processo (art. 89, § 1°, Lei

9.099/95). Com advento da Lei 12.403/11, ingressa como medida cautelar que pode ser aplicada isolada ou cumulativamente.

Entendemos que uma medida de proibição de se ausentar da comarca teria mais sentido para garantir a aplicação da lei penal. Porém, o legislador preferiu vincular a garantia da investigação ou instrução, trazendo assim limitações práticas, uma vez que encerrada a fase investigatória ou instrutória, a medida não pode ser mais aplicada.

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

O recolhimento em período noturno ou nos dias de folga tem natureza cautelar, tanto para tutelar a prova, quanto para diminuir o risco de fuga, embora seja verdade que sua eficácia para tais escopos é pequena[4]. Ao nosso sentir, a medida acabará por ser mais utilizada com fins diversos dos cautelares, como a prevenção geral ou específica, traduzindo-se em mais uma subversão à presunção de inocência.

Entendemos ainda que a medida não dever ser interpretada *ipsis litteris*, devendo-se buscar o espírito da norma. Assim, a finalidade da medida é assegurar a permanência do indivíduo em sua residência no período de inatividade, pouco importando o horário de sua jornada de trabalho.

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

A medida cautelar em comento também foi inspirada no direito português, com influência, ainda, do direito italiano, porém com maior amplitude, possibilitando a interdição de atividades, funções e direitos.

O afastamento do cargo deve ter pertinência temática com o crime. A princípio, não faz sentido aplicar o afastamento de função pública em

4 GOMES, **Prisão**...*op. cit.*, p. 181.

razão de uma lesão corporal dolosa ou furto, que se tenha se valido da atividade que exerce e se pretende afastá-lo[5].

Mais uma vez, o legislador redigiu mal, associando a medida à prevenção específica, fundada no receio da prática de infração penal, o que lhe retira a natureza cautelar. Para nós, a medida só pode ser aplicada para a garantia da instrução criminal, fundada no receio de que o agente, valendo-se de sua função ou atividade, destrua documentos, intimide testemunhas ou altere situações fáticas.

Dessa forma, a única interpretação constitucionalmente válida do dispositivo seria aquela que reserva a medida em função do "justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais", tais como: coação no curso do processo (art. 344, CP); fraude processual (art. 347, CP) e sonegação de papel ou objeto probatório (art. 356, CP).

VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração

O dispositivo acima não é completamente estranho ao nosso ordenamento jurídico; na verdade, possuía outros contornos no art. 152, CPP.

Porém, esse inciso traz grande problema, uma vez que a Lei 12.403/11 não traz em seu texto distinção entre a inimputabilidade à época do fato (art. 151, CPP) e a inimputabilidade superveniente (art. 152, CPP). No primeiro caso, o processo prossegue com a presença do curador, para, ao final, se aplicar a medida de segurança. No segundo caso, dispõe o art. 152 do CPP que haverá a suspensão do processo, com previsão (não recepcionada pela constituição), de internação do acusado (§1°, art. 152, CPP).

À luz do §1° do art. 152 do CPP, no caso de inimputabilidade superveniente, o comando é no sentido da possibilidade de internação durante o período de suspensão do processo; ou seja, uma internação antes da sentença, isto é, uma privação de liberdade sem o devido processo legal.

5 BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei 12.403 de 04 de maio de 2011**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

O que é pior, o dispositivo prevê a internação, ao que parece, enquanto não houver o restabelecimento do acusado, ou seja, a medida é por tempo indeterminado.

Para nós, a medida pode ser aplicada tanto em relação à inimputabilidade ao tempo da ação, como relativamente à inimputabilidade superveniente, desde que haja risco à instrução ou à aplicação da pena, sem o que seria inconstitucional. Todavia, em caso de inimputabilidade superveniente, não poderá haver a suspensão do processo até o restabelecimento do acusado. Uma medida privativa de liberdade como a internação provisória é incompatível com a suspensão do processo. Deve-se, desta forma, nomear curador e prosseguir o feito como sugeriu acima a doutrina citada.

Conclusão

Após essa breve análise, podemos concluir que a lei veio em boa hora e traz algumas perplexidades que deverão ser polidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Para sua melhor efetividade, caberá ao operador fazer uma análise, sempre preocupado com interpretação prospectiva e constitucional da norma. ◆

O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal

Angélica dos Santos Costa[1]

Considerando a entrada em vigor da Lei 12.403/11, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro ofereceu aos magistrados o Curso "O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal", sob a coordenação dos juízes Rubens Roberto Rebello Casara e André Luiz Nicolitti, realizado nos dias 04,11,18 e 25 de julho e 1º de agosto do corrente ano.

Foram ministradas diversas palestras sobre o tema tratado pela nova lei, com o objetivo de aprimorar o conhecimento, apurar e debater dúvidas trazidas com a introdução das novas cautelares no Direito Processual Penal Brasileiro.

Publicada em 05 de maio deste ano, a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, com início de vigência previsto para o dia 04 de julho de 2011, ou seja, sessenta dias após a sua publicação (Lei Complementar 95/98), já trouxe diversas discussões entre as carreiras jurídicas.

A mencionada lei inova ao acrescentar um conjunto de medidas cautelares alternativas à prisão, o que está totalmente de acordo com o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto na Constituição da República.

Não podemos olvidar que o artigo 5°, LVII, da Constituição prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (princípio da não culpabilidade).

Desse modo, deve-se ter sempre em mente que qualquer restrição à liberdade de locomoção, direito fundamental do indivíduo, deve ser sempre exceção, sendo sua supressão justificada apenas quando em conflito com outro direito fundamental de maior valor.

1 Juíza de Direito da 25ª Vara Criminal - Capital.

Como consectário dessa determinação constitucional, pode-se afirmar que todo aquele que estiver submetido à persecução penal terá preservado o seu estado de inocência.

A adoção de qualquer medida cautelar pessoal atinge um direito fundamental do indivíduo e, dessa forma, também está vinculada ao princípio da presunção de não culpabilidade, sendo que sua imposição exigirá, sempre, fundamentação escrita da Autoridade Judiciária competente, com base nos critérios de necessidade e adequação, inerentes a todos os tipos de medidas dessa natureza.

Merece destaque o fato de que, nas medidas cautelares em geral, devem estar sempre presentes o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Do mesmo modo, a adoção de medidas cautelares deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, isto é, na imposição de uma medida cautelar, deve ser feito um juízo de ponderação para definir qual das medidas é a mais adequada e necessária de acordo com a gravidade do caso concreto.

De acordo com a nova lei, a prisão preventiva, também de natureza cautelar, deve ser sempre a última opção do juiz, sendo cabível apenas quando as outras medidas se mostrarem ineficazes para a garantia da persecução penal.

Sempre que possível, deve ser adotada medida cautelar que menos interfira nos direitos fundamentais do indivíduo, desde que, suficiente e adequada à preservação do processo, o que nada mais é o objetivo de uma medida cautelar.

Ressalte-se que, ficando demonstrada a necessidade de uma cautelar mais gravosa ao indiciado ou réu, não só poderá como deverá ser realizada a substituição da medida.

Frise-se, ainda, que restou devidamente debatido durante o curso ministrado que é possível, até mesmo no caso de fundamentada necessidade para a preservação do resultado do processo penal, a cumulação das medidas.

As medidas cautelares serão regidas pela cláusula *rebus sic stanti-*

bus, ou seja, condicionadas às circunstâncias em que foram impostas, podendo o juiz substituí-las, revogá-las ou aplicá-las novamente caso seja necessário. É o que se convencionou chamar de fungibilidade das medidas cautelares.

No primeiro dia do curso, participaram vários Delegados de Polícia, seja como palestrantes, seja como destinatários da palestra, se encontrando presente, inclusive, a Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Marta Rocha. Não era para menos, uma vez que a modificação processual penal trazida pela Lei 12.403/11 afeta em muito o trabalho da polícia judiciária, principalmente o da Autoridade Policial.

A nova lei deixa clara a capacidade postulatória do Delegado de Polícia, na medida em que o coloca como um dos legitimados a demandar a imposição de medidas cautelares durante a fase do Inquérito Policial por meio de representação.

Insta salientar que, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, seja de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, cumulá-la e, se for o caso, decretar a prisão preventiva.

Ressalte-se que foi discutida durante os dias de palestras a possibilidade de o Delegado de Polícia representar pela decretação da prisão preventiva em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida, embora a lei não tenha feito referência expressa ao mesmo.

Ademais, se o Delegado de Polícia pode representar pela imposição de medida cautelar, não teria sentido a impossibilidade da representação pela prisão preventiva no caso do seu descumprimento, até porque esta também é uma medida cautelar.

Assim, chegou-se à conclusão durante as palestras que, com base em uma interpretação sistemática da nova lei, pode-se afirmar ser possível a representação pela prisão preventiva em substituição à medida cautelar descumprida.

Vale transcrever o dispositivo legal que trouxe as medidas cautelares para o nosso ordenamento jurídico:

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
§ 1o As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
§ 2o As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.
§ 3o Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.
§ 4o No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).
§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."

Vale citar que críticas não faltaram à nova lei, tendo em vista a tramitação no Congresso Nacional de um Projeto de Lei de um Novo Código de Processo Penal. Ressalte-se que o legislador definitivamente transformou toda e qualquer prisão anterior a uma sentença condenatória com trânsito em julgado em cautelar. Nesse passo, relevante se torna uma crítica à nomenclatura *liberdade provisória*, eis que tecnicamente errônea. Isso porque *provisória* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que de uma forma ou outra sempre acarretarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra.

Após o término do curso ministrado pela EMERJ e após variadas discussões, pode-se dizer que, mesmo após a condenação passada em julgado, a liberdade é sempre a regra porque a pena de prisão eventualmente aplicada *não será perpétua,* isto é, será sempre *provisória.*

Por isso, tanto a prisão, quanto as medidas cautelares eventualmente impostas serão sempre *provisórias* diante da regra: a liberdade.

Através dos inúmeros debates e palestras travados durante o conceituado curso da EMERJ, tornou-se claro que prisões, medidas cautelares e a liberdade "provisória" exercem a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal – natureza cautelar.

O ilustre palestrante Eugênio Pacelli de Oliveira, durante o tempo destinado à explanação sobre o tema, trouxe algumas conclusões relevantes, que merecem menção. Disse ele que as medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas *independentemente* de prévia prisão em flagrante, a teor do artigo 282, § 2º, CPP. Acrescentou que as medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também *substituir* a prisão em flagrante, quando não for cabível e adequada a prisão preventiva (art. 310, II e 321, CPP). Frisou igualmente que a liberdade provisória, no atual momento, passa a significar apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante.

Salientou que a prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar, em *substituição* àquelas previamente impostas e eventualmente descumpridas.

É certo que a prisão preventiva poderá também ser substituída por

medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo, a teor do artigo 282, § 5º, CPP. Quando decretada autonomamente, ou seja, como medida independente do flagrante, ou, ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP.

Sublinhou igualmente o palestrante que, quando a medida cautelar for decretada subsidiariamente, isto é, como substitutiva de outra cautelar descumprida,não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP.

Por fim, vale mencionar que restou claro que nenhuma medida cautelar poderá ser imposta quando não for cominada a infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 3º, CPP).

Impossível mencionar todos os excelentes palestrantes participantes do curso, em que pesem todas as divergências e debates travados durante o mesmo. Todavia não há como deixar de mencionar o brilhantismo da explanação do Desembargador Paulo Rangel no dia da abertura dos trabalhos.

Muito sabiamente resumiu, no pouco tempo de explanação disponível, a nova *emboscada* jurídica trazida pelo legislador e os cuidados atinentes àqueles que militam na seara jurídica, principalmente na prática criminal.

Frisou ele a possibilidade de aplicação das cautelares quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo superior a quatro anos de reclusão, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.

Muitas divergências e dúvidas ainda serão debatidas diante da nova lei processual penal, sendo solucionadas com o decorrer da prática jurídica e do tempo. Assim, encerro o presente relatório sobre o curso ministrado. ◆

As Medidas Cautelares no Processo Penal – Aplicação nos Juizados Especiais Criminais

Arthur Narciso de Oliveira Neto[1]

Quando da edição da Lei 9.099/95, o Poder Público era alvo de críticas baseadas na impunidade decorrente da morosidade dos processos relativos aos crimes de menor potencial ofensivo.

Referindo-se a esse momento, Ada Pelegrini Grinover, com muita propriedade, nos lembra:

> *"O modelo político-criminal brasileiro, particularmente desde 1990 (é de dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos), caracteriza-se inequivocamente pela tendência"paleorrepressiva". Suas notas marcantes são: aumento das penas, corte de direito e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal."*
> *"O colossal incremento da criminalidade, derivado sobretudo do modelo socioeconômico injusto vem gerando uma forte demanda de "políticas criminais duras" (que têm por base o mito da eficiência da repressão penal). E o poder político brasileiro vem correspondendo a essa demanda: primeiro foi a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), depois a Lei de Combate ao Crime Organizado (9.034/95) e agora a Lei 9.426, de 24.12.1996, que criou tipos penais novos e agravou desproporcionalmente algumas penas".*[2]

1 Juiz de Direito - XVI Juizado Especial Criminal.

2 GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais.** 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

Nesse contexto, infrações de menor potencial ofensivo tendiam a ficar sem apreciação judicial, já que a estrutura policial e judiciária priorizava a apreciação dos crimes mais graves.

A demanda social pelo enfrentamento judicial dos crimes de menor potencial ofensivo acabava por ficar reprimida. Nesse contexto, surgiu a Lei nº. 9.099/95 regida por princípios que visam a propiciar uma solução célere aos conflitos, e a corresponder aos anseios sociais. Levou-se em consideração uma tendência mundial baseada em uma política criminal mais humanista, privilegiando a conciliação e a transação.

> *"A referida lei, cumprindo, aliás, o comando do art. 98, I, da CF, deve ser interpretada no contexto de um movimento despenalizador, ou, ainda mais especificamente, desencarcerizador (tais são os seus propósitos). Esse movimento, cujo ápice resultou na Lei nº 9.714/98, que amplia a aplicação das chamadas penas alternativas, procura afastar, o quanto possível, a imposição da pena privativa da liberdade".*[3]

A Lei mencionada estabeleceu a justiça consensual, buscou uma realidade penal mais adequada e eficiente com penas mais humanas, como alternativa à carcerização do direito penal comum.

> *"Deu-se resposta à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, possibilitando-se uma solução rápida para a lide penal, quer pelo consenso das partes, com a pronta reparação dos danos sofridos pela vítima na composição, quer pela transação, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, quer por um procedimento célere para a apuração da responsabilidade penal dos autores de infrações penais de menor gravidade na hipótese de não se lograr ou não ser possível aplicar uma ou outra daquelas medidas*

3 OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal.** 15 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 733.

inovadoras".[4]

"Essa nova forma de prestar jurisdição significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida. Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismo hábil de ampliação do acesso à ordem jurídica justa".[5]

Após dezesseis anos de vigência da Lei nº 9.099/95, todavia, não há mais que falar em demanda reprimida na apreciação judicial das infrações penais de menor potencial ofensivo. Para tanto, basta que se observe a tabela abaixo, baseada na distribuição de feitos nos principais juizados especiais criminais:

TABELA 1 – Relatório parcial: Comissão Juizados Especiais Decididos/Tombados - Período: Janeiro a Julho 2011

ORD	JUIZADOS - 1º GRUPO	Jan a julho 2011		
		Tombados	Decididos	Decididos/Tombados
1º	São Gonçalo - I Juiz Esp Criminal	3.525	5.289	150,04%
2º	V Juizado - Esp Criminal Capital	2.302	2.885	125,33%
3º	IX Juizado - Esp Criminal Capital	2.186	2.675	122,37%

4 MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais.** 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

5 JUNIOR, Joel Dias Figueira, LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

4º	II Juizado - Esp Criminal Capital	3.106	3.670	118,16%
5º	XV Juizado - Esp Criminal Capital	2.241	2.470	110,22%
6º	III Juizado - Esp Criminal Capital	1.794	1.926	107,36%
7º	Resende - J Vio e Jui Esp Criminal	1.571	1.668	106,17%
8º	Niterói - I Juizado Esp Criminal	3.757	3.965	105,54%
9º	XVI Juizado - Esp Criminal Capital	3.589	3.734	104,04%
10º	X Juizado - Esp Criminal Capital	3.587	3.716	103,60%
Média		2.795	2.839	102,31%
11º	XVIII Juizado - Esp Criminal Capital	3.055	3.010	98,53%
12º	VII Juizado - Esp Criminal Capital	1.279	1.248	97,65%
13º	I Juizado - Esp Criminal Capital	1.582	1.534	96,97%
14º	XVII Juizado - Esp Criminal Capital	2.607	2.500	95,90%
15º	XIX Juizado - Esp Criminal Capital	1.238	1.184	95,64%
16º	Campos - I J Vio e Jui Esp Criminal	4.061	3.643	89,71%
17º	VIII Juizado - Esp Criminal Capital	2.590	2.296	88,65%
18º	Nova Iguaçu - Juizado Esp Criminal	4.311	3.802	88,19%
19º	IV Juizado - Esp Criminal Capital	3.216	2.709	84,24%

20º	Duque de Caxias - I Juizado Esp Criminal	3.261	2.630	80,65%
21º	São João de Meriti - I J Vio e Esp Criminal	3.842	3.061	79,67%
1º GRUPO: Juizados Autônomos da Entrância Especial + Jecrim da Regional Santa Cruz (Vinculado) + Juizados Autônomos da Entrância Especial com atribuição Juizado Criminal e Violência Doméstica (S J de Meriti e Campos dos Goytacazes) + Juizado Autônomo da 2ª Entrância (Resende)				

Fonte: Tribunal de Justiça – RJ - DGJUR/DICOL

Esse é o panorama atualizado da aplicação da Lei nº. 9.099/95 na Justiça Criminal do Estado do Rio de Janeiro, proporcionando uma prestação jurisdicional mais humana e menos repressiva.

Tais números significativos dimensionam a confiança que os jurisdicionados depositam nesses órgãos judiciais.

Os juizados têm missão pacificadora. Segundo José Renato Nalini, o juiz deve ser um solucionador de conflitos, tendo por referência o Direito, mas por objetivo a pacificação. Não existe mais lugar para o repetidor de regras, para o multiplicador da jurisprudência dominante. De nada vale a reiteração de decisões, o conhecimento da orientação pretoriana, se isso não está auxiliando a desafligir o aflito, a desangustiar o angustiado.[6]

Há de se observar a primazia da conciliação nos termos do artigo 60 da Lei nº 9.099/95: *"Todo o procedimento dos Juizados Especiais, e os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/1995, são voltados ao alcance do princípio implícito da pacificação. Todas as forças caminham para o valor maior chamado "pacificação social".*[7]

Aos conciliadores cabe a tarefa de conduzir as partes ao entendimento, com vista a um ato final de composição, no qual os envolvidos fazem

6 NALINI, José Renato. Artigo "O juiz criminal e a Lei n. 9.099/95." *www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigoo.htm. 2011.*

7 BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 134.

concessões mútuas a fim de solucionarem o conflito.

A instância conciliatória é de fundamental importância na medida em que ela apazigua os ânimos e dá maior celeridade aos procedimentos. *"A tradicional jurisdição de conflito, que obriga ao processo contencioso entre acusação e defesa, e torna esta última obrigatória, cede espaço para a jurisdição de consenso, na qual se estimula o acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e se procura evitar a instauração do processo."* [8]

É importante o enfrentamento do conflito subjacente à questão penal, tendo como meta a resolução efetiva da demanda com a participação das partes.

Nos Juizados criminais, há predominância dos conflitos de vizinhança e familiares. São relacionamentos de natureza continuada.

Nesses casos, a mediação tem sido o meio mais eficaz para a solução das controvérsias apresentadas, pois se respeita a vontade das partes, alcançando-se, geralmente, um entendimento construído pelos próprios personagens envolvidos na situação de conflito.

Observe-se que a Carta Magna explicita, em seu Preâmbulo, o fundamento constitucional da resolução não adversarial de conflitos.[9]

> *"Mediação é uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição".* [10]

A pacificação social é o objetivo da jurisdição, especialmente no âmbito dos juizados especiais criminais. A conciliação e a mediação vieram

8 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial.** 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 551.

9 **Constituição da República Federativa do Brasil**, preâmbulo.

10 JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2007, p. 70.

para complementar essa atividade jurisdicional típica.

Ressalte-se que essa abordagem não é nova. *"Da conciliação já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa".* [11]

Nos dias atuais, a superpopulação de encarcerados e as condições desumanas de cumprimento das penas levam ao desencanto com o resultado das sanções penais e a impressão de falência de todo o sistema punitivo de privação de liberdade. Além de atentar contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Cidadã, não traz à sociedade o benefício esperado.

O antigo modelo processual condenatório está ultrapassado.

> *"E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que o Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o* ***bem-comum*** *e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça".*[12] *(grifo nosso)*
>
> *"Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente, antes mesmo de serem condenadas. A prisão processual tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira".*[13]

Na mesma linha da Lei 9.099/95, surge então a Lei nº 12.403/11,

11 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 17 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 27.

12 CINTRA, *op. cit.*, p. 37.

13 GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares.** 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

com novas medidas cautelares penais diversas da privação de liberdade.

A referida Lei objetiva estabelecer um processo penal eficiente, sem perder de vista os direitos do acusado, reduzindo o número de presos provisórios no Brasil. Busca afastar a "cultura da prisão" reforçando a prevalência da liberdade durante o processo.

Percebe-se que há, de um lado, a busca da eficiência e da necessidade de aplicação do direito penal, que tutela os bens jurídicos mais importantes da sociedade e, de outro, a proteção e a garantia aos direitos do acusado.

A nova Lei nº 12.403/11 consagra o entendimento de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, que só será efetivada quando devidamente regrada e substancialmente motivada. Ela caminha no sentido de combater o excessivo encarceramento provisório.

O conjunto dos princípios constitucionais penais e processuais penais deve ser interpretado à luz do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

As medidas cautelares penais estão em consonância com o texto constitucional, mormente no que se refere à obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, da não culpabilidade e ao devido processo legal. Os princípios constitucionais são vigas mestras, base de sustentação de todo ordenamento jurídico. Apesar de serem mais abstratos que a norma, sua violação é muito grave, pois violar um princípio significa violação ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, está a se impor a interpretação conforme a nova Lei com o Texto Constitucional de 1988.

Nessa linha de pensamento, é de se considerar cabível a imposição de quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal às infrações de menor potencial ofensivo.

> *"Medidas cautelares autônomas diversas da prisão: nesses casos a medida cautelar deve ser aplicada quando for necessária para aplicação da lei penal, ou para a investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, caput) e ainda para garantia da ordem econômica (art. 319, IV). É cabível em qualquer espécie de infração penal, exceto naquelas*

> *para as quais não há cominação de pena privativa de liberdade, ou seja, nas contravenções penais (art. 283, §1º).*"[14] (grifo nosso)

O §1º do artigo 283 da novel legislação alteradora da lei processual penal dispõe que as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal se aplicam às infrações a que for, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Dentre os crimes de menor potencial ofensivo, diversos há cujo preceito secundário prevê o cerceamento de liberdade. Podem-se destacar, *v.g.,* os crimes de ameaça, e de lesão corporal.

Deste modo, constata-se que inexiste restrição legal à aplicação das medidas cautelares para algumas infrações de menor potencial ofensivo.

Na verdade, a aplicação de algumas das medidas cautelares, no âmbito dos juizados especiais criminais, tem o intuito de evitar a escalada do conflito. Permite prevenir a ocorrência de fatos mais graves enquanto o processo principal não chega ao seu desfecho.

Por outro lado, proporcionam estabilização das relações interpessoais quando da aplicação de meios não adversariais de solução de conflitos, como, por exemplo, durante a suspensão do procedimento com o encaminhamento dos envolvidos para a mediação.

Merece especial destaque, para este fim, a medida cautelar prevista no inciso III do art. 319 do Código de Processo Penal, qual seja, *a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circusntâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante*.

No cenário dos juizados especiais criminais atualmente predominam os conflitos decorrentes de relações continuadas, especialmente os familiares, e de vizinhança.

As desavenças deles decorrentes costumam se multiplicar, tendo em vista o vínculo pessoal entre os envolvidos. Não raras vezes, em casos que tais, numerosos procedimentos são instaurados, em razão de fatos ocorridos com os mesmos jurisdicionados.

14 GOMES, *op.cit.*, p.174-175.

A aplicação da medida cautelar prevista no inciso III do art. 319 do estatuto adjetivo penal certamente contribuirá para evitar que tal efeito multiplicador de procedimentos venha a se operar.

Trata-se de importante mecanismo pacificador a ser aplicado no âmbito dos juizados especiais criminais, fortalecendo tais órgãos judiciais no cumprimento de sua missão institucional. ◆

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 134.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, preâmbulo.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial.** 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 551.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 17 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 27 e p.37.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares.** 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15; p.174-175.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais.** 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2007, p. 70.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais.** 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

NALINI, José Renato. Artigo "O juiz criminal e a Lei n. 9.099/95." Disponível em: *www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigoo.htm. 2011*. Acesso em: 11de Agosto de 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal.** 15 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 733.

Algumas Considerações sobre a Lei nº 12431/11

Carlos Marcio da Costa Cortazio Corrêa[1]

O presente trabalho abordará brevemente questões alusivas à finalidade e aos aspectos técnicos atinentes à Lei 12.403/11, discutidos durante o curso que congregou magistrados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Com a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, o Código de Processo Penal sofreu mais uma reforma parcial do regime jurídico das prisões processuais, objeto do PL 4.208 de 2001, em que pese haver em tramitação o PLS 156 para elaboração de novo Código de Processo Penal.

De início, é interessante ressaltar que a promulgação da citada Lei trouxe a lume diferentes linhas teórico-ideológicas na interpretação e justificativas para sua criação: para alguns, a iniciativa está alicerçada na busca de rápida resposta a uma dimensão do colapso do sistema carcerário brasileiro: a superlotação dos cárceres. Outros atribuem a providência a motivação econômica, vez que o propósito seria reduzir gastos decorrentes do encarceramento. Outros ainda acreditam que o diploma legal em comento veio dar cumprimento ao princípio constitucional da presunção de inocência, evitando-se com isso a antecipação da aplicação da pena, sem que a conduta imputada ainda tenha sido julgada, ou mesmo nos casos em que, ao final, na eventual hipótese de condenação, será substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

A rigor, cumpre ressaltar que a novel legislação trouxe alternativas diversas da prisão cautelar para garantir o bom desenvolvimento da persecução criminal e a futura aplicação da pena, as medidas cautelares expressamente elencadas nos atuais artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, tornando-se, para alguns, um rol taxativo e não exemplificativo.

1 Juiz Titular da 1ª Vara Criminal de Nilópolis.

Antes, porém, afirmava-se que ao Juiz era atribuído o poder geral de cautela, invocando, para tanto, a norma processual civil prevista no artigo 798 do Código de Processo Civil, apesar de parte da doutrina sustentar que tal poder feria o princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual.

Pretendeu-se, ainda, com a referida Lei, dar efetividade ao princípio da jurisdicionalidade; em especial, a toda e qualquer prisão cautelar, referindo-se à prisão em flagrante, eis que sua validade dependerá de ato judicial confirmatório, após a análise da existência do *periculum libertatis,* convertendo-a em prisão preventiva, certo que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente em até 24 (vinte e quatro) horas, como determina o artigo 306 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

Segundo alguns doutrinadores, consolidou-se a ideia de que a prisão em flagrante nada mais é do que uma forma de prisão pré-cautelar, não mais subsistindo por si só, o que já era determinado pela Resolução 66 do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa oportunidade, como dispõe o atual artigo 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I- relaxar a prisão ilegal; ou II- converter a prisão em flagrante em preventiva, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

É forçoso consignar que, inicialmente, deverá ser analisado o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante por meio da verificação dos requisitos do artigo 302 do Código de Processo Penal. No caso de ilegalidade, deverá relaxar a prisão. Mas, sendo legal a prisão em flagrante, caberá verificar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, a eventual imposição das demais medidas cautelares alternativas, de forma isolada ou cumulativa, previstas nos atuais artigos 319 e 320 do Código Processo Penal, observando-se o disposto no § 6º do artigo 282 do mesmo diploma legal, e, por fim, inviabilizadas as hipóteses anteriores, como última alternativa, deverá enfrentar a necessidade ou não da prisão pre-

ventiva, observados seus requisitos, bem como de forma fundamentada, deverá elencar os motivos pelos quais não aplicou as medidas cautelares, como forma menos gravosa de resguardar o bom andamento do processo e a eventual e futura aplicação da pena, observando-se, em todos os casos, o princípio da proporcionalidade.

Há que se verificar também, de início, o cabimento da prisão preventiva para a suposta conduta ilícita imputada, uma vez que somente será permitida sua decretação para crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, exceto no caso de indiciado reincidente, se o fato envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, como dispõem os três incisos do atual artigo 313 do Código de Processo Penal, ou mesmo no caso de seu parágrafo único, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Cabe esclarecer que foi fixada como parâmetro a pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos para decretação da prisão preventiva em razão do que dispõe o artigo 44 do Código Penal, o qual autoriza a substituição da pena privativa de liberdade fixada por restritiva de direitos no caso de condenação não superior a 04 (quatro) anos, observados outros requisitos, que neste momento não merecem destaque, o que deixa claro que, nessas hipóteses, não haveria razão para antecipar o que jamais ocorreria após a prolação de sentença.

Poderá, ainda, ser decretada a prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, como autorizam o parágrafo único do atual artigo 312, e o § 4º do atual artigo 282, ambos do Código de Processo Penal, sendo certo que, nesse caso, não há que se observar o disposto no inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal, aplicável a qualquer crime independentemente do *quantum* da pena privativa de liberdade máxima cominada. Porém, antes, deverá analisar a viabilidade de aplicação de outra medida cautelar diversa da mais gravosa, de forma alternativa ou até mesmo cumulativa.

Tudo, entretanto, com observância do princípio da proporcionalidade.

Entenderam alguns que as medidas cautelares são substitutivas da prisão preventiva e não alternativas e, por isso, somente nos casos de cabimento destas seria possível a aplicação daquelas, o que não é verdade, mormente ao se atentar para o disposto no artigo 283, § 1º do Código de Processo Penal, única vedação legal de cabimento das medidas cautelares. Portanto, não há necessidade de uma interpretação sistemática, eis que há norma expressa que regula a matéria.

Há quem sustente que, no caso de decretação da prisão preventiva em decorrência de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, esta deverá ocorrer por curto período de tempo. Entretanto, tal entendimento não encontra suporte legal, com o que não concordo.

Os requisitos autorizadores da prisão preventiva ainda estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Já os requisitos das medidas cautelares encontram-se descritos no atual artigo 282 do Código de Processo Penal, sendo certo que não se aplicam à infração que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, vedação expressamente prevista no § 1º do artigo 283 do mesmo diploma legal.

Deve-se observar a necessidade da medida para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, ainda, para evitar a prática de infrações penais, sendo que esta última, alguns doutrinadores, como também foi sustentado por alguns palestrantes do curso, entendem ser inconstitucional, assim como já sustentavam quanto ao requisito autorizador da prisão preventiva da garantia da ordem, uma vez que não se está a tutelar o processo e, portanto, não é cautelar, tratando-se, em verdade, segundo alegam, de antecipação de pena.

Este entendimento, a meu ver, não pode prosperar, eis que se busca evitar a reiteração da conduta, havendo a necessidade de resguardar a sociedade de novos ilícitos tal como aquele supostamente praticado, impedindo que o autor continue sua atividade criminosa, visando a segurança de bens juridicamente protegidos e a necessidade de preservação da boa

convivência social, o que não deve se confundir com o clamor social. Este sim, poderá transmudar em verdadeira vingança ou revolta, o que não pode ocorrer.

É necessário também verificar a adequação da medida cautelar à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Andou bem o legislador ao determinar, com alguma exceção, a prévia aplicação do contraditório para a análise do pedido de decretação de algumas das medidas cautelares.

Não se deve olvidar que não é automática a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares impostas, sendo autorizado que, a qualquer tempo, verificadas as circunstâncias do fato, poderá a medida ser substituída, cumulada com outra ou, em último caso, decretada a prisão preventiva.

As medidas cautelares foram elencadas no atual artigo 319 do Código de Processo Penal. Não se trata de medidas novas, mas apenas de novas roupagens, eis que similares já eram previstas no artigo 89 da Lei 9.099/95 e até mesmo as medidas protetivas presentes no artigo 22 da Lei 11.340/06, dentre outras.

Cabe registrar, ainda, a possibilidade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nas hipóteses excepcionais constantes do atual artigo 318 do Código de Processo Penal, como mais uma alternativa diversa da medida mais gravosa.

Merecem igualmente atenção as modificações relativas à concessão da fiança, inclusive quanto à hipótese de fixação pela autoridade policial, questões que não mereceram maiores considerações, eis que a Lei foi bastante clara nesse aspecto.

Destaque-se que a Lei 12.403/11 não trouxe qualquer modificação quanto à prisão temporária, estando ainda em pleno vigor o seu caráter cautelar, porém, voltada para a investigação e não para o processo. Por fim, não se pode deixar de mencionar que a maior discussão, não tendo se chegado a um consenso, foi quanto ao cumprimento do disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, eis que é fato que um inquérito policial

não é concluído em 24 horas e, portanto, as indagações diziam respeito a qual documento seria hábil para o cumprimento do dispositivo legal mencionado, a comunicação da prisão em flagrante ou do auto de prisão em flagrante, o que não quer dizer que seja o inquérito concluído. Alguns sustentaram que se deveria aguardar a conclusão do inquérito no prazo fixado no artigo 10 do Código de Processo Penal, que não foi revogado; outros entendiam que a decisão acerca da verificação da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva deveria ocorrer com o auto de prisão em flagrante, que é diverso da mera comunicação daquela prisão. A Lei, como se viu, em alguns pontos não foi clara, deixando margem a conclusões diversas e, para tanto, somente o tempo resolverá, com as decisões e suas consequentes reformas, ou não, pela Superior Instância. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Cezar Augusto Rodrigues Costa[1]

Em 05 de maio de 2011, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.403, que regula as medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal. Esta lei, que entrou em vigor em 04 de julho desse ano, foi alvo de diversos comentários, inclusive da imprensa, pois, ao estabelecer uma série de medidas que deverão ser aplicadas nas hipóteses que anteriormente eram exclusivamente de prisão preventiva, criou não somente expectativa, mas também perplexidade para a sociedade e para os acadêmicos e aplicadores do direito. A primeira definiu-a como extremamente liberal, enquanto os segundos ainda não chegaram a um consenso acerca da sua eficácia e abrangência, posto alcançar tanto os presos que, na prática, não eram submetidos ao cárcere, quanto os que já se encontravam encarcerados.

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, de modo bastante oportuno, inaugurou o evento que discutiu a lei no primeiro dia de sua vigência, o que propiciou intenso debate, notadamente pelo fato de estarem presentes juízes, autoridades policiais, integrantes do Ministério Público e outros estudiosos, todos preocupados em dar-lhe eficácia, especialmente os profissionais da área do processo penal, uma vez que, ao saírem do evento, deparar-se-iam com autos de prisão em flagrante, inquéritos e processos, devendo a incidência da lei, ao menos em tese, ser imediata.

Sob esse ângulo, foi bastante interessante, já no primeiro dia, a intervenção do Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró - livre docente

1 Juiz da Turma Recursal Criminal.

em Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado criminalista no mesmo Estado – quando tratou de alguns problemas de direito intertemporal, que decorreriam da aplicação da Lei nº 12.403/2011. Realçou o palestrante a doutrina do professor português Jorge Figueiredo Dias, no sentido de que o princípio jurídico constitucional da legalidade se estende a todo o sistema repressivo penal, abrangendo, por isso, o direito processual penal. Com essa lição, concluiu o palestrante pela retroatividade da lei sempre que importar em situação que não traga prejuízo para o réu; ou seja, que não envolva a privação, ou mesmo a restrição da sua liberdade de locomoção, de maneira que o princípio do *tempus regit actum* não tem eficácia, quando observada a restrição antes apontada, nada obstante se esteja diante de uma regra processual penal cujo senso dogmático comum é o da aplicação imediata. Essa conclusão, aliás, se encontra no Boletim 223 do IBCCRIM de junho de 2011.

Assim, nos processos que estão em curso, cumpre ao magistrado fazer uma análise sobre se está havendo expansão da atividade repressiva estatal com a incidência da lei nova em relação à regra anterior, de modo que se adotado o princípio do *tempus regit actum* a fato praticado sob a regência da lei anterior, mas a lei nova importar em situação mais benéfica, sob a ótica da privação ou restrição da liberdade, esta deverá ser aplicada. Lembrou com propriedade o palestrante que a regra contida no art. 2º do Código de Processo Penal deve ceder, não somente aos princípios de direito já mencionados, mas, em especial, à Constituição Federal, no art. 5º, inciso XL – garantia fundamental - e à Convenção Americana de Direitos Humanos[2], que, tendo ingressado no ordenamento pátrio, como tratado internacional, tem *status* superior à legislação ordinária, no caso o Código de Processo Penal.

Desse modo, se, a partir do início de vigência da lei nº 12.403/2011, uma nova medida cautelar alternativa à prisão produzir a mesma eficácia que seria produzida pela prisão preventiva, deve prevalecer a medida cau-

2 Art. 7.2: Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

telar, por ser menos gravosa, situação que se aplica aos processos e procedimentos já em curso. Destarte, deverá o juiz dirigente do processo, nas hipóteses de prisões preventivas já decretadas, exercer um novo juízo sobre a adequação da mesma visando à aplicação imediata da novidade legislativa, que lhe dá um leque de opções com vários graus de restrição da liberdade, que transitam entre a proibição de ausentar-se do país – art. 320 - e o recolhimento domiciliar noturno – art. 319, V.

E, no trabalho mencionado, sustenta, ainda, que com a nova regra prevista no art. 313, I, do Código de Processo Penal, diminui-se consideravelmente o campo de incidência da prisão preventiva quando envolver crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima não superior a quatro anos. Tal prática forense se mostra abundante, notadamente com os crimes de furto simples, sequestro e cárcere privado. Segundo o palestrante, com a vigência da nova lei, as prisões preventivas para crimes dessa natureza tornaram-se automaticamente ilegais.

Outro ponto abordado foi, a mudança da natureza da prisão em flagrante para preventiva que, segundo o palestrante, com a nova arquitetura processual penal, somente subsistirá nos momentos entre a lavratura do auto e a análise judicial, pois o art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal deixou agora, de maneira muito clara para o juiz, diante do conhecimento da custódia flagrancial, apenas três alternativas, quais sejam: o relaxamento da prisão ilegal; a decretação da medida preventiva quando incabível qualquer outra medida alternativa, e a concessão da liberdade provisória vinculada ou não ao pagamento da fiança, afastando a prática e a técnica antigamente adotadas no sentido de que, no momento em que é recebida a comunicação da prisão em flagrante, caberia ao juiz apenas analisar a legalidade da medida e relaxá-la se entendesse ilegal. Nesse ponto, ainda no campo do direito intertemporal, sustentou o palestrante a incidência da lei nova mesmo em relação às comunicações de prisão ocorridas antes do início da sua vigência, isso porque, como salientado acima, a nova lei dispõe de situações mais benéficas e que deverão ser por isso aplicadas aos inquéritos e processos em curso, ainda que já os tenha o juiz analisado e considerado formalmente aptos, mantendo por isso o investigado preso.

Desde a palestra de abertura, com o procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira - que de forma cuidadosa e bastante didática situou a lei dentro dos esforços que vêm sendo empreendidos na alteração do Código de Processo Penal - ficou evidente que, para a sua edição, tiveram bastante influência os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, no sentido de que no ano de 2010 havia mais de 160.000 (cento e sessenta mil) presos cautelares no Brasil, o que, efetivamente, traz uma sobrecarga para o sistema penitenciário nacional, já carente de investimentos profundos.

Um outro ponto que desde o dia de abertura do seminário ficou evidenciado foi a necessidade de se ter como pressuposto básico de aplicação da nova lei ao menos a possibilidade, em tese, de aplicação da prisão, preventiva, pois se a hipótese concreta sequer é desta modalidade de prisão não há que se pensar nas medidas cautelares, ou mesmo manejá-las, pois a prisão preventiva é, em verdade, subsidiária em relação às cautelares mencionadas. Sobre esse tema, importantes lições foram deixadas pelo preclaro Juiz deste Estado e professor de processo penal, Dr. André Luiz Nicolitt.

Outro ponto abordado não somente pelo Juiz André Nicolitt, mas também pelo Desembargador e professor de processo penal neste Estado, Dr. Geraldo Prado, diz respeito ao contraditório que o parágrafo 3º do art. 282 da lei 12.403/2011 passou a estabelecer a partir do requerimento da medida cautelar ao juiz, quando este deverá intimar a parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo, no entanto, os autos em juízo para se manifestar, embora a lei ressalve este contraditório para os casos de urgência ou quando a sua realização gerar perigo de ineficácia da medida.

A propósito desse tema, é interessante a posição de Aury Lopes Júnior, professor do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUC/RS, também publicada no Boletim já citado. Ele indaga sobre o que afinal significa parte contrária, quando melhor seria se a lei se referisse a acusado ou indiciado, pois, segundo esse autor, ainda não se tem notícia de réu pedindo a prisão preventiva de promotores. Indaga, ademais, sobre a natureza do ato para o qual o imputado é intimado, que não é especifi-

cado pela lei, sustentando que melhor será para uma audiência, na qual, submetidos ao princípio da oralidade, será estabelecido o contraditório entre o acusador e a defesa, quando o primeiro sustentará os motivos de seu pedido, e o réu, ou o indiciado, argumentará sobre a desnecessidade da medida restritiva ou privativa da liberdade. Entretanto, adotada a audiência, deverá o juiz conceder um prazo razoável para que a defesa se manifeste sobre o pedido e até produza prova, que pode ter natureza variada, como testemunhal, documental e pericial.

Ainda sobre o tema do contraditório, adverte o mencionado autor que o maior espaço de aplicação surgirá nos casos em que é pedida a substituição, a cumulação ou mesmo a revogação da medida e da decretação da preventiva. Lembra que a suspeita de descumprimento de qualquer das condições impostas nas diversas medidas cautelares previstas no artigo 319 exigirá, como regra, o contraditório prévio. Para o autor, é necessário agora que o imputado possa contradizer eventual imputação de descumprimento das condições impostas antes que lhe seja decretada, por exemplo, uma prisão preventiva.

Convém também destacar do trabalho desse autor os pontos que entende relevantes da lei sob comento, que foram lembrados no seminário e que se traduzem na (***i***) 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; e (***ii***) revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então.

Das palestras, também se permitiu extrair da lei a proporcionalidade na aplicação da medida cautelar, especialmente a partir do art. 282, I, que inseriu a evitação da prática de infrações penais para fins de decretação das medidas, o que levou os palestrantes a advertirem para um eventual risco de interpretação que possa ensejar o direito penal do autor.

Esta lei, pelos estudos que vêm sendo desenvolvidos e parcialmente demonstrados até agora, se submeterá, como todas as outras, a constante interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas, possivelmente mais do que outras, experimentará grande oscilação interpretativa, pois, a despeito

de se inserir na opção legislativa de minirreformas, trouxe profundas modificações em tema bastante sensível e com assento nas garantias fundamentais, que é a prisão cautelar, que se correlaciona de forma muito estreita com o princípio da presunção de inocência.

Efetivamente, apesar de recente – um mês de vigência - esta lei já foi alvo de muitos comentários, salientando-se, dentre outros, os estudos de Antonio Scarance Fernandes, professor titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo, publicado no Boletim do IBCCRIM nº 224, que aponta para cinco grandes modificações empreendidas no sistema das prisões preventivas. A primeira diz respeito às mudanças nas normas gerais de cautelaridade, artigos 282, 283, 289, 299, 300 e 306, que dão ao juiz largo grau de maleabilidade, permitindo-lhe escolher em um rol a medida ajustada ou até mesmo mais de uma delas e, em caso de descumprimento da eleita, realizar substituições, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva.

A segunda parte das reformas trata das mudanças no tratamento da prisão em flagrante, tenso sido a alteração mais relevante exigir que o juiz, de maneira fundamentada, ao receber o auto de prisão em flagrante, como já apontado, tome algumas medidas, como o relaxamento da prisão ilegal, a conversão da prisão em flagrante em preventiva e a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Para o doutrinador mencionado, o juiz, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, se não converter a prisão em preventiva, deve verificar se é viável impor uma ou mais das medidas cautelares.

A terceira parte trata da prisão preventiva propriamente dita, com a manutenção no artigo 312 das hipóteses de decretação e com as alterações no artigo 313, em linhas gerais já apontadas neste relatório, com destaque para a prisão quando há descumprimento de medidas de urgência em casos de violência doméstica e familiar. Nesse caso, o doutrinador levanta algumas questões interessantes, como a relativa ao âmbito da lei de violência doméstica, indagando se esta foi alargada pela lei em comento, e se basta o descumprimento da medida de urgência para a decretação da prisão preventiva.

Realce-se entre as medidas passíveis de aplicação a que se encontra no parágrafo único do artigo 313, que se dá quando há dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornece elementos suficientes para esclarecê-la, o que o doutrinador denomina de prisão especial incidente sobre pessoa suspeita. Merece também destaque a possibilidade de conversão da prisão preventiva em domiciliar, conforme os artigos 317 e 318, que levam em conta a velhice do acusado, sua saúde, o fato de ter criança ou pessoa com deficiência sob seus cuidados ou de a acusada ser gestante, no sétimo mês de gravidez.

A quarta parte concerne às medidas cautelares pessoais diferentes das preventivas, cujo rol está no art. 319, e envolve proibições impostas ao acusado, de acesso ou frequência a determinados lugares, bem como de manter contato com pessoa determinada e de ausentar-se da comarca. Prevê, ainda, o recolhimento domiciliar, a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica e a internação provisória quando se tratar de inimputável ou semi-imputável.

Outras importantes considerações feitas no trabalho do Prof. Antonio Scarance Fernandes: sobre o tempo em que poderão permanecer as medidas impostas e também acerca do instituto da fiança, entendendo que os casos de inafiançabilidade agora são somente os da Constituição Federal. Ressaltou, ainda, o disposto no art. 289, *a*, que impôs a criação de um cadastro nacional sobre prisão junto ao Conselho Nacional de Justiça e que já se encontra em uso.

Sem embargo da excelência do seminário e da qualidade dos debates, como já realçado, muito há ainda para se construir na interpretação da Lei 12.403, de 04/05/2011, cujo alicerce remonta ao projeto 4.208/2001, apresentado ao Congresso Nacional, e que chegou a tramitar juntamente com trabalhos de maior fôlego que buscavam alterar o próprio Código de Processo Penal. Sobre isso, vale transcrever um trecho do trabalho do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, publicado no Boletim IBCCRIM 223 de junho de 2011, com o seguinte teor:

> *"Embora se tenha mexido muito no projeto original, de 2001 (nº 4.208), parece induvidoso que metido no meio de vários projetos de reforma parcial (era a 'verdade' no momento pregada por alguns, em geral desconfiados da capacidade do parlamento em conseguir aprovar um projeto de reforma global, embora já em 2002 tivesse vingado a reforma do Código Civil), não poderia fugir daquilo a que eles se prestaram, como logo se viu, ou seja, oferecer mais do mesmo."*

O tema é realmente palpitante e pela sua importância suscita profundos debates, que não cabem neste relatório, de modo que não há como terminá-lo sem engrandecer as ações da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no sentido de realização desse seminário. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Cintia Santarém Cardinali[1]

O advento da Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal-CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e instituiu medidas cautelares, motivou a organização do Curso "O Novo Regime das Medidas Cautelares", pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, nos dias 04, 11, 18 e 25 de julho e 1º de agosto e 20 de agosto de 2010, com a participação de todos os magistrados que atuam no direito penal, convocados que foram para assistir à série de palestras programadas com vários operadores do direito, como desembargadores, juízes, advogados, defensores públicos e procuradores de justiça, com os quais puderam debater amplamente os aspectos mais controvertidos dessa nova sistemática jurídica.

As palestras e os debates foram muito profícuos, especialmente se considerarmos que essa foi a primeira oportunidade para a troca de ideias sobre uma lei que trouxe inúmeras perplexidades e que são devidas, em grande parte, pela arraigada prática processual adotada pela maioria dos profissionais da área, ainda pautada por paradigmas que foram claramente afastados por esse diploma legal.

De fato, as palestras programadas acabaram por revelar as correntes ideológicas que se digladiam em nosso Tribunal, como bem observou o Desembargador Luiz Gustavo Grandinetti no último módulo do curso[2],

1 Juíza Titular da 4ª Vara Criminal de Niterói.

2 Segundo a programação original do curso, esse módulo seria o primeiro e não o último.

ao mencionar a clara dicotomia que se estabeleceu entre os partidários do chamado *garantismo penal*, teoria desenvolvida principalmente pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, a partir da premissa de necessidade de defesa da liberdade humana em face da arbitrariedade do Estado[3], e os partidários da escola clássica do direito penal, que, em sua vertente mais radical, desenvolvida pelo professor alemão Günter Jakobs a partir dos anos 90 chegou a ficar conhecida como "Direito Penal do Inimigo". Com efeito, pregando o direito penal máximo com fundamento na teoria contratualista de Hobbes, asseverou-se que um indivíduo que descumpre o contrato social perde o estado de cidadão, devendo ser visto como inimigo/delinquente e excluído das regras deste contrato. Ainda no contexto de contraposição à teoria garantista, lembrou o Desembargador expositor o princípio da proibição da proteção deficiente, segundo o qual, se devem existir mecanismos humanitários para a restrição das liberdades pelo Estado, há também a exigência de que não se passe, sob o argumento de proibição de excessos, a considerar "excesso" qualquer atitude no sentido de reprimir a criminalidade, anulando-se o próprio o *ius puniendi* estatal[4].

Nesse quadro, propôs o ilustre palestrante que se faça um debate ideológico mais amplo no âmbito do nosso Tribunal, mas sem perder de vista que podem e devem ser buscados espaços possíveis de consenso para garantir a credibilidade do próprio judiciário.

Para que essa tarefa seja realizada, desde logo propõe o palestrante que sejam compreendidos alguns "*mitos*" que ainda imperam no direito penal e que muito têm contribuído para impedir os citados "espaços de consenso", obliterando a reflexão séria acerca dos princípios fundamentais do direito e conduzindo os magistrados a graves equívocos na interpretação e aplicação da lei penal.

3 O que imporia, dentre vários outros princípios, o do direito penal mínimo, o da separação das atividades de julgar e acusar e o da presunção de inocência.

4 A matéria é por demais extensa para ser adequadamente desenvolvida no âmbito estrito deste trabalho, que, segundo orientação da Emerj, deve concentrar-se na abordagem da aplicação prática dos fundamentos teóricos expostos no curso.

Segundo o citado Desembargador, o primeiro dos mitos seria o brocardo *in dubio pro societatis,* aplicado para justificar a deflagração da lei penal, eis que o mesmo deriva de um discurso de autoridade ensinado na Exposição de Motivos do CPP de 1940, de inspiração fascista, e que não encontra fundamento em qualquer norma jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional. Do contrário, assevera que a nossa Constituição Federal consagra o princípio da presunção de inocência, princípio político dirigido fundamentalmente aos juízes.

O segundo mito lembrado e que precisaria ser derrubado seria o da chamada "*verdade real*" ou absoluta, surgido com o sistema do livre convencimento inspirado no iluminismo, que pregava o racionalismo e o cientificismo. Assim, para se afirmar, o Direito teria começado a buscar nos princípios da física, inspirados no cientificismo, os seus próprios fundamentos, baseados na afirmação da capacidade do ser humano no seu raciocínio, obtendo, assim, a verdade real/absoluta. Entretanto, pondera o expositor, a física caminhou e descobriu que a verdade real não existe. É a física quântica. O que há é a percepção humana, que não corresponde necessariamente à realidade. Nada na física é absoluto; o tempo, a consistência, a massa são relativos. Tanto que as verdades se mostram verdadeiras hoje, mas amanhã podem não ser mais. A única verdade existente é a aproximativa, que se assemelha a uma verossimilhança/probabilidade. Portanto, verdade "real" é a verdade simplesmente antecipada na cabeça do julgador.

Por fim, menciona o palestrante citado que o terceiro mito, inspirado nas teorias morais de Locke e Hume acerca dos proprietários virtuosos, consistiria na concepção arraigada no imaginário do julgador no sentido de que deveria assegurar os direitos somente daqueles que o remuneram, ou seja, da parte da sociedade que paga os seus salários, e não ser juiz para garantir direitos ao outro, ao diferente, ao excluído. No entanto, afirma que o nosso CPP tem também uma vocação civilizatória, no sentido de trazer para a "sociedade" os que estão à margem desta, mas a sua inspiração não é a mesma que norteou a edição da Lei 12.403/11.

Nesse prisma, asseverando que a Lei 12.403/11 foi construída na

academia, pela jurista da USP Ada Pellegrini Grinover e seu grupo, menciona o Desembargador palestrante que deve esse diploma legal ser entendido à luz do anteprojeto do novo CPP, que colocou a proibição do excesso na sua parte principiológica, nada ali havendo que possa remeter o intérprete à teoria da proibição deficiente.

Tais considerações seguiram a tônica das exposições, pois embora o tema do curso em questão dissesse respeito diretamente às novas medidas cautelares no processo penal, o ponto nodal dos acalorados debates, sempre permeados pelas considerações ideológicas mencionadas, acabou sendo o da prisão processual, especialmente em virtude da nova redação dos arts. 310 e 311 do CPP, dada por essa Lei 12.403/11.

Diante desse aspecto, também optamos por concentrar as nossas considerações em algumas perplexidades e desafios que esses dois dispositivos legais vêm trazendo aos magistrados que atuam nas varas criminais.

De fato, a nova lei impôs ao juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante - APF, o dever de adotar, fundamentadamente (como é obvio, diante de mandamento inserido na Constituição da República nesse sentido), uma das três providências: relaxar a prisão ilegal ou converter em preventiva a prisão em flagrante, quando insuficientes uma das medidas cautelares previstas no art. 312 do CPP ou, por fim, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tal redação, para muitos, como menciona Aury Lopes Júnior com inequívoco acerto (o que não se pode deixar de observar), não trouxe qualquer novidade, pois esse dever já tocava ao magistrado antes da aludida alteração da redação do art. 310 do CPP, dado que a prisão em flagrante, como medida precária, de natureza pré-cautelar e administrativa, não era mesmo título hábil para manter a restrição da liberdade de alguém por período superior às 24h de que dispõe a autoridade policial para comunicar esse ato ao juiz competente [5].

5 LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Lumen Juris, 2010, p. 33.

O próprio Conselho Nacional de Justiça-CNJ, ainda em 27 de janeiro de 2009, já havia editado a Resolução nº 66 [6], que estabelece, em seu art. 1º, que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, **ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais**, fundamentar sobre: I. a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir; II. A manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva ou, III. O relaxamento da prisão.

Entretanto, a maioria dos magistrados, antes da edição da Lei 12.403/11, quando não vislumbrava irregularidade formal no APF e, além disso, considerava presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, não a decretava expressamente, eis que se limitava a manter a própria prisão em flagrante como o título válido para a constrição da liberdade do autuado, até que deferisse a este a liberdade provisória.

Essa sistemática, no entanto, não se demonstra mais admissível depois da nova redação do art. 310 do CPP que agora impõe expressamente ao juiz, na hipótese acima indicada, o **dever** de ***converter a prisão em flagrante em preventiva***, expedindo, inclusive, **mandado de prisão específico** para fins de registro obrigatório no banco de dados mantido pelo CNJ, consoante a nova redação também dada pela Lei 12.403/11 ao art. 289-A do CPP [7].

Nesse quadro, várias questões têm sido suscitadas.

A primeira delas diz respeito à possibilidade de vir o magistrado a decretar a prisão preventiva de alguém autuado em flagrante à vista, tão somente, do exame do APF que lhe é encaminhado pela autoridade policial no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, muitas vezes por cópia, sem assinaturas e desacompanhada até mesmo de alguns laudos essenciais e da integralidade dos depoimentos colhidos.

Com efeito, o novo art. 311 do CPP não mais admite que o juiz

6 Essa Resolução teve a sua redação parcialmente alterada pela Resolução nº 87 do CNJ, editada em 15.09.2009.

7 O CNJ, por sua vez, já editou a regulamentação do registro do mandado de prisão a que se refere esse dispositivo legal, como se vê da Resolução nº 137, de 13.07.2011.

decrete **de ofício**, **na fase pré-processual**, a prisão preventiva[8] e, por outro lado, o citado art. 310 não faz menção à necessária oitiva do Ministério Público, como prevê a Resolução nº 66/2006 do CNJ.

Além disso, nesse momento, o próprio Ministério Público ainda não terá formulado a sua *opinio delicti*, dado que dispõe do prazo de 05 dias do recebimento dos autos do inquérito policial para o oferecimento da denúncia no caso de réus presos, e de 15, no de soltos (art. 46 do CPP), sendo certo que a autoridade policial, por seu turno, tem 10 dias para concluir o inquérito se o indiciado estiver preso em flagrante, e 30, se ele estiver solto (art. 10 do CPP), não havendo qualquer menção na referida reforma processual da revogação desses prazos. Daí porque, somados esses prazos, ainda hoje teria o Ministério Público o prazo de 15 dias a partir da prisão para o oferecimento da denúncia, se preso o réu.

Assim, como poderá o magistrado – que não é titular da ação penal e antes que o Ministério Público se manifeste acerca da questão – pronunciar-se sobre a presença do *fumus comissi delicti*, ou seja, sobre a prova da materialidade do crime e de indícios de autoria, **requisito essencial da prisão preventiva** (embora não o único), somente à vista do APF, quando não há sequer denúncia? E se Ministério Público, no prazo que lhe assegura a lei, vier a pedir o arquivamento do inquérito ou então oferecer denúncia dando nova capitulação jurídica aos fatos relatados no APF, imputando ao denunciado, por exemplo, tipo penal que não comporte decretação da prisão preventiva, como são aqueles referidos, a *contrario sensu*, no inciso I do art. 313 do CPP[9]?

A par desse aspecto, também deve ser considerado que o APF, por si só, não fornece informações necessárias para verificar a presença dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam, a garantia

8 Embora grande parte dos doutrinadores, com acerto, não admitisse, antes mesmo do advento da Lei 12.403/11 (e apesar da então redação do art. 311 do CPP), diante dos princípios do sistema acusatório que asseveram preponderar em nosso ordenamento jurídico, a decretação de ofício de prisão preventiva pelo juiz na fase do inquérito policial. De fato, se assim procedesse, o juiz, no mínimo, atentaria contra os princípios da sua imparcialidade e da inércia processual.

9 Ou seja, os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

da ordem pública (ameaça às instituições públicas ou risco de reiteração criminosa), que normalmente se apura pela natureza do delito, mas também pela FAC, ou a conveniência da instrução criminal (destruição de provas pelo autuado ou ameaça a testemunhas) ou, por fim, a garantia de aplicação da lei penal (se dispõe o autuado de intenção e meios privilegiados para fugir).

Nessas circunstâncias, para que se evitem decisões precipitadas e mal fundamentadas, temos que, por ora, considerando o grau de amadurecimento dos debates e a recenticidade da entrada em vigor da Lei 12.403/11, a melhor solução para esse impasse é interpretar a norma do art. 310 do CPP como dever imposto ao magistrado de apreciar imediatamente a regularidade formal do flagrante e, se os elementos ali constantes permitirem uma avaliação minimamente segura, deferir ao autuado a liberdade provisória, com ou sem fiança, quando cabível, em tese, esse benefício.

Quando a hipótese, ao contrário, permitir, em tese, a decretação da prisão preventiva (por exemplo: roubos majorados e tráfico de entorpecentes) e as circunstâncias fáticas ali indiciadas sinalizarem a necessidade da manutenção da custodia preventiva do autuado e não houver ainda manifestação do Ministério Público nesse sentido, entendemos que a decisão judicial acerca da conversão da prisão em flagrante em preventiva deva ocorrer somente após o decurso do prazo legal de que dispõe o Ministério Público para formular a sua *opinio delicti* (15 dias a partir da prisão). Assim, já de posse da denúncia e da demonstração, por quem incumbe fazê-lo, da ocorrência do *fumus comissi delicti* (que também é requisito para o oferecimento da denúncia) e do *periculum libertatis,* decerto terá o magistrado elementos suficientes para fundamentadamente decretar, se for o caso, a prisão preventiva do agora denunciado e não do meramente autuado pela autoridade policial.

Tal solução, a nosso sentir, não afronta os princípios da inocência e o da excepcionalidade das prisões cautelares que, de resto, também devem ser compatibilizados com o princípio da segurança social, eis que todos encontram abrigo no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, *caput*, da CF).

Ademais, como já demonstrou a prática à frente de uma vara criminal deste Estado (prática ainda que pequena, à vista do curto tempo de vigência da Lei 12.403/11), a situação acima enunciada ocorrerá em pouquíssimas oportunidades e, portanto, em caráter realmente excepcional, dado que a nova redação do art. 306 do CPP impôs à autoridade policial o dever de comunicar imediatamente a prisão de qualquer pessoa também ao Ministério Público. Não raro, a comunicação de uma prisão ao Juiz e ao Ministério Público é trazida ao fórum na mesma oportunidade, aguardando o policial responsável a distribuição do expediente a uma das Varas Criminais da Comarca para, logo em seguida, entregar ao promotor de justiça respectivo a sua cópia do APF. Assim, sendo este diligente (como se espera) e entendendo necessária a conversão daquela prisão em flagrante da qual tomou conhecimento em preventiva, decerto formulará o pedido nesse sentido ao juiz, fundamentando-o da melhor forma possível (mesmo diante da precariedade dos elementos de convicção normalmente coligidos nessa etapa investigatória), quando não oferecer desde logo a denúncia, por reputar presentes também os fundamentos para tal.

O mesmo pode ser dito quanto às medidas cautelares agora previstas no art. 319 do CPP, cuja decretação, na fase da investigação criminal, também depende de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (art. 282, § 2º, do CPP).

Daí porque, encerramos estas nossas breves considerações afirmando que, a nosso sentir, não há qualquer violação a disposição legal ou constitucional, mormente à luz da norma do art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República, na manutenção da prisão em flagrante do indiciado até que transcorra integralmente o prazo de 15 dias de que dispõe o Ministério Público para o oferecimento da denúncia, quando não houver manifestação anterior deste e, tampouco, vício formal no APF que retrate também, em tese, o cometimento de delito que admita a decretação da prisão preventiva. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Cláudio Ferreira Rodrigues[1]

Com a edição da Lei 12.403/2.011, tenta-se adequar o Código de Processo Penal à Constituição da República Federativa do Brasil, o que ainda encontra alguma resistência de alguns.

Ao refletir sobre o tema, cumpre recordar que a origem de nosssa lei processual foi extremamente inquisitória, pois no início permitia-se a deflagração de ação penal por portaria de Autoridade Policial e opunha-se sérios obstáculos à restituição da liberdade antes da Sentença.

Mesmo depois do advento da Constituição Cidadã e ainda nos dias atuais, alguns espíritos menos elevados continuam vendo o sistema processual penal como garantia de direitos coletivos. Nada mais equivocado.

A Constituição da República é o documento jurídico máximo de garantia a minorias e todo o arcabouço legal inferior deve estar em sintonia com a Carta Maior. Deste modo, não temos como fugir da conclusão de que o processo penal deve garantir de forma igualitária os direitos dos sujeitos que sejam parte na relação processual. A igualdade aqui deve ser material e não formal, principalmente se for considerado o aparato complexo e poderoso do Estado.

A lei nova trouxe para o diploma geral institutos que não são novos no direito brasileiro, tendo em vista que várias das medidas previstas pelo novel artigo 319 do Código de Processo Penal já existiam a partir da edição da Lei 11.340/2.006.

1 Juiz de Direito do II Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Comarca da Capital.

Medidas Cautelares - Hipóteses de Incidência

Ao contrário do que disciplinou em relação à medida cautelar mais gravosa - a prisão preventiva - com seus pressupostos e requisitos estabelecidos pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, a nova lei não disse quando, de que forma ou modo e em quais crimes seriam cabíveis as medidas cautelares previstas no atual artigo 319.

Sem qualquer susto ou dificuldade, pode-se afirmar que elas incidem em qualquer processo penal, independentemente do crime que tenha motivado a deflagração da relação processual. Foi bastante para essa assertiva a invocação à Lei 11.340/2.006.

O diploma legal em comento previu no seu artigo 19 e nos que o seguiram, várias medidas cuja natureza jurídica em nada difere em relação às novas cautelares. É sabido que, no âmbito da violência doméstica, a maior incidência de criminalidade, segundo as estatísticas, está resumida ou vinculada aos crimes de lesão corporal e ameaça.

Considerando que, para delitos de pouca expressão ou potencialidade lesiva, a lei especial admitiu as medidas cautelares, não haveria motivo justificável para impedir a aplicação das novas cautelares a todo e qualquer delito independentemente de sua gravidade.

Conclui-se que as medidas cautelares adicionadas ao sistema processual brasileiro por força da Lei 11.403/2.011 incidem até mesmo no processo cujo objeto seja a contravenção penal.

Prisão Preventiva

Em um sistema jurídico que objetiva o respeito às liberdades individuais, não se poderia deixar ao arbítrio de órgão distinto do Poder Judiciário a decisão acerca da liberdade do sujeito de direito. Desse modo, muito bem andou o legislador ao determinar que a prisão em flagrante ficasse limitada no tempo em relação à sua eficácia.

Considerando que a custódia em flagrante ostenta natureza de ato administrativo, nada mais correto do que inserir no contexto da atividade

jurisdicional o dever de rever o ato da Autoridade Policial em 24 (vinte e quatro) horas. Assim é que o referido ato poderá ser relaxado – *retius anulado* – se estiver em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente. Poderá ainda, desde que presentes os pressupostos e requisitos respectivos, ser convolado em prisão preventiva ou, se ausentes aqueles, ser deferida a liberdade provisória àquele flagrado na prática de infração penal.

A principal modificação realizada pela Lei 12.403/2.011 foi estabelecer pressupostos diferenciados para autorizar o decreto de prisão preventiva. Note-se que o artigo onde se reuniram esses pressupostos está geograficamente mal instalado. Deveria o mesmo ser posicionado antes do artigo que previu os requisitos da prisão preventiva.

Esquecendo-se do desvio ou equívoco legislativo, temos que agora somente admitir-se-á a prisão preventiva quando se tratar de delito cuja pena máxima abstratamente cominada seja superior a 04 (quatro) anos de privação de liberdade, quando se tratar de sujeito reincidente ou quando se objetivar garantir a execução de medida protetiva de urgência em favor de vulneráveis. Poder-se-á, ainda, decretar prisão preventiva pelo lapso de tempo necessário ao esclarecimento da identidade do sujeito suspeito de ter praticado a infração penal.

Ao dispor dessa forma, a lei nada fez de inovação, pois a realidade jurisdicional já sinalizava nesse mesmo sentido. Já não se decretava prisão preventiva quando fosse cabível a suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/1.995, ou quando fosse possível a incidência do artigo 44 do Código Penal, na redação que lhe deu a Lei 9.714/1.998. Na última hipótese, não seria necessário ser "o astro" para prever a necessidade ou não da prisão.

Desse modo, chegando o auto de prisão em flagrante ou o requerimento de algum sujeito processual pela prisão preventiva, será bastante juntar ao procedimento a folha de antecedentes do que já está detido ou daquele que se quer a detenção e avaliar se na definição da infração penal se inseriu violência ou grave ameaça.

Na situação de fato adequada ao atual artigo 313 do Código de Processo Penal, como antes anotado, não mais se decretava o ergástulo

cautelar. A cautela visa a um único objetivo: garantir eficácia de outra situação jurídica.

Por conseguinte, se a outra situação jurídica não implicará em privação de liberdade, desnecessária será a própria cautela.

Questão importante se mostrou a iniciativa da prisão preventiva. Com o novo sistema não mais será admitida a prisão preventiva decretada de ofício pelo orgão judicial antes da relação processual inaugurada com o recebimento da denúncia. A prisão preventiva ostenta natureza de medida cautelar. A prisão temporária também.

Assim, numa como noutra hipótese, somente com o requerimento do órgão de execução do Ministério Público será possível a custódia cautelar antes do início da ação penal.

Veja-se que se o douto Promotor de Justiça não requerer a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, depois de 24 (vinte e quatro) horas da detenção, o detido estará sofrendo contrangimento ilegal. Essa manifestação do Ministério Público deverá ser exclusiva em relação ao flagrante e não quanto ao oferecimento de denúncia, já que para esta última situação de fato e de direito haverá o prazo de 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito pela Autoridade Policial e o de mais 05 (cinco) dias para a deflagração da ação penal, se preso estiver o denunciado.

A lei nova não revogou os referidos prazos. É fato que a lei geral não modifica a especial. Assim, o diploma novo não provocaria qualquer modificação na Lei 7.960/1.989. Não obstante, teremos que resolver um problema de exegese em relação aos delitos previstos nos artigos 148 e 288 do Código Penal.

Para eles, o diploma especial autoriza a prisão temporária, desde que presentes seus pressupostos legais.

Todavia, em razão da pena abstratamente cominada aos referidos delitos, na ausência de reincidência ou de vigência de medida protetiva de urgência em favor de vulnerável, não seria admissível a prisão preventiva.

Prevalecendo o bom senso, ainda que não se trate de revogação expressa ou explícita, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, norte da nova lei, teremos que forçosamente admitir que nessas situações não mais será permitida a prisão temporária.

Descumprimento de Medida Cautelar e Prisão Preventiva

Este tema será muito polêmico, pois desde logo já foram externadas sobre o mesmo posições em sentidos diametralmente distintos. Alguns juristas muito ciosos de tecnicidades, cuja doutrina vem se pautando pela Constituição da República, já afirmaram ser possível a decretação da prisão preventiva em razão do descumprimento da medida cautelar à mesma alternativa, independentemente dos pressupostos previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Contudo, o silêncio no contexto legislativo será sempre eloquente. Como antes afirmado, as medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2.011 não foram inéditas, pois a Lei 11.340/2.006 previu antes medidas com a mesma natureza.

Atento à situação desfavorável à mulher no ambiente doméstico, determinou o legislador o agravamento da situação processual e a exasperação de penas pelo só fato da agressão fundada no gênero. Deste modo, partindo-se da premissa de que, se houver mulher como vítima de infração penal, a situação do suposto agressor será mais grave, a prisão preventiva nessa situação será permitida na eventualidade de haver descumprimento de medida protetiva de urgência ao vulnerável.

Por conseguinte, se para a situação mais grave – violência doméstica - o legislador teve que prever expressamente a possibilidade de prisão no incisso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, conclui-se que para as outras situações de fato a prisão preventiva somente será admitida se a pena do delito que a motivar for maior do que 04 (quatro) anos de privação de liberdade ou se o sujeito for reincidente. Fora dessa situação de fato e de direito, haverá constrangimento ilegal. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Cristina de Araujo Góes Lajchter[1]

Após longa tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, tratando acerca de prisões e liberdade provisória e prevendo expressamente medidas cautelares como opção ao cárcere.

A nova lei prevê duas modalidades diversas de cautelares: as prisões e as medidas cautelares, diversas da prisão, passando a liberdade provisória a ser considerada a explicitação das hipóteses de medidas cautelares por ocasião da restituição da liberdade, a partir da prisão em flagrante.

Para todas as medidas cautelares, se faz presente a necessidade de ordem escrita e fundamentada, que levará em conta a necessidade e adequação da medida, a ser aferida a partir da garantia de aplicação da lei penal e da conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Com a nova regra, a adequação da providência cautelar deve ser sempre observada pelo Magistrado, passando as medidas cautelares a apresentar preferência sobre a prisão preventiva, que passará a ser decretada apenas nas hipóteses em que nenhuma das medidas cautelares previstas na nova legislação se mostre pertinente para o acusado. A lógica da nova ordem é que o cárcere seja evitado, sempre que possível.

É certo que a prisão preventiva se justifica para a tutela da persecução penal, pois eventuais condutas do acusado poderiam colocar em risco a efetividade do processo. Mas esta deverá ser decretada apenas quando se mostrar a única maneira possível de o processo se tornar efetivo, devendo

1 Juíza da Vara da Infância e Juventude - Capital.

tal justificativa estar devidamente fundamentada na decisão judicial.

Nesse aspecto, deve ser ressaltado que o art. 282, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal, estabeleceu que a prisão preventiva igualmente pode ser decretada na hipótese de descumprimento injustificado das cautelares anteriormente impostas.

Questão tormentosa, que gera frequentes debates, é saber se o Magistrado pode, de ofício, sem a prévia oitiva do Ministério Público, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ainda antes do oferecimento da denúncia por parte desse órgão.

Isso porque a própria lei é contraditória ao afirmar, no artigo 212, Parágrafo 2º, que "as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público", enquanto o artigo 310, II, dispõe que, não sendo o caso de relaxamento da prisão ilegal, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá "converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão."

Se, por um lado, o artigo 212, §2º, veda a decretação de ofício da prisão preventiva no curso da investigação criminal, por outro, o artigo 310, II, parece permitir a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante pelo magistrado.

Nesse aspecto, diversos posicionamentos foram brilhantemente expostos ao longo do curso, cabendo a análise pormenorizada de cada um deles.

De início, deve-se ressaltar que, evidentemente, apresentando a prisão qualquer tipo de ilegalidade, deve ser a mesma relaxada, consoante dispõe a Constituição Federal, art. 5º, LXV, que assim dispõe: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, não havendo qualquer tipo de questionamento a este respeito.

No tocante à decretação de ofício da prisão preventiva, inicialmente,

a lei prevê a possibilidade de o Magistrado agir de plano, concedendo a liberdade provisória ao preso em flagrante ou, sendo o caso, convertendo a mesma em prisão preventiva, por tal determinação estar expressa no texto legal em comento.

Entretanto, questões de ordem prática trariam uma série de inconvenientes na aplicação de tal posicionamento, vez que o Ministério Público, sendo o titular da ação penal, teria que ser previamente ouvido. Assim, o órgão Ministerial poderia, por exemplo, deixar de propor a ação penal, postulando por seu arquivamento, ou até mesmo requerer novas diligências antes da propositura da ação penal, dentre diversos outras medidas. Nessas hipóteses, se verifica facilmente que o Magistrado, agindo de ofício, estaria usurpando função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público.

Posicionamento intermediário poderia prever a possibilidade de concessão da liberdade provisória de ofício, com ou sem as medidas cautelares previstas na legislação, mas o Magistrado não poderia converter a prisão em flagrante em prisão provisória sem a prévia oitiva do Ministério Público.

Por fim, defende-se que a decisão sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em liberdade provisória, ou em qualquer outra medida cautelar imposta, deveria ser necessariamente precedida de oitiva do Ministério Público, sob pena de violação do princípio acusatório.

Entretanto, não se pode perder de vista o disposto no art. 311, atualizado pela legislação em comento, que assim dispõe: "em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial."

Portanto, a interpretação desses dispositivos levaria à conclusão de que antes da propositura da ação penal, ou seja, antes do oferecimento da denúncia, ao Magistrado estaria vedada a decretação da prisão preventiva de ofício, podendo decretá-la apenas quando houvesse requerimento expresso do Ministério Público ou da autoridade Policial.

Tal posicionamento se consubstancia no fato de que o processo penal pátrio adotou o sistema acusatório e, portanto, a imposição de qualquer medida restritiva de liberdade apenas tem lugar quando demonstrada sua necessidade para a tutela do processo penal.

Agindo o Magistrado de ofício, decretando a prisão, estaria este violando o princípio da inércia, e, principalmente, o sistema adotado pela Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal, cabendo a este a análise acerca da necessidade da decretação da prisão.

Nesse sentido, o professor Eugênio Pacelli de Oliveira entende que quando se tratar de medidas destinadas a assegurar a aplicabilidade do direito penal, na fase de investigação, o que vem a ser as hipóteses cautelares, prisões preventivas e temporárias, caberá a seus destinatários, isto é, destinatários da missão de promoção da ação penal, a iniciativa para o exame de sua necessidade.

Ademais, como já ressaltado, haveria verdadeiro contrassenso nas hipóteses de o Magistrado, agindo de ofício, decretar a prisão preventiva e de, posteriormente, o Ministério Público postular, por exemplo, o arquivamento do inquérito, sendo o titular da ação penal.

É certo que nada impede a reconsideração da decisão, mas a prévia oitiva do órgão acusatório nessas hipóteses se mostra prudente e legalmente aceitável, não havendo qualquer óbice à mesma.

Por fim, deve ser ressaltado que a mesma discussão não prevalece nas hipóteses em que a ação penal já foi proposta, ou seja, quando já houve o oferecimento da denúncia, pois, além de haver expressa previsão legal, consoante se depreende do art. 311 do Código de Processo Penal, deve-se ter em mira que, no curso da ação penal, cabe ao Magistrado dispor dos instrumentos necessários para a garantia da efetividade do processo, representada na própria prisão preventiva.

A aplicação da nova legislação processual penal aos casos concretos decerto trará novas luzes e também novos questionamentos sobre o tema, sendo sempre pertinente o levantamento e estudo de posicionamentos atuais para que os Magistrados possam melhor se pautar ao efetivarem as medidas previstas nessa legislação. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. Lei nº12.403, de 2011

Daniela Barbosa Assumpção de Souza[1]

Introdução

A recente aprovação, em 7 de abril de 2011, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei número 4.208, de 2001, posteriormente transformado na Lei 12.403, com vigência em 4 de julho de 2011, teve enorme repercussão no universo jurídico e acadêmico.

A principal inovação trazida pela Lei foi a possibilidade de se aplicar medidas cautelares diversas da prisão para assegurar o pleno exercício da prestação jurisdicional, ou seja, garantir um processo escorreito, com instrução criminal plena e, ao final, a garantia de aplicação da Lei Penal. Sobre a tutela cautelar no Processo Penal, dispõe com propriedade o Professor Renato Brasileiro de Lima[2]:

> *Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a*

1 Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias.

2 LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**; Niterói, RJ, Editora Impetus, 2011, p. 01.

> *correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.*

A verve do legislador, porém, não foi apenas criar novas medidas assecuratórias do processo, mas evitar que a principal delas, e a mais utilizada até então, a prisão cautelar, continue sendo a única forma de se garantir a realização da prestação jurisdicional.

A custódia cautelar preventiva, como amplamente reconhecido pelos Tribunais Superiores, é medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos expressamente previstos no artigo 312 do Código de Processso Penal. Essa excepcionalidade, com certa frequência, tornava-se a regra, ante a inexistência de outros meios de se garantir um processo livre de interferências. Nesse sentido, as novas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP – algumas já previstas em legislações penais esparsas – constituem a partir de agora uma nova e prioritária forma de se garantir o processo, restringindo-se a decretação da prisão preventiva para os casos em que a mesma for absolutamente indispensável.

Esse é o viés jurídico. Por outro lado, a vigência da Lei 12.403, de 2011 traz o reconhecimento por parte do Estado de que o mesmo não pode mais suportar um sistema carcerário tão inchado. Construir presídios é dispendioso demais. Contratar funcionários para geri-los também. A medida mais simples, assim, é tirar os presos das cadeias, ao menos aqueles cujos delitos e as circunstâncias em que foram praticados são, às vistas da nova Lei, passíveis de uma solução alternativa ao cárcere. Esse é o viés político da alteração legislativa trazida à baila pela Lei 12.403.

Como toda Lei recentemente editada, traz mais dúvidas que soluções. As questões suscitadas pelos operadores do direito logo chegarão aos Tribunais e logo serão pacificadas. Enquanto isso, discussões, as mais acirradas, ajudarão a esmiuçar e a compreender a verdadeira *mens legis* do legislador, tornando-se importante instrumento para a correta interpretação dos dispositivos da nova Lei das medidas cautelares.

A seguir, veremos algumas questões interessantes referentes a casos concretos que já suscitaram dúvidas nos operadores do Direito.

Do prazo para o juiz manifestar-se na forma do artigo 310 do CPP

Questão que se mostrou intrigante logo aos primeiros dias de vigência da nova lei é o prazo que o magistrado tem para apreciar a questão prevista no artigo 310 do CPP, ou seja, decidir sobre o relaxamento da prisão em flagrante, se for ilegal; sua conversão em preventiva, se presentes os requisitos do artigo 312 do Diploma Processual Penal e se revelarem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (daí o entendimento de grande parte da doutrina de que a prisão preventiva tem, hoje, natureza subsidiária); ou, por fim, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Segundo dispõe o parágrafo 6º. do artigo 306 do CPP, a autoridade policial tem o prazo de até 24h para encaminhar ao juiz competente o auto de prisão em flagrante. Ao receber o APF, na forma do artigo 310, o magistrado, então, manifestar-se-á na forma acima referida. A dúvida refere-se, assim, ao prazo que o juiz tem para decidir a partir do instante em que recebe o APF.

Algumas vozes, nos primeiros momentos de vigência da Lei, entenderam que, se à autoridade policial incumbia encaminhar os autos do APF em 24h, também o juiz, ao recebê-los, deveria decidir em igual prazo. Isso, porque a intenção do legislador seria evitar que a prisão em flagrante durasse mais do que 48h; 24h para encaminhar os autos ao juiz e mais 24h para que este decidisse sobre sua convolação em preventiva, liberdade provisória ou seu relaxamento. Afinal, sob a égide do modelo anterior, o juiz deveria avaliar a legalidade da prisão em flagrante ao receber a comunicação da prisão, que também era encaminhada pela autoridade policial no prazo de 24h.

Há, numa corrente menos rigorosa, a necessidade de se observar o prazo estipulado no artigo 800, II, do CPP, ou seja, recebidos os autos do

APF, o magistrado teria cinco dias para decidir, uma vez que as decisões previstas nos incisos do artigo 310 são interlocutórias simples. A crítica ao primeiro entendimento decorre do fato de que o juiz teria um prazo muito exíguo para decidir sobre questão importante, com natureza de decisão interlocutória simples, uma vez que o próprio Código de Processo Penal estipula o prazo de 1 dia para os despachos de mero expediente, na forma do artigo 800, III, do CPP. Assim, prazos tão curtos seriam para atos judiciais mais simples, sob pena de que a pressão para que se decida em 24h enseje decisões mal fundamentadas, ou mesmo equivocadas, ante a quantidade de APFs lavrados pelas delegacias policiais diariamente.

Parece, contudo, mais apropriado que o juiz aprecie a prisão flagrancial num prazo intermediário de 48h. Um prazo não tão curto a ponto de gerar equívocos ou decisões mal fundamentadas, e não tão longo, uma vez que a intenção do legislador é que a situação prisional do indiciado seja apreciada o mais rapidamente possível. Nesse contexto, considerando-se a necessidade de se dar uma pronta resposta àquele que, inclusive, pode estar preso ilegalmente, ou tem o direito de responder ao processo em liberdade, deve-se aplicar analogicamente o artigo 322, parágrafo único, do CPP, que trata do prazo para o juiz decidir sobre a fiança requerida. Decidir sobre fiança é, ainda que de forma indireta, decidir sobre liberdade, e assim, se o legislador conferiu o prazo de 48h para que se decidisse sobre liberdade, esse deverá ser o prazo para que o magistrado aprecie a situação flagrancial do indiciado, conferindo-lhe a liberdade provisória com ou sem fiança; relaxe sua prisão ilegal ou convole sua prisão em preventiva.

Do termo de comparecimento aos atos processuais

O já inexistente parágrafo único do artigo 310 do CPP previa que a liberdade provisória sem fiança era condicionada ao compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, a chamada liberdade provisória vinculada. Para renomados autores, o descumprimento desse compromisso poderia ter como consequência a decretação da prisão preventiva do indiciado ou acusado. Nesse sentido, leciona o mestre Eugênio Pacelli de

Oliveira, para quem "*o descumprimento da exigência de comparecimento a todos os atos do processo poderá ter como consequência a decretação da prisão do indiciado ou do acusado, porquanto passível de enquadramento nas hipóteses do artigo 312 do CPP*.".[3]

Ocorre que a Lei 12.403 aboliu tal medida em relação aos casos em que pode ser concedida a liberdade provisória sem fiança. O novo dispositivo legal simplesmente, no inciso III do artigo 310, indicou que o juiz poderá conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. É claro que, fixada a fiança, e quebrada esta, há a possibilidade concreta de ser decretada a prisão preventiva do descumpridor. Essa garantia, porém, não existe quando se trata da liberdade provisória sem fiança, uma vez que o termo de compromisso, após a vigência da nova Lei, restringe-se aos casos previstos no parágrafo único do citado artigo, ou seja, nas hipóteses dos incisos I a III do artigo 23 do Código Penal.

Como, então, garantir que o indiciado ou o réu, postos em liberdade provisória sem fiança, não frustrem a instrução criminal deixando de comparecer aos atos do processo. A resposta poderia ser a fixação da fiança, fato, contudo, que tornaria inócua a possibilidade da liberdade provisória sem aquela garantia e, provavelmente, acarretaria grave violação do princípio da isonomia constitucional na medida em que a fixação da fiança como condição para a liberdade provisória de todos os indiciados ou réus aptos a recebê-la muito provavelmente beneficiaria apenas aqueles que possuíssem melhor condição financeira. Esta não deve ser a solução.

É claro que a doutrina e a jurisprudência ainda não se manifestaram sobre o tema, mas parece bem claro que uma forma de se garantir a presença do réu aos atos processuais e, com isso, a própria instrução criminal, é utilizar-se do novel expediente da fixação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, principalmente as estampadas nos seus incisos I e IV, quais sejam, "comparecimento periódico em juízo, no prazo e condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades" e a "proibi-

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 8ª. edição, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, p. 449.

ção de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução". Não há óbice para que sejam fixadas medidas cautelares quando concedida a liberdade provisória, muito ao contrário, elas servem para garantir a efetividade do processo criminal e devem ser estipuladas quando o juiz perceber que a instrução corre risco, mas que tal risco não é tão relevante a ponto de impedir a concessão da liberdade e a convolação do flagrante em prisão preventiva.

A garantia que decorre da fixação das referidas medidas cautelares, quando da concessão da liberdade provisória, ainda é maior na medida em que seu descumprimento enseja a decretação da prisão preventiva, nos moldes do parágrafo 4º. do artigo 282 do CPP. Nessa toada, a efetividade da prestação jurisdicional pode ser garantida independentemente da decretação da prisão preventiva, e mesmo sem a previsão legal do termo de compromisso de comparecimento aos atos do processo, bastando para tal que o juiz da causa decrete, quando for necessário e suficiente, uma ou mais das medidas previstas no artigo 319 do CPP.

Conclusão

Muito ainda será debatido, muito ainda será decidido. A pacificação de alguns temas relacionados ao novel dispositivo legal ainda levará algum tempo; outras questões talvez nem mesmo sejam pacificadas. Há que se reconhecer, porém, que o implemento das medidas cautelares de uma forma generalizada, passíveis de serem utilizadas em todos os procedimentos penais, é um grande avanço para a consecução da prestação jurisdicional, uma vez que torna subsidiária a decretação da medida cautelar da prisão preventiva como forma de assegurar a efetivação do processo penal em detrimento de medidas menos gravosas para o réu, mas nem por isso menos eficientes para a garantia de aplicação da Lei Penal. ◆

Bibliografia

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática;** Niterói, RJ, Editora Impetus, 2011, p. 01.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal,** 8ª. edição, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, p. 449.

Medidas Cautelares no Processo Penal

Elisa Pinto da Luz Paes[1]

O presente estudo foi elaborado no encerramento do Curso de Aperfeiçoamento credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM -, **Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**, realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ entre os dias 04 de julho de 2011 e 01 de agosto do mesmo ano.

Durante as palestras ministradas, os expoentes tiveram a oportunidade de comentar, sem consenso, as alterações implementadas no sistema processual penal relativas às prisões cautelares disciplinadas pelo Código de Processo Penal, quais sejam, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, assim como sobre as novas regras relativas à liberdade provisória e à positivação de medidas cautelares diversas da segregação cautelar.

Tema dos mais relevantes, em seara de Direito Penal, e instrumento pelo qual o Estado se faz perceber nesse sentido, o Direito Processual Penal não foi discutido: o tipo de ideologia penal que a sociedade brasileira adota.

A doutrina indica três movimentos típicos de Direito Penal: o Abolicionismo, o Direito Penal Máximo e o de Direito Penal Mínimo. De acordo com a ideologia Abolicionista, prega-se o afastamento da incidência do Direito Penal como meio de controle e intervenção na sociedade. De acordo com os seguidores da dogmática, o Direito Penal não é o meio pelo qual a sociedade deseja ter seus conflitos solucionados, haja vista sua ineficiência evidenciada, com o consequente custo-benefício desfavorável.

1 Juíza de Direito - Juizado Especial Cível de Barra do Piraí.

Assim, não deve o Estado se ocupar de prever e tipificar condutas e a elas atribuir sanções de natureza penal, uma vez que esse procedimento não surte o efeito preventivo objetivado perante os integrantes da sociedade, nem a pena consegue desempenhar a retribuição e ressocialização que sua ideia propaga.

Diametralmente oposta, surge a Teoria do Direito Penal Máximo, com o movimento conhecido por "lei e ordem", segundo o qual, dado o insucesso da pacificação social por outros meios, deve o Estado tipificar e punir penal e energicamente os transgressores, inclusive os de infrações consideradas de menor potencialidade ofensiva ao bem jurídico tutelado, de modo a desencorajar outras transgressões. Essa doutrina sustenta que, apenas com a ampliação do Direito Penal (por meio da ampliação da tipificação penal, ampliação da aplicação e quantificação das sanções privativas de liberdade, regime de execução mais rígido, tolerância zero, redução da maioridade penal, pena privativa de liberdade para usuários de substâncias entorpecentes e direito penal do inimigo), conseguirá o Estado controlar a violência no meio social.

Por fim, existe a doutrina do Direito Penal Mínimo, segundo a qual o Direito Penal deve ser aplicado subsidiariamente aos demais meios de pacificação social. Deve tutelar apenas os bens jurídicos mais importantes e que se revelem insatisfatoriamente protegidos por regras extrapenais. A partir dessa dogmática, foi construído o Princípio da Fragmentariedade.

Ocorre que, quando tentamos analisar o ordenamento jurídico em seu âmbito penal, somos forçados a perceber que o direito material segue rumo diverso do traçado pelo direito processual.

Da percepção que se tem das alterações legislativas recentes, sem que se imiscua na técnica e no aperfeiçoamento dos institutos que objetivam, forçoso constatar que o Direito Penal, assim considerado em seu aspecto material, caminha em direção ao sistema idealizado pelo movimento de Direito Penal Máximo, muito embora, por vezes, vacilantemente.

A título meramente exemplificativo, observe-se a Lei de Drogas, a Lei n. 10.343/2006: se por um lado reduziu a pena para o crime de uso de drogas, que anteriormente, tinha pena cominada, em abstrato, de privação

de liberdade, atualmente prevê apenas sanções restritivas de direitos. Uma delas consiste em advertência, que, se não aplicada no momento da prolação da sentença em audiência, após o Ministério Público e a Defesa concordarem com a condenação e desistirem do prazo recursal, pouco poderá o Estado-Juiz fazer caso o condenado se evada ou se recuse a comparecer à audiência em que a sanção ser-lhe-á aplicada. Se sequer é prevista, abstratamente, pena privativa de liberdade, parece um contrassenso decretar prisão como consequência pelo não comparecimento à audiência designada para aplicação da advertência – o que sequer é permitido pela Lei - ou determinar a condução do condenado para esse fim. Confira-se:

> **Art. 16** *da Lei n. 6.368/1976. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*
> *Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.*
> **Art. 28** *da Lei n. 11.343/2006. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*
> *I - advertência sobre os efeitos das drogas;*
> *II - prestação de serviços à comunidade;*
> *III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*
> *§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.*

De outra banda, foi majorada a pena cominada ao condenado por tráfico de drogas, além de se ter tipificado, de forma autônoma, outras condutas que outrora eram açambarcadas pelo crime de tráfico

ou de associação para o tráfico de drogas.

> **Art. 12** *da Lei n. 6.368/1976. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;*
> *Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*
> *§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:*
> *I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;*
> *II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.*
> *§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:*
> *I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;*
> *II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.*
> *III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*
> **Art. 13** *Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento*

ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência ficisa ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 14. *Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:*

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 15. *Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em de dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

Art. 33 *da Lei n. 11.343/2006. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 34. *Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. *Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos*

arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.
Art. 36. *Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.
Art. 37. *Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.
Art. 38. *Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.
Art. 39. *Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:*
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.
Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo

referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. *As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:*

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Já o Direito Processual Penal vem se alinhando com a teoria do Direito Penal Mínimo, posto que vem tentando afastar o rigor típico das instituições penais, notadamente o da prisão.

A análise açodada das alterações trazidas pela novel legislação poderá alcançar, certamente, conclusões prematuras e desconectadas da sistemáti-

ca do ordenamento. O simples fato de a Lei n. 12.403/2011 limitar o cabimento do decreto de prisão preventiva pelo magistrado com competência penal por si só não significa cerceamento da competência jurisdicional processual penal nem, tampouco, o engessamento da instituição no combate à criminalidade.

Forçoso reconhecer que a doutrina mais influente, antenada com os preceitos constitucionais fundamentais, já sustentava, com reflexos na jurisprudência consolidada dos tribunais, em todas as esferas, o postulado da presunção de não culpabilidade como norte para a aplicação dos instrumentos processuais penais de cerceamento da liberdade antes de decisão final condenatória, ou seja, antes da sentença com trânsito em julgado.

Com efeito, a sanção penal deve atentar à sua dupla finalidade: retributiva para o violador da norma de Direito Penal e preventiva geral, servindo de exemplo para toda a comunidade, para que tome ciência de que as violações penais são exemplarmente perseguidas e punidas pelo Estado.

Diversamente, no curso da ação penal, a prisão apenas se justifica como mecanismo indispensável para instrumentá-la, assegurando o adequado e tempestivo andamento do feito, ou garantindo a aplicação da lei penal, ou, ainda, evitando danos à ordem pública e social.

Imperioso ter em mente, quando da interpretação da lei processual penal, e, em especial, por ocasião da interpretação do Código de Processo Penal, de 1941, que a maioria das normas ali positivadas precedem a Carta Política de 1988, motivo por que a extração das normas previstas no texto dependem, impreterivelmente, de filtragem acerca da recepção de seu conteúdo pela nova ordem constitucional.

Forçoso reconhecer que a legislação vigente até 04 de julho de 2011, especialmente no que toca aos institutos de prisão processual e liberdade provisória, merecia atualização para afastar possíveis conflitos com os preceitos constitucionais estabelecidos. Ainda assim, a nova redação conferida pela Lei n. 12.403/2011 aos dispositivos encontra fundamento de validade no art. 5º, LX a LXVI, da Constituição da República.

Registre-se que os institutos disciplinados (liberdade e prisão) ostentam aspectos de direito material e outros, de ordem processual.

As normas de natureza mista já foram amplamente discutidas pelo Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões, notadamente no que toca ao momento de sua aplicação, já que o ordenamento pátrio contempla regras diferentes para cada natureza de regra: enquanto as de natureza processual possuem aplicação imediata, por força do art. 2º do CPP, as de natureza material não retroagirão, salvo se beneficiarem o réu (art. 5º, XL, CRFB/88).

Nesse sentido, nos autos do HC n. 74.305, quando discutida a aplicabilidade da suspensão condicional do processo (prevista no art. 89 da Lei n. 9099/95), ficou decidido que o instituto deveria ser aplicado a todos os feitos em curso, ainda não julgados definitivamente, haja vista que a medida despenalizadora era de ordem processual e mais benéfica ao autor do fato.

Diferentemente, ao se debater sobre a incidência da suspensão do processo, prevista pela nova redação conferida ao art. 366 do CPP, a Suprema Corte entendeu que a suspensão do trâmite do processo penal e da prescrição importavam alterações *in malam partem* ao denunciado e, por força da garantia processual fundamental assegurada na Constituição, a regra só seria aplicável aos fatos praticados após a vigência da lei.

Em tal cenário, e tendo em conta que a novel legislação disciplina institutos mais benéficos ao direito de liberdade do acusado, forçoso concluir que, se instado, o Supremo Tribunal Federal manterá a coerência de seu posicionamento para assegurar a aplicação imediata dos institutos não encarceradores.

Tendo em conta que o Poder Judiciário é o palco de asseguração das garantias fundamentais, todos os feitos em curso em que se tenha materializado qualquer coerção ao direito ambulatorial da parte merece imediata e pronta revisão.

Como consequência, todas as prisões pré-processuais ocorridas em situação de flagrância delitiva terão de ser submetidas a reavaliação, de modo que a prisão administrativa seja convertida em prisão processual, preventiva, ou, sendo possível, ser substituída por medidas cautelares diversas da privação da liberdade, fundamentadamente, sob pena de ilicitude do cárcere e consequente relaxamento da prisão ilegal.

No entanto, a aplicação imediata da lei de natureza mista, benéfica ao réu, não pode violar o sistema acusatório, que igualmente conta com assento constitucional. Tendo em mira que o Ministério Público é o titular da ação penal, deve o mesmo ser instado a se pronunciar sobre a aplicação das novas regras de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou na substituição do cárcere por liberdade provisória, com ou sem vinculação a medida cautelar, sob pena de o Juiz violar a separação de atribuições inerente ao sistema acusatório e lesar o direito público subjetivo do indiciado preso em flagrante de ter a contracautela da liberdade provisória estabelecida em seu benefício.

A discussão que se estabeleceu, mas que perdeu sentido com a vigência efetiva da lei, dizia respeito à possibilidade de aplicação imediata das regras processuais editadas *in bonam partem* no período compreendido entre a publicação do diploma e sua efetiva vigência.

Ainda que existam vozes em sentido diverso, alinho-me às lições do professor Damásio Evangelista de Jesus, segundo o qual nenhum instituto submetido a *vacatio legis* pode ter aplicação imediata, ao argumento de que a vigência condiciona a aplicabilidade da norma, sempre havendo a possibilidade de revogação da regra antes da sua vigência, como ocorreu com o Código Penal que antecedeu a reforma de 1984. Em situações como esta, como beneficiar um sujeito processual com regra editada que nunca entrou em vigor?

O novo sistema implementado pela reforma processual penal positiva, então, o conceito de que a prisão é instituto destinado a criminosos que impõem medo ao convívio social. A prisão em flagrante, ato administrativo pré-processual, é uma medida cautelar de natureza pessoal que se fundamenta na proteção imediata ao sujeito passivo da infração penal, na preservação da qualidade probatória e no restabelecimento da paz social, mas que não se sustenta de forma autônoma.

Presta-se a captura do ofensor da lei penal, no momento da prática delitiva ou logo após a execução da infração, mas aqueles delitos cujo cometimento não abala de sobremaneira a paz social e aos que terão ao criminoso aplicados institutos descaracterizadores já vigentes, não subsistirá a prisão. ◆

Da Interpretação Prospectiva da Lei nº 12.403/11

Érika Bastos de Oliveira Carneiro[1]

Neste estudo, passo a dissertar acerca dos temas ministrados no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da EMERJ, ressaltando-se que a abordagem a ser feita será atrelada à praticidade do tema, na medida do possível, diante da dificuldade de localização de julgados acerca da matéria, por se tratar de recente modificação legislativa.

Muito foi dito no curso acerca das alterações trazidas pela Lei n° 12.403/11, em especial quanto à necessidade de sua compatibilização com o sistema processual ora vigente. Contudo, saliento alguns pontos, por compreendê-los como nodais para a correta abordagem deste tema de suma importância.

Inicialmente, foi ressaltado que a nova lei deve receber uma interpretação prospectiva em detrimento de uma interpretação retrospectiva. Isso significa dizer que os institutos por ela introduzidos no ordenamento jurídico não podem ser lidos à luz da sistemática do CPP, que está sendo alterada. Nessa esteira, foi evidenciado por todos os palestrantes, sem exceção, que o grande objetivo da Lei n° 12.403/11 foi conformar a legislação ordinária à CRFB/88, em especial no que se refere às previsões trazidas pelos incisos LXI a LXVI do art. 5° da Magna Carta.

A formatação da prisão em flagrante, no Código de Processo Penal, era de juízo de antecipação da pretensão punitiva. A certeza visual da prática de determinado delito permitia essa antecipação. Ocorre que, desde a promulgação da CRFB/88, já se determinava uma releitura dessa previsão.

1 Juíza de Direito - 1ª Vara de São Pedro da Aldeia.

A prisão em flagrante perdeu esse caráter antecipatório e a sua natureza jurídica passou a ser de medida cautelar pessoal, cujos fundamentos são: a proteção à vítima, a garantia à paz social, a preservação da qualidade probatória, dentre outros. No que se refere às demais características do instituto da prisão em flagrante, é importante destacar que os artigos 301 a 305, 307 e 308 do CPP não foram alterados.

Já o *caput* do art. 306, reprodução de um dos direitos fundamentais previsto na CRFB/88, contém inovação, ao determinar a obrigatoriedade de se comunicar a prisão em flagrante também ao Ministério Público, o que não existia anteriormente. Os parágrafos deste artigo sofreram alteração redacional, mas permanecem iguais na sua essência.

O art. 309 foi revogado tacitamente, porque os incisos do art. 321 foram revogados expressamente. Aliás, antes mesmo dessa alteração, a doutrina já defendia que não subsistia mais a classificação de liberdade provisória vinculada (mediante fiança ou termo de compromisso) e sem vínculo, tendo em vista que a liberdade sem vínculo caracterizaria a própria liberdade plena. Nesse particular, a alteração legislativa apenas corrigiu a redação da lei, não havendo mais previsão de liberdade "provisória", nas hipóteses em que o acusado livra-se solto, independentemente de fiança.

Importante alteração realizada pela Lei n° 12.403/11 foi a positivação de rol de medidas cautelares diversas da prisão, no art. 319 do CPP, outrora não previstas expressamente e aplicadas ao processo penal por força da subsidiariedade das normas de processo civil, segundo o entendimento de alguns operadores do direito.

Como bem salientado pelo Professor Gustavo Badaró, não haveria mais apenas a opção entre liberdade e prisão. Para ele, tais medidas seriam alternativas e não substitutivas, uma vez que não se chega a decretar a prisão preventiva.

Pela atual sistemática, conforme nova redação trazida pelo art. 310 do CPP, o juiz, recebendo a comunicação da prisão em flagrante, a qual deve ser realizada pela autoridade policial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, possui três caminhos: o primeiro seria relaxar o flagrante, se ficar evidenciada que a prisão é ilegal. Não houve qualquer alteração nesse parti-

cular; o segundo, seria conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A liberdade provisória, na qualidade de contracautela processual, é direito subjetivo do indiciado a se contrapor à prisão, condicionando-se ao seu comparecimento aos atos do processo. Nesse aspecto, saliento que a regulamentação da fiança sofreu algumas modificações. A fiança, como direito subjetivo constitucional, permite que o agente, indiciado ou acusado, mantenha a sua liberdade até a sentença penal definitiva.

Uma primeira mudança é que haverá maior preocupação com a vítima, já que a fiança também servirá para pagamento de prestação pecuniária, decorrente da aplicação de pena restritiva de direito. A fiança agora está prevista como cautelar, mas não houve grandes alterações em relação aos demais regramentos a ela pertinentes, ressaltando-se que o valor máximo que poderá ser alcançado é de aproximadamente 106 milhões de reais.

O terceiro caminho é aplicar uma das medidas cautelares e, não havendo opção, decretar a prisão preventiva. O art. 310, II, do CPP prevê a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, observando-se o art. 312 e desde que não sejam adequadas e suficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Pelo sistema anterior, a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva era considerada como erro por parte de muitos doutrinadores, até porque o próprio STF permitia a manutenção do flagrante até a condenação definitiva, independentemente de decisão judicial fundamentada, a qual somente era exigida nos casos em que fosse indeferida a concessão de liberdade provisória, com base na presença dos requisitos da prisão preventiva.

Agora, pelo novo sistema, a prisão em flagrante passou a ter duração curta. Nessa matéria, já começaram a surgir diversas controvérsias sobre a correta aplicação dessa norma. Em primeiro lugar, o art. 310, II, do CPP só fez remissão aos requisitos do art. 312, e não às condições do art. 313; é defendido por alguns que bastaria a presença dos requisitos do art. 312, sendo conversão de flagrante em preventiva coisa distinta de decretação de prisão preventiva. Em segundo lugar, como muito bem salientado pelo Desembargador Paulo Rangel, a referida conversão somente deveria ocor-

rer depois da manifestação do Ministério Público, sob pena de violação do sistema acusatório, já que o Juiz não poderia formar *opinio delicti*, nem tampouco influenciar a formação do convencimento do promotor proferindo decisão prematura. Ademais, continua a previsão de que a prisão preventiva pode ser decretada durante a investigação policial e no curso da ação penal, havendo alteração apenas para restringir a hipótese de decretação de preventiva de ofício pelo Juiz quando já estiver em curso a ação penal.

Desse modo, continua a crítica doutrinária sobre a possibilidade de decretação da preventiva na fase do inquérito, porque, havendo justa causa para a decretação da preventiva, haveria também justa causa para o oferecimento da denúncia. Por conseguinte, permanece a crítica de que a decretação da preventiva no curso do inquérito caracterizaria constrangimento ilegal, até porque subsiste a prisão temporária.

Por fim, para a decretação da prisão preventiva, devem ser observados a natureza do crime e o perfil subjetivo do agente. Pode ser decretada a preventiva se o crime imputado ao agente possuir como sanção pena privativa de liberdade, se for doloso, e com pena máxima superior a 4 anos (já que, em tese, há possibilidade de substituição por pena restritiva de direito ou aplicação do regime aberto). Aliás, para crimes que não forem apenados com pena privativa de liberdade não cabe a aplicação de qualquer medida cautelar. Pode ser decretada a preventiva, ainda, se o agente for reincidente em crime doloso, caso em que a pena máxima pode ser até inferior a 4 anos.

Decreta-se a preventiva, ainda, quando o crime envolver violência doméstica, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, em especial aquelas previstas na Lei Maria da Penha. Últimos casos, quando houver descumprimento de medida cautelar imposta no processo e dúvida quanto à identidade do acusado, sendo certo que, uma vez esclarecida a identidade, o indivíduo deve ser posto em liberdade.

Para se decretar uma medida cautelar, o juiz deve ouvir previamente a parte contrária. E isso se aplica à prisão preventiva? Isso não deve ser sustentado, já que a prisão preventiva incute medo e o instinto de fuga pode acarretar a impunidade.

Outra inovação é a possibilidade de aplicação da medida de segurança de internação provisória, o que resolve grande problema, já que muitas vezes o inimputável ficava custodiado juntamente com o imputável.

O juiz não pode decretar a prisão preventiva se houver suspeita fundada de que o agente agiu sob o abrigo de uma causa excludente de ilicitude, nos termos do art. 314 do CPP. A prisão preventiva passa a poder ser substituída pela prisão domiciliar (que também tem natureza cautelar). Ocorre que a prisão domiciliar do art. 318 do CPP não pode ser confundida com a prisão albergue domiciliar, prevista no art. 117 da LEP, já que esta última é forma de cumprimento da pena.

Entendo, ainda, que o art. 10 do CPP deve sofrer uma releitura. O prazo para a conclusão do inquérito policial em dez dias continua o mesmo quando o flagrante for convertido em preventiva. Mas será de 30 dias quando não houver a referida conversão. Isso também altera o prazo para oferecimento da denúncia.

Por fim, ressalto que essa é apenas uma breve exposição sobre os inúmeros temas tratados no módulo ministrado, que muito contribuiu para a discussão e a reflexão dos magistrados integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro[1]

Inicialmente, faz-se necessário consignar que a nova Lei que deu nova redação a diversos dispositivos legais do Código de Processo Penal é muito recente e não houve, ainda, amadurecimento necessário dos juristas e muito menos da jurisprudência. Entretanto, o presente trabalho faz algumas considerações e reflexões sobre algumas situações reputadas bastante importantes neste momento, sendo certo que somente o tempo e a jurisprudência permitirão estabelecer uma exegese mais aprofundada e substancial, dando às modificações do sistema processual penal um tratamento justo e adequado e, principalmente, dentro da nossa realidade jurídico-social.

Oportuno desde logo lembrar que, durante o Curso, não se encontrou, tanto entre os magistrados quanto entre os próprios expositores, um entendimento uniforme ou admitido por expressiva maioria em praticamente nenhum dos institutos jurídicos inseridos, mantidos e/ou revogados pela nova Lei, o que impossibilitou, inclusive, a proposta e votação de enunciados que, desde o início, objetivavam algum entendimento dominante para possibilitar maior acerto nas decisões tomadas diuturnamente, evitando-se, assim, constrangimentos desnecessários aos indiciados/acusados ou a fragilidade das decisões, para resguardar a eficácia do processo ou mesmo a ordem pública.

A Lei nº 12.403/11, que recentemente entrou em vigor, decorre de estudos de uma comissão de juristas presidida pela eminente Professora

1 Juiz de Direito - 1ª Vara Criminal da Capital.

Ada Pellegrini Grinover, cujas conclusões deram origem ao Projeto de Lei nº 4.208/2001, que teve como propósito sistematizar as denominadas Medidas Cautelares.

A referida Lei, segundo o Professor Diogo Malan, teve inspiração nas respectivas legislações italiana (1988) e portuguesa (1987), sendo certo que, na Itália, somente existe a possibilidade da decretação da prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima cominada for superior a 4 anos, enquanto que, em Portugal, a prisão provisória somente tem cabimento nos crimes com pena máxima superior a 3 anos.

Nas duas legislações mencionadas, entretanto, existem medidas cautelares alternativas à prisão, de natureza coercitiva (Itália) e de coação (Portugal), além de outras assemelhadas àquelas recentemente introduzidas aqui no Brasil pela nova lei

Pela sistemática processual penal pátria até então vigente, em regra, o magistrado tinha à disposição apenas duas extremadas medidas: de um lado, a liberdade provisória, com ou sem fiança, e do outro, a prisão preventiva.

O certo é que, muitas vezes, e na ausência de uma disposição intermediária, logo era decretada a prisão cautelar, sendo certo, entretanto, que, em diversas situações, seria suficiente medida intermediária não tão gravosa ao acusado/indiciado e não tão branda quanto à concessão da liberdade provisória, normalmente sem fiança.

É bem verdade que alguns magistrados socorriam-se do Poder Geral de Cautela para aplicar a parte geral das medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil, consoante possibilidade prevista no art. 3º do Código de Processo Penal. A questão, entretanto, era controvertida.

Pelo novo texto legal e como corolário lógico da presunção de inocência estabelecida pela Constituição Federal de 1988, a regra passou a ser a liberdade plena, e somente em situações concretas de cada caso e previstas na Lei é que poderão ser impostas aos indiciados/acusados medidas cautelares, e só em ultimo caso e excepcionalmente, a prisão preventiva.

Assim, o problema agora parece estar solucionado, já que a nova Lei estabeleceu diversas medidas cautelares e alternativas à prisão e, mais

do que isso, vedou expressamente a possibilidade da decretação da prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima for de até 04 anos, salvo pouquíssimas exceções, enquanto que, nos demais crimes com penas mais elevadas, estabeleceu a possibilidade de decretação da prisão provisória, depois de o juiz examinar a possibilidade de impor uma medida cautelar alternativa, para, só então, e não sendo adequadas, necessárias e suficientes uma ou mais medidas alternativas, decretar a prisão do indiciado/acusado.

A recente Lei também impôs uma restrição ao juiz, tanto com relação às medidas cautelares quanto à decretação da prisão preventiva, quando couber. Na fase inquisitorial, o magistrado somente poderá estabelecer uma medida cautelar ou decretar a prisão preventiva do indiciado quando houver provocação do Ministério Público ou de outros sujeitos expressamente previstos na Lei, podendo, entretanto, depois de desencadeada a ação penal, fixar medidas cautelares ou decretar a prisão preventiva, mesmo sem provocação, podendo fazê-lo de ofício, observada a sistemática adotada e as exigências legais aplicáveis.

Os requisitos para a decretação da prisão cautelar vêm expressamente previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. Necessário lembrar, conforme já mencionado, que, em regra, não cabe prisão preventiva em crimes com pena máxima de até 4 anos. Entretanto, o art. 313 do CPP apresenta exceções, quando o indiciado/acusado tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvada a hipótese de prescrição da reincidência; quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo, neste caso, o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da prisão.

Ademais, além das referidas hipóteses, também caberá a decretação da prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima for de até 4 anos, quando tiver sido imposta ao indiciado/acusado uma ou mais medidas cautelares e ele, voluntária e injustificadamente, descumpri-las (parágrafo único do art. 312 do CPP).

Oportuno lembrar que, durante as exposições dos palestrantes no Curso, chegou a surgir um entendimento praticamente isolado no sentido de que, nos crimes cuja pena máxima fosse de até quatro anos, não caberia sequer a imposição de medidas cautelares, tendo em vista que, se as cautelares existem alternativamente ou para substituir a prisão preventiva, em não cabendo prisão, não teria cabimento a imposição de medidas que a substituem.

Entretanto, diante dos diversos dispositivos legais do Código de Processo Penal, modificados pela Lei nº 12.403/11, a referida posição não se sustenta pela interpretação sistemática da nova Lei e, em especial, pelo disposto no art. 321 do CPP, com sua nova redação.

Por outro lado, por maioria esmagadora, tanto dos magistrados que frequentaram o Curso quanto dos próprios palestrantes, a mencionada posição jurídica restou totalmente afastada.

No que se refere às medidas cautelares propriamente ditas e que foram introduzidas na sistemática processual penal pela nova Lei, observa-se, segundo o Desembargador Cairo Ítalo David, referendado pelo Professor Diogo Malan, que as novas medidas já são conhecidas no mundo jurídico pátrio.

O comparecimento periódico em juízo já era previsto tanto no *sursis* processual quanto na suspensão condicional da execução da pena; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares também já estava prevista na legislação pátria para as duas formas de *sursis* antes mencionadas e também no caso de livramento condicional e na fixação de penas alternativas; a proibição de manter contato com pessoas já vinha previsto na chamada Lei Maria da Penha para casos de violência doméstica; o recolhimento domiciliar já existia em hipóteses de execução penal; a suspensão para o exercício de função pública já estava prevista no Código Penal e visa a prevenir a prática de novos crimes e esta medida só cabe em crimes próprios de funcionários públicos; segundo o Professor Diogo, a internação provisória de inimputável ou semi, cuja finalidade é a resguardar a sociedade de novos atos violentos, também já estava prevista como forma de condenação (imposição) à medida de segurança; a fiança foi revitalizada e

incrementada com novos valores e, também, como forma de assegurar, inclusive, a indenização à vítima; e, finalmente, o monitoramento eletrônico, recentemente introduzido em nossa sistema na execução da pena e que o legislador não explicitou, mas, com toda certeza, poderá ser bem utilizado, como forma de fiscalizar e assegurar e tornar mais efetivo o cumprimento de outra medida cautelar.

Também foi estabelecido como medida cautelar a proibição de ausentar-se do país, com o recolhimento (entrega) do passaporte, hipótese que já era prevista e muito utilizada por legislações estrangeiras.

Necessário destacar que, em regra, para a imposição de medidas cautelares se faz necessário a intimação da parte contrária, estabelecendo-se, assim, o contraditório, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (§ 3º do art. 282 do CPP).

O tema "imposição das medidas cautelares" gerou bastante debate no Curso, principalmente no que tange a saber em que delitos têm cabimento tais medidas; discutiu-se se têm pertinência nas contravenções e em crimes culposos. O certo é que a nova lei não especifica se as medidas cautelares cabem nessas modalidades delituosas, tendo se limitado a estabelecer, tão somente, que as referidas medidas não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (§ 1º do art. 283 do CPP), fazendo parecer, assim, que tais medidas têm cabimento tanto nas contravenções quanto nos crimes culposos, já que em ambas as modalidades de infração há previsão de pena de prisão.

Outro tema que causou bastante controvérsia foi: em que momento a prisão em flagrante deveria ser convertida em prisão preventiva? Alguns expositores defenderam que o momento seria quando fosse encaminhado a juízo o auto de prisão em flagrante, ou seja, em 24 horas, conforme previsto no § 1º do art. 306 c/c. art. 310 ambos do CPP, e que, por via de consequência, o art. 10 do CPP e outros da legislação extravagante estariam revogados. Outros sustentaram que o antigo art. 306 e seu parágrafo já existiam e empregavam as mesmas expressões e prazos empregados na nova lei e jamais se cogitou de revogação do art. 10 do CPP e de outras disposi-

ções correlatas de outras leis; o novo art. 310 do CPP, na verdade, manteve incorreta e inadvertidamente a expressão auto de prisão em flagrante, eis que melhor seria que tivesse empregado simplesmente inquérito, ou seja, a integralidade do procedimento inquisitorial que se iniciou com a lavratura do auto de prisão em flagrante, já que é esse o entendimento que nos remete uma interpretação sistemática da nova lei, com as disposições não revogadas, entre elas, o art. 10 do CPP e disposições semelhantes previstas em outros diplomas legais.

Isso porque o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, na grande maioria das vezes não tem todos os elementos fáticos existentes no caso, de modo a avaliar plenamente qual das medidas previstas no at. 310 do CPP deve ser adotada, eis que, somente no corpo do inquérito é que virão outros elementos e circunstâncias fáticas, como laudos, oitivas de outras testemunhas e novas diligências realizadas na investigação, permitindo, assim, uma avaliação completa pelo juiz de todo o procedimento existente até aquele momento.

Desse modo, num primeiro momento e enquanto a jurisprudência não sinalizar o sentido que se deve tomar, parece mais adequado que, quando for encaminhado o auto de prisão em flagrante, o juiz faça uma avaliação quanto à legalidade da prisão, relaxando-a desde logo se for o caso e, posteriormente, quando for encaminhado o inquérito (que se iniciou com o APF), se pronuncie nos termos do art. 310 do CPP.

Esse posicionamento, aliás, também foi adotado por alguns expositores, destacando-se, entre eles, o Professor e Desembargador Paulo Rangel.

Uma situação bastante curiosa e que não foi abordada durante o Curso é a hipótese em que, em um crime com pena máxima cominada igual ou inferior a 4 anos, o réu, respondendo ao processo solto e uma vez citado por edital, não é localizado nem constitui advogado (art. 366 do CPP).

Por dever de ofício, é imposto ao juiz determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional, na forma do mencionado dispositivo legal. E, então, a justiça ficará parada, aguardando o réu resolver ser processado e espontaneamente comparecer em juízo para o prosseguimento

do feito? Qual a solução? Não se corre o risco de aguardar e chegar-se à prescrição pela pena máxima cominada (há decisões neste sentido!)? Aparentemente, essa hipótese é de clara e flagrante impunidade! Parece não haver solução, já que a nova lei proíbe a prisão preventiva nos crimes com pena de até 4 anos.

O eminente Professor e Desembargador Luis Gustavo Grandinetti, em breve conversa com este Magistrado, ponderou que, nessa hipótese e tratando-se de réu com paradeiro ignorado, deveria ser imposta uma medida cautelar ao réu, intimando-o a cumpri-la por edital e, diante do descumprimento da medida pelo acusado, poderia o juiz decretar sua prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 do CPP.

A solução apresentada pelo talentoso Professor parece ser a única forma possível de não se permitir que, em hipótese como a acima aventada, não ocorra mais um caso de impunidade em nosso país, e acredito que esse posicionamento deverá vir a ser consolidado pela jurisprudência.

Em síntese, acredito que a nova lei, com as imperfeições e dificuldades de interpretação que apresenta, foi boa, no sentido de estimular e estabelecer a adoção de medidas alternativas à prisão e, somente em último caso determinar a manutenção da prisão cautelar do réu durante o processo; entretanto, para conseguir essa escala, não precisava o novo diploma legal afastar a possibilidade de o juiz decretar, desde logo, a prisão preventiva do réu nos crimes leves e médios (pena máxima de até 4 anos), já que somente o magistrado, como guardião maior das liberdades individuais e, em especial, da de locomoção, poderá avaliar, caso a caso, quando e em que situação a prisão provisória deverá ser estabelecida imediatamente, não apenas para assegurar a efetividade do processo, mas também a ordem pública.

Para finalizar, no I Tribunal do Júri, onde exerço minhas funções jurisdicionais há longos anos como titular, tive oportunidade, recentemente, durante o período de *vacatio* da nova lei, mas já influenciado pelas suas novas disposições, de revogar a prisão preventiva de um réu, que era advogado e que teria procurado um amigo para ser testemunha e ratificar seu álibi, ficando estabelecia a ele a proibição de se aproximar e de man-

ter qualquer contato com as testemunhas que seriam ouvidas em juízo, inclusive as pessoas de seu círculo de amizades. O processo tem sua tramitação regular e ainda não ocorreu a audiência de Instrução e Julgamento, e somente quando da realização daquele ato é que poderemos saber se a medida foi suficiente e atingiu aos fins almejados. Tomara que sim!

Assim, encerro o presente trabalho, destacando que o Curso foi apresentado num momento bastante oportuno, em que todos, expositores e magistrados presentes, trouxeram suas ideias para o debate, na esperança estabelecer alguns pontos comuns, na certeza de se chegar a melhor prestação jurisdicional com a justa aplicação da nova lei, sendo certo, entretanto, que a ausência de uniformidade de entendimentos não ofusca os objetivos do curso; muito pelo contrário, motivou a todos uma ampla reflexão sobre a aplicação da lei nova, que somente a jurisprudência irá acalmar e pacificar o entendimento adequado sobre a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva. ◆

Do Reconhecimento de Garantias Constitucionais Processuais Penais pelo Ordenamento Jurídico (Uma Década de Evolução)

Felipe Carvalho Gonçalves da Silva[1]

O objetivo deste trabalho é analisar algumas mudanças que ocorreram no ordenamento jurídico, em especial no Código de Processo Penal, desde a década passada até a recente edição da Lei 12.403/2011, as quais visam a dar efetividade aos princípios da presunção da inocência, do contraditório, da ampla defesa e da assistência jurídica.

Já na década passada, além dos Juízos Criminais, ou aqueles de plantão, recebia a comunicação da prisão em flagrante também a Defensoria Pública, caso o indiciado não estivesse assistido por advogado.

A necessidade de comunicação da prisão ao Defensor Público defluia de determinação do executivo estadual à autoridade policial, estatuída pelo Decreto Estadual n.º 21.422, *in verbis*:

> "DECRETO Nº 21.422 DE 08 DE MAIO DE 1995
>
> DISPÕE SOBRE COMUNICAÇÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO
>
> O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais,

1 Juiz de Direito - 2ª Vara de Família, Infância e do Idoso - Capital.

CONSIDERANDO a necessidade de se dar maior eficácia ao princípio da ampla defesa, inscrito no inciso LV do art. 5º da Constituição da República;

CONSIDERANDO a garantia fundamental da assistência de advogado ao preso, inscrita no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República;

CONSIDERANDO que à Defensoria Pública, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, consoante inscrito no art. 134 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que os casos de prisão em flagrante, de pessoas que não têm advogado, só chegam ao conhecimento da Defensoria Pública muitos dias após da prisão, DECRETA:

Art. 1º - Nos casos de atuação de prisão em flagrante delito, de pessoa necessitada, que tenha de ser recolhida ao cárcere, a autoridade policial estadual, imediatamente e por ofício, comunicará esta prisão ao órgão da Defensoria Pública que funcionar junto ao Juízo competente para conhecê-la.

Parágrafo Único – O ofício acima referido será acostado ao da comunicação da prisão ao Juízo.

Art. 2º - O Secretário de Estado de Segurança Pública expedirá as instruções que entender cabíveis para o cumprimento do presente Decreto.

Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 1995.

MARCELLO ALENCAR

Pub- 09/05/95"

As razões da edição do decreto estão expressamente consignadas e se traduzem em EFETIVAR AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS daquele que é preso em flagrante delito. Da mesma forma que a prisão em flagrante deve ser comunicada ao Juízo competente, para averiguação da legalidade da prisão e cabimento da liberdade provisória, o decreto prevê que a custódia cautelar deve ser comunicada ao Órgão da Defensoria Pública.

Em 2007, a Lei nº 11.449 encampou a necessidade de comunicação de prisão ao Defensor Público quando o indiciado não houvesse indicado advogado.

O artigo 306 do Código de Processo Penal sofreu a seguinte alteração:

> "Art. 306. Dentro em vinte e quatro horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.
>
> Parágrafo único. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar." (Redação original)
>
> "Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007)

> § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública." (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007)

A Lei nº 12.403/11 trouxe nova alteração, incluindo a obrigatoriedade de comunicação da prisão também ao Ministério Público, dando controle maior ainda à prisão em flagrante, conforme se transcreve abaixo.

> "Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)
>
> § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)"

Apesar de o contraditório ser diferido, o procedimento inquisitorial deve ser qualificado por garantias mínimas para que se possa verificar mais tarde a existência do referido princípio, bem como do exercício da ampla defesa.

A consequência natural da não comunicação da custódia cautelar à Defensoria Pública no início da década passada era que somente nomeava-se defensor ao indiciado após o interrogatório. O indiciado ou acusado raramente era solto antes do interrogatório. Relembre-se que o interrogatório era o primeiro momento do exercício do direito de defesa do acusado, e que, em sua redação original, o artigo 185 do Código de Processo Penal não previa a necessidade de defesa técnica por ocasião do interrogatório, senão vejamos:

> "Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado."

Logo, a ilegalidade da não comunicação da prisão ao defensor público era grave e combatida cotidianamente pela Defensoria Pública, que desempenha no Estado do Rio de Janeiro importante e competente trabalho de controle da população carcerária. Ademais, não obstante sabermos que os Magistrados imparciais faziam questão de cientificar o réu de suas garantias constitucionais por ocasião do interrogatório, o direito nunca é plenamente exercido se o acusado não está previamente preparado para isto.

Era negado também à defesa o direito de pergunta, como explicitado no texto legal: "Art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas." (Redação original)

A Lei 10.792/2003 solucionou parcialmente o problema ao dispor que o interrogatório deveria contar com a presença de defesa técnica, direito a entrevista prévia e reservada e possibilidade de o defensor solicitar esclarecimentos ao réu. Neste ponto, o Código de Processo Penal sofreu as seguintes alterações:

> "Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado." (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

> "§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexis-

> tindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal." (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)
>
> "§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor." (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)
>
> (...)
>
> "§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso." (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
>
> "Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Naquele momento, faltava ainda o reconhecimento do direito do acusado a exercer a autodefesa após produção da prova oral. No que toca a esse particular, o interrogatório, que era o primeiro ato processual após a citação, passou a ser realizado imediatamente após a oitiva das testemunhas.

Vejamos:

> "Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do quere-

lante ou do assistente." (Redação original)

"Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas." (Redação original)

"Art. 396. Apresentada ou não a defesa, proceder-se-á à inquirição das testemunhas, devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar." (Redação original)

"Art. 394. O procedimento será comum ou especial." (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

"§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:" (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

"I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade"; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

"II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;" (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

"III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei." (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

(...)

"Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente,

recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias." (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

(...)

"Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado." (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

(...)

"Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate." (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao direito interno pelo Decreto nº. 678 de 06/11/1992, consagra no art. 7.º as garantias da liberdade pessoal, dentre elas, sublinhamos:

"2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo

> pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados – Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas."

O art. 8.º estabelece as garantias judiciais, a saber:

> "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:"
>
> (...)
>
> "d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu Defensor;"
>
> "e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear um defensor no prazo estabelecido pela lei;"

É de bem ressaltar que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos também possui respaldo constitucional, segundo o § 2.º do art. 5.º da CRFB/88.

Mesmo antes das alterações acima citadas, a doutrina sinalizava diversos dos direitos posteriormente reconhecidos. Citem-se as lições abaixo apontadas:

> "Como visto, o art. 5º, LXII, da CF assegura ao preso a assistência imediata do advogado, estendendo-se também a garantia a toda pessoa submetida a interrogatório (v., supra, n.º 5).

(...)

Isso significa a possibilidade da presença do defensor no interrogatório, tanto na polícia como em juízo, ainda que não possa ele formular perguntas e influir nas respostas (art.187 do CPP), o que é razoável, para que se resguarde plenamente a liberdade de consciência do acusado.

Aliás, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, a jurisprudência mais sensível havia fixado a necessidade de se possibilitar ao réu, antes do interrogatório, o contato com o Defensor ("O processo Constitucional em marcha", Ac.41:Ap.313.357).

"O VI Encontro dos Tribunais de Alçada assentou mesmo entendimento, recomendando que o ato citatório contivesse a advertência ao citando para, querendo, fazer-se acompanhar de advogado: TACrimSP, JTACrim 74/13, nota de rodapé. E em São Paulo, a Corregedoria Geral de Justiça recomendou aos juízes providências no sentido de possibilitar aos acusados entrevista com o defensor, antes do interrogatório (DJE 10.12.1983, p. 14). (**As Nulidades no Processo Penal**, Ada Pellegrini Grinover e Outros, Editora Revista dos Tribunais, 7.ª edição, 2001, p. 85 e 86).

Por derradeiro, merece ser transcrito:

"A Constituição Federal também estatui que ao preso será "assegurada" a assistência da família e de advogado (art. 5.º, LXIII); nesse ponto, entendemos que pela redação do dispositivo constitucional não permite concluir-se pela efetiva obrigatoriedade de uma efetiva assistência familiar ou profis-

> sional; o que se garante é a comunicação e a possibilidade da referida assistência. Assim, só haverá nulidade se for negado ao preso o exercício dessa faculdade."(**As Nulidades no Processo Penal**, Ada Pellegrini Grinover e Outros, Editora Revista dos Tribunais, 7.ª edição, 2001, p. 292).

O escopo da Carta Magna é possibilitar a assistência jurídica do acusado hipossuficiente, ou daquele que não constituiu advogado, a fim de se efetivar, em última *ratio*, o princípio do devido processo legal.

Releva observar que, com o recrudescimento dos requisitos da prisão provisória pelos artigos 282, 312 e 314 do Código de Processo Penal, alterados pela Lei 12.403/2011, e a possibilidade de substituição por medidas cautelares menos gravosas, afigura-se indispensável o controle do cumprimento de tal formalidade sacramental, sob pena de invalidade da prisão em flagrante, por tratar-se de nulidade absoluta por atipicidade constitucional.

Esses são os breves apontamentos e reflexões acerca dos temas abordados no CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. ◆

A Constitucionalidade do Fundamento "Ordem Pública" do Art. 312 do CPP – Necessidade de Observância da Cláusula de Reserva de Plenário para Afastar a Incidência, no Todo ou em Parte, do Referido Dispositivo Legal

Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes[1]

A Lei nº 12.403, de 04/05/2011, embora acrescente um parágrafo único ao art. 312 do CPP, manteve a redação original do "caput" do dispositivo. Assim, a prisão preventiva poderá ser decretada como "garantia da ordem pública", quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser comum a alegação de inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Os defensores dessa corrente enunciam que tal fundamento não teria qualquer finalidade de acautelamento da Instrução Criminal, buscando tutelar, tão somente, interesses genéricos da sociedade, como medida de segurança coletiva. Atuar além desse limite implicaria antecipação de pena, fundamentada em aspectos não ligados ao processo individualmente considerado.

Entretanto, ainda prevalece, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina, a defesa da constitucionalidade da norma processual vigente,

1 Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal - Capital.

quanto ao fundamento da ordem pública. De acordo com Guilherme de Souza Nucci[2], *"devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal"*. Em decorrência, a decretação de prisão preventiva busca responder a quesitos básicos, como *"gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa"*.

Nestes termos, se a infração penal repercute de modo intenso em determinada comunidade, a comoção social, a insegurança coletiva e o sentimento de impunidade podem justificar a aplicação da prisão cautelar, mesmo que o meio social atingido seja um bairro ou uma pequena comunidade.

De outra sorte, a ousadia do agente na realização do delito, bem como a premeditação ou o uso de métodos cruéis ou frívolos de execução, segundo o mestre, podem criar excepcionalidade ou anormalidade na conduta imputada, de modo a justificar a decretação da prisão preventiva.

Outros fatores, como a possibilidade de reiteração delituosa, a personalidade sádica ou perversa, a péssima conduta social e o envolvimento com organizações criminosas são motivos que podem causar intranquilidade social, evidenciando não só a periculosidade do indiciado ou acusado, como também a necessidade de seu encarceramento.

A posição do Professor Nucci vem tendo ampla aceitação na doutrina. Assim é que Andrey Borges de Mendonça[3] salienta que

> *"não se pode esquecer, portanto, dos objetivos de tutela de ordem social que, de igual modo, visa o processo penal, nas lições dos portugueses Rui Pinheiro e Artur Maurício. (...) Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva, para fins de garantia da ordem*

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63/65.

3 MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais.** Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 267.

> *pública, não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes"* (grifos do original).

No que tange à jurisprudência, são inúmeras as decisões do STF no sentido de que a fundamentação da medida cautelar de prisão preventiva com base na ordem pública é legítima e constitucional, como podemos ver dos HCs nº 106.293/SP, 89.143/PR, 99.181/SP, 84.658/PE, dentre outros.

Nessa linha, a Corte Suprema vem decidindo, por exemplo, que:

> *"a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos[4]"; "A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal[5]"; "A prisão preventiva do paciente, conforme se infere do decreto prisional e da sentença condenatória, foi decretada para a garantia da ordem pública, tendo em vista a sua participação em cerca de outros vinte roubos de motocicletas, o que evidencia a prática reiterada de crimes e, por conseguinte, a periculosidade do acusado[6]"; e "a periculosidade do agente concretamente demonstrada, como no caso, acrescida da 'possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública[7]'".*

4 HC nº 84.658/PE – Relator Ministro Joaquim Barbosa – 2ª Turma – DJ 03/06/2005.

5 HC nº 89.143/PR – Relatora Ministra Ellen Gracie – 2ª Turma – Sessão de 10/06/2008.

6 HC nº 99.181/SP – Relator Ministro Joaquim Barbosa – 2ª Turma – Sessão de 14/06/2011.

7 HC nº 104.346/SP – Relator Ministro Luiz Fux – 1ª Turma – Sessão de 07/06/2011; cit. HC nº 104.699/SP – Relatora Ministra Carmen Lúcia – 1ª Turma – DJ de 23/11/2010.

Não há dúvida, portanto, que, no âmbito do STF, por suas duas Turmas, a necessidade da prisão preventiva, quando presente risco para a ordem pública, é motivo legítimo para justificar o encarceramento do indiciado, em inquérito policial, ou do acusado, em ação penal.

O Tribunal Pleno, da mesma forma, já se pronunciou sobre a questão.

No *"Habeas Corpus"* nº 83.868-5/AM, a Ministra Ellen Gracie analisou a matéria com profundidade, sustentando que a maioria dos países europeus admite a decretação da prisão cautelar para evitar a reiteração criminosa. Portugal, no art. 204, "c", do Código de Processo Penal, permite a prisão preventiva na hipótese de *"perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa"*.

Conclui a Ministra que *"há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso à prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais"*. Afirma, ainda, que *"a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário*[8] *"*.

No mesmo julgamento, o Ministro Carlos Britto salienta que os elementos conceituais do fundamento "ordem pública" têm origem na necessidade de preservação da credibilidade das instituições. Destaca que o artigo 136 da Constituição Federal, que trata do Estado de Defesa, faz associação entre a ordem pública e o bem jurídico da paz social.

Assinala que

> *"o modo de execução do crime, revelador, portanto, dessa personalidade atrevidamente desafiadora das instituições – até porque a Juíza também revelava que ele propalava isso, debochava -, desafiadora da seriedade das instituições, descambaria, se não encontrasse resposta judiciária pronta, para uma situação de descrédito das instituições, notadamente, da própria Justiça, da própria Justiça (sic)".*

8 HC nº 83.868-5/AM – Ministra Ellen Gracie - Sessão de 05/03/2009.

No que se refere ao controle de constitucionalidade das normas, o sistema brasileiro, partindo do controle incidental puro – de inspiração norte-americana -, foi, aos poucos, incorporando institutos de controle concentrado europeu.

Com a Constituição de 1988, o controle concentrado ganhou mais abrangência, pois a nova Carta estabeleceu, como legitimados para a propositura da ADIN - além do Procurador Geral da República -, o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Conselho Federal da OAB, os Partido Políticos e entidades de classe de âmbito nacional.

Posteriormente, já na Emenda Constitucional nº 03/1993, acrescentou-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que poderia conferir efeitos vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, inclusive para medidas cautelares.

Dentro dessa progressão, as normas previstas no Código de Processo Civil, reformado em 1998, passaram a dispor que recursos manifestamente contrários à jurisprudência predominante poderiam ter negado o seu seguimento. Da mesma forma, se a decisão for manifestamente contrária a tal jurisprudência, o Relator, em decisão monocrática, poderá dar provimento ao recurso.

Assim, mesmo no âmbito incidental, verifica-se que a jurisprudência do STF ganhou caráter normativo, tendo efeitos para as partes e, também, *"erga omnes"* e abstratos.

As Leis nº 9.868/99 e 9.882/2000 conferiram aos procedimentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade caráter de processo legislativo, prevendo audiências públicas e a possibilidade de concessão de efeitos diferidos no tempo ("modulação"). Os efeitos das decisões terão eficácia *"erga omnes"* e vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em todos os níveis, compreendendo, inclusive, a interpretação conforme a Constituição e a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade, sem redução de texto.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 instituiu a chamada Súmula de efeitos vinculantes, com o objetivo de regulamentar a validade, a inter-

pretação e a eficácia de normas acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Uma vez editada a Súmula Vinculante, de qualquer ato administrativo ou decisão judicial que a contrariar, caberá Reclamação ao STF, que anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida.

Recentemente, em junho de 2008, o STF, interpretando o art. 97 da Constituição Federal, editou a Súmula Vinculante nº 10[9]. De acordo com a norma sumular, a chamada "reserva de plenário" vigora mesmo nas hipóteses em que a discussão não tem a inconstitucionalidade como tema principal.

Os órgãos fracionários dos tribunais estão impedidos de acolher arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato, devendo submeter a questão ao Pleno ou Órgão Especial, salvo nos casos em que já houver pronunciamento do próprio tribunal plenário ou do STF sobre a questão.

De outra sorte, nos últimos anos, vem ganhando força a tese da "transcendência dos motivos determinantes" das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que no controle incidental.

Mesmo antes das profundas transformações da legislação de controle de constitucionalidade, a "abstrativização" do controle difuso já era defendida pelo Ministro Moreira Alves, que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01/1993, perguntava se fazia sentido *"não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país"*. Considerava que não se deviam fomentar *"decisões expressivas de rebeldia"*, inexistindo interesse público nesse tipo de política.

No mesmo diapasão, Gilmar Mendes, no Processo Administrativo nº 318.715/STF, sustentou que o Recurso Extraordinário deixa de ter caráter subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir *"a função de defesa da ordem constitucional objetiva"*. A função dos REs não é a de resolver conflitos entre partes, nem o de revisar a decisão das *"cortes inferiores"*, sendo uma ferramenta para que o STF analise a validade em abstrato da norma impugnada.

9 "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

Tal entendimento foi seguido pela Ministra Ellen Gracie, no Agravo de Instrumento nº 375.011/RS, de 2004, no qual foi dispensado o requisito do prequestionamento, porquanto a inconstitucionalidade de lei municipal já havia sido declarada pelo próprio STF. O precedente foi aplicado a todos os casos análogos.

Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 298.694/2004, salientou que o RE *"transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade"*.

Em 23/02/2006, no julgamento do *"Habeas Corpus"* nº 82.959, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, concedendo ao Paciente o direito de progressão de regime, bem como destacando que a declaração não geraria consequências jurídicas para as penas já extintas.

Havendo resistência em generalizar o entendimento para outros beneficiados, porque os efeitos da decisão eram *"inter partes"* e não havia sido a norma suspensa pelo Senado, foi ajuizada a Reclamação nº 4.335/2006, contra decisão da Vara de Execução Penal de Rio Branco, no Acre, que mantinha a validade da norma declarada inconstitucional.

A Reclamação gerou divergência no próprio STF, tendo os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferido votos no sentido de que qualquer decisão de declaração de inconstitucionalidade, mesmo na via concreta, possui efeitos *"erga omnes"*, não havendo necessidade da Resolução prevista no art. 52, X, da Constituição Federal. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, defendeu, expressamente, que *"ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, O CONSTITUINTE RESTRINGIU A AMPLITUDE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE"* (grifos nossos).

A conclusão é que a Corte Suprema, por seu Pleno, bem como por suas Turmas, vem decidindo, reiteradamente, que o fundamento "ordem pública" do art. 312 do Código de Processo Penal encontra acolhimento nos princípios da Constituição Federal, sendo patente, não só a constitucionalidade da norma processual vigente – mantida pela Lei

nº 12.403/2011 -, como também a necessidade de sua existência para a preservação da paz social.

Essa corrente jurisprudencial pacífica encontra apoio na melhor doutrina processual.

Em decorrência, podemos asseverar que, havendo decisões de tribunais inferiores ao STF em sentido contrário, poderá ser utilizada, na forma do art. 103-A, § 3º, da CF, a Reclamação, com base na "Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes", para manter a soberania da jurisprudência dominante na Corte Suprema e cassar a decisão judicial reclamada, inclusive se proferida por Juízes singulares.

Por outro lado, em obediência ao Enunciado nº 10 da Súmula do STF, os órgãos fracionários de todos os tribunais não poderão negar vigência ao fundamento "ordem pública" do art. 312 do CPP. Diante da inexistência de norma específica na lei processual penal, deverá ser obedecido o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC, aplicados analogicamente.

No caso de decisão plenária contrária à vigência do art. 312 do CPP, poderá haver cassação do Acórdão, mediante Reclamação, porque em evidente discordância com a jurisprudência dominante no STF.

As decisões reiteradas da Corte Suprema sobre a matéria, portanto, têm caráter vinculante, *"erga omnes",* e devem ser utilizadas como paradigmas para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas três esferas.

A mudança na legislação brasileira acerca da prisão preventiva, pois, não trouxe nenhuma mudança a respeito da legitimidade do fundamento "ordem pública", que encontra justificação constitucional, consoante jurisprudência reiterada do STF, e segue a lógica da evolução dos instrumentos de proteção da paz social.

Se a própria Corte Suprema vem reconhecendo que a natureza das decisões de decretação de prisão preventiva pode ter por fundamento o acautelamento do meio social, evitando a instabilidade das instituições, não existe sentido em negar vigência a tal dispositivo, o que justifica a utilização dos modernos meios de uniformização e vinculação da jurisprudência, previstos na Constituição Federal, de modo a preservar a segurança jurídica. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Geórgia Vasconcellos da Cruz[1]

Publicada em 04 de maio de 2011 e em vigor 60 dias após sua publicação, a novíssima Lei 12.403/11 trouxe alterações ao Código de Processo Penal há muito aguardadas. Por se tratar de ampla mudança na lei processual penal com grandes reflexos na liberdade humana, ocorreu (e ainda ocorrerá por bom tempo) um estardalhaço compreensível em uma sociedade castigada pela violência, desigualdade social e falência da política prisional.

Algumas medidas encampadas pela nova lei vieram ao encontro do que já propunha, há tempos, boa parte da comunidade jurídica, enquanto essas mesmas medidas, para outra parcela da sociedade, apresentaram contornos diametralmente opostos ao esperado.

O curso realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro nos meses de julho e agosto de 2011 atingiu o objetivo de trazer ao conhecimento dos magistrados várias opiniões sobre o instigante tema relativo às medidas cautelares na seara penal. A diversidade de posicionamentos sobre a questão, algumas vezes de forma até contundente, ao revés do que muitos podem pensar, a meu ver somente enriqueceu a discussão, abrilhantando-a.

Dada a extensão do tema, apenas alguns dispositivos serão aqui comentados, a iniciar pela nova redação do art. 310 do CPP:

> "Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

1 Juíza de Direito da 35ª Vara Criminal - Capital.

> I – relaxar a prisão ilegal; ou
> II – converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
> III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
> Parágrafo único (...)"

Este foi um dos pontos que mais celeuma suscitou, em razão de seu distanciamento entre a prática e a proposta do dispositivo. E assim ocorre porque o texto é claro, ao mencionar que uma das três medidas deve ser tomada quando o juiz receber o "auto de prisão em flagrante".

No cotidiano das Varas Criminais, inicialmente o Juiz recebe mera comunicação de flagrante, peça despida de maiores informações e, por isso, dotada de pouquíssimos elementos que permitam aferir eventual ilegalidade da prisão. O auto de prisão propriamente, tal como mencionado no artigo de lei, em regra, demora alguns dias para ser recebido pelo Juiz.

Assim, entenderam alguns Magistrados que, ao receber a simples comunicação do flagrante, cabe ao Juiz tomar uma das medidas do art. 310, dada a natureza das mesmas, cuja índole é claramente de proteção aos direitos constitucionais.

Em contraponto, considerando a falta de informações da mera comunicação do flagrante e ainda em uma interpretação literal, entenderam outros que somente com o auto deverá o Juiz tomar uma das referidas medidas do art. 310.

Terá de haver evidente compasso entre o Judiciário e a Polícia, sob pena de frustrar a aplicação da lei. Nesse particular, entendo que teria sido profícuo o comparecimento de Delegados de Polícia ao curso, os quais debateriam ideias e trariam um outro olhar para esse problema.

Ainda nesse dispositivo, discutiu-se acerca da necessidade de prévia manifestação do Ministério Público sobre o relaxamento da prisão, conversão em preventiva e concessão de liberdade provisória, vez que silente a lei.

Alexandre de Moraes da Rosa entendeu que, independentemente de manifestação do *Parquet*, diante de ilegalidade na prisão, a mesma deverá imediatamente ser relaxada, inexistindo razão e, sendo mesmo "absurdo" (em suas palavras) que, diante de uma situação de ilegalidade, tenha o juiz de ouvir previamente o Ministério Público.

Alguns colegas ouvidos e outros participantes da mesa pensaram diversamente, com fundamento, em síntese, em ser o Ministério Público o *dominus litis*, podendo significar um atropelo o juiz decidir sem consultar o *Parquet*.

O art. 313 do CPP, especialmente em seu inciso I, trouxe estridente mudança, a ponto de, na véspera da entrada em vigor da lei, jornais de grande circulação terem publicado críticas retumbantes contra o dispositivo, inclusive provenientes de membros da Magistratura carioca, os quais expressaram irresignação, dado o caráter benéfico da norma para aqueles que cometam crimes de pena máxima até 4 (quatro) anos.

Dispõe o referido artigo:

> "Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
> I – *nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro)anos;*
> II – se tiver sido condenado ...
> III – se o crime envolver violência doméstica..."

Independentemente da concordância do magistrado com a norma, a redação não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade de sua adoção naquelas hipóteses, sendo infrutífera qualquer tentativa de "interpretar de outra forma" regra tão clara e objetiva.

Feliz em suas palavras foi o palestrante Geraldo Prado na abordagem do tema, ao dizer que, embora existam diversas formas de interpretação da lei, há casos em que "porta é porta; porta não é janela", ou seja, não há como o Juiz fazer diferente do que está ali escrito, não há margem para entender diversamente.

No capítulo chamado "Das Outras Medidas Cautelares" estão as medidas que, a meu ver, poderão de fato produzir resultados benéficos e gerar àquelas pessoas às quais forem direcionadas a possibilidade de correção em suas condutas, sendo a mais notável delas a do inciso IX (monitoração eletrônica), utilizada em outros países com êxito.

O monitoramento eletrônico consiste na fiscalização *extra muros* do cumprimento da pena imposta pelo Estado, mediante equipamentos tecnológicos (pulseiras, tornozeleiras) que permitem saber a localização do apenado.

A implantação da medida, conforme exposto nos debates, não é pacífica. Os defensores argumentam que tal monitoramento acarretará uma redução significativa de população carcerária e, consequentemente, menor gasto com o preso e, ainda, o afastamento do apenado do ambiente da cadeia, que em nada ressocializa no Brasil.

Já os que são contrários à medida assim o fazem por entenderem que haveria ofensa ao princípio da privacidade, pois "marca" a pessoa pela pulseira ou tornozeleira usada, que fica exposta, trazendo constrangimento e até humilhação. Acrescentam que uma política séria de reinserção social e criação de mais vagas de trabalho seriam as únicas medidas realmente socializadoras.

Em países desenvolvidos, o monitoramento é de praxe. No Brasil, como qualquer medida inovadora, de início, poderia até causar inconvenientes e mesmo preconceito, mas o tempo certamente sedimentaria a mudança e os apenados, creio firmemente, prefeririam ser monitorados a ter de cumprir pena nas penitenciárias brasileiras.

As medidas elencadas nos incisos II e III (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; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante) são extremamente mais úteis do que simplesmente encarcerar o acusado, pois impedem que este tenha contato unicamente com as pessoas ou lugares ligados ao fato em apuração, inexistindo motivo para segregação total.

Na mesma esteira estão as demais medidas; isto é, revestem-se de

natureza íntima com o fato cometido e, por isso, devem receber não só melhor acolhida, como principalmente mais reconhecimento.

A título de exemplificação, nesta última semana, um homem de 62 anos de idade respondia perante um Juízo Criminal por ter sido preso em flagrante ao bater em seu pai, de 84 anos. Diante do acusado, o que se via era um idoso de 62 anos que aparentava 80, com raciocínio visivelmente desorientado, dependente de bebida alcoólica e miserável.

Prendê-lo? Não me parecia ser a solução, ainda que em sede de cautelar. O caminho seguido foi o de proibir o acesso a bares e locais do gênero, além da proibição de contato do acusado com seu genitor, eis que este era sempre o alvo da agressão. A família procurou a Defensoria Pública e agradeceu...

O art. 320 recebeu críticas do palestrante Paulo Rangel, por trazer norma pouco passível de ser verificada no Brasil. Dispõe referido artigo: "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**..."

De fato, dissocia-se da realidade brasileira a ideia de que presos possuam passaporte, documento restrito aos de maior poder aquisitivo e que não compõem a população carcerária. Contudo, não é por tal razão que referida norma é falha, até porque o que se busca é aplicar a lei, independentemente de condição social, econômica ou cultural. Se hoje ainda não se alcança plenamente tal objetivo, em alguma hora haverá de se alcançá-lo e a lei estará "pronta".

Como resultado dos dias de palestra em torno da Lei 12.403/11, foi possível notar que a lei trouxe alterações profundas ao sistema processual penal e, como acontece quando as mudanças são de grande porte, suscitou polêmica, mormente diante do curto período de *vacatio legis*, o qual deveria, a meu sentir, ser bem mais dilatado.

Contudo, a lei está em vigor e cumpre aos juízes lembrar que tratar cada um dos acusados considerando as *características* de cada um e as *particularidades do caso concreto* é a forma mais sensata de conferir utilidade à lei, de atender seu escopo e, assim, efetivamente trabalhar para modificar o quadro carcerário brasileiro, o que repercutirá diretamente na diminuição da violência. ◆

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Hindenburg Köhler Brasil Cabral Pinto da Silva[1]

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, alterou dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares. Foram alterados os artigos 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439.

O Desembargador do TJ/RJ, Professor Doutor Geraldo Prado, apresenta a nova Lei Processual Penal da seguinte forma:

> *"Apresentação do tema e 'do preso'!*
> *A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, tem sido assunto frequente entre os que atuam ou pretendem atuar na área criminal.*
> *Apenas nesta semana conversei com vários jornalistas, alunos e advogados sobre tópicos direta ou indiretamente relacionados ao novo regime das cautelares penais.*
> *Extraio somente dois aspectos, entre as várias questões que o novo modelo projeta, porque se trata de temas que preocupam o CNJ e as corporações profissionais, às vezes às voltas com atritos que resultam em acionamento do sistema de justiça criminal: a apresentação do preso ao juiz; e a prisão-captura, há muito conhecida, mas eventualmente negligenciada quando o caso escorrega para o corporativismo.*
> *Antes, destaco uma imagem com a qual trabalho rotineiramente*

1 Juiz de Direito da Vara Criminal de Resende.

em palestras. Proponho que vejamos a Constituição como um grande plano arquitetônico, algo como o projeto de Brasília, obra de Oscar Niemeyer e Lúcio Costa. Mesmo o gênio de ambos não demitiu os responsáveis pela execução do projeto da (árdua) tarefa de transportar para o 'real' aquilo que fora imaginado.

E no traslado da ideia ao concreto outros microprojetos são demandados. Trata-se de 'plantas', portanto, também ideias, que especificam o que, em linhas gerais, havia sido 'desenhado' por Niemeyer e Costa.

Os arquitetos responsáveis pelo 'detalhamento' do projeto funcionaram como legislador ordinário. Esses arquitetos foram necessários como o Congresso é relevante na mediação Constituição/Leis, pois articularam 'imagem' e 'real', tomando por base o macroprojeto (na metáfora, a Constituição), mas com evidente liberdade de conformação que, respeitados os traços mais abrangentes, ajustam a obra concreta às condições de vida planejadas, tal seja, orientadas ao futuro.

Em face de um 'projeto' transformador, como a Brasília do fim dos anos 50 do século passado, sem dúvida muitas objeções foram opostas: da oportunidade à necessidade, passando pela argumentação da impossibilidade prática de 'construir' a cidadela preconizada.

A síntese, sempre perigosa, pode ser traduzida por mim da seguinte maneira: cuidava-se de objeções culturais (algumas certamente de cunho apocalíptico, como tem sido certas análises dos efeitos da nova lei das medidas cautelares penais).

A simetria entre os dois termos da figura de estilo aparentemente para aí. É que, ultrapassado o marco autoritário do regime militar de 64, a Constituição de 88 se impõe perante a ordem jurídica brasileira. Não se trata de questão de preferência!

Disso parece evidente que as resistências culturais à execução do projeto constitucional de 88 (muito alterado por Emendas, reconheço) são eliminadas à medida em que o Congresso, atuando a política ordinariamente, cumpre o papel dos arquitetos responsá-

veis pelas linhas mais específicas da obra geral.

Em outras palavras. O Congresso (pela Lei nº 12.403/11) minucia o projeto geral inscrito na Constituição e oferece aos profissionais (Delegados, MP, Juízes, Defensores etc.) a indicação precisa dos materiais, ferramentas e itinerário a serem empregados e seguidos quando o tema consiste em intervenção provisória sobre a liberdade e os bens de pessoas titulares da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CR).

Claro que ainda se justifica esperar um 'microprojeto' mais amplo, sistemático, organizado de forma harmônica. Em suma, um novo Código de Processo Penal (o de 1941, alterado ou mutilado, conforme as 'preferências semânticas de ordem ideológica', distorce o comando constitucional e afunda a 'Brasília jurídica' em um pântano que traga as expectativas democráticas). Mas, enquanto não se tem um novo código, há uma edificação mais arejada e conforme a Constituição (conformada à presunção de inocência) no campo das medidas cautelares penais.

Posta a matéria nestes termos e definido o âmbito normativo, a partir da noção clara de que as medidas cautelares penais são, no geral, intervenções sobre direitos fundamentais de pessoas titulares da presunção de inocência, é a presunção de inocência a referência constitucional (extraída, pois, do 'plano geral da obra') a que todos estamos atrelados: do legislador ordinário ao profissional responsável por prender, soltar, limitar a liberdade de locomoção etc.

Mas não se trata somente de concretizar a presunção de inocência, limitando os casos em que, na investigação ou processo, esta categoria é comprimida (na forma atual/revogada a presunção de inocência via-se esmagada pela lei e pelas interpretações autoritárias que o CPP supostamente autorizava).

Em conversa com o advogado Luis Guilherme Vieira (militante das questões institucionais da advocacia no Rio de Janeiro) lembrei a ele as importantes lições de Alessandro Baratta (Crimino-

logia Crítica e Crítica do Direito Penal, RJ, Revan, 2002). O extraordinário pensador italiano articulou as dimensões processual e penal do encarceramento às políticas de marginalização e controle social.

Entre a prisão em flagrante como 'intervenção estacionária do conflito' (e aí a base da prisão-captura que, no Estado de Direito, por ser Estado e comprometer-se com a proteção dos interesses vitais das pessoas, impõe o dever de intervenção no momento em que uma infração penal está sendo praticada, para interromper-lhe a marcha e evitar suas consequências negativas) e a manutenção da custódia, que por sua vez imprime à marginalização uma força extraordinária, excluindo da vida social o preso e aqueles que dele dependem, há mais do que supunha a vã filosofia encarceradora! Claro que a atual/futura redação do art. 310 do CPP não eliminou a prisão em flagrante ou fez sucumbir a prisão preventiva. Nada disso.

Seguindo parâmetros de racionalidade e levando em conta os abusos cotidianos, que multiplicaram as prisões processuais no Brasil e repercutem no debate sobre a limitação do habeas corpus no projeto de novo CPP (antigo PLS 156), adota-se o modelo em que a prisão-captura permanece em vigor, como nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 69 da Lei nº 9.099/95), mas a manutenção da custódia está sujeita ao 'exame efetivo', pelo juiz, da sua necessidade.

Pessoas continuarão sendo presas em flagrante. A prisão em flagrante, como instrumento do poder de polícia (administrativo, portanto) dirigido a estacionar o conflito em andamento (infração penal) é a resposta da ordem jurídica aos atentados desferidos contra ela. É coercitiva.

*E a reação do preso contra quem o captura, desde que verificada a hipótese de flagrante delito, é antijurídica. O ato de prender, por seu turno, estará conforme a ordem jurídica, constatada a premissa da legalidade (***Teoria do Ordenamento Jurídico***,*

Norberto Bobbio, São Paulo, Polis, 1989).
Manter a prisão, porém, passa a ser excepcional. E não se trata da excepcionalidade meramente retórica, tão em voga em textos de decisões, mas apartada da vida das centenas de milhares de presos provisórios no Brasil!
Reorientada pela presunção de inocência, a atividade judicial pertinente ao controle da legalidade da prisão deixará de ser (ou deverá deixar) meramente protocolar para tornar-se 'exame efetivo' da legalidade (cuja violação desafiará o 'relaxamento da prisão') e da necessidade da custódia, agora pela via do decreto da prisão preventiva.
É certo que tudo será examinado no nível de cognição superficial que as circunstâncias de uma prisão em flagrante sugerem. O profissionalismo dos Delegados e do Ministério Público, porém, haverá de substituir o amadorismo das intervenções às vezes negligentes ou negligenciadas, comodamente, por causa da convicção largamente compartilhada de que 'quem está preso em flagrante assim permanecerá por um bom tempo!'
Esse 'tempo' não existe mais. Demonstra-se, no âmbito da cognição superficial das cautelares, que a liberdade afetará a investigação ou o processo ou ao juiz não sobrará alternativa senão restituir a liberdade à pessoa presa.
Por fim, a lei nova avança ao impor maior cuidado e controle aos casos de prisão. Manteve-se, todavia, distante das obrigações assumidas pelo Brasil, internacionalmente, quanto à oportunidade associada à técnica deste controle." (...)(geraldoprado.blogspot.com.br, sábado, 25 de junho de 2011, **As medidas cautelares penais**)

Como bem delineado pelo Desembargador Geraldo Prado, como o foi com Brasília, a nova Lei tem recebido diversas críticas e gerado muitas dúvidas quanto a sua aplicação aos casos concretos que diuturnamente são levados a apreciação dos Magistrados, Advogados, Delegados, Defensores

Públicos e Membros do Ministério Público.

O primeiro artigo alterado é o 282 do CPP, que passou a ter a seguinte redação :

> "Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
> I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
> II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
> § 1o As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
> § 2o As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.
> § 3o Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.
> § 4o No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).
> § 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
> § 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."

Conforme o Magistrado e Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci:

> "Inicialmente, introduz-se no título IX, além da prisão e liberdade provisória, a expressão medidas cautelares, dando ensejo à criação de várias alternativas à prisão, que podem ter resultado positivo, quando aplicadas em casos concretos. Aliás, vale ressaltar, muitas delas já constituem penas alternativas(v.g., art.319,II, CPP, em confronto com o art.47, IV, CP) ou condições para a suspensão condicional da pena(v.g., art.319, I, CPP, em confronto com o artigo 78, §2°, c , CP). Ora, se a legislação brasileira considera tais medidas eficientes para punir o indivíduo, naturalmente não se pode negar o seu caráter intimidativo para efeito de acautelamento no âmbito processual penal.
>
> Em linhas gerais, os requisitos para a aplicação das medidas cautelares concentram-se, basicamente, na necessidade e na adequação, como se pode constatar da leitura dos incisos I e II do art. 282.
>
> Não se pode olvidar que as mediadas cautelares, previstas no Título IX do Código de Processo Penal, envolvem várias modalidades de restrições à liberdade individual, desde a mais grave, consistente na prisão, até a mais leve, baseada na proibição de contato com determinada pessoa. Por isso, não podem ser decretadas sem base legal e fática, uma vez que, acima das regras processuais, encontra-se o princípio constitucional da presunção de inocência(art. 5°, LVII, CF).
>
> O estado de inocência pressupõe que eventuais restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro caráter das novas medidas, que se associam à prisão cautelar: necessariedade."(**Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011** – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, página 26.)

O Professor Doutor Luiz Flávio Gomes resumiu em 15 tópicos as principais mudanças da nova Lei 12.403/2011:

> "Resumo em 15 tópicos sobre as mudanças da Lei 12.403
>
> 1) Ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão.
>
> Além da fiança e da liberdade provisória, o novo art. 319 traz 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva que, com a reforma da Lei 12.403, passou a ser subsidiária.
>
> 2) Prisão preventiva como medida excepcional (*extrema ratio* da *ultima ratio*).
>
> Segundo Luiz Flávio Gomes,[1] a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a *extrema ratio* da *ultima ratio*. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último a prisão, por expressa previsão legal.
>
> 3) Compatibilização constitucional das hipóteses de prisão.
>
> A reforma da Lei 12.403 elimina a péssima cultura judicial do país de prender cautelarmente os que são presumidos inocentes pela Constituição Federal, tendo como base, unica e exclusivamente, a opinião subjetiva do julgador a respeito da gravidade do fato.
>
> 4) Manutenção exclusiva das prisões preventiva e temporária.
>
> Não existem mais outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP) e prisão temporária (Lei 7.960/89).
>
> A prisão para apelar, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão da sentença de pronúncia e a prisão adminsitrativa estão fora do sistema processual penal brasileiro.
>
> 5) Separação obrigatória de presos provisórios dos definitivamente condenados.
>
> Antes, a lei dizia "quando possível", o preso provisório ficará

separado do preso definitivo. Essa cláusula aberta e facultativa caiu, surgindo para o Estado o dever de separar os presos processuais dos presos definitivos.

6) Inexistência de flagrante como prisão processual.

A prisão em flagrante não é medida cautelar. Ela não tem mais o condão de manter ninguém preso durante a ação penal. OU o magistrado decreta a preventiva, de forma fundamentada (fato + direito), ou aplica medidas cautelares diversas da prisão (art. 319), podendo ainda, em alguns casos, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

7) Nova hipótese de prisão preventiva: descumprimento de outras medidas cautelares.

IMPORTANTE: já surgem na doutrina os primeiros comentários a respeito dessa modificação, sem os cuidados hermenêuticos necessários para a sua correta aplicação. Toda e qualquer prisão preventiva, mesmo a decorrente do descumprimento das demais medidas cautelares devem ter amparo legal nos arts. 312 e 313 do CPP. É caso de interpretação sistemática necessária.

Novo patamar da prisão preventiva: pena privativa superior a 4 (quatro) anos.

Se o réu for primário, e a pena máxima em abstrato cominada para o delito praticado for IGUAL ou INFERIOR a 4 anos, o juiz não terá amparo legal para decretar a prisão preventiva do indiciado/acusado. É uma cláusula legal objetiva.

9) Revogação da prisão do réu vadio.

Extirpou-se mais um dispositivo inconstitucional presente no Código de Processo Penal. As Ciências criminais, incluindo o direito processual penal, devem ser direcionadas aos fatos praticados, e não desenhadas pelo legislador para determinado grupo de pessoas.

10) Disciplina o cabimento da prisão domiciliar.

Surge a prisão domiciliar cautelar. Antes prevista para o cum-

primento de pena, agora a ideia migrou para o âmbito da ação penal e sua cautela. As hipóteses legais justificam-se ou pela condição pessoal do agente, ou pela condição de necessidade de seus dependentes.

11) Regula o cabimento da liberdade provisória cumulada com outras cautelares.

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

12) Ampliação das hipóteses de fiança, com aumento de seu valor.

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Acima desse patamar, apenas o juiz pode fixá-la, em até 48 horas.

O valor da fiança será fixado dentro dos seguintes intervalos legais: "Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos", sendo que poderá, dependendo da condição financeira do indiciado/acusado, ser: I – dispensada para o réu pobre; II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou ainda III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

13) Acrescenta, no Código de Processo Penal, um novo rol contendo 9 medidas cautelares diversas da prisão.

As novas medidas cautelares têm preferência sobre a decretação da prisão preventiva. O magistrado pode optar por uma ou mais cautelares concomitantemente, sempre justificando

sua decisão. A nova redação do art. 319 reza: 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.

14) Hipóteses claras de vedação para a fiança:

A lei, em seu art. 323, afirma que não será concedida fiança: I – nos crimes de racismo; II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

O art. 324 traz outras hipóteses de vedação da concessão da fiança: I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado

fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II – em caso de prisão civil ou militar; (…) IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

15) Criação de banco de dados de mandados de prisão mantido pelo CNJ

Temos um novo artigo no CPP: o art. 289-A.

Ele traz uma norma programática direcionada ao CNJ, pendente de regularização. Trata-se da criação de um banco de dados nacional, contendo todos os mandados de prisão expedidos no País. Assim que a pessoa procurada é presa, compete ao juiz processante informar o CNJ para a necessária atualização das informações.

[1] Prisão e Medidas cautelares – Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: RT, 2011."(http://www.ipclfg.com.br/colunistas/ivan-luis-marques/resumo-em-15-topicos-sobre-as-mudancas-da-lei-12-403/)

A Lei nova será redesenhada através da interpretação dos trabalhadores do Direito. O Desembargador e Professor Doutor Geraldo Prado com maestria estabeleceu a analogia entre os idealizadores da construção de Brasília e seus realizadores e os delineadores da mudança legislativa: "no traslado da ideia ao concreto outros microprojetos são demandados."

Muito se fez nesse curso e muito se fará com o fim de concretizar a "ideia" do legislador. ◆

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

João Guilherme Chaves Rosas Filho[1]

Introdução

O presente trabalho focaliza questões atinentes a mudanças operadas com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, em especial no que tange às medidas cautelares: a prisão cautelar, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, sendo que as demais medidas cautelares serão citadas apenas superficialmente.

Embora à primeira vista possa parecer que os institutos trazidos pela mencionada lei sejam novidade, a quase totalidade dos mesmos existia no ordenamento jurídico pátrio, porém, de forma difusa e em leis diversas.

O mencionado diploma legal veio, então, organizar e dispor num único sistema as medidas cautelares, dispondo-as de modo taxativo, discriminando sua hierarquia, como também o modo de aplicação.

Tal sistematização indica que o trabalho dos operadores do direito seria facilitado no que se refere à interpretação e aplicação de tais medidas na rotina forense. Porém, como em todo regime novo, surgem dúvidas, posições e opiniões diversas, que somente com a discussão contínua e a vivência diária serão devidamente equacionadas.

Da Prisão Cautelar

Até o advento da Lei 12.403/11, as prisões cautelares no processo penal podiam ser definidas em três modalidades: a primeira, a prisão tem-

1 Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de São Gonçalo.

porária que, embora tenha aplicação em momento pré-processual, é de natureza cautelar, pois visa ao deslinde do inquérito policial que, por sua vez, é o arcabouço da ação penal. A segunda é a prisão em flagrante, com a detenção do indiciado por ter cometido ou por ter acabado de cometer o delito, e, por fim, a prisão preventiva, já no curso do processo, ou excepcionalmente, antes da denúncia, que deverá ser oferecida logo em seguida.

Como a prisão temporária, ao menos em tese, não sofreu qualquer modificação com o novo regime, trataremos, tão somente, de apreciar a nova situação da prisão em flagrante e da prisão preventiva.

No sistema anterior, a prisão em flagrante era convalidada pela autoridade judicial, que dela tomava ciência, analisando os aspectos básicos e, sem maior necessidade de motivação, a mantinha, apenas descrevendo de modo genérico aspectos formais do ato de prisão.

Assim, a prisão em flagrante, por sua natureza imediata e direta, exigia somente que o juiz, em primeira análise, verificasse seu cabimento e regularidade, mas não trazia a necessidade de se avaliar com maior profundidade os requisitos da prisão preventiva, vez que, tal apreciação era feita após a *opinio delicti* pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia.

Com a nova redação do art. 306, § 1º e do art. 310, I, II e III, do CPP, dada pela Lei 12.403/11, o auto de prisão em flagrante deve ser remetido em vinte quatro horas ao juiz, que, então, decidirá se relaxa a prisão, caso ilegal; se concede liberdade provisória, com ou sem fiança; ou se converte a prisão em flagrante em prisão preventiva dando os motivos para tanto.

Assim expresso, parece não haver problemas com o novo tratamento dado à prisão em flagrante e consequentemente à prisão preventiva, mas após uma análise mais aprofundada, surgem questões relevantes a serem resolvidas.

A primeira questão é saber se o prazo de vinte e quatro horas definido no § 1º do art. 306 do CPP é o que o Juiz deve obedecer quando receber o auto de prisão em flagrante nos termos do art. 310 do mesmo diploma legal. Outra questão é se o Ministério Público deve ou não se manifestar antes do Juiz acerca da conversão da prisão ou liberdade provisória.

Sem embargo de opiniões em contrário, entendo que o prazo de vinte e quatro horas acima mencionado é o tempo máximo dado à autoridade policial para remeter o auto de prisão em flagrante ao Juiz, e este, recebendo o auto, apenas verifica a regularidade da prisão, devendo dar vista ao Ministério Público para se manifestar, e, somente depois disso é que a autoridade judicial poderá apreciar, a meu ver, acerca da conversão da prisão em flagrante.

Esse entendimento se dá pelo fato de que o Juiz não pode nem deve decidir sobre prisão preventiva sem que o *Parquet*, dono da ação penal, se manifeste antes e diga se vai efetivamente oferecer denúncia ou não e, em caso positivo, se o crime imputado vai ser o mesmo capitulado pela autoridade policial, bem como se postulará a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Se o Juiz se manifestar sobre a conversão da prisão sem que o Ministério Público seja ouvido, haverá o risco de decisão judicial inicial pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, com posterior promoção ministerial sem denúncia ou com acusação menos grave em que seja desnecessária a prisão, o que causa evidente prejuízo ao elemento detido em flagrante, pois aumenta o período de prisão do mesmo.

Dessa forma, embora não haja previsão legal expressa acerca da manifestação prévia do Ministério Público em casos de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, entendo, pelas razões acima expostas, que é indispensável que o *Parquet* tenha vista antes e se manifeste sobre a necessidade da mesma, sob pena de, se assim não ocorrer, retirar da autoridade judicial a isenção necessária.

Outro questionamento decorrente na nova sistemática é sobre se a prisão em flagrante é uma prisão a termo, como a prisão temporária, pois que deve ser convertida em preventiva em vinte e quatro horas ou ter mantida sua validade até a apreciação judicial sobre sua regularidade.

Decerto haverá quem entenda que a prisão em flagrante se torna nula se não apreciada judicialmente em vinte e quatro horas, o que ensejaria a soltura imediata do indiciado. Porém não caberia à autoridade policial decidir sobre tal nulidade e sim ao Poder Judiciário, primeiramente na

figura do Juiz Criminal singular, e caso este não reconheça a ilegalidade, pela Instância Superior.

Contudo, o prazo de vinte e quatro horas é peremptório apenas para a remessa pela autoridade policial dos autos em prisão em flagrante, e ai poderá ser a comunicação da prisão com a cópia do auto de prisão em flagrante, e então, numa sequência lógica, recebendo os autos o Juiz verifica apenas a regularidade da prisão e remete os mesmos ao Ministério Público que dirá sobre a necessidade da conversão, e após, com ou sem denúncia, os autos são conclusos ao Juiz que decidirá se converte a prisão, se concede liberdade provisória, com ou sem fiança, ou se adota uma das medidas cautelares previstas no rol do art. 319 do Código de Processo Penal, introduzidas pela Lei 12.403/11.

Ora, todo esse percurso deve ser feito no menor espaço de tempo possível, porém não se pode exigir, de modo absoluto, que seja em até vinte e quatro horas da data da prisão, até para evitar açodamento e indesejável solução injusta.

Como não restou descrito no texto legal um prazo máximo para a apreciação do Juízo acerca da conversão da prisão ou mesmo da manifestação prévia pelo *Parquet*, verifico que cinco dias seria um prazo máximo razoável para que a prisão em flagrante pudesse ser avaliada em todos os seus requisitos, pelo *dominus litis* e pelo Juiz, com a consequente decisão de conversão em prisão preventiva ou mesmo a decretação de outra medida cautelar alternativa, ou se é o caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com certeza, o prazo de vinte e quatro horas mencionado acima será interpretado de maneiras diversas pelos operadores do direito neste início de vigência da nova lei, e somente a discussão da matéria em encontros e seminários, como também as decisões judiciais em todas as instâncias, auxiliarão para o estabelecimento de um parâmetro mais definitivo sobre o assunto.

Das Medidas Cautelares Alternativas à Prisão

A Lei 12.403/11 trouxe modificações acerca de outras medidas restritivas, organizando e sistematizando as chamadas medidas cautelares que, em sua maioria, já figuravam no ordenamento jurídico pátrio, porém de modo difuso e em leis esparsas.

É preciso entender inicialmente que tais medidas cautelares vieram como alternativa à prisão, como meio de garantia para o processo, e que, como na prisão, se exige que estejam presentes os motivos de sua decretação, como também a escolha da medida mais adequada em cada caso.

Há justificado temor de alguns de que tais medidas sejam aplicadas indiscriminadamente sem que sejam efetivamente necessárias no caso em concreto, como por exemplo, em crimes em que sequer seria cogitada a prisão cautelar, mas que haveria aplicação de medida restritiva ao acusado somente pelo fato de haver previsão legal desta.

Tais medidas cautelares foram criadas para evitar que fosse decretada a prisão preventiva em casos em que, estando presentes os requisitos para a decretação desta, seria desproporcional manter o réu preso, e assim, a melhor solução seria a aplicação de uma dessas medidas, que seria suficiente para a garantia do processo.

Com isso, para a aplicação das medidas cautelares é preciso que estejam presentes os requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva, e esta sendo desproporcional, deve o Juiz escolher a medida suficiente no caso em concreto.

Contudo, se não estiverem presentes os requisitos para a prisão preventiva, o Juiz não pode decretar nenhuma das medidas cautelares previstas. Caso contrário, estará sendo criada situação mais prejudicial ao réu, o que não foi, evidentemente o que pretendia o legislador com a criação dessas medidas.

Dentre as medidas elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, destaca-se como novidade o monitoramento eletrônico, que, se funcionar de modo efetivo, será uma revolução na Justiça Criminal, sendo certo que, as demais medidas previstas já eram aplicadas em sua maioria,

como o comparecimento periódico em Juízo, a proibição de acesso ou permanência em determinados locais, a proibição de contato com determinada pessoa, o recolhimento ao lar, ainda que algumas dessas em fase de execução de pena e não propriamente durante o processo.

A especial importância do monitoramento eletrônico é que este, aplicado de modo correto, poderá viabilizar outras medidas cautelares, como o recolhimento ao lar, as proibições de acesso a determinados lugares ou de contato com certas pessoas, possibilitando a efetiva aplicação destas medidas e, consequentemente, trazendo maior tranquilidade ao processo e diminuindo sensivelmente a necessidade da prisão em casos em que esta era tida como única opção.

Porém ainda é cedo para saber como será a efetiva aplicação do monitoramento eletrônico como medida cautelar e as consequências deste nos processos criminais na prática diária, convindo aguardar o desenvolvimento do sistema para se ter ideia do alcance real desse novo instrumento.

Conclusão

Sem maiores digressões sobre o tema, restou clara que a intenção do legislador, ao instituir o novo sistema de medidas cautelares e sobre prisão, foi a de tentar diminuir as prisões preventivas nos processos criminais, estabelecendo alternativas aos aplicadores do direito que pudessem garantir o regular curso do processo sem que fosse necessária a decretação da medida extrema, que é a restrição máxima da liberdade.

Ocorre que, como em toda novidade, somente o tempo e a vivência, com a aplicação cotidiana dos novos institutos, irão balizar as ações e indicar os melhores caminhos a serem seguidos, restando a esperança de que ocorra o real aperfeiçoamento da justiça criminal como um todo. ◆

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Jorge Luis Le Cocq D'Oliveira[1]

Introdução

De início, cabe registrar que merece aplausos a iniciativa da EMERJ e da ENFAM, ao decidir promover o Curso aos juízes criminais de todo o Estado, com o propósito não só de atualizá-los, mas também, e principalmente, de fomentar o debate e proporcionar uma excelente oportunidade para que dúvidas e perplexidades – tão comuns quando do advento de uma nova lei – sejam dissipadas, ainda que isso não ocorra integralmente em um primeiro momento, o que também é natural.

Como é do conhecimento do meio jurídico, em 04 de maio do corrente, foi publicada a Lei nº 12.403/2011, cuja vigência teve seu início em 04 de julho, tendo o novel diploma produzido alterações substanciais em nosso Código de Processo Penal, reformulando todo o sistema de prisão processual e criando medidas cautelares alternativas à sua decretação.

Nesse contexto, doravante, passam a existir apenas três modalidades de prisão:

– a temporária, decretada somente na fase extrajudicial e na qual o Juiz terá de ser necessariamente provocado, ou pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, só sendo a constrição cabível nos crimes constantes do taxativo rol previsto na lei extravagante que a criou (a Lei nº 7.960/1989) e pelos fundamentos nela traçados;

– a preventiva, que prossegue podendo ser decretada em ambas as fases, sendo que, na inquisitorial, o Juiz não mais poderá agir de ofício,

1 Juiz de Direito do 2º Tribunal do Júri.

ressaltando-se que agora o assistente também está legitimado a requerê-la;

– a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Ficou, assim, definitivamente esclarecido que, além dos casos de prisão em flagrante, o particular só poderá vir a ter sua liberdade confiscada nas hipóteses acima descritas, dependentes sempre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Com a nova redação do art. 283, o Código de Processo adequou-se ao texto constitucional, fazendo desaparecer do ordenamento jurídico pátrio as prisões por pronúncia e por sentença condenatória recorrível.

A própria prisão em flagrante, que pode ser efetuada por qualquer do povo e cuja formalização é um ato administrativo por excelência, passou a ser jurisdicionalizada, o que será visto mais adiante.

No decorrer do curso, abordaram-se as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, notadamente a possibilidade de adoção de medidas que vinculem o investigado ou o réu à persecução penal e evitem a prática de novas infrações penais, sem levá-lo ao cárcere, reservando-se, assim, a prisão preventiva aos casos de absoluta e comprovada necessidade.

Embora reconheça no diploma em comento o mérito de oferecer ao Juiz novos instrumentos para assegurar a efetividade do processo – pois, realmente, há situações intermediárias em que, por um lado, a prisão cautelar afigura-se uma demasia mas, por outro, impõe-se ao acusado certas obrigações –, manifesto minha preocupação com duas possíveis consequências: o malogro de muitas das novas medidas, pelas naturais dificuldades de sua fiscalização, e o fortalecimento da (a meu sentir) equivocada concepção de que, em nome do princípio constitucional da presunção de inocência, toda prisão processual é um excrescência que deve ser combatida a todo custo.

Das Medidas Cautelares em Espécie

Conforme a nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, são as seguintes as medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para

informar e justificar suas 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. Além dessas, no art. 320 é prevista a proibição de saída do território nacional, devendo o indiciado ou acusado entregar o seu passaporte em juízo.

À exceção da internação provisória, todas as medidas são baseadas no senso de responsabilidade daquele que responde a inquérito ou processo criminal, que deve ter a exata consciência de que se trata de uma oportunidade única concedida pela Justiça e que o seu descumprimento pode importar no seu encarceramento cautelar.

A medida do inciso I, inspirada no sursis e em uma das condições obrigatórias da suspensão condicional do processo, para os crimes de pena mínima não superior a um ano (Código Penal, art. 78, § 2º, e Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 1º), tem a finalidade de *não permitir que o réu se esqueça da ação penal*, dificultando a sua revelia – pois será sempre mais fácil intimá-lo para os atos processuais –, além de possibilitar um certo controle sobre seus passos.

O inciso II, também extraído dos institutos do sursis e da suspensão

condicional do processo, é adequado para os casos dos eternos brigões de torcidas organizadas e casas noturnas e para todos aqueles que, voltando a determinado local, sentirão os mesmos estímulos que os levaram a delinquir.

A medida do inciso III, de inspiração na Lei Maria da Penha, deve ser utilizada para proteger vítimas e testemunhas, mas obviamente só terá eficácia com acusados que não ostentem periculosidade e não sejam violentos.

A medida do inciso IV, também baseada no sursis e na suspensão processual, deve ser aplicada com frequência, já que a presença do indiciado ou acusado será sempre conveniente ou necessária à investigação ou instrução, ainda que o mesmo tenha o direito de silenciar. Pode surgir a necessidade de reconhecimento, acareações etc. Penso que tal medida, no universo das cautelares, deve ser sempre imposta, só devendo ser excepcionada por razões profissionais ou por outro motivo sério, devidamente comprovado.

A medida do inciso V constitui uma novidade; é bem mais restritiva da liberdade do apontado autor da infração penal – que, a rigor, só poderá sair de casa para trabalhar e nada mais – e, por isso, o Juiz só deve aplicá-la quando perceber a insuficiência da providência de que trata o inciso anterior. Tal medida, logicamente, não se confunde com a prisão domiciliar – que, como o nome já diz, é prisão e não alternativa a ela – e só é cabível nos casos expressamente definidos no art. 318.

A medida do inciso VI parece ter sido direcionada, no primeira caso – suspensão da função pública, já prevista na atual Lei Antidrogas (art. 56, § 1º) – a maus policiais, a funcionários aduaneiros envolvidos com contrabando – aqui no âmbito da Justiça Federal – e a todos os casos de corrupção em geral, que, como a imprensa noticia quase que diariamente, não são poucos no Brasil. No segundo caso – suspensão da atividade econômica –, o alvo foram os autores de crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, ou seja, dos chamados *crimes do colarinho branco*. Além do natural prejuízo à colheita de provas, seria um escárnio que, tanto em um como em outro caso, o agente continuasse a exercer suas funções e a enriquecer ilicitamente, enquanto sua conduta estivesse sendo apurada.

A medida do inciso VII veio suprir uma lacuna na legislação proces-

sual. Com a extinção da medida de segurança provisória, desde o advento da Lei de Execução Penal (a Lei nº 7.210/1984), não havia providência adequada para as hipóteses em que um doente mental, autor de um delito grave, continuasse a pôr em risco a integridade das pessoas. Muitas vezes, o Juiz, por falta de opção, adotando a teoria da ponderação de valores – ou do *mal menor* –, terminava por decretar a prisão preventiva desse inimputável, que, até sentença, ficava confinado em uma unidade prisional comum e não em um hospital de custódia, que seria o mais acertado. Outro aspecto a ser abordado é que, certamente haverá casos de urgência (loucura furiosa, p.ex.) em que o Magistrado não poderá aguardar a elaboração de um laudo pericial, devendo decretar a cautelar em questão antes mesmo do pronunciamento dos louvados.

No inciso VIII, a Lei procurou resgatar o instituto da fiança, que andava em franco desuso no cenário do processo penal brasileiro. Agora desvinculada da prisão em flagrante, seus valores foram elevados e atualizados, sendo adotado salário-mínimo como seu índice – que, como possui previsão constitucional, não corre o risco de ser extinto, como ocorreu com outros índices, como o Salário Mínimo de Referência e o BTN, gerando infindáveis discussões sobre como deveria ser feito o arbitramento. Não há mais a vedação para a sua concessão nos crimes praticados com violência ou grave ameaça – o roubo e o homicídio simples (desde que não praticado por grupo de extermínio, já que aí tornar-se-ia hediondo), passaram a ser afiançáveis, o que não parece razoável. A grande inovação, contudo, está na possibilidade de a autoridade policial conceder fiança nas infrações punidas com pena corporal até quatro anos, independentemente de sua natureza (reclusão, detenção ou prisão simples) e, certamente, haverá questionamentos sobre se o Delegado poderá recusar a fiança, alegando que estão presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (art. 324, IV). Nos casos de absolvição ou extinção da ação penal, o valor da fiança passa a ser restituído com a devida atualização monetária, o que é correto.

No inciso IX, está a monitoração eletrônica, que a Lei nº 12.258/2010, fazendo inserções na LEP, já autorizara nos casos de saída temporária de condenado em regime semiaberto e de prisão domiciliar.

Haverá, seguramente, os que a criticarão, afirmando que o equipamento é vexatório, expõe o seu portador e, assim, fere o princípio da dignidade humana. O argumento afigura-se frágil, já que se trata de instituto benéfico ao acusado, que certamente vai preferir ser monitorado a ser encarcerado. O problema parece ser outro. Será que a administração judiciária do País terá condições de fornecer o equipamento, em número suficiente, a todos os juízos criminais? E será que vale a pena copiar modelos de legislações estrangeiras, quando nossa realidade é bem diversa e quando não se tem sequer a certeza de que tais modelos se mostraram eficazes onde já foram implantados? Não por acaso, em entrevista à **Revista Veja** (edição nº 2230, ano 44, nº 33, pág. 21), o psiquiatra inglês Anthony Daniels, que usa o pseudônimo Theodore Dalrymple e trabalhou durante quinze anos como médico em prisões britânicas, ao ser indagado sobre o que achava da adoção do monitoramento eletrônico e da fiança pela Justiça brasileira, respondeu, com conhecimento de causa:

> "Pela experiência britânica, tais medidas são um desastre. Um terço de todos os crimes da Escócia, inclusive estupros e assassinatos, é cometido por pessoas em liberdade condicional. Sou a favor desse recurso em algumas circunstâncias, como para crimes não violentos, mas para uso geral é uma tragédia. As tornozeleiras eletrônicas são uma temeridade em lugares onde a administração pública não é eficiente. Nem na Inglaterra a polícia consegue controlar os criminosos com esses equipamentos".

Agora a norma já está em vigor e só resta aguardar para ver os resultados de sua aplicação prática e isso caso os juízos criminais venham a dispor do aparelho em quantidade condizente com a demanda que certamente existirá.

No art. 320, como já consignado, está a proibição de que o agente deixe o território nacional, que, para a efetivação da medida, deverá entregar seu passaporte no prazo de vinte e quatro horas. Embora já se

diga que a providência não terá grande alcance, eis que a maior parte da *clientela* da jurisdição penal é de baixo poder aquisitivo e não possui aquele documento, é justamente nesse ponto que ela mostrará sua importância, já que atingirá o acusado de melhor padrão socioeconômico, ou seja, aquele que viaja com frequência para o exterior, alertando-o sobre suas obrigações processuais, além de inibir sua fuga. E tanto isso é verdade que tal medida já era adotada antes mesmo de sua previsão legislativa, com base no poder geral de cautela, inerente a toda função jurisdicional. Com a previsão expressa, não haverá mais margem para questionamentos.

Em suma, são essas as principais características das novas medidas cautelares, todas de cunho pessoal, algumas trazidas de outros diplomas legais e outras verdadeiramente novas. Tudo indica que, diante da enorme dificuldade na fiscalização de seu cumprimento, aquelas que dependem do senso de responsabilidade do indiciado ou acusado só surtirão o efeito desejado para os primários, sem antecedentes e não ligados à criminalidade violenta. Para os portadores de antecedentes, ainda que não reincidentes, mas já acostumados a lidar com a Justiça Criminal, dificilmente elas serão suficientes.

E sobre a eficácia das novas medidas, cabe destacar um ponto que suscitou e vem suscitando acesos debates. A Lei nº 12.403, ao alterar a redação dos incisos do art. 313, dispôs que a prisão preventiva será admitida *nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos*. Então, como ficaria a situação de um réu que responde por um delito cuja pena corporal máxima não ultrapassa aquele limite (um furto simples, p.ex.) e que descumpre as cautelares que lhe foram impostas? A prisão preventiva poderia ser decretada, nos termos do art. 282, § 4º, e 312, parágrafo único?

A resposta só pode ser afirmativa, desprezando-se uma interpretação meramente literal do primeiro dispositivo citado e buscando harmonizá-lo com os demais, para se alcançar os fins do novo sistema. As cautelares foram introduzidas em nosso ordenamento para serem cumpridas com seriedade. Não se pode admitir que, no caso exemplificado (o do furto simples), o acusado não honre as medidas impostas, raciocinando: para

que eu vou perder meu tempo com isso, se nada de mais grave pode me acontecer? Estaria consagrada a inocuidade do novo sistema...

Da Conversão da Prisão em Flagrante em Preventiva

De acordo com a nova redação do art. 310, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante terá três opções: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A primeira hipótese apenas materializa conhecido preceito constitucional (art. 5º, LXV), não havendo muito o que discorrer a respeito. A prisão em flagrante, efetuada fora dos casos disciplinados no art. 302 da lei processual, reveste-se de ilegalidade e deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. A terceira hipótese já era prevista no parágrafo único do antigo art. 310, ou seja, quando inocorrentes os requisitos da preventiva, o magistrado, após ouvir o Ministério Público, deveria conceder liberdade provisória.

A inovação está na segunda hipótese. A prisão em flagrante passou a ser jurisdicionalizada, não servindo mais como título legitimador da custódia. O juiz, ao receber a peça flagrancial, constatando ser a prisão legal, deverá analisar se estão presentes os requisitos da preventiva. Em caso negativo, concederá liberdade provisória, com ou sem fiança, com ou sem imposição de medidas cautelares. Em caso positivo, fará a conversão, inclusive – segundo entendimento que prevaleceu nos debates – determinando a expedição de mandado prisional.

Surgiram dúvidas de ordem prática. Aquela análise deve ser feita pelo magistrado com o recebimento do auto de prisão em flagrante, o qual deverá lhe ser encaminhado no prazo de vinte e quatro horas (art. 306, § 1º). E se tal prazo não for observado – o que ocorre com frequência, não por culpa da Polícia Civil e sim por sua exiguidade, já que muitas providências devem ser tomadas pela autoridade policial –, deve o juiz *apreciar*

a comunicação da prisão? Ora, se o próprio auto flagrancial não fornece elementos suficientes, o que dizer da simples comunicação?

Aliás, esse é um ponto deveras preocupante. O APF, como é sabido, invariavelmente traz em seu bojo apenas os depoimentos colhidos, a nota de culpa e, quando for o caso, autos de apreensão. Peças técnicas só costumam chegar depois. Raramente há informações precisas sobre os antecedentes do autuado. Nesse panorama, não é possível fazer-se um juízo seguro sobre a presença dos requisitos da preventiva, e a gravidade do crime – malgrado as críticas da doutrina e da jurisprudência – é a bússola que resta.

Sobre o tema, houve palestrante que sustentou que aquele juízo só deveria ser feito quando do recebimento da denúncia. As dúvidas não foram dissipadas.

Conclusão

Como registrei ao final da introdução deste relatório, tenho como louvável o propósito do legislador em procurar dotar o Judiciário de novos instrumentos para garantir a efetividade do processo criminal. Não se desconhece a gravidade do problema penitenciário do país, embora não se compreenda por que novas unidades prisionais não são construídas, permitindo a indesejável superlotação das prisões existentes, tornando-as cada vez mais desumanas. Dizem que não dá voto, mas isso já é outra questão, que foge ao âmbito deste trabalho.

Entretanto, como ensina a sabedoria popular, não adianta vestir um santo, despindo outro. Não será esvaziando as cadeias a qualquer custo, colocando nas ruas quem não merece, que o problema será resolvido. Em verdade, estar-se-á criando outro problema, só que para a população, que não faz as leis, não anda em carro blindado e não mora em condomínios protegidos por segurança armada.

Reafirmo as duas preocupações manifestadas. A impossibilidade de uma fiscalização rígida poderá propiciar o malogro das cautelares que dependam do discernimento do indiciado ou acusado. Como saber se ele realmente está respeitando o recolhimento noturno ou deixou de frequentar determinado lugar? Só o acaso irá auxiliar a autoridade que impôs a medida.

De outro giro, haverá os que verão nas novas medidas mais munição para o combate à prisão preventiva. O interessante é que outros países também adotam a presunção de inocência ou de não culpa, mas em nenhum deles se percebe uma interpretação forçada, extremada do princípio, como já está acontecendo no Brasil, ao ponto de que toda a prisão antes da condenação definitiva hoje é vista quase como uma heresia jurídica.

Já existe até um movimento para terminar com a ordem pública como requisito suficiente para a decretação da prisão preventiva. Cabe aduzir que o conceito vem sendo esvaziado ao longo do tempo pela própria jurisprudência, que vem assentando que a gravidade do crime, o clamor público, o prestígio e a credibilidade da Justiça, e até a fuga do acusado, não mais justificam o decreto prisional em seu nome.

Nesse contexto, em que a sociedade, atônita, se vê cada vez mais desprotegida, considerei bastante oportuna a intervenção do colega Luiz Márcio Vitor Pereira, que, convidado para atuar como debatedor em determinada palestra, produziu o contraponto necessário, com observações bastante consistentes sobre a aspereza do cotidiano de uma Vara Criminal.

Não é possível que os juristas, por mais preparados que sejam, continuem a pensar que só eles conhecem o Direito e só eles sabem o que é o melhor para a sociedade, pouco importando o elementar sentimento de justiça que esta ainda alimente e pouco importando também o enorme divórcio entre a interpretação que eles dão ao Direito positivado e aquele sentimento de justiça. E mais: dentre os juristas, só os que se intitulam garantistas é que sabem interpretar a Constituição. Algo deve estar errado.

Em um país cuja legislação admite uma infinidade de recursos, embargos, agravos, reclamações, recursos de recursos, em que aquele que pode pagar bons advogados consegue manejar todos esses recursos e adiar indefinidamente o trânsito em julgado, disseminando a ideia de impunidade que tanto nos envergonha, é cômodo e conveniente fulminar a prisão cautelar.

A medida cautelar e a prisão preventiva podem coexistir no ordenamento jurídico, sendo que a primeira só deverá ser implementada quando ausentes os requisitos para a segunda – como está claro na nova redação do art. 321 –, e só o caso concreto dirá quando uma ou outra deve ser aplicada. ◆

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Juliana Andrade Barichello[1]

O objetivo deste trabalho é discorrer sobre os principais pontos das palestras, enfatizando a importância das alterações introduzidas no sistema processual pela Lei 12.403/2011, que modificou vários dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança e liberdade provisória, criando medidas cautelares diversas da prisão.

Comunicação da prisão em flagrante e o art. 306 do CPP

De acordo com a nova sistemática trazida pela Lei 12.403/2011, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, terá três opções:

1) relaxar a prisão em flagrante, quando esta for ilegal;

2) conceder a liberdade provisória, que poderá ser com ou sem fiança, ou qualquer outra medida cautelar substitutiva;

3) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

A princípio, é de se observar que a legalidade da prisão deve ser analisada de pronto e independentemente de manifestação da partes, na própria cópia do auto de prisão em flagrante, na forma do artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, como já se fazia anteriormente.

A grande alteração, no entanto, fica por conta da norma contida no inciso II do art. 310 do CPP, que prevê a hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva, a qual só deverá ocorrer se não se mostrarem suficientes ou adequadas as demais medidas cautelares, na forma do § 6º do art. 319 do CPP.

1 Juíza de Direito da Vara Única de Seropédica.

Tal decisão de conversão deverá ser fundamentada, demonstrando-se o preenchimento dos requisitos genéricos de necessidade e adequação, bem como os requisitos específicos de acordo com o caso concreto. Trata-se de decisão a ser tomada pelo magistrado, independentemente de manifestação do Ministério Público, embora haja opiniões em sentido contrário, que defendem a necessidade de prévia oitiva do Ministério Público, diante do sistema acusatório que rege o nosso sistema penal.

De fato, nada impede que o magistrado, após a análise da legalidade da prisão, abra vista ao Ministério Público para manifestação quanto à necessidade de decretação da prisão preventiva, bem como da concessão da liberdade provisória com ou sem a imposição de qualquer outra medida substitutiva, nestas incluída a fiança.

Uma questão que tem gerado divergência é o prazo que o magistrado teria para se manifestar após o recebimento do auto de prisão em flagrante. Parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que, até a decisão, não poderá transcorrer prazo superior a 24 (vinte e quatro) horas. Outros sustentam que deve ser observado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, assinalado pelo Código de Processo Penal para situações semelhantes, conforme disposto nos artigos 322 e 335.

Por fim, há aqueles que sustentam que a análise da necessidade do decreto de prisão preventiva ou concessão da liberdade provisória seja realizada quando da conclusão do inquérito policial, vale dizer no prazo de 10 (dez) dias, na forma do artigo 10 do Código de Processo Penal ou de 30 (trinta) dias, no caso de tráfico de drogas, na forma do artigo 51 da Lei 11.343/06, evitando-se com isso manifestação de ofício do magistrado no que concerne à necessidade da prisão cautelar.

Medidas cautelares diversas da prisão

A Lei 12.403/2011 acrescentou ao Código de Processo Penal um novo rol, que contém nove medidas cautelares diversas da prisão, as quais poderão ser aplicadas de forma concomitante pelo magistrado, desde que de forma justificada e levando sempre em conta os critérios de necessidade

e adequação previstos no artigo 282, incisos I e II.

A primeira indagação que se apresenta é se poderia o juiz no processo penal adotar medidas cautelares não previstas legalmente com fulcro no chamado poder geral de cautela.

Em que pese o Código de Processo Penal não prever o chamado "Poder Geral de Cautela", parte da doutrina tem se posicionado no sentido da possibilidade de integração do ordenamento com as normas do Processo Civil, cujo Código respectivo prevê expressamente o "Poder Geral de Cautela" no artigo 798, CPC. Outros, no entanto, têm sustentado a taxatividade do rol do artigo 319, CPP, com base na observância do princípio da tipicidade processual penal sempre que se tratar de normas restritivas de direitos individuais.

Divergências à parte, merecem destaque as medidas cautelares previstas nos incisos VII, VII e IX do art. 319 do CPP. Vejamos.

O inciso V prevê a hipótese de internação provisória do acusado nos casos 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.

Para que ocorra a medida de internação provisória, prevista neste dispositivo, não basta que esteja comprovado nos autos que o acusado seja inimputável ou semi-imputável, sendo necessário concluir que este apresenta acentuada periculosidade, gerando risco de reiteração da conduta criminosa. Tal medida, entretanto, somente poderá ser aplicada no curso da ação penal, já que o legislador referiu-se apenas ao acusado, omitindo intencionalmente o termo investigado, presente em outros incisos.

O inciso VIII, por sua vez, confere caráter cautelar à fiança, como substitutiva da prisão, visando a assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitando a sua suspensão por ausência de citação pessoal, o que certamente criaria obstrução ao regular andamento do feito.

Será cabível fiança, de igual forma, quando houver resistência injustificada à ordem judicial. Sendo assim, havendo resistência injustificada à ordem do magistrado, poderá ser imposta ao réu fiança, no lugar de decretação a prisão preventiva.

Por fim, temos a medida cautelar de monitoração eletrônica, prevista no inciso IX do art. 319 do Código de Processo Penal, aplicável aos casos de saída temporária e cumprimento de pena em regime domiciliar na execução penal. Tal dispositivo tem gerado polêmica, havendo opiniões no sentido de que o uso de tal aparelho violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, entendemos que não há violação ao mencionado cânone constitucional, na medida em que se trata de uma alternativa ao encarceramento do réu, sendo, obviamente, esta última opção – prisão provisória - mais gravosa do que a precitada cautelar.

Observa-se, outrossim, que todas as medidas cautelares estabelecidas no Título IX não podem ser aplicadas à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Dessa forma, não será possível aplicá-las em relação às contravenções penais a que a lei comina, isoladamente, pena de multa.

Deve-se ressaltar, por fim, que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do CPP.

Concessão de fiança pela autoridade policial

A antiga redação do Código de Processo Penal previa a hipótese de concessão de fiança pela autoridade policial somente nas infrações punidas com detenção ou prisão simples.

A alteração do art. 322 do CPP, levada a efeito pela Lei 12.403/2011, ampliou, e muito, a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial, a qual poderá arbitrá-la nos crimes punidos com detenção ou reclusão, desde que a pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Havendo concurso de crimes, o somatório das penas máximas deve basilar a possibilidade ou não de concessão da fiança, na conformidade da Súmula 243 do STJ, aplicável na espécie análoga, ou seja, na suspensão do processo.

Idêntico raciocínio deverá ser utilizado em relação às causas de aumento de pena, que deverão ser consideradas para efeitos do cálculo da pena máxima.

Por outro lado, nas hipóteses de crimes tentados, deverá ser levada em consideração a redução mínima, aplicada à pena máxima, de modo a analisar a possibilidade ou não de concessão da fiança.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que os valores da fiança sofreram uma elevação considerável, podendo atingir até 200.000 salários mínimos, quantia de grande expressão, que poderá ser utilizada para pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

A alteração, neste ponto, deve-se ao fato de que foi incluída a possibilidade de utilização da fiança para pagamento da prestação pecuniária, espécie de pena restritiva de direitos, prevista no artigo 43, I e § 1º do artigo 45, ambos do Código Penal.

Foram ampliadas, ainda, as hipóteses de quebramento de fiança, incluindo-se o ato deliberado de obstrução ao andamento do processo, como nos casos em que o réu se oculta, dificultando a sua citação; bem como nos casos de descumprimento de medida cautelar cumulativamente imposta ou resistência injustificada à ordem judicial.

Prisão Domiciliar e o Art. 289-A, CPP – Banco de dados do CNJ

O Código de Processo Penal passou a prever a hipótese de prisão domiciliar, de natureza cautelar e substitutiva da prisão preventiva, a qual terá cabimento nas seguintes hipóteses:

a)preso maior de 80 anos (ao contrário da Lei de Execução Penal, que prevê a idade mínima superior a 70 anos);

b) preso portador de doença grave debilitante (não basta que a doença seja grave, como exige a LEP, sendo necessário também que o preso esteja debilitado em razão da doença, o que deverá ser comprovado por laudo de exame médico);

c) quando o preso for imprescindível para os cuidados especiais de

pessoa menor de 6 anos ou com deficiência (esta hipótese é mais restritiva do que a prevista na LEP, que exige que a condenada possua filho menor ou com deficiência física ou mental);

d) presa gestante a partir do 7º mês ou de alto risco (esta hipótese também é mais restritiva do que a prevista na LEP, que exige apenas que a presa seja gestante).

Uma questão importante que deverá ser enfrentada pelos juízes das Varas de Execução Penal é a hipótese de detração, na forma do artigo 42 do Código Penal, em caso de condenação. Em que pese a ausência de previsão legal, o posicionamento que deve prevalecer é o do cabimento da detração nos casos de prisão domiciliar.

Por fim, merece destaque o dispositivo previsto no art. 289-A, do CPP, que tem como finalidade agilizar a execução da prisão, uniformizando a informação de capturas no território nacional.

Este dispositivo cria um banco de dados nacional, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual deverá ser alimentado por todos os Estados, e deverá conter todas as informações relacionadas com os mandados de prisão expedidos no país.

Esta nova disposição legal permite que qualquer agente policial possa efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do Juiz que o expediu.

Mesmo que não esteja o mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, a prisão poderá ocorrer, devendo o policial, contudo, além de confirmar a autenticidade da ordem, comunicar o cumprimento ao juízo expedidor. Este, por sua vez, deverá providenciar de imediato o registro no banco de dados em questão, na forma do § 2º.

De qualquer forma, a prisão será imediatamente comunicada ao Juiz do local de cumprimento da medida, o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

Conclusão

A Lei 12.403/2011 introduziu no Processo Penal brasileiro várias medidas cautelares diversas da prisão provisória, provendo os operadores do Direito de instrumentos hábeis a evitar a restrição antecipada da liberdade quando esta não se mostre necessária nem adequada.

Muita embora haja diversas críticas por parte da doutrina no sentido de que a nova lei favorecerá criminosos do colarinho branco, considerando que se cuida em geral de delitos com penas máximas cominadas inferiores a quatro anos, sendo a maioria de seus agentes primários e de bons antecedentes, entendemos que tal diploma legal poderá se mostrar como valioso instrumento de persecução penal. Para tal mister, é necessário que a apontada normativa seja interpretada com razoabilidade, uma vez que oferece diversas alternativas ao acautelamento do réu, até então inexistentes, que podem se mostrar eficazes à garantia da instrução criminal e, em última análise, ao provimento jurisdicional final. ◆

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal (Questões Controvertidas)

Juliana Benevides de Barros[1]

Inicialmente, cumpre destacar que o propósito do presente trabalho é tão somente levantar as questões polêmicas e ressaltar os pontos controvertidos acerca da nova Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 de maio, com vigência para o dia 04 de julho de 2011, sem, entretanto, pretender esgotá-los.

O objetivo primordial da referida Lei foi justamente evitar as prisões desnecessárias, estabelecendo diversas alternativas ao encarceramento. Na realidade, esse já era o propósito do Constituinte de 1988, que estabeleceu a liberdade como regra.

Nesse contexto, podemos apontar basicamente dois princípios primordiais que norteiam a nova Lei: a excepcionalidade da prisão, acima explicitada, e a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é facilmente perceptível do art. 282, que estabelece que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a *necessidade* da aplicação da lei penal para a investigação ou a instrução criminal e, excepcionalmente, para evitar a prática de infrações penais; e *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Para alcançar esses princípios, a Lei colocou à disposição dos magistrados várias modalidades de medidas cautelares, expressamente previstas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Uma questão controvertida que merece ser ressaltada é a possibili-

1 Juíza de Direito em exercício na VEP.

dade de o juiz decretar de ofício uma das medidas cautelares ou até mesmo a prisão preventiva. A Lei é expressa ao permitir essa decretação (art. 282, parágrafo 2º, e 311 do CPP). Porém, uma forte corrente doutrinária sustenta que não seria possível tal conduta por parte do magistrado, sob pena de violação ao princípio acusatório que norteia o moderno processo penal.

Outro ponto controverso é a constitucionalidade ou não da parte final do art. 282, inciso I do CPP que prevê a decretação de medidas cautelares "para evitar a prática de infrações penais". Para alguns doutrinadores, isso violaria o princípio da presunção de inocência.

O art. 313, inciso II, do CPP admite a decretação da prisão preventiva se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Parte da doutrina sustenta que haveria nesse artigo uma inconstitucionalidade por violação do princípio do *ne bis in idem*.

Questão igualmente conflituosa é o cabimento da decretação das medidas cautelares e da própria prisão preventiva nos delitos cuja pena privativa de liberdade máxima seja inferior a quatro anos. Isso porque o art. 313, inciso I, do CPP preceitua que será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos.

Nessa esteira, alguns doutrinadores passaram a sustentar que como é incabível a prisão nesses casos, também se mostra impossível a decretação de qualquer outra medida cautelar. Defendem a inconstitucionalidade do art. 312, parágrafo único, do CPP, vez que fere o princípio da proporcionalidade, alegando, ainda, que o referido artigo só deveria ser aplicado para os delitos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a 04 anos.

Com a devida vênia, não perfilhamos desse entendimento. Ora, resta evidente que o legislador visou a evitar a decretação da prisão preventiva para os delitos cuja pena privativa máxima seja inferior a 04 anos justamente porque violaria frontalmente o princípio da homogeneidade das prisões cautelares. Se ao final do processo a pena máxima aplicada será de até 04 anos, o réu fará jus ao regime aberto (art.33, parágrafo 2º, "c",

do CP) ou à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito (art.44 do CP). Assim, se não ficará preso ao final, porque mantê-lo preso no curso do processo? Realmente não faria sentido e atingiria o princípio da proporcionalidade. Porém, a decretação das medidas cautelares diversas da prisão para delitos cuja pena privativa de liberdade máxima seja inferior a 04 anos se mostra totalmente compatível com o espírito da nova Lei, não havendo qualquer empecilho. A única hipótese de decretação da prisão preventiva para delitos cuja pena privativa de liberdade máxima seja inferior a 04 anos seria quando o réu descumpre uma medida cautelar (instrumentalidade subsidiária), situação esta prevista expressamente na Lei (art. 282, parágrafo 4º, e art. 312, parágrafo único do CPP). Nesse caso, a prisão preventiva se impõe justamente para garantir a eficácia da medida cautelar imposta.

Há ainda uma importante discussão acerca da constitucionalidade do parágrafo único do art. 313 do CPP, que possibilita a decretação da prisão preventiva quando houver "dúvida sobre a identidade civil da pessoa". Na verdade, o que se questiona aqui é se haveria retornado a antiga prisão para averiguação, evidentemente inconstitucional. O legislador deveria ter criado uma outra medida cautelar alternativa de identificação do acusado, tal como a expedição de mandado de condução coercitivo, prática essa adotada com frequência pelos juízes da Vara de Execuções Penais.

Outro ponto polêmico é se as medidas cautelares previstas nos art. 319 e 320 do CPP seriam alternativas ou substitutivas à prisão. Entendemos que elas seriam alternativas à prisão e não substitutivas. O magistrado, na análise do caso concreto, deve verificar se é hipótese de decretação de prisão preventiva. Se for o caso, deverá decretar a prisão preventiva e não uma medida cautelar. Não se mostra cabível a cumulação das medidas cautelares com a prisão, mas é possível a cumulação de outras medidas cautelares, como por exemplo, a instalação do monitoramento eletrônico, eficaz para controlar o cumprimento de outras medidas cautelares impostas.

Com a imposição pelo legislador das hipóteses de medidas cautelares, que passou a prevê-las de forma explícita, se questiona se seria possível a adoção pelo magistrado de medidas cautelares inominadas. A melhor

corrente vem defendendo que não seria possível, visto que o processo penal se orienta pelo princípio da reserva legal.

O Código de Processo Penal passou a prever agora a prisão domiciliar, nos seus arts. 317 e 318, estabelecendo as hipóteses de cabimento. Uma questão ainda não ventilada pela doutrina, mas de extrema relevância, é se o art. 117 da Lei de Execuções penais teria sido ou não derrogado por essa nova previsão. Entendo que não, pois o art. 117 da LEP trata dos apenados, portanto já condenados, que estejam cumprindo pena no regime aberto. Já os artigos 317 e 318 do CPP regulam situação diferente: réu, portanto ainda não condenado, que tenha tido sua prisão preventiva decretada.

Ainda sobre a prisão domiciliar, a Lei não regulou se seria possível a detração, prevista no art. 42 do CP, da referida prisão. O melhor entendimento seria no sentido de permitir esse "desconto" da pena, pois a prisão domiciliar não deixa de ser uma forma de cumprimento de pena.

No tocante às medidas cautelares típicas diversas da prisão, previstas nos arts 319 e 320 do CPP, merece ser destacado o monitoramento eletrônico, cuja introdução em nosso ordenamento jurídico se deu com o advento da Lei nº 12.258/00, como incidente de execução da pena.

Muito se discutiu à época acerca da constitucionalidade ou não dessa medida, entendendo parte da doutrina pela sua inconstitucionalidade por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, ao nosso ver, não há nenhuma inconstitucionalidade em tal previsão, desde que o monitorado concorde com a colocação do monitoramento eletrônico, não devendo jamais tal mecanismo lhe ser imposto.

Deve ser destacado que, para implementação dessa medida cautelar, necessária se faz regulamentação prévia por ato do Poder Executivo, tal como se deu em sede de execução penal.

Importante pontuar que não se deve confundir a monitoração eletrônica, prevista no art. 319, inciso IX, do CPP com a monitoração prevista no art. 146-B da LEP, posto que no primeiro caso estamos tratando de uma espécie de medida cautelar, ou seja, imposta ao acusado antes do trânsito em julgado, e no segundo caso, trata-se de uma medida imposta a um apenado, já condenado com trânsito em julgado.

Mas, a título de exemplo, devemos ressaltar a experiência do funcionamento do monitoramento eletrônico na Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, na qual tal medida vem sendo adotada no momento de concessão da progressão de regime aberto com prisão albergue domiciliar (art. 146-B, inciso IV da LEP).

É sabido que o regime aberto é aquele destinado aos condenados que não apresentam sinais de periculosidade e que são responsáveis pelo cumprimento da pena. Funda-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (artigo 36 do CP), que deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (artigo 36, §1º, do CP). Sua razão está no baixo quantitativo da pena, na não reincidência e, ainda, na indicação de que o condenado pode cumprir a sanção neste regime, ou seja, ele irá trabalhar, estudar ou dedicar-se a outras atividades lícitas fora do estabelecimento durante o dia, sem escolta ou vigilância, e se recolher à Casa de Albergado à noite e nos dias em que não deva exercer tais misteres.

A Casa do Albergado é o estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena em regime aberto. Não existe regime aberto sem a Casa do Albergado ou outro estabelecimento similar e adequado, preceituando a Lei de Execução Penal que esse prédio destinado ao cumprimento do regime aberto deve situar-se em centro urbano e separado dos demais estabelecimentos prisionais, sendo caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, e ainda, a exigência de que cada região (Comarca) possua, pelo menos, uma Casa do Albergado (artigos 93, 94 e 95 da LEP). Daí a denominação de regime de albergamento.

Contudo, embora aqui no Estado do Rio de Janeiro existam instaladas, nos termos da lei, duas Casas do Albergado, uma no Município do Rio de Janeiro, outra em Niterói, é cediço que as mesmas se encontram com um efetivo bem acima da capacidade, o que tem motivado uma série de incidentes na execução penal dos albergados, mormente em relação àqueles que chegam após atingido o limite da capacidade, e àqueles que, em razão das condições socioeconômicas, deixam de comparecer ao albergue.

Assim, visando a buscar um meio-termo para a regularidade da execução penal, os Juízes da Vara de Execução Penal entenderam por bem conceder prisão albergue domiciliar aos apenados em regime aberto, porém com monitoração eletrônica.

Tal monitoração eletrônica é fiscalizada por funcionários da Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP), alocados na VEP, e vem se mostrando uma medida eficaz, visto que um percentual menor do que 1% rompeu a pulseira ou tornozeleira até o presente momento.

Esses eram alguns comentários que mereciam ser trazidos à tona neste primeiro momento. ◆

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Leila Santos Lopes[1]

Introdução

A Lei 12.403/2011 trouxe alteração do Código de Processo Penal quanto às regras legais da prisão processual e liberdade, bem como instituiu novas medidas cautelares. Em verdade, se cuida da continuidade de reformas que o referido diploma legal vem sofrendo, as quais visam a atender e se adequar às vicissitudes e reclamos próprios da sociedade.

Ao que parece em um primeiro exame, se mostra a intenção do legislador em trazer um elenco de medidas alternativas à prisão processual, vale dizer, prisão em flagrante, a qual deverá ser mantida/convertida em custódia preventiva somente nas situações extraordinárias: delitos mais gravosos e agentes de acentuada periculosidade, quando a antecipação da restrição da liberdade se apresenta adequada e necessária.

Com efeito, notório é o problema da superpopulação carcerária decorrente em grande parte de prisões preventivas, medida excepcional que, de modo gradativo, vem sendo largamente utilizada, resultado de um somatório de fatores, dentre os quais crescimento da violência e judicialização dos conflitos.

Se por um lado traz um resultado paliativo ao problema da superpopulação carcerária, uma vez que pelo menos metade desta é de presos cautelares, de outro flanco, evita que o agente de delitos menores e de periculosidade mínima venha a ser inserido nesse universo e, consequentemente, contaminado pelas mazelas correlatas.

1Juíza Titular da 41ª Vara Criminal da Capital.

De toda sorte, a grande novidade da legislação é a ampliação da ingerência estatal na liberdade individual, mediante instrumentos adequados e proporcionais ao caso concreto, elenco do art. 319 do CPP. Portanto, o rigor da tradicional prisão preventiva se reservaria às hipóteses extremas e quando não couber outra medida, conforme disposto no parágrafo 6° do artigo 282, mesmo diploma legal.

Alguns Comentários de Artigos da lei e Citações de Casos Concretos

O novel texto do art. 282 do CPP alterado pela legislação em comento, em seus incisos I e II, revela o binômio "necessidade x adequação" do qual o magistrado deverá se valer para aplicação das medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva.

Portanto, somente para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e, nos casos previstos, para evitar a prática de infrações penais, à luz do que vai do art. 312 do CPP, caberão as medidas cautelares. Outrossim, deverão estar adequadas à gravidade do crime circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Vale dizer, há de se pautar por uma proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, cabível a análise de cada hipótese com base no princípio da menor onerosidade. A inadequação da aplicação de medida menos gravosa, culminando com a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ocorre diante das hipóteses elencadas nos incisos do art. 313 do CPP.

Em leitura ao novo texto legal, é possível se verificar a manutenção da prisão preventiva clássica, com os requisitos conhecidos do ordenamento anterior. Todavia, aparece um novo tipo de custódia cautelar, decorrente de descumprimento de obrigação de uma das novas medidas impostas ao acusado.

É o que se extrai dos textos do parágrafo 4° do art. 282, combinado com o *caput* do art. 312 e parágrafo único, *verbis*:

> *Art. 282 (...)*
> *§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).*
> *Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*
> *Parágrafo único. A prisão preventiva* ***também*** *poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).*

Deste modo, o *caput* do art. 312 do CP estabelece os requisitos tradicionais da prisão preventiva de natureza autônoma, enquanto o parágrafo único estabelece um requisito alternativo e em resposta ao descumprimento de obrigação, o que configura caráter subsidiário desta prisão cautelar.

Conforme preceitua o art. 310 do CPP, o julgador deverá se manifestar acerca da eventual medida cautelar quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, devendo de modo fundamentado: 1) relaxar a prisão ilegal, 2) converter em prisão preventiva se presentes requisitos do art. 312 e ausentes os do art. 313, ambos do mesmo diploma legal, 3) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nada obstante, preceitua o novel texto do art. 282 em seu parágrafo 2º que, na fase investigatória, não poderá o magistrado de ofício decretar medida cautelar, somente por provocação externa, isto é, requerimento do MP ou representação da autoridade policial. Contudo, certo é que se admite a manifestação de ofício somente nas hipóteses do art. 310, inciso II, mesmo diploma legal, vale dizer, quando da prisão oriunda de situação flagrancial.

O texto anterior do *caput* do art. 306 dizia que o juiz competente seria comunicado imediatamente da prisão de qualquer pessoa, bem como do local onde se encontra, além da ciência à família do preso ou a quem este indicar. A atual redação foi modificada para incluir tão somente o *Parquet,* eis que, apesar de autor da ação penal, também exerce a função de fiscal da lei, e poderá analisar a legalidade da prisão ou pedir substituição da medida, inclusive a liberdade.

Quanto à redação dos parágrafos 1º e 2º do referido artigo não se percebe nenhuma alteração relevante da regra anterior. Tão somente o novo texto do parágrafo primeiro usou a expressão "**em até** 24 (vinte e quatro) horas **após a realização** da prisão" em substituição da anterior "**dentro em** 24h (vinte e quatro horas) **depois** da prisão", para se referir ao prazo do encaminhamento do auto de prisão em flagrante.

Por conta da supressão da expressão "**acompanhado de todas as oitivas colhidas**", surgiram algumas interpretações de que haveria de modo tácito a revogação do art. 10 do CPP, quando a conclusão do inquérito policial passaria a ter o prazo de vinte e quatro horas, na hipótese de réu preso. Parece equivocado o entendimento, até porque se fosse a intenção do legislador, a revogação do citado texto seria de forma expressa, como consta do art. 4º da Lei 12.403/2011.

CASO CONCRETO: Na 41ª Vara Criminal, a autoridade policial tem encaminhado o ofício de comunicação da prisão de igual modo, acompanhado da cópia do APF, termos de declarações, quando estas foram colhidas em apartado do corpo do referido documento, e também instruindo com o relatório da vida pregressa. O cartório faz juntada da FAC, em observância a determinação do juízo e, por fim, após manifestação do *Parquet,* segue a análise do julgador para conversão da prisão administrativa em processual, em sendo legal o flagrante e frente à ausência do binômio 'necessidade X adequação' da substituição por outra medida cautelar.

Note-se que o CNJ sinalizava no sentido de antecipar esse "procedimento" com a Resolução nº 87, em cuja orientação o juízo da 41ª Vara Criminal já se pautava. In *verbis,* o art.1º do referido ato, o qual trouxe nova redação ao artigo 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009:

"art. 1º- Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:
I – a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;
II – a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou
III – o relaxamento da prisão ilegal.
§1º Em até quarenta e oito horas da comunicação da prisão, não sendo juntados documentos e certidões que o juiz entende imprescindíveis à decisão e, não havendo advogado constituído, será nomeado um dativo ou comunicada a Defensoria Pública para que regularize, em prazo que não pode exceder a 5 dias.
§ 2º Quando a certidão e o esclarecimento de eventuais antecedentes estiverem ao alcance do próprio juízo, por meio do sistema informatizado, fica dispensada a juntada e o esclarecimento pela defesa.
3º Em qualquer caso, o juiz zelará pelo cumprimento do disposto no artigo 5º, LXII, da Constituição Federal, e do disposto no artigo 306, §1º e § 2º, do Código de Processo Penal, especialmente quanto à comunicação à família do preso e à Defensoria Pública, quanto ao prazo para encaminhamento ao juiz do auto de prisão em flagrante e quanto às demais formalidades da prisão, devendo ser oficiado ao Ministério Público, quando constatadas irregularidades."

Com relação às medidas cautelares alternativas à prisão, trouxe o legislador um elenco descrito no atual art. 319 do CPP, cuja aplicação pode se dar de modo autônomo ou combinado com eventual liberdade provisória, conforme previsto no art. 312 do mesmo diploma legal, sem olvidar da necessidade e adequação desta ao caso sob análise.

CASO CONCRETO: (Pr. 0032289-95.2011) Tão logo da vigência da Lei 12.403/2011, o juízo da 41ª Vara Criminal deparou-se com a hipótese de exame do binômio "necessidade X adequação" da medida cautelar

da prisão imposta a uma dupla de acusados. Estes foram denunciados por tentativa de latrocínio contra duas vítimas, sendo que a segunda vítima, um policial civil, logrou êxito em evitar o delito patrimonial praticado contra a primeira vítima. Aquela não teve dúvidas em reconhecer o acusado que efetuou a abordagem para a subtração, uma vez que empreendeu perseguição ao mesmo, o qual se evadiu do local na garupa de uma motocicleta. Contudo, não só toda a ação criminosa foi filmada por câmera de segurança, ainda o roubador deixou cair uma mochila contendo seus documentos pessoais. Quanto ao segundo réu, nada obstante menção de que chegou ao local em um carro de sua propriedade, porém a imagem das câmaras de segurança não mostra o veículo, tampouco outro envolvido além daquele antes referido, não sendo, em consequencia, reconhecido por alguma testemunha.

Assim, apesar da gravidade do delito, ao longo da instrução realizada em audiência, todo o contexto de provas se esmaeceu no que toca ao segundo acusado, enfraquecendo a custódia cautelar. Frente a este novo panorama, em se tratando de réu primário, com base nos princípios que norteiam todo o processo penal e reforçada a *mens legis* de que a prisão provisória se cuida de medida extrema, foi concedida liberdade provisória ao réu em comento, mediante comparecimento semanal em cartório, fins de justificar suas atividades, até ulterior decisão. Resultado da aplicação do art. 319, inciso I, combinado com o art. 321, ambos do CPP. Merece destacar que o acusado deu integral cumprimento à medida imposta e a razão é muito simples: ele próprio é o maior interessado na sua liberdade, para cuja manutenção qualquer obrigação em substituição é válida e imediatamente aceita.

Embora haja algumas imperfeições na nova legislação, não se pode olvidar do ganho que ela trouxe com a possibilidade de se evitar a prisão processual e o deletério contato do acusado de pequena periculosidade com a população carcerária, frise-se mais uma vez.

De outro flanco, denota-se a preocupação com a instrumentalização dos meios para fiscalizar essa liberdade "condicionada" ou "vigiada". Em verdade, a probabilidade do acerto e sucesso depende da vontade do acu-

sado em se submeter ao cumprimento de algumas dessas "condições" ou medidas, em sendo o principal interessado. Senão, vejamos.

No rol do art. 319 do diploma processual penal, a própria medida de comparecimento periódico, também as proibições de frequentar determinados lugares, manter contato/distância com certa pessoa, ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar noturno ou nos dias de folga, serão de difícil efetividade em havendo desrespeito do réu, ressalvada fiscalização pela própria vítima. Cada magistrado deverá se valer dos instrumentos legais à sua disposição para este fim, *v.g.*, contar com auxílio policial no serviço de patrulhamento, especialmente nas hipóteses dos incisos II a V, retro mencionado.

Ressalta-se que o art. 320 do CPP alterado, consistente na obrigação de entrega do passaporte pelo indiciado e acusado com o fim de evitar sua saída do país, obviamente, constitui instrumento de efetividade da proibição de ausência na comarca, medida cautelar acima mencionada, porém de maior amplitude.

A suspensão de exercício funcional público ou atividade econômico-financeira, internação provisória ou aplicação de fiança são providencias que de pronto se concretizam, eis que sujeitas tão somente ao crivo do juiz, incisos VI a VII, mesma regra legal em exame.

Quanto à internação provisória do inimputável ou semi-imputável prevista no inciso VII, aplicada nas situações de crimes praticados com violência ou grave ameaça, em havendo risco de reiteração, já se discute o caráter de verdadeira antecipação de tutela da medida de segurança, o que a afastaria da originária natureza instrumental das medidas cautelares. Bem como, de outro lado, desponta posição pela imprescindibilidade de laudo pericial, uma vez que o magistrado não poderia se valer do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, em aplicação analógica, com a finalidade de decretar a medida. Nada obstante, posicionamento contrário de Guilherme Nucci[2], em razão da urgência da medida por completo descabimento de se manter o insano mental no cárcere comum, o julgador

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **PRISÃO E LIBERDADE: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

pode substituir o laudo por parecer médico prévio ou documentos de lavra de médico particular.

O inciso VIII estabelece a fiança, instituto que já contava com previsão legal de forma autônoma no texto anterior e que restou mantida e agora admitida sua aplicação em cumulação com outra medida cautelar, parágrafo 4º do art. 319 do CPP.

A grande novidade na legislação pátria é o monitoramento eletrônico como medida alternativa estabelecida no inciso IX do art. 319 do CPP. Note-se que o legislador silenciou por completo acerca de sua instrumentalização e a real efetividade dependerá de entendimento entre os Poderes do Estado, disponibilizando e aplicando recursos financeiros para esse fim.

Conclusão

Com efeito, a nova lei das "prisões e outras medidas cautelares" traz a inequívoca vantagem de apresentar um leque de opções de medidas alternativas à prisão, já que de toda sorte, antes do advento, o magistrado ficava adstrito ao decreto prisional provisório ou à concessão da liberdade, sem olvidar da fiança, até então em desuso.

É certo que muito ainda há a ser feito para solucionar as questões do sistema processual criminal, sistema carcerário, polícias e outras áreas interligadas diretamente ou por via reflexa ao tema. Entretanto, não se pode negar que a nova legislação é um avanço e deve ser aplicada como meio para conter o nocivo crescimento da massa carcerária do país. Assim, mediante estudos e debates, principalmente julgados, advirá assentamento do regramento legal novo, o qual viabilizará uma mudança real neste cenário. ◆

As Novas Medidas Cautelares no CPP (Lei 12.403/2011) - Algumas Reflexões -

Leonardo Cardoso e Silva[1]

A Lei 12.403/2011 alterou parte do Código de Processo Penal e trouxe importantes alterações quanto às medidas cautelares pessoais. A nova lei entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011.

De início, cumpre destacar que, com a nova Lei, houve uma mudança de paradigma, uma vez que foram trazidas pelo Legislador novas ferramentas para a asseguração da investigação e do processo.

A lei em comento tem como objetivo reduzir o número de prisões provisórias, que devem ser encaradas como medida de exceção, a *ultima ratio*. A regra é a liberdade. As novas medidas cautelares dão aos juízes um grande leque de opções, com diferentes graus de restrição de liberdade, de modo a evitar o binômio liberdade/prisão. A aplicação de uma ou mais medidas pode ser tão eficaz quanto o encarceramento, mas menos gravosa, devendo a medida ser analisada caso a caso, de acordo com a natureza da infração e a pessoa do indiciado ou do acusado.

A aludida norma legal trabalha com a proporcionalidade e proibição do excesso, devendo ser observado o princípio da menor onerosidade, ou seja, qual é o meio apto para se atingir a finalidade. Existe a necessidade de o Juiz analisar o meio que implique em menor onerosidade, verificar se, caso a medida não seja deferida, tal fato irá importar em risco para a efetividade do processo.

Outrossim, deve o Magistrado analisar se a medida cautelar imposta

1Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Cível de Queimados.

é compatível com a natureza da infração, conforme já mencionado acima, verificando a instrumentalidade da medida, a gravidade concreta do crime, as condições de execução da medida, posto que muitas vezes estas serão de difícil ou até mesmo impossível execução e, ainda, as condições do próprio acusado, já que muitas vezes, por circunstâncias que devem ser concretas e não presumidas, o próprio indiciado ou réu indicará que a medida se tornará inócua para o caso concreto, devendo ser buscada uma outra medida constante no rol, visando à adequação do fato à restrição a ser imposta.

Em relação à aplicabilidade, apesar de a norma se tratar de Lei Processual, deveria seguir a regra do artigo 2º do Código de Processo Penal e ter aplicação imediata. Todavia, considerando que a nova redação dada a alguns artigos, que trazem alterações em garantias e direitos fundamentais, as medidas cautelares deverão ter o mesmo tratamento dado às normas de direito material, ou seja, a aplicação se dará segundo a Lei que for mais benéfica pela ultratividade da regra anterior ou pela "retroatividade" da Nova Legislação, considerando-se os princípios constitucionais vigentes.

Uma das novidades trazidas pela Lei 12.403/2011 é a redução do campo de incidência da prisão preventiva, posto que será aplicada em casos de crimes dolosos *punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos* (CPP, art. 313, inc. I). Nas infrações cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, o juiz deve avaliar o cabimento de uma das medidas cautelares alternativas à prisão.

Caso as medidas cautelares sejam descumpridas, será possível a decretação da preventiva, devendo o Juiz fundamentar a prisão de acordo com os requisitos do artigo 312 do CPP.

Quanto ao cabimento das medidas cautelares, merece relevo o disposto no artigo 283, parágrafo 1º, do CPP, redação trazida pela nova Lei que menciona: "Ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Parágrafo 1º - As medidas cautelares previstas neste título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alter-

nativamente cominada pena privativa de liberdade.

Portanto, nas infrações de menor potencial ofensivo não seria cabível a aplicação das aludidas medidas. Também nas infrações em que cabível a suspensão condicional do processo, desde que aceita pela parte acusada. Por fim, não seria cabível nos crimes culposos e nas contravenções penais.

Nos processos sob a égide de Lei de Violência Doméstica, deve ser aplicado o referido dispositivo legal, sendo perfeitamente possível cumular medida protetiva e cautelar.

A autoridade policial, por seu turno, também poderá impor medida cautelar, como por exemplo, nas infrações que permitam fiança, cabendo ao Delegado impor o referido instituto.

Cumpre denotar, ainda, que a medida cautelar poderá ser revogada ou substituída, no curso do processo penal, quando o Juiz verificar a falta de motivo para que aquela subsista, bem como poderá ser decretada novamente se sobrevierem razões que a justifiquem, conforme se extrai do disposto no parágrafo 5º do artigo 282 do CPP.

No tocante à decretação de ofício das medidas cautelares, cumpre denotar o disposto no artigo 282, parágrafo 2º, do CPP, com a modificação dada pela Lei 12.403/2011, que arrima:

> *"As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I- necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II- Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado... Parágrafo 2º - As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público".*

Nesse contexto, ao receber a comunicação do flagrante, devidamente instruído pela autoridade policial, deve o Juiz decidir se irá converter a

prisão em preventiva, aplicar uma, ou mais de uma medida cautelar, ou, ainda, conceder liberdade provisória ao acusado, cabendo, ainda, o relaxamento de prisão nos casos de ilegalidade, nos termos do artigo 5º, incisos LXV e LXVI da CRFB/88.

De tal maneira, apesar de em tese o Juiz não dever decretar a prisão preventiva do acusado, devendo aguardar pela representação da autoridade policial ou manifestação do Ministério Público, entendo que a sistemática da nova legislação determina que seja prolatada tal decisão, independentemente de pedido ou denúncia do Órgão acusado, já que a prisão em flagrante deve ser substituída por uma das medidas mencionadas no parágrafo anterior.

Pelo exposto, diante das inovações trazidas pela Lei 12.403/2011, caberá ao Magistrado, ao receber a comunicação da prisão de um nacional, adotar as medidas mencionadas acima, visando a dar efetividade ao princípio inserto no artigo 5º, incisos LVII, LXV e LXVI da CRFB/88, devendo a prisão cautelar ser encarada como uma exceção e não a regra no sistema processual penal pátrio. ◆

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Lúcia Regina Esteves de Magalhães[1]

Introdução

A escalada da violência e da intensa judicialização dos conflitos, a soma de urgência nos provimentos processuais criminais, aliada à demora na conclusão dos procedimentos policiais e judiciais, foi fazendo da excepcional prisão preventiva uma medida crescentemente utilizada, de molde a incrementar significativamente a massa carcerária do país, posto que assolado por uma das mais nefastas estatísticas criminais do mundo.

A Lei nº 12.403/11 veio a atender as exigências dos direitos constitucionais previstos no artigo 5º da Carta Magna, pois a liberdade é a regra e a prisão provisória é a exceção, alterando substancialmente o Título IX do Livro I do CPP, passando a ter a seguinte epígrafe "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória".

Pois bem, o CPP partia de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, a qual se tornou absolutamente despropositada com o advento da Constituição de 1988, especialmente no artigo 5º, incisos LVII e LXI.

Esclarecem LUIZ FLAVIO GOMES e IVAN LUÍS MARQUES[2]:

> *No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava pre-*

1 Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal - Capital.

2 GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011. p. 24.

> *sunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória*
> (CPP, art. 310, na sua redação original).

Portanto, a referida lei veio a romper paradigmas e minimizar o cárcere provisório, observando o modelo plúrimo, com a previsão de várias espécies de medidas cautelares, ficando a prisão provisória como a última *ratio*, ou, na lição de LUIZ FLÁVIO GOMES, como a *extrema ratio* da *ultima ratio*.

Assim, introduz no processo penal brasileiro uma gama de medidas cautelares específicas, algumas inovadoras, outras importadas de lei diversa como a Lei Maria da Penha ou de outros momentos processuais, antecipadas agora ao limiar da *persecutio criminis.*

Com efeito, propaga-se a ideia de que as inovações destinam-se a reduzir a decretação de prisões preventivas, substituindo esta medida extrema por outras cautelares em casos em que a restrição antecipada da liberdade não se mostre adequada nem necessária.

Ressalte-se que a lei em comento tem sido duramente criticada e por muitos é lamentada, tais como pelas autoridades policiais, integrantes do Ministério Público e magistrados, pois dificultará a decretação da prisão preventiva, impondo-se como alternativa a ser examinada pelo juiz a decretação de outras medidas cautelares menos severas do que o encarceramento preventivo, muitas apontadas de frágil eficácia ou difícil fiscalização.

Igualmente, discute-se que a reforma realizada no CPP favorecerá criminosos do colarinho branco, cujos crimes, não sendo normalmente praticados com violência ou grave ameaça e por se tratar, em geral, de indivíduos primários cujos delitos têm penas inferiores a quatro anos, dificilmente seriam presos provisoriamente.

Na realidade, como veremos a seguir, a reforma em questão, se for interpretada com razoabilidade, não será assim tão perniciosa à segurança

pública, como se tem propalado. Ao contrário, estabelecendo nove medidas cautelares alternativas à prisão preventiva e com menos requisitos autorizadores do que a medida extrema, a Lei 12.403/11 estará cedendo a um pleito de efetividade da justiça penal, aliado à garantia da razoável duração do processo prevista no artigo 5º, LXVIII, da CF.

As Medidas Cautelares no Processo Penal - Primeiras Impressões

A Lei 12.403/11 trouxe à sistemática do processo penal cautelar diversos princípios que já eram reclamados pela doutrina e jurisprudência pátrias, destacando-se o princípio da proporcionalidade, na sua vertente do binômio necessidade-adequação, já previsto implicitamente na CF e diretamente ligado à garantia dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a proporcionalidade não se restringe à proibição do excesso, mas também é importante aplicar o outro viés do referido princípio, que é a proibição da proteção deficiente.

Nesse passo, a legislação processual penal brasileira passa a contar com as seguintes medidas pessoais: a prisão cautelar (artigo 283 e seguintes), prisão domiciliar (artigos 317 e 318) e outras cautelares diversas da prisão (artigo 319).

Com efeito, deflui-se do artigo 282, incisos I e II, do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/11, a existência da necessidade e da adequação no momento de decretação da medida, bem como a efetividade do processo.

Nesse sentido, já antecipava AURY LOPES JR[3] quando da análise do Projeto de Lei 4.208-C: *"se houver alguma medida que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como ´ultima ratio´ do sistema".* Assim, a prisão preventiva passa a ser exceção e, em seu lugar, o juiz criminal deve tentar aplicar outras medidas cautelares.

3 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Volume II. 3ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.174.

Analisando-se o inciso I do artigo 282, o mesmo estabelece que os requisitos gerais para a imposição de qualquer medida cautelar, aí incluída a prisão, serão (i) *necessidade para aplicação da lei penal*, (ii) *necessidade para a investigação ou a instrução criminal* e, (iii) *nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais*.

O artigo 282 passa a cuidar, então, de regras gerais das medidas cautelares pessoais, dentre elas a justificativa para a medida cautelar, ou seja, a aplicação pelo magistrado criminal da medida deve ser fundamentada em alguns dos motivos acima expostos; a cumulatividade, isto é, as medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (artigo 282, § 1º) e, a título de exemplo, pode o juiz decretar a prisão preventiva junto e suspender o acusado da função pública; a iniciativa em que o poder inquisitivo do juiz permanece, admitindo que a medida cautelar possa ser decretada de ofício, podendo ser requerida pela acusação ou pelo querelante e através de representação da autoridade policial (artigo 282, § 2º). Não cabe decretação de ofício de prisão preventiva em sede de inquérito policial.

Igualmente, a regra é de que, salvo urgência, a parte contrária deverá ser ouvida, com cópia do requerimento e das peças (artigo 282, § 3º do CPP). Havendo urgência e sendo a medida aplicada *inaudita altera pars*, o contraditório fica diferido, podendo o indiciado ou réu contestar a medida aplicada.

O novo § 4º do artigo 282 do CPP consagrou a fungibilidade das medidas cautelares, mas sempre respeitando-se o princípio da proporcionalidade por se tratar de uma consequencia lógica da busca pela efetiva satisfação da medida almejada.

De outra banda, o § 6º do artigo 282 do CPP reforça a ideia do caráter subsidiário da prisão preventiva.

Em relação ao novo artigo 289 do CPP, maior modificação ocorreu em relação ao antigo parágrafo único e que agora se encontra alocado no § 1º do referido dispositivo, sendo opção legislativa pelos novos meios de comunicação eletrônica, mais ágeis e céleres, em perfeita harmonia com o cenário pós-moderno.

No tocante à prisão em flagrante, o artigo 310 do CPP estabelece que o Juiz deverá, fundamentadamente, ao receber o auto de prisão em flagrante, tomar uma das três seguintes decisões: a) relaxar a prisão ilegal (aquela cujo auto de prisão em flagrante não observou os requisitos legais); b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

O que de substancial se altera é que a prisão em flagrante passa a ter natureza pré-cautelar.

Ressalta EDILSON MOUGENOT BONFIM[4] que:

> *Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo o qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em prisão.*

Outrossim, o artigo 311 do CPP estabelece que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Também é fácil constatar que o novo texto legal traz dois tipos de prisão preventiva: aquela já tradicional, que vem sendo denominada de autônoma, e uma nova modalidade, destinada a garantir o cumprimento das medidas cautelares, que poderia ser denominada de subsidiária ou substitutiva.

4 BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

Em relação a tal dispositivo, perfilho do entendimento de que caso a prisão preventiva tenha sido determinada ainda na fase investigatória, urge que a peça acusatória seja oferecida em até cinco dias (artigo 46 do CPP), pois se há justa causa para a decretação da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*), obviamente que também há para o exercício da ação penal (indícios de autoria e prova da existência do crime), tal como dispõe o artigo 395, inciso III, do CPP. Caso não haja o oferecimento da denúncia no prazo legal, a prisão deverá ser revogada, pois patente o constrangimento ilegal. Se não o for, cabível será a impetração do remédio constitucional do *habeas corpus.*

Em relação ao artigo 312 do CPP, não houve significativa alteração, tratando-se da prisão preventiva autônoma e permanecendo-se o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, com alterações em seus requisitos alternativos do artigo 313 do CPP, passando-se a exigir que o delito tivesse pena superior a quatro anos ou fosse o acusado reincidente ou o crime fosse praticado em situação de violência doméstica contra a mulher, contra idoso, criança ou adolescente, enfermo ou deficiente. Os primeiros requisitos estão em consonância com aqueles para substituição da pena privativa da liberdade por penas restritivas de direito, previstos no artigo 44 do CP. Desse modo, guarda-se homogeneidade entre as medidas cautelares e o resultado final de eventual condenação, ou seja, nos casos em que a pena privativa da liberdade seria convertida em restritiva de direitos, não há sentido em, cautelarmente, extirpar a liberdade de locomoção com o encarceramento.

A prisão preventiva subsidiária deflui do § 4º do artigo 282 do CPP e o referido dispositivo remete ao artigo 312, parágrafo único, do CPP.

Com efeito, tem sido ventilada a preocupação das autoridades em geral, com o problema de crimes patrimoniais com tendência à reiteração, como o furto e a receptação simples, pois tais delitos são punidos com pena máxima de 04 (quatro) anos de reclusão. Ocorre que há indivíduos tendentes a praticar tais delitos com intensa reiteração, sem que sejam reincidentes no sentido legal (artigo 63 do CP). Em tais casos, estaria o juiz de mãos atadas, não lhe sendo lícito decretar a custódia cautelar, mesmo ante

um intensa reiteração de furtos. É fora de dúvida que, em determinados casos, isso poderia levar a uma perigosa sensação de impunidade, perturbadora da ordem pública.

Cabe ressaltar que, em regra, os juízes não decretavam a prisão preventiva ao ensejo dos primeiros furtos e, dependendo do caso concreto, isso poderia advir somente após vários flagrantes. Agora, já não se justifica a tolerância sob o argumento de que a prisão é medida muito drástica, porque há um rol de nove medidas a serem aplicadas em seu lugar, de modo que, onde inexistia intervenção estatal, agora pode haver diversas, desde que necessárias e adequadas.

Em relação à prisão domiciliar prevista no artigo 317 do CPP, a possibilidade de se recolher o indiciado em sua própria residência já era prevista no artigo 117 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), em caráter de excepcionalidade, em determinados casos de beneficiários em regime aberto.

Com efeito, a lei traz no artigo 319 um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão e as medidas previstas nos incisos I e IV são conhecidas obrigações do *sursis* e da suspensão condicional do processo cuja maior análise é desnecessária, destacando-se apenas a prevista no inciso III, que merece destaque por caracterizar um aprimoramento do que a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) implementou.

Ressalta-se que o rol de medidas previstas no artigo 319 é taxativo, não comportando qualquer exceção. Só se permite a utilização dos instrumentos cautelares previstos expressamente no Código. Portanto, não há que se falar em poder geral de cautela conferido ao juiz da vara criminal, ou mesmo em cautelares inominadas a serem disponibilizadas na seara processual penal.

A medida contida no inciso V do artigo 319 do CPP cuida de uma espécie de prisão domiciliar parcial, tendo em vista que se restringe ao período noturno e aos dias de folga. Essa medida cautelar assemelha-se ao regime de prisão-albergue domiciliar previsto na Lei de Execução Penal.

Por derradeiro, a Lei de Execução Penal, em 2010, passou a prever a possibilidade de monitoração eletrônica nas hipóteses de prisão domiciliar

e de saída temporária em regime semiaberto (artigos 146-B a 146-D). O Código de Processo Penal, agora, ampliou o rol de casos em que a monitoração é permitida e, até mesmo, recomendada. É importante, novamente, destacar que a monitoração eletrônica não se restringe ao uso de pulseiras ou tornozeleiras, mas pode ser feita também através de contatos virtuais em determinados horários, dentre outras hipóteses.

A reforma também resgatou o instituto da fiança (artigo 321 e seguintes do CPP), ampliando os poderes da autoridade policial (artigo 322 do CPP), ressaltando que a Constituição Federal estabelece a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados (artigo 5º, XLIII). Por força dessa cláusula pétrea, advém a redação do artigo 323 do CPP. Assim, tem-se que nos crimes hediondos e equiparados, embora interditada a fiança, seriam possíveis quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.

Ressalte-se que a questão não é pacífica e para alguns estudiosos da matéria, considerando-se que a regra do artigo 323 do CPP veda a fiança nos crimes hediondos e equiparados, seria inconstitucional autorizar outras medidas cautelares em tais casos, cuja vedação estaria implícita na imposição constitucional de inafiançabilidade.

Ainda impende definir qual é o recurso cabível da decisão que decretar a aplicação de uma medida cautelar, que para uns seria o Recurso em Sentido Estrito quanto à aplicação de qualquer das medidas previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Pois bem, não se pode concordar com tal posicionamento, tendo em vista o fato de ser o rol do artigo 581 (que prevê o recurso em sentido estrito) exaustivo, não exemplificativo. Assim, apenas quanto às hipóteses não abarcadas pelo artigo 581, a única solução seria, de fato, a impetração de *habeas corpus*.

Mesmo na hipótese do inciso VI do artigo 319, que trata da suspensão do exercício de atividade ou função, se descumprida a ordem, poderá importar em sua conversão em prisão, motivo pelo qual cabível *habeas corpus* preventivo.

Por fim, há um ponto que exige reflexão, que é a ausência de previsão da *detração* diante da aplicação de medidas cautelares distintas da

prisão, pois o Código Penal dispõe, no artigo 42, que será computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o *tempo de prisão provisória*, no Brasil ou no estrangeiro. Se o réu aguardou preso preventivamente o andar do processo, é natural que esse tempo seja descontado da pena final, ainda que a qualidade e natureza das prisões cautelar e definitiva seja distinta. A supressão do direito de locomoção para salvaguardar o processo será compensado na pena final.

Ocorre que não há previsão legal da *detração* nos processos em que a medida cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou ao monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto.

Conclusão

O direito processual penal, após a intensa reforma de 2008, conhece nova grande alteração com a Lei nº 12.403/11 e, a par de críticas pontuais, a nova lei é bem-vinda.

Como qualquer novo ato, ainda será debatida e revolvida pelos operadores do direito e pela doutrina e jurisprudência sob todas as perspectivas. No entanto, sua aprovação e sanção demonstra como a articulação entre Poderes e a racionalidade podem produzir normas que contribuam para um processo penal mais eficaz e civilizado, que proteja a segurança pública erigida a valor fundamental, nos moldes do artigo 5º, *caput* e artigo 144, ambos da Carta Republicana de 1988 e, ao mesmo tempo, respeite a dignidade humana e os princípios constitucionais dela decorrentes.

Portanto, concluímos que essa tendência do direito processual brasileiro moderno é irreversível e pode desaguar, num futuro próximo, em um Código de Processo Penal de linhas mais garantistas de direitos fundamentais. ◆

Considerações sobre a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal

Luciana da Cunha Martins Oliveira[1]

Diversas mudanças foram introduzidas no Código de Processo Penal com o advento da Lei 12.403/11, especialmente em relação às medidas cautelares, incluindo-se a mais gravosa delas, que é a prisão preventiva.

Durante os cinco dias de palestras, os Magistrados discutiram muito a mencionada Lei e uma das questões que mais divergências gerou foi a relativa às alterações dos artigos 306 e 310, CPP. A grande dúvida dos Juízes foi em que momento seria analisado se a prisão em flagrante deveria ou não ser convertida em prisão preventiva.

É certo que, quando o julgador recebe o comunicado da prisão em flagrante, deve analisar se a prisão ocorreu dentro dos pressupostos legais. Tal conduta já era realizada antes da entrada em vigor da Lei 12.403/11 e deve continuar a ser.

Diante da nova redação dos artigos 306 e 310, CPP, alguns Juízes sustentaram que o momento oportuno para o pronunciamento judicial é o recebimento da comunicação do flagrante, porque o *caput* do artigo 306 menciona *comunicado,* e o espírito da Lei seria o de evitar a manutenção de uma prisão desnecessária e em desconformidade com os ditames legais.

Deve também ser ressalvada a posição de que o momento oportuno para a eventual conversão da prisão em flagrante em preventiva é o recebimento do auto de prisão em flagrante, assim entendido como a conclusão do inquérito que foi instaurado em razão da prisão em flagrante ocorrida. Tal posição parece a mais acertada, uma vez que o *caput* do artigo

1 Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Nova Iguaçu.

310 expressamente menciona o auto de prisão em flagrante. Além disso, já constam elementos para a análise da necessidade da conversão da prisão em preventiva ou a possibilidade de se aplicar uma medida cautelar.

Em realidade, o comunicado da prisão em flagrante é um documento extremamente sucinto, que apenas leva ao conhecimento do Magistrado a existência da prisão com uma breve narrativa da dinâmica dos fatos. Já no momento da análise do auto de prisão em flagrante é possível ler os depoimentos, verificar se a vítima sente-se ou não ameaçada pelo indiciado, além da consulta dos laudos já constantes do auto. Todo esse conjunto permite ao Julgador fundamentar com mais clareza as medidas que deverão, ou não, ser aplicadas.

Apesar de entender que o momento oportuno para o pronunciamento judicial é o recebimento do auto de prisão em flagrante, na segunda semana de vigência da lei decidi passar a realizar a conversão ou não no comunicado, tendo em vista as inúmeras divergências sobre o tema, e para evitar eventual declaração de nulidade por ausência de manifestação judicial no prazo de vinte e quatro horas.

Outra questão que suscitou debates foi o fato de se deve ou não o Ministério Público se pronunciar antes da decisão de conversão, ou não, da prisão em flagrante em preventiva. Muito se falou sobre a conveniência de que deve o Magistrado se pronunciar no momento do recebimento do documento (quer seja o comunicado da prisão em flagrante, quer seja o auto de prisão em flagrante). O fundamento dessa corrente é que a intenção da lei é evitar as prisões desnecessárias; se não é caso de se manter o flagrante, o Juiz deve imediatamente pôr em liberdade o indiciado.

Também é utilizado para embasar esta posição o fato de que a Lei 12403/11, ao alterar o artigo 306, apresentou a obrigação de se comunicar ao Ministério Público, no prazo de vinte e quatro horas, a existência da prisão em flagrante. Assim, não é dever do Poder Judiciário a mencionada comunicação, e querendo, deve o Ministério Público se manifestar em Juízo para requer a conversão ou a aplicação de medida cautelar.

Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a existência do princípio do sistema acusatório, no qual cabe ao Ministério

Público realizar a função de acusador no processo penal. Portanto, entendo que o artigo 310, CPP, deve ser interpretado conforme a Constituição e o Ministério Público deve ter a oportunidade de se pronunciar antes da decisão judicial.

No caso de ausência de manifestação do Ministério Público, o Poder Judiciário, no primeiro momento, em que despacha no processo, fará um juízo de valor quanto à classificação dos fatos narrados, o que não é sua função. Para verificar se o delito possui uma pena superior ou não a quatro anos de prisão, o Juiz terá que fazer uma capitulação, antecipando seu julgamento e saindo da posição de imparcialidade que a Constituição impõe.

O Magistrado, ao receber o comunicado ou o auto de prisão em flagrante, não pode ser obrigado a se vincular à capitulação dada pela autoridade policial, o que seria uma inversão de valores e subtração de atribuições do Ministério Público. Por outro lado, se o Julgador, ao receber o comunicado de prisão em flagrante, imediatamente manifestar sua posição e afirmar que tal conduta se adéqua melhor a outro tipo penal, também estará exercendo atividade acusatória que é totalmente inconstitucional.

Na prática, quando recebi o comunicado de prisão em flagrante, analisei a legalidade formal da prisão, se estava presente efetivamente a situação de flagrância e se todos os requisitos legais tinham sido cumpridos. Após, remeti os autos ao Ministério Público para compatibilizar o artigo 310, CPP com a Constituição da República e evitar que praticasse atos que são inerentes a atividade acusatória.

Existe, ainda, discussão sobre a existência ou não do prazo de vinte e quatro horas. O artigo 306, §1º, CPP, menciona que, em até vinte e quatro horas, deve ser encaminhado ao Juiz o auto de prisão em flagrante. A divergência aqui é a mesma: se a lei menciona a comunicação ou o auto. Entendo que é a comunicação e que o artigo 10, CPP, continua em vigor para permitir a conclusão das investigações.

Tal prazo de vinte e quatro horas também existiria para o julgador se pronunciar sobre a conversão ou não da prisão? Há posição de que o Juiz deve se manifestar em vinte e quatro horas para evitar a perpetuação

de uma prisão desnecessária. Por outro lado, o artigo 310, *caput*, CPP, não menciona o prazo de vinte e quatro horas, apenas dispõe que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá proceder na forma de seus incisos.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403, houve dúvida quanto a se na decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva deveria ser expedido mandado de prisão. Parece razoável adotar tal medida porque o preso possui direito a conhecer qual é o título de sua prisão. Assim, a expedição do mandado de prisão e seu efetivo cumprimento pelo Oficial de Justiça Avaliador permite que o indiciado saiba que a legalidade de sua prisão em flagrante foi avaliada e que estão presentes os requisitos para a manutenção de sua custódia cautelar com base nos pressupostos da prisão preventiva.

Outra questão que apresentou enorme divergência entre os colegas foi a possibilidade ou não de aplicação das medidas cautelares para crimes com penas máximas inferiores a quatro anos. Existe uma corrente que entende não ser possível tal aplicação porque o artigo 313, I, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que a prisão preventiva só é cabível para os delitos com pena máxima superior a quatro anos, impede a aplicação de outras medidas cautelares, já que são substitutivas da prisão; e se a prisão não é possível, muito menos será possível a aplicação de outras medidas.

Entretanto, o artigo 319, *caput*, CPP, apenas menciona que são medidas cautelares distintas da prisão, não havendo óbice em aplicá-las dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há também que se ressaltar a discussão sobre a possibilidade ou não de prisão em casos em que o acusado de crime com pena máxima igual a quatro anos está ameaçando testemunhas, atrapalhando a conveniência da instrução processual. Para alguns, a prisão não seria possível por expressa determinação do artigo 313, I, CPP. Entretanto, existe outro posicionamento de que a decretação da prisão preventiva seria possível por força da parte final do artigo 313, parágrafo único, CPP, pela seguinte redação: "salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."

Na realidade, parece razoável afirmar que os artigos 312 e 313, I, possuem instrumentalidade autônoma, e o artigo 282, § 4º (todos do

Código de Processo Penal) possui instrumentalidade subsidiária, ou seja, os artigos 312 e 313 devem ser analisados isoladamente pelo Magistrado, conforme explicitado pelo Desembargador Paulo Rangel.

A Lei 12.403 também trouxe dúvidas quanto a sua aplicabilidade aos crimes cometidos antes de sua entrada em vigor. O que o Magistrado deve fazer quando despacha pela primeira vez nos autos? Deve converter a prisão se presentes os requisitos ou se quedar silente? Alguns dos palestrantes que enfrentaram o tema afirmaram que, apesar de ser uma norma constante do Código de Processo Penal, possui uma natureza material e seria mais gravosa ao réu. Portanto, não deveria ser aplicada. Outra corrente sustenta que seria uma norma processual referente a uma medida cautelar e possui aplicação imediata. Para se evitar nulidades, deve o Magistrado aplicar a Lei 12.403 e fundamentar sua decisão afirmando que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva, e convertê-la.

Quanto às medidas cautelares elencadas no artigo 319, CPP, foi possível verificar, no primeiro mês de vigência da Lei 12.403, a dificuldade da autoridade policial em arbitrar fiança da forma correta. Algumas vezes, foi concedida a fiança em delitos que o Delegado não poderia ter arbitrado, como delito com pena máxima superior a quatro anos e em casos de concurso formal ou material.

Em relação à fiança, há divergência quanto a se esta medida cautelar pode ser aplicada em conjunto com o comparecimento mensal mencionado no artigo 319, I, CPP, porque seria inócua, e a aplicação da fiança mais gravosa já supre a necessidade de comparecimento ao cartório, até porque o réu não é obrigado a comparecer a todos os atos processuais, devendo escolher como proceder em sua autodefesa.

Todos esses temas foram tratados nos dias de palestras do curso e serão fundamentais no momento de aplicação da nova Lei. Muitas dúvidas, divergências e novos posicionamentos irão surgir, mas é salutar o encontro de Magistrados apresentando suas ideias e dificuldades na interpretação e aplicação da Lei, sendo primorosa e oportuna a atuação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em nos auxiliar neste momento. ◆

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal - Lei nº 12.403/2011 -

Luciano Silva Barreto[1]

Introdução

No dia 04 de julho de 2011, entrou em vigor a Lei nº. 12.403, publicada em 04 de maio de 2011, introduzindo alterações relevantes e profundas no Código de Processo Penal relativamente a prisão e liberdade provisória, com a inserção no ordenamento jurídico brasileiro de novas medidas cautelares pessoais, alternativas ao cárcere.

O presente estudo aborda parcialmente essas alterações, tomando por inspiração os temas expostos e discutidos durante o curso "Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal", ministrado pela EMERJ, nos dias 04, 11, 18, 25/07 e 01/08, além de questionar as consequências sociais da prisão no Brasil e fazer um comparativo entre os primórdios da lei processual penal e sua trajetória até a lei em comento, quando imperava a prisão provisória, de caráter nitidamente processual, fulcrada estritamente na lei, sem qualquer fundamento cautelar que lhe servisse de suporte.

As medidas cautelares introduzidas pela *novel lex* constituem uma garantia do regular desenvolvimento do processo e são de caráter puramente instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal, bem como visam a assegurar a efetividade do *jus puniendi* do Estado.

A prisão em tom definitivo deve ser concebida como lugar para

1 Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal - Capital.

albergar quem efetivamente representa sério perigo para a sociedade. E seu caráter de *extrema ratio da ultima ratio* (que é o direito penal) não pode ser ignorado.[2] Somente o *periculum libertatis* justifica a aplicação das medidas cautelares.

Segundo a clássica lição de Carnelutti, a prisão cautelar não é uma prisão antecipada, mas sim, uma medida cautelar para a boa aplicação da lei processual penal. Nesse sentido é que as medidas cautelares devem ser aplicadas, segundo exprime o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Para que ocorra a minimização do cárcere, como pretende a Lei nº 12.403/11, também compete aos juízes se conscientizar da premissa de que a regra é a liberdade e a prisão, a exceção, em obediência aos princípios e fundamentos constitucionais.

Breve Histórico do Poder Punitivo do Estado

Conforme narrado acima, por muito tempo perdurou a regra da prisão. A história do poder punitivo é rude, pois é capaz de suprimir a liberdade e, em alguns casos, até mesmo a própria vida, a exemplo das sentenças singulares e famosas que condenaram Tiradentes, Jesus Cristo e um jagunço de Lampião, entre outros mais anônimos, porém, não menos mortais, cujos trechos nodais abaixo transcrevemos:

> *(...) Portanto, condenem o réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha "o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a quem com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas Públicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, onde, em lugar mais público, dela será pregada em um poste alto até o tempo a consuma e o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregados em postes pelo caminho de Minas, no*

2 GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011. p. 32.

sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve as suas infames práticas e os mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o réu infame e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Câmara Real e a casa que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada para que nunca mais no chão se edifique (...). (Sentença de Tiradentes, em 18 de abril de 1792)[3]

(...) Eu, Pôncio Pilatos, aqui presidente do Império Romano, dentro do Palácio e arquiresidência, julgo, condeno e sentencio à morte Jesus, chamado pela Plebe – Cristo Nazareno – e Galileu de nação, homem sedicioso contra a Lei Mosaica – contrário ao grande Imperador Tibério César. Determino e ordeno por esta morte na cruz, sendo pregado com cravos todos os réus, porque congregando e ajustando homens, ricos e pobres, não tem cessado de promover tumultos por toda a Judéia , dizendo-se filho de Deis e Rei de Israel, ameaçando com ruína de Jerusalém e do Sacro Templo, negando o tributo a Cesar, tendo ainda o atrevimento de entrar com ramos em triunfo, com grande parte da plebe, dentro da cidade de Jerusalém (...) (Sentença que condenou Jesus Cristo, no ano XIX de Tibério César, que se encontra arquivada no Museu da Espanha).[4]

(...) Comete Pecado mortal o indivíduo que confessa em público suas patifarias e seus deboches e faz coças de suas vítimas desejando a mulher do próximo para com ele fazer chumbregâncias... Condeno o cabra Manuel Duda, pelo Malefício que fez à mulher de Xico Bento e por tentativa de mais outros malefícios iguais, a

3 TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença Criminal – **Prática de aplicação de pena e medida de segurança.** ed. 7ª. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 26

4 TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança.** ed. 7ª. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 28

> *ser capado, capadura que deverá ser feita a macete (...). (Sentença que condenou o jagunço de Lampião, em 15 de outubro de 1833).*[5]

Na Roma antiga, havia apenas duas infrações que instigavam a perseguição pública (*crimina*), *perduellio* (traição e atentado contra a segurança do Estado) e *parricidium* (morte do *pater* do chefe do grupo) e ambas atingiam o governo. As demais infrações, dentre elas o furto e as ofensas físicas ou morais, eram punidas pela própria vítima, que assumia a vingança[6]. No entanto, as vinganças tomaram proporções e fugiram do controle do Estado. As injustiças eram praticadas com maior frequência, gerando um perigoso círculo vicioso.

Na Idade Média, a justiça não era aplicada de forma centralizada. Com o Direito Canônico e, mais tarde, com o Estado absolutista, é que se cristalizou o monopólio dos meios de coerção.[7]

Enquanto Colônia, o sistema jurídico aplicado no Brasil era o de Portugal, constituído inicialmente das Ordenações Afonsinas, editadas em 1521 até o ano de 1603, quando foram substituídas pelas Ordenações Filipinas, editadas por Felipe II de Castela.

As Ordenações do Reino, como eram chamadas, resultaram da compilação das leis de Portugal e tinham por fundamento a estrutura judiciária do *Ancien Regime* (sistema social e político aristocrático estabelecido na França sob a dinastia de Valois e Bourbon, entre os séculos XVI e XVIII). Reproduziam as regras do Direito Canônico.

Por muito tempo, coexistiram as normas canônicas (poder espiritual, eclesiástico ou papal) ao lado daquelas do poder secular (temporal,

5 TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança.** ed. 7ª. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 31

6 Fonte: *http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*, acessado em 21 de julho de 2011.

7 Ibdem, *http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*, acessado em 21 de julho de 2011.

mundano ou mesmo civil). O Código Afonsino foi o primeiro de todos e era avançadíssimo para a sua época, o qual regulamentava assuntos da administração do Estado e representava bem o ideal de centralização do poder.

Outro dado interessante é que, em todas as ordenações portuguesas, o Livro V (quinto) era dedicado aos delitos e às penas. A denominada "devassa", consistente na investigação realizada pela autoridade para descoberta de crimes, bem resumia a situação política do Brasil colonial do século XVII, "uma conjuntura sombria e arrasada em que vigiam um misto de princípios romanos, canônicos, em um entrelaçar bárbaro-cristão terrivelmente conflitante".[8]

Diversas devassas foram instauradas em Vila Rica (atual Ouro Preto) e no Rio de Janeiro, o que motivou Lisboa a enviar para o Brasil um tribunal para o julgamento. Contudo, dos 12 (doze) condenados à morte, apenas Tiradentes foi levado à execução por ter sido acusado do crime de lesa-majestade, sendo condenado à forca em 1792.

Naquele período, as regras penais e processuais no Brasil eram ditadas pelas Ordenações Filipinas. As penas eram cruéis e a capital podia ser executada por enforcamento, por fogo ou precedida de longos tormentos.

O regramento português continuou a ser aplicado no Brasil mesmo após a sua Independência, em 1822, desde que não contrariasse os preceitos constitucionais, até a edição do Código de Processo Criminal em 1832, à luz do texto constitucional de 1824.

Com a vinda da família real para o Brasil, após 1808, as normas que se constituíam em Alvarás e Decretos passaram a ser editadas aqui e previam o perdão e a comutação de penas.

O Tribunal do Santo Ofício não chegou a ser instalado no Brasil e tampouco ocorreram os autos-de-fé, que eram espetáculos montados para que o povo presenciasse a queima dos condenados pela Santa Inquisição.[9]

8 Ibdem. *http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*, acessado em 21 de julho de 2011.

9 Fonte: *http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*, acessado em 21 de julho de 2011.

Nosso próprio ordenamento penal e processual penal somente começou a ser formado após a Independência do Brasil. A consciência nacional veio inspirada pelas dificuldades sociais e econômicas e ainda por ideais humanistas revolucionários soprados da Europa e da América do Norte e tramitavam livremente nos meios intelectuais e políticos, malgrado já tivesse sido editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, desde 1791, inaugurando o regime liberal-individualista.

A despeito, Cesare Beccaria também havia publicado seu famoso livro "Dos Delitos e das Penas", discutindo e questionando os métodos judiciários do Antigo Regime. E na Itália, Pietro Ferri, dentre outros intelectuais iluministas, publicaram o periódico II *Caffe*, que servia para criticar o desumano sistema repressivo vigente [10].

Aqui no Brasil também circulavam os folhetos e panfletos que divulgavam as ideias iluministas e humanistas, destacando a discussão sobre a liberdade. A liberdade de expressão já era bem considerada. E em 1821 foi promulgada a primeira lei de imprensa (Carta-de-Lei de 04.07.1821), regulamentando a liberdade de imprensa.

Nesse contexto, surgiu a primeira Constituição Brasileira, em 1824, outorgada por D. Pedro I, instituindo os direitos civis e políticos no seu artigo 179. E apesar de se afigurar bastante liberal, também previa a possibilidade de restrição da liberdade dos indivíduos. Instituiu igualmente o princípio da legalidade, estabelecendo que "nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" (art.179, 1º). E acrescentava: "que nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública".[11]

O sistema penal brasileiro permaneceu indefinido até o ano de 1830, quando fora editado o Código Criminal do Império e, logo após, em 1932, o Código de Processo Criminal.[12]

10 Disponível em: *http://ricafonte.com/historia/textos/Historia_ Brasil/Imp%C3%A9rio/Imp% C3%A9rio %20 e%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201824.pdf*, acessado em 26/07/11.

11 Fonte: *http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*, acessado em 21 de julho de 2011.

12 Fonte: *http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*, acessado em 21 de julho de 2011.

A Lei nº 12.403/11 e seus precedentes

O nosso Código de Processo Penal, conforme ventilado acima, foi editado em 03 de outubro de 1941, publicado no DOU em 13.10.41 e retificado em 24.10.41, com vigência em 01 de janeiro de 1942. Teve por inspiração a legislação italiana da década de 30, notadamente autoritária (fascista) e apresentava como foco principal a demonstração da responsabilidade do agente, em vez de se constituir numa garantia dos indivíduos frente ao poderio do Estado.

Na sua estrutura original, a prisão era a regra, conforme bem expressa o seu dispositivo a seguir transcrito:

> *Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.*

Neste viés, a pessoa presa em situação de flagrância deveria assim permanecer, salvo se houvesse indícios de ter agido acobertada por uma das causas de exclusão da ilicitude, consoante estabelecia o seu artigo 310, *verbis:*

> *"Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do artigo 19, I, II e III (atual 23, 24 e 25), do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação".*

Somente no ano de 1977, com a edição da Lei nº 6.416, de 24 de maio, que acrescentou o parágrafo único ao aludido dispositivo, é que foi permitida a liberdade provisória, quando também não estivessem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva: *"Parágrafo único. Igual proce-*

dimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (artigos 311 e 312).

Na mesma cadência, havia a prisão preventiva obrigatória/compulsória para os crimes punidos com pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, conforme impunha o seu artigo 312: "Art. 312 – A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos".

No procedimento adotado para os crimes dolosos contra a vida, na decisão de pronúncia, o juiz deveria decretar a prisão do réu, conforme impunha o preceito do § 1°, parte final, do artigo 408:

> *"§ 1º Na sentença de pronúncia, o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol de culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura".*

Na hipótese de o crime comportar a caução da fiança (que outrora era uma garantia real e com a nova lei passou a ser uma das medidas cautelares alternativas à prisão), deveria o juiz arbitrá-la e fazer constar o valor no mandado de prisão, consoante previa o seu § 2º: *"§ 2º Se o crime for afiançável, será desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão*".

Na sentença condenatória, o réu era mantido no cárcere, caso já se encontrasse, mesmo que fosse primário e de bons antecedentes. E se estivesse solto, deveria ser decretada a sua prisão, salvo se o crime admitisse o arbitramento da caução fiança. Na hipótese contrária, para apelar, deveria primeiro se recolher ao cárcere.

A prisão, de caráter nitidamente processual, era uma condição objetiva do recurso, por imposição do seu artigo 594: "*O réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto*".

Essa situação injusta, arbitrária e, sobretudo, autoritária, somente

veio a ser abrandada com a edição da Lei nº 5.941/73, apelidada de Lei Fleury, a qual alterou aquele dispositivo legal e passou a permitir que o réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença, pudesse apelar em liberdade.

Finalmente, o artigo 594 foi derrogado pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, embora se afigurasse flagrantemente incompatível com o princípio mandamental insculpido no inciso LV, do artigo 5º, da Carta Política de 1988: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

O STF e o STJ, lamentavelmente, durante longos anos após o ordenamento implantado em 1.988, continuaram a entender que o aludido dispositivo se encontrava em vigor.

O réu condenado que apelasse e após viesse a fugir do cárcere tinha o recurso declarado deserto, consoante rezava o artigo 595: "*Se o réu condenado fugir depois de ter apelado, será declarada deserta a apelação*".

Na sentença absolutória, se a acusação interpusesse recurso de apelação, o réu deveria permanecer preso, quando se tratasse de crime com pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos, pois o recurso tinha efeito suspensivo, consoante dispunha o artigo 596: "*A apelação de sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos*".

Essas situações injustas e arbitrárias e, sobretudo, autoritárias, vieram sofrendo abrandamento com o passar dos tempos. Inicialmente, com pequena reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei nº 5.349, de 03.11.1967. E com aludida Lei Fleury (Lei nº 5.941, de 22 de setembro de 1973), que permitiu ao réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença, frise-se, poder recorrer em liberdade.

No entanto, como é coisa do Brasil, o mencionado diploma legal tinha beneficiário direto, certo e determinado: o pouco saudoso delegado do Dops de São Paulo, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, cujos "bons antecedentes" eram atestados por oficiais graduados das Forças Armadas

em retribuição aos "relevantes serviços prestados no combate à subversão", daí ter ficado conhecida no jargão forense como a "lei Fleury, em que nos "anos de chumbo da ditadura militar", sob o pálio da "doutrina da Segurança Nacional", criou-se um "poder paralelo", nascido do conúbio incestuoso dos métodos do Esquadrão da Morte com os pretensos "interesses do regime", gerando figuras monstruosas como a do delegado Fleury, que recomendava aos seus policiais na caça a bandidos ou subversivos – "Não adianta tentar pegá-los vivos!", como relata Percival de Souza em Autópsia do Medo[13].

Enfim, quando o delegado Fleury foi colocado no banco dos réus, tantos eram os crimes a ele imputados – embora muitas vezes "sem provas cabais", porque praticados nos porões do regime, sem testemunhas ou assistidos apenas pelos comparsas e por isso negados – o "sistema militar" agiu rápido e fulminante: obrigou o Congresso Nacional a aprovar, no prazo recorde de trinta dias, a Lei nº 5.941, de 22 de setembro de 1973, alterando os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, proposta pelo deputado Cantídio Sampaio, líder do governo na Câmara Federal, proibindo a prisão automática (por ocasião da pronúncia, como era então usual nos processo por homicídio) de "réus primários e de bons antecedentes"[14].

A Nova Lei e suas Principais Peculiaridades

Na visão do renomado jurista e Procurador da República, Eugênio Pacelli,

> *o sistema prisional do Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia referia-se apenas à lei e não a uma razão cautelar específica.*

13 *http://jus.uol.com.br/revista/texto/276/mp-2-088-35-a-lei-fleury-da-era-fhc*, acessado em 21 de julho de 2011.

14 *http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/caso-usp-o-assassinato-como-profissao?page=1*, acessado em 28/07/2011.

Do Auto de Prisão em Flagrante

No decorrer do curso, o aludido doutrinador e Procurador da República, na sua palestra, ao ser instado por um dos participantes se o artigo 10 do CPP havia sido derrogado por força da atual redação do § 1º do artigo 306 do CPP, redarguiu afirmativamente.

Outro tema que demandou muita discussão por ocasião dos debates, consistiu na indagação sobre se o juiz ainda pode, *ex officio*, decretar a prisão preventiva na convolação da prisão em flagrante, diante do sistema acusatório abraçado pelo nosso sistema jurídico, e não se chegou a um consenso.

Contudo, como é de sabença arraigada entre os agentes do direito processual penal, o vetusto inquérito policial pode ser iniciado por duas formas: 1ª) pela portaria baixada pela autoridade policial; 2ª) pelo auto de prisão em flagrante quando houver sido o indiciado capturado em situação de flagrância.

Assim, não deve ser confundido auto de prisão em flagrante com inquérito policial. E a alteração em comento em nada respingou o artigo 10 do CPP.

Na mesma testilha, não deve ser confundida a comunicação imediata da prisão determinada no *caput* do artigo 306, com o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente em até 24 horas após a realização da captura e a sua formalização documental.

Com efeito, no átimo da comunicação imediata da prisão e do local em que se encontra o indiciado ao juiz competente, à família ou a pessoa indicada por aquele, a todo rigor, não há ainda a possibilidade física da remessa do auto de prisão em flagrante, uma vez que este deverá ser lavrado e esta providência demanda algum lapso temporal.

A finalidade dessa norma é que a autoridade administrativa dê ciência imediatamente ao Poder Judiciário - que é guardião dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito de liberdade - de que o indiciado foi retirado da sua esfera de proteção e liberdade e levado para o local indicado.

O legislador, ao criar a norma do § 1º do artigo 306 do CPP, de-

monstra nitidamente a sua preocupação, cautela, e procura prevenir os atos abusivos de outrora cometidos durante o regime de exceção implantado no país após 1964, quando pessoas eram arrebatadas por agentes do sistema autoritário e levadas para locais desconhecidos (quando não "sumiam" com elas), sem que os familiares tivessem notícias sequer da prisão, aliando-se a odiosa e corriqueira prática de transferi-las sucessivamente, de uma delegacia para outra, com o intuito de dificultar a obtenção de informações sobre os motivos da prisão e ocultar o local onde se encontravam detidas ilegalmente.

Ressalte-se que o auto de prisão em flagrante não pode ser encaminhado imediatamente à autoridade judiciária por absoluta impossibilidade física e lógica, uma vez que primeiro precisa ser lavrado, e a prática deste ato demora algum tempo. A expressão "em até 24 horas após a realização da prisão" intui que fora concluída a sua lavratura quando, então, fisicamente é possível a remessa de uma cópia que, a todo rigor, não é o Inquérito Policial. E este deverá ser remetido no prazo legal (artigo 10 do CPP), caso não haja outro disciplinado em leis extravagantes, *v.g.*, artigo 66 da Lei nº 5.010/66; artigo 51 da Lei nº 11.343/06; artigo 66, da Lei nº 5010/66 e artigo 10, § 1º, da Lei nº 1.521/51.

No que tange à questão do juiz poder ou não decretar, de ofício, a prisão preventiva na conversão da prisão em flagrante, na forma do que preceitua o inciso II do artigo 310 do CPP, na sua atual redação, há de se observar que a nova lei disciplina duas situações distintas para a adoção desta medida cautelar pessoal extrema de constrição da liberdade da pessoa humana:

A primeira delas trata da conversão da prisão em flagrante (hipótese em que o indiciado já se encontra preso), por força de um ato administrativo da autoridade policial que, como é sabido, não tem cunho jurisdicional e nem natureza cautelar, mas respaldado na permissão, a título de exceção contida na cláusula de reserva de jurisdição que é objeto do preceito mandamental esculpido no inciso LXI, do artigo 5º, da CF: "*Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*".

Não é demais lembrar que o indiciado já se encontra preso por força de ato administrativo, e para que se transforme em jurisdicional de natureza cautelar, precisa ser chancelado pelo juiz competente, mediante a sua **conversão** em prisão preventiva, desde que esta se afigure necessária, adequada e se fizerem presentes os seus requisitos legais e não comporte a aplicação de outras medidas cautelares alternativas, entre as elencadas nos incisos do artigo 319 do CPP, na sua atual redação, podendo ser adotada de ofício na dicção extraída do aludido dispositivo legal, sem qualquer ofensa ao sistema acusatório como pregam alguns agentes do Direito.

A segunda, disciplinada no artigo 311, em se tratando da fase de investigação preliminar, ao encargo da Polícia Judiciária, sob o controle externo do Ministério Público, por imposição constitucional, é de todo conveniente a exigência de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Púbico, para a decretação da medida cautelar de prisão preventiva, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário a investigação criminal e nem a deflagração da ação penal, devendo ser provocado para a sua adoção.

E mais. O verbo empregado pelo legislador, na primeira hipótese, é "**converter**", que é diferente daquele utilizado na segunda, que é "**decretar**". Na primeira hipótese, o indiciado já se encontra preso e se já está preso, seria uma loucura prendê-lo novamente, daí ser acertada a expressão conversão e despicienda a exigência de requerimento para a sua adoção.

Já no curso da ação penal, quando o Poder Judiciário já foi provocado, na conformidade da mesma norma do artigo 311, do CPP, a medida cautelar da prisão preventiva também poderá ser decretada sem a exigência de requerimento do Ministério Público, do Querelante, do Assistente da Acusação ou de representação da autoridade policial, desde que necessária, adequada e não haja possibilidade da aplicação de outras medidas alternativas e que se façam presentes os seus requisitos elencados no artigo 312, do CPP.

Assim, não houve derrogação do artigo 10 do CPP.

O auto de prisão em flagrante é ato da autoridade administrativa. A medida cautelar da prisão preventiva é ato da autoridade judiciária.

No escólio do jurista Luiz Flávio Gomes, a prisão em flagrante é o

ato de captura do agente (no momento do flagrante) e de natureza administrativa (pré-cautelar), mesmo que praticado por um particular. A lavratura do auto de prisão em flagrante também constitui um ato da mesma natureza. Até aqui estamos diante de uma medida pré-cautelar. A prisão em flagrante torna-se prisão processual (cautelar) somente a partir do momento em que o juiz a converte em prisão preventiva (novo artigo 310, CPP). A partir desse momento a autoridade coatora, caso a prisão seja ilegal, passa a ser o juiz. O ato de recolhimento do preso ao cárcere é também um ato administrativo. [15]

Necessidade da concessão de liberdade provisória

Com a reforma processual penal, num primeiro momento, a concessão de liberdade provisória se torna obrigatória quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o fato foi praticado sob a égide de alguma das excludentes da ilicitude (artigo 310, parágrafo único). No entanto, em qualquer das três hipóteses de concessão de liberdade provisória (artigo 310, parágrafo único, 350 e artigo 310, III c/c 321, todos do CPP) poderá o juiz aplicar as medidas cautelares de urgência que achar necessárias.

Execução provisória da pena

A execução provisória da pena, pela redação dada ao artigo 283 do CPP, não mais subsiste. O legislador agasalhou o entendimento que vinha sendo adotado pelo Pretório Excelso, a exemplo do julgamento do HC 84.078 quando, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo, que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Carta Magna de 1988. Leia-se:

15 GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011, p. 89.

"ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do artigo 5º).

Portanto, a execução provisória da pena no processo penal, somente poderá ser adotada quando favorecer o réu (*favor rei*), nunca contra ele, diante da sua presunção de inocência.[16]

Prisão Preventiva

Pelas novas disposições introduzidas ao CPP, na expressão de Luiz Flavio Gomes, a prisão preventiva passa a ser, expressamente, a extrema *ratio* da *ultimo ratio* em matéria de medida cautelar:

> *Art. 282 [...]*
> *§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).*
> *[...]*
> *§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)*
> *Art. 312 [...]*
> *Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).*

Com a adoção de outras medidas cautelares, como o compareci-

16 GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011, p. 41.

mento em juízo temporariamente, a proibição de frequentar certos lugares e de manter contato com determinadas pessoas, a internação provisória, a fiança e a monitoração eletrônica (que tudo indica seguirá a Lei de Execução Penal, com a alteração que lhe introduziu a Lei nº 12.258/10 e a primeira que disciplinou a matéria), entre outras, a prisão preventiva só será admitida quando não for possível a aplicação de outra medida ou quando esta houver fracassado.

Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva

Esta providência era defendida pela doutrina e já vinha sendo adotada por alguns magistrados quando, após analisados os seus requisitos, se revelasse necessária a manutenção da privação da liberdade e era assente no Manual de Gestão e no de Rotinas para as Varas Criminais do Conselho Nacional de Justiça, que a disciplinou por meio da sua Resolução nº 66, de 17 de janeiro de 2009.

A propósito, Tourinho Filho, antes da alteração, alertava que

> *Se a prisão-captura é um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesto é seu caráter administrativo. Entretanto, depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e convolar-se numa verdadeira medida cautelar. Analisa-se, então, a fumaça do bom Direito, ou probabilidade de condenação, bem como a existência do periculum in mora (rectius: periculum libertatis).*[17]

Ressalte-se que a conversão já vinha sendo aplicada na prática, ainda que a lei não fosse explícita, mas a partir de 04 de julho de 2011, passou a ser uma imposição legal (expressa). Contudo, deverá sempre atentar para o caráter subsidiário da medida.

> *Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente:*

17 Fonte: *www.egov.ufsc.br/.../a_reforma_das_cautelares_no_codigo_de_processo_penal*, acessado em 21.07.11.

I - relaxar a prisão ilegal; ou
II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Exigência de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público

É direito do preso, de ordem constitucional, a imediata comunicação de sua prisão ao juiz competente, a sua família ou a pessoa por ele indicada (artigo 5º, LXII, CF/88).

A norma processual, ampliando a tutela constitucional, impõe agora que a prisão seja igualmente comunicada imediatamente ao Ministério Público, que, como titular da ação penal da iniciativa pública e, também, fiscal da lei na de iniciativa do particular, tem o dever, assim como o juiz, de apurar a legalidade do flagrante.

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

O legislador não estabeleceu as consequências para o não cumprimento da determinação de comunicação imediata e da remessa do auto de prisão em flagrante em até 24 horas, providência que será definida pela doutrina e pela jurisprudência.

É provável que a consequência imediata se constitua na invalidade do flagrante para o efeito de manutenção do indiciado no cárcere provisório,

embora existam entendimentos divergentes, como o de Tourinho Filho, para quem "[...] *a consequência da ausência ou tardia comunicação consistirá apenas em se promover a responsabilidade da autoridade omissa ou retardatária*".

O assistente de acusação no regramento anterior não tinha legitimidade para requerer a prisão preventiva do réu, mas, com a reforma, foi incluído no rol dos legitimados no artigo 311:

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

A medida cautelar alternativa à prisão preventiva da prisão domiciliar é outra novidade inserida no Código de Processo Penal, na redação que foi dada ao seu artigo 317. Contudo, não é demais observar que não se trata de medida cautelar autônoma, haja vista que deve ser aplicada nas hipóteses elencadas, em substituição a prisão preventiva. E não deve ser confundida com a medida cautelar de recolhimento domiciliar durante o período noturno e nos dias de folga, prevista no artigo 319, inciso V, do CPP, que é medida cautelar autônoma e tem prevalência sobre a prisão domiciliar, diante do caráter subsidiário desta última.

Enfim, apenas será admitirá a medida cautelar de prisão domiciliar após decretação da prisão preventiva e em sua substituição. O beneficiado deverá recolher-se na residência e somente poderá se ausentar desta mediante autorização judicial, na forma estabelecida no artigo 317:

> *"A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial." (NR)*
> *Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
> *I - maior de 80 (oitenta) anos;*

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Outras Alterações introduzidas pela Lei nº 12.403/11

A lei passou a exigir a observância do contraditório, como regra, antes da decretação da medida cautelar, com exceção para os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Para tanto, ao receber o pedido de medida cautelar, o juiz deverá determinar a intimação da parte contrária. É o teor da nova redação do § 3º do artigo 282 do CPP.

Banco de dados junto ao CNJ

A lei criou um banco de dados para registro dos mandados de prisão expedidos no país, junto ao Conselho Nacional de Justiça, conforme estabelece o novo artigo 289-A do CPP, regulamentado por aquele Órgão através da sua Resolução nº 137, de 13.07.2011, indubitavelmente, com o propósito de facilitar a captura e a prisão dos foragidos e procurados onde quer que sejam encontrados.

Alterações introduzidas no instituto da Fiança

A fiança deixou de ser uma caução real e adquiriu a natureza de medida cautelar alternativa à prisão, passando a autoridade policial a poder arbitrá-la para as infrações com pena cominada até 04(quatro) anos, independentemente da sua qualidade (se reclusão ou detenção), na dicção da nova redação do artigo 322 do CPP.

A contravenção da vadiagem (artigo 59 da LCP) deixou de ser

motivo para a não concessão da fiança. Na mesma cadência, em relação aos crimes que provoquem clamor público, bem como a circunstância de o agente se encontrar no gozo de suspensão condicional do processo ou de livramento condicional.

A fiança pode alcançar valores elevadíssimos, podendo ser fixada pela autoridade policial em até 100 (cem) salários mínimos e em até 200 (duzentos) pelo juiz, podendo, ainda, nas duas hipóteses e considerando a condição econômica do agente, ser elevada até 1000 (mil) vezes.

Igualmente, não perduram os requisitos especiais de outrora, exigidos para a concessão da fiança nos crimes contra a economia popular ou de sonegação fiscal, por terem sido derrogados.

Por fim, a previsão constitucional de inafiançabilidade de alguns crimes foi inserida pela reforma no texto processual.

Há de ser lembrado que mesmo não sendo admissível o arbitramento da fiança, esta circunstância, por si só, não serve de óbice para a concessão da liberdade provisória sem aquela, conforme preceitua o artigo 310, inciso III, do CPP, na sua nova redação.

A prisão especial do jurado

A nova redação dada ao art. 439, CPP, deixou de se referir à prisão especial até o trânsito em julgado como direito de todo jurado. Contudo, ao que parece, não deve significar a exclusão do benefício aos juízes leigos, haja vista que o artigo 295, inciso X, do CPP, que igualmente disciplina a questão, não sofreu alteração com a reforma.[18]

Prisão administrativa

A prisão administrativa deixou de ser tratada e nem sequer foi citada na lei reformadora. Curioso foi ter sido substituído em vários dispositivos, o termo *réu* por *acusado* - aliás, em todo o texto da nova lei, o termo *réu* é

18 Fonte: *www.egov.ufsc.br/.../a_reforma_das_cautelares_no_codigo_de_processo_penal*, acessado em 21.07.11

utilizado apenas uma vez. E em isoédrica cadência, em lugar de *telegrama* e *via telefônica*, o legislador inseriu no novo texto a expressão *qualquer meio de comunicação*, buscando, sem dúvida, por meio da generalidade da expressão, a adequação da lei à rápida evolução dos meios de comunicação.

Conclusão

A Lei nº. 12.403, de 04 de maio deste ano, alterou, acrescentou e derrogou dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), no concernente à prisão provisória, fiança, liberdade provisória, e introduziu as medidas cautelares alternativas à prisão.

O novo diploma legal alterou a redação dos seguintes dispositivos do Código de Processo Penal: 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439, o que revela a amplitude das novas regras, todas em consonância com os princípios da Constituição Federal direcionados ao processual penal, que deve ser entendido como uma garantia do indivíduo frente ao poderio do Estado e não como um instrumento utilizado para a demonstração da sua responsabilidade penal. Pode ser destacado como um dos traços marcantes da reforma setorial do Código de Processo Penal[19], como um freio aos abusos que costumeiramente eram cometidos, com a imposição da preventiva em larga escala, numa verdadeira antecipação de pena, passando a ser reservada somente para os casos estritamente necessários, excepcionais e de interesse público ou para a hipótese de não cumprimento de outras medidas alternativas de restrição da liberdade.

A aplicação de qualquer medida cautelar restritiva da liberdade depende da presença de pressupostos indispensáveis, como determina o artigo 282, *verbis*: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos[20], para evitar a

19 Disponível em: *http://www.parana-online.com.br/colunistas/149/86336*, acessado em 31/07/2011.

20 Disponível em: *http://www.dotti.adv.br/artigosjp_413.html*, acessado em 31/07/2011.

prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Em suma, a própria lei preconiza no seu artigo 282, § 6: "A *prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*".

Por oportuno, convém lembrar a vigorosa advertência do pensador francês Charles Chabroud, contra a massificação e rotina da pena privativa de liberdade e que consta da obra *Surveiller et punir* (Vigiar e punir) de autoria do genial filósofo, professor e humanista Michel Foucault: *De modo que se eu traí meu país, sou preso; se eu matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Pareço ver um médico que, para todos os males, tem o mesmo remédio*.[21]

É fato incontrastável que a aplicação de medidas alternativas ao encarceramento tem efeito positivo e constitui um dos relevantes meios de prevenção e de contenção da violência e da criminalidade.

O legislador procurou reforçar o espírito que norteou a reforma à lei processual ao estatuir no § 1º do artigo 283 do Código de Processo Penal: *"As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade".*

E mais. Na preocupação com a proteção de princípios essenciais do devido processo legal, da razoabilidade ou da proporcionalidade e da humanidade, a lei ora comentada fez inserir no artigo 300 do CPP: *"As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal".*

Essa preocupação é uma regra de garantia individual que tem sido negada durante todo o período histórico que se inicia com a promessa da Constituição do Império do Brasil (1824): "*As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes (art. 179, § 21).*

Os meios de comunicação noticiam com grande frequência a prá-

21 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 2005, p, 143.

tica de atentados contra a dignidade da pessoa humana, que se constitui num dos fundamentos da República, inciso III, do artigo 1º, Constituição Federal.

As cadeias e as unidades penitenciárias do nosso país constituem-se, de um modo geral, num amontoado de pessoas, verdadeiras fábricas de degeneração e deformação da mente humana.

A nova lei reformista do Código de Processo Penal, é assaz importante por romper com a estrutura da massificação e exclusividade da prisão cautelar como forma de tutela antecipada de justiça criminal, até a contínua adaptação e compatibilização das regras de prisão, no território nacional, com o sistema constitucional vigente e válido[22].

As inovações e alterações introduzidas no Código de Processo Penal indubitavelmente serão objeto de grandes questionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência. O anterior direito processual brasileiro (antes da reforma que acaba de ser aprovada) transitava dentro de margens extremadas: era oito ou oitenta[23]. A possibilidade alvitrada é de um respeito máximo ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena e que se aplique a melhor medida cautelar na buscar de uma justa Justiça.

Enfim, ainda há muito a se discutir sobre a Lei nº 12.403/114. ◆

Bibliografia

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <*http://www.planalto.gov.br*> Acesso em: 7 de julho de 2011.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição. Princípios constitucionais do Processo Penal.** Rio de Janei-

22 GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011, p. 17.

23 GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011, p. 39.

ro: Lumen Juris, 2009. Disponível na internet em: <*http://ricafonte.com/historia/textosHistoria_Brasil/Imp%C3%A9rio/ImpC3%A9rio20e%20a%2Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201824.pdf*>, acessado em 26/07/11.

GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luiz. **Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1998.

JORGE, Ana Paula; NICOLA, Rafaela Mariane. **Processo Penal: evolução histórica e breve análise das garantias, poderes e deveres das partes e do juiz.** Revista Jurídica da Unitoledo/Araçatuba, 2011.

KOERNER, Rolf Júnior. **Código criminal de 1830.** Disponível na internet em <*http://www.d antaspimentel.adv.br /jcdp5217.htm*>, acessado em 21 de julho de 2011.

LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus.** Disponível na Internet: <*http://www.mundojuridico.adv.br*>. Acesso em 16.07.2011 e <*http://br.monografias.com/trabalhos904/breve-historia-processo/breve-historia-processo.shtml*>, acessado em 21 de julho de 2011.

LOPES, Aury Jr. **O novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares diversas.** Atualizado – 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal.** Comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NASSIF, Luis. Caso USP: **O assassinato como profissão.** Disponível em: <*http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/caso-usp-o-assassinato-como-profissao?Page =1*>, acessado em 28/07/2011.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12,403/11 – O novo processo Penal Cautelar.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011.** Disponível em: <*http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc 4.pdf*>, acessado em 16/07/2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PORTUGAL. **Código Penal Português.** Disponível em <*http://www.juareztavares.com/textos / codigoportugues.pdf*>, acessado em 12.07.2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança.** ed. 7ª. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

VALENTE, Luiz Ismaelino. **MP 2.088-35: a ´Lei Fleury´ da era FHC.** Disponível em <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/276/mp-2-088-35-a-lei-fleury-da-era-fhc*>, acessado em 21 de julho de 2011.

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Ludmilla Vanessa Lins da Silva[1]

Introdução

Pretendemos no presente trabalho, com base no curso "Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal", examinar as alterações introduzidas, no âmbito da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, pelo Legislador no Titulo IX do Código de Processo Penal, as quais trouxeram significativas mudanças. O desafio agora é do Poder Judiciário, não só para harmonizar as alterações com os demais dispositivos do Código de Processo Penal, mas também para interpretá-las e aplicá-las.

Faremos apenas uma análise pontual e sintética dos dispositivos que, no momento, estão sendo alvo de controvérsias e discussões nos encontros jurídicos, sem termos a pretensão de esgotar o tema, até porque cabe aos estudiosos do Processo Penal essa tarefa; a nós, julgadores, cumpre vencer as dificuldades interpretativas e dar eficaz aplicação às novas disposições legais.

Na bem lançada colocação do Professor Auri Lopes Jr., as alterações tiveram como pontos relevantes o rompimento com o modelo binário de prisão cautelar ou liberdade provisória, para adoção do modelo polimorfo, pelo qual oferece ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, bem como o renascimento do instituto da fiança.

Merece destaque inicial que a doutrina, com relação às medidas cautelares, vem entendendo que **elas devem ser provisórias,** na medida em que tutelam uma situação fática e, em menor escala, são constritivas à liberdade do individuo, assim como é a prisão cautelar. Todavia, o legisla-

1 Juíza de Direito em exercício na Vara Criminal de Itaguaí.

dor não estabeleceu prazo, perdendo, na visão da doutrina, boa hora para resolver de vez a problemática da duração máxima da prisão cautelar. Nesse sentido se posiciona o já citado Professor Auri Lopes Jr. (**O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas.** Ed. Lumen Juris. 2º Ed, p. 27).

Requisitos das medidas cautelares

O Título IX do Código de Processo Penal inicia-se pelo o art. 282, o qual tratou das medidas cautelares, determinando que devam ser aplicadas observando-se:

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

Neste dispositivo são destacados, como se vê, os seguintes requisitos: a garantia da aplicação da lei penal; conveniência da investigação ou a instrução criminal; evitar a prática de infrações penais. Há quem entenda que esse último requisito esteja atrelado ao requisito da garantia da ordem pública, mas o entendimento não é pacífico.

Quanto ao requisito da "garantia da ordem pública", parte da doutrina sustenta ser ele inconstitucional, na medida em que gera injustiças por se tratar de conceito aberto, o qual permite aos aplicadores da lei fundamentar a necessidade da medida cautelar constritiva à liberdade sem critérios objetivos. Nesse sentido, o entendimento de André Nicolitt, Juiz do Estado do Rio de Janeiro, externado na palestra que proferiu no presente curso.

Não obstante as críticas lançadas contra o requisito da garantia da ordem pública, o legislador optou por mantê-lo, uma vez que persistiu na redação do art. 312 do CPP.

O inciso II do art. 282 dispõe:

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

Há aqui outra grave controvérsia, pois o legislador estabeleceu que, na adequação da medida, deverá o julgador observar a "gravidade do crime", "circunstâncias do fato" e "condições pessoais do indiciado ou acusado", conceitos genéricos e subjetivos tal como na garantia da ordem pública. Isto porque todos os crimes são graves, na medida em que o legislador penal assim optou por entendê-los (Princípios da Fragmentariedade e Subsidiariedade). Ademais, a adequação da medida, observando as condições pessoais do indiciado ou acusado, as quais podem ser amplamente analisadas, inclusive quanto aos maus antecedentes para impor medidas mais gravosas, até mesmo possibilitando a prisão preventiva, permite, para parcela da doutrina, uma análise genérica e subjetiva.

Outro aspecto relevante quanto às medidas cautelares foi a determinação, no parágrafo 3º do art. 282, da necessidade do contraditório, ressalvados os **casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida**.

Aqui também surge a dúvida: como deverá ser a intimação? O Professor Auri Lopes Jr. defende o contraditório no entendimento de que o juiz, diante do pedido de medida cautelar, deverá intimar o indiciado para uma audiência ou no mínimo conceder prazo para defesa manifestar-se acerca do pedido e para que produza prova, para só assim decidir sobre a necessidade e adequação da medida cautelar (ob. cit. p. 21/22).

Outro ponto igualmente relevante é o parágrafo 4º do artigo em comento. Aqui o legislador permitiu que, no caso de **descumprimento de qualquer das obrigações impostas**, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá **substituir a medida**, **impor outra em cumulação**, ou, em **último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

De se observar, portanto, que as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e que a prisão preventiva é a *ultima ra-*

tio, servindo apenas para o caso de reiterado descumprimento das medidas anteriormente impostas. O juiz, ao nosso sentir, poderá **revogar a medida cautelar de ofício,** independentemente do contraditório, quando verificar a falta de motivo para a sua subsistência, mas, quando se tratar de **substituí-la ou de voltar a decretá-la**, se sobrevierem razões que a justifiquem (parágrafo 5º), deverá abrir o contraditório. O parágrafo 6º - "A **prisão preventiva** será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)"-, deixa clara opção do legislador no sentido de ser a prisão preventiva só aplicável em último caso.

Tipos de prisão

Dispõe o art. 283 do CPP que "Ninguém poderá ser preso senão em **flagrante delito** ou por **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva". Temos, portanto, quatro tipos de prisões: a prisão em flagrante, a prisão definitiva (sentença condenatória transitada em julgado) e duas cautelares - temporária e preventiva.

No parágrafo 1º desse dispositivo, o legislador restringiu as medidas cautelares ao dispor que elas não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Mais quais são as medidas cautelares diversas da prisão? Pode haver outras medidas além daquelas que estão elencadas?

Respondendo a primeira indagação, os artigos 319 e 320 do CPP trouxeram um rol de medidas cautelares.

"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;**"

Tais requisitos, ao nosso sentir, são cumulativos.

"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;"

Nestes casos, quando a perícia (judicial) verifica a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade e o crime for praticado com violência ou grave ameaça, ao invés da prisão, interna-se provisoriamente o acusado (em hospital de tratamento).

"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**.

§ 4º A **fiança** será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser **cumulada com outras medidas cautelares**." (NR)

"Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para **entregar o passaporte**, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas."

No que diz respeito à segunda indagação, cremos não ser possível estabelecer outras medidas cautelares senão as elencadas pelo legislador. E assim é porque elas são, ainda que de modo mais brando, medidas restritivas de liberdade. É bem verdade que, antes do advento da Lei n. 12.403/2011,

aplicava-se medida cautelar utilizando-se o Poder Geral de Cautela. Mas hoje, é de se entender que o rol de medidas cautelares diversas da prisão é taxativo, pelo que qualquer restrição fora dos limites estabelecidos pela referida lei é ilegal.

Outras questões controvertidas

Os artigos 306 (e seus parágrafos), 310 e 311 do CPP contêm outras questões relevantes, mas vamos abordá-las em conjunto, em face dos objetivos deste trabalho.

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

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

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

"Art. 310: "Ao receber o **auto de prisão em flagrante**, o juiz deverá **fundamentadamente**:

I - **relaxar a prisão ilegal**; ou

II - **converter a prisão em flagrante em preventiva**, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, **e** se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder **liberdade provisória**, com ou sem fiança."

De se ressaltar que parte da doutrina passou a sustentar que o prazo do art. 10 do CPP foi tacitamente revogado pelo art. 306, uma vez que este estabeleceu o prazo de 24 horas, com a entrega do auto de prisão em flagrante, para análise do art. 310.

Neste ponto, nos posicionamos contrariamente àqueles que defendem a revogação do art. 10 do CPP, pelos seguintes motivos: **a uma**, por-

que não seria razoável tal revogação, uma vez que importaria impor à autoridade policial uma obrigação excessiva; **a duas,** porque **auto de prisão em flagrante** não pode ser confundido com inquérito policial. Auto de prisão em flagrante é a peça que informa ao juiz a captura de uma pessoa, deflagrando o inquérito policial para os casos de indiciado em flagrante delito. O art. 304 do CPP estabelece que a autoridade policial deverá ouvir o condutor e colher, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, **o auto**. E, mais: o parágrafo 2º do art. 304 do mesmo diploma legal dispõe: "a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante (...)". Portanto, está claro que o auto de prisão em flagrante não é o inquérito policial; **a três**, porque é cediço que em muitos casos a autoridade policial, para concluir o inquérito, necessita ouvir testemunhas, as quais podem não estar disponíveis de imediato. Assim, entendemos que o auto de prisão em flagrante é, e continua sendo, a peça que, em conjunto com a comunicação do flagrante, é levada ao juiz dando conta da constrição da liberdade de uma pessoa, adequando-se tal posicionamento às resoluções 66 e 87, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

Defendendo que o prazo do art. 10 do CPP não foi revogado, posicionou-se o doutrinador e Desembargador do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Paulo Rangel.

Continuando, o relaxamento da prisão por ilegalidade pode ser material, quando da análise verificar-se a atipicidade da conduta, ou pode ser meramente formal, quando ocorrer à inobservância do procedimento previsto em lei.

Com relação ao inciso II (art. 310), outra questão surge na prática.

O Juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva sem a oitiva do Ministério Público? E mais, quando o Juiz converterá a prisão em flagrante em preventiva? No momento da entrega do auto de prisão em flagrante ou quando da entrega do inquérito policial?

Com relação à primeira pergunta, há quem sustente não ser possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem a oitiva do Ministério Público, por força do sistema acusatório adotado pelo legislador brasileiro.

Abordando o tema, o doutrinador Auri Lopes Jr. faz severas críticas ao legislador ao permitir a prisão preventiva decretada de ofício, uma vez que gera a violação da imparcialidade, conforme segue:

> *"Talvez o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terceiro, um estar alheio aos interesses das partes na causa"* (ob. cit p. 70).

Em sentido contrário estão aqueles que entendem não haver violação do sistema acusatório, já que apenas estar-se-ia convertendo o ato administrativo em jurisdicional.

Em qualquer caso, para haver a conversão da prisão em flagrante em preventiva, defendemos a necessidade da análise não só do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis,* mas, também, dos requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal e do não cabimento das medidas cautelares menos gravosas, além da necessária expedição do mandado de prisão, com comunicação ao Conselho Nacional de Justiça. Aliás, o artigo 289-A já estabelece a necessidade de o juiz competente providenciar o imediato registro do mandado de prisão em **banco de dados** mantido pelo **Conselho Nacional de Justiça** para essa finalidade.

Quanto ao momento, também não temos posição firmada. No curso oferecido aos Magistrados fluminenses pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em conjunto com o Tribunal de Justiça deste Estado, parte dos palestrantes (que tratou do tema) sustentou que o momento seria quando da entrega do auto de prisão em flagrante e a outra entendeu ser quando da entrega do inquérito, após promoção ministerial.

Prosseguindo, parágrafo único: "Se o juiz verificar, pelo auto de

prisão em flagrante, que o agente **praticou** o fato nas condições constantes dos **incisos I a III do caput do art. 23** do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação."

Os incisos I a III, a que se refere o parágrafo único, dizem respeito às excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou regular exercício de um direito).

Por sua vez, o art. 311 estabeleceu: "Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a **prisão preventiva** decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial".

Aqui, é de se entender que o indiciado ou acusado encontra-se solto, diferentemente do art. 310, quando o indiciado estará preso em virtude de prisão em flagrante. Essa é a razão pela qual, na hipótese do art. 311, a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício pelo juiz, se no curso da ação penal. Se no inquérito, deverá haver requerimento ou do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou, ainda, por representação da autoridade policial.

O parágrafo único do art. 312 reforça a possibilidade da prisão preventiva ser decretada em caso de **descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares** (art. 282, § 4º).

Sabe-se que a prisão cautelar tem por escopo garantir a aplicação da lei penal e garantir a instrução processual, dentre outros. Assim, o descumprimento das medidas cautelares, as quais, frise-se, para serem decretadas também exigem a observância dos requisitos descritos no art. 282, I, c/c art. 312, demonstra a clara necessidade de medida mais gravosa, pois o indiciado ou acusado não se mostrou apto a permanecer em medida mais branda, violando determinação judicial. Aqui não se questiona a excepcionalidade da prisão preventiva; esta é a exceção. Contudo, se descumpridas as medidas cautelares descritas no art. 282 de forma injustificada, a prisão

poderá ser decretada sem qualquer violação ao Princípio da Inocência.

O art. 313 elenca as hipóteses que possibilitam a decretação da prisão preventiva: "Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos **crimes dolosos** punidos com **pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos**;

II - se tiver sido **condenado por outro crime doloso**, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver **violência doméstica e familiar contra a mulher**, **criança**, **adolescente**, **idoso**, **enfermo** ou **pessoa com deficiência**, **para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;**

IV - (revogado).

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

Importante destacar o inciso III do art. 313. Sabe-se que a Lei n.11.340/2006 é aplicável à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Assim, o referido inciso deve ser aplicado, com exclusividade, aos crimes praticados contra à mulher vítima de violência doméstica ou familiar, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência e para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Da fiança

O instituto da fiança, que se encontrava esvaziado, o legislador optou por ressurgi-lo. O art. 322 permite à **autoridade policial** conceder a fiança, porém, limita-a aos casos de infração cuja **pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos** .Na redação antiga, o Delegado podia conceder a fiança também nos crimes punidos com detenção ou prisão simples.

O legislador, consoante parágrafo único do art. 322, optou por fazer uma limitação ao poder da autoridade policial, na medida em que dispôs que, "nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas."

Nos artigos 323 e 324 temos os casos de inadmissibilidade do instituto da fiança.

O art. 325 tratou do valor da fiança, determinando o limite de:

> *"I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;*
> *II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.*
> *§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:*
> *I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;*
> *II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou*
> *III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes."*

O art. 334, por sua vez, permitiu que a fiança seja prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Entendendo ser um direito subjetivo do acusado, o art. 335 dispõe que, havendo recusa ou retardamento pela autoridade policial em conceder a fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

O destino do dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das **custas**, da **indenização do dano**, da **prestação pecuniária** e da **multa**, se o réu for condenado (art. 326 e parágrafo único), mesmo no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

O art. 337 disciplinou a restituição da fiança se e quando esta for declarada sem efeito ou nos casos de ter ocorrido o trânsito em julgado de

sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal. O valor que a constituir será restituído, atualizado e sem desconto, salvo na hipótese do disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

A quebra da fiança ocorrerá quando o acusado, regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; resistir injustificadamente a ordem judicial; praticar nova infração penal dolosa.

E se o quebramento for injustificada, haverá a perda de metade do valor da fiança, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

Na hipótese de o condenado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, ocorrerá o perdimento, na totalidade, do valor da fiança.

Havendo a hipótese de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

O artigo 346 dispõe que, no caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Já o art. 350 manteve a possibilidade de ser concedia a liberdade provisória sem a imposição da fiança, para os casos em que o preso seja hipossuficiente econômico. No entanto, estabeleceu que, se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.

Da liberdade provisória

Quanto à liberdade provisória, a novidade trazida pela Lei n. 12.403/2011 foi que, nas hipóteses de crimes punidos com pena de 01 até 04 anos de reclusão, não será imposto a prisão, exceto nos casos de descumprimento de medidas cautelares elencadas nos arts. 319 e 320, ou, para parte da doutrina, na hipótese de reincidência.

Considerações finais

Como toda lei que ingressa no ordenamento jurídico, a Lei n. 12.403/2011 surge com lacunas e, por isso, é passível de críticas.

Se, por um lado, assiste razão àqueles que dizem que o legislador, ao introduzir alterações no Código, perdeu boa hora de elaborar e aprovar um novo Código de Processo Penal, pois leis em demasiado modificando dispositivos de um código geram uma "colcha de retalhos", o que dificulta a interpretação e aplicação harmonicamente com os demais dispositivos, de outro lado temos que enfrentar a problemática a fim de que, em conjunto, possamos aprovar entendimentos coesos e harmoniosos com a sistemática do Processo Penal, evitando, com isso, interpretações conflituosas, as quais, diga-se, geram insegurança jurídica e descrédito para o Poder Judiciário.

Daí a importância de cursos como este ministrado pela EMERJ e o TJRJ, proporcionando a oportunidade de amplo debate sobre as novas questões trazidas pela Lei 12.403/2011, com as quais teremos que conviver no exercício da função jurisdicional. ◆

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Luiz Henrique Oliveira Marques[1]

Introdução

O presente trabalho é fruto de participação no Seminário promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, através do seu Departamento de Aperfeiçoamento de Magistrados, tendo por tema o "Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal", implementado por intermédio da edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que entrou em vigor em 04 de julho do ano corrente.

O evento compreendeu a realização de uma série de palestras, ao longo das quais foram colhidas brilhantes manifestações de renomados palestrantes, sendo ouvidas importantes autoridades e juristas, que debateram com a plateia sobre os diversos temas, assim definidos: análise crítica da Lei 12.403/11, integração das medidas alternativas da Lei 12.403/11 com o novo regime da prisão preventiva e da prisão em flagrante, confronto constitucional da Lei 1.403/11, nova configuração das cautelares no processo penal, as reformas do processo penal brasileiro e as cautelares, liberdade e prisão, as novas medidas cautelares típicas no Código de Processo Penal e, por último, a nova configuração da prisão processual.

Trata-se, pois, este trabalho de relatório contendo apenas uma visão analítica da Lei, com as primeiras impressões sobre pontos que mereceram destaque, ao modesto juízo do subscritor, simples e despretensiosas ponderações em torno das relevantes e polêmicas alterações introduzidas na lei processual penal, distribuído entre os seguintes itens: introdução, o campo restrito de aplicação da Lei nº 12.403/11, os propósitos da nova lei, aspec-

1 Juiz de Direito - Vara de Registros Públicos da Capital.

tos gerais das novas medidas cautelares, a prisão preventiva e o seu caráter residual e excepcional e, finalmente, a conclusão.

Do Campo de Aplicação da Lei nº 1.304/2011.

A Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor em 04 de julho de 2011, alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e deu outras providências.

À luz das disposições do art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela lei em comento, as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

A norma deriva da ideia de que não faria sentido aplicar uma medida mais gravosa, de caráter provisório e sem cunho satisfativo, que a resultante da própria resolução da lide penal.

Dos Propósitos da Nova Lei

Entre várias alterações introduzidas pelo referido diploma legal, destaca-se o implemento de um regime estabelecendo uma nova disciplina da prisão preventiva, com nítido propósito de assegurar a harmonia entre tal instituto e a cláusula constitucional da presunção da inocência, determinada pelas disposições do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal (**"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**").

Ainda, ao se pensar nos propósitos de tão significativas alterações, sem embargo das fortes críticas já precocemente lançadas sobre as mesmas, pensa-se na necessidade de superação das resistências que, na prática, têm sido oferecidas, ao longo das últimas décadas, dadas as dificuldades de assimilação da ideia de presunção de inocência, da qual deriva a excepcionalidade da privação da liberdade do indivíduo, resquício de um período político nebuloso pelo qual passou a sociedade brasileira, felizmente supe-

rado, quando vingavam grandes arbitrariedades, em contraste com o novo Estado que emergiu através da promulgação da reconhecida "Constituição Cidadã", de 05 de outubro de 1988, instituindo nova ordem jurídica, aflorando a preponderância dos mais relevantes valores democráticos, indispensáveis à subsistência de uma sociedade justa e igualitária. Esse parece o propósito da lei em discussão.

São fortes e muitas as críticas lançadas sobre o novel diploma, não sendo poucos os descrentes de que ele possa contribuir para redução dos altos índices de violência no país.

No entanto, o legislador preferiu por em xeque os malefícios resultantes da prisão, preconizando a utilização de medidas diversas, evitando o encarceramento do indivíduo, com todos os males dele decorrentes; uma vez positivada a excepcionalidade da prisão, não compete ao operador do direito, que não se deve perder em discussão alheia ao seu mister, resistir à nova ordem. Resta-lhe cumpri-la, e fazê-la exequível, ainda que a contragosto.

Assim, fundamentalmente, a expectativa volta-se em favor da noção de que, enquanto espécie do gênero medida cautelar, a castração da liberdade somente encontra aplicação diante da inadequação das demais modalidades de opções de tutela cautelar.

E nesse contexto é que parece importante não se olvidar que duas são as únicas concepções de prisão que sobrevivem e são reconhecidas pelo ordenamento jurídico em vigor no direito processual penal: a decorrente da sentença penal condenatória, transitada em julgado, com natureza de pena, e a derivada da cautelaridade, inerente à necessidade de garantir, em caráter de emergência, mas temporário, a efetividade da futura prestação da tutela jurisdicional de cunho definitivo, após o exercício da cognição plena e exauriente.

Daí porque a rigidez dos requisitos previstos no art. 282 do Código de Processo Penal.

Dos Aspectos Gerais das Medidas Cautelares

Introduzem-se novas disposições ao título IX do Livro I do CPP, que trata do processo em geral, com a rubrica "DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA", mediante estipulações de ordem genérica, fincadas no art. 282 do CPC, prevendo a possibilidade de decretação das medidas de ofício pelo juiz , ou mediante provocação, bem como a necessidade de prévia oitiva da parte contrária, sobre a qual incidirá, garantindo, assim, efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ressalvando, porém, a possibilidade de sua postergação para um momento ulterior, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

São estabelecidos rigorosos pressupostos no art. 282 do Código de Processo Penal, capitaneados pela necessidade e adequação das medidas cautelares; 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, e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Na sequência, a lei confirma a fungibilidade das medidas cautelares e reconhece a possibilidade de substituição de uma por outra, como também da sua cumulação, além de realçar a sua precariedade, ao destacar a possibilidade de revogação, caso não sejam mais necessárias, perdendo sua utilidade como garantia da efetivação da prestação jurisdicional, podendo, ainda, ser restabelecida mediante o ressurgimento de fatos supervenientes, determinando a necessidade de nova decretação. Trata-se de características inerentes à própria cautelaridade da providência, sem qualquer inovação na seara da tutela processual de natureza cautelar.

O art. 317 do CPP passa a disciplinar a prisão domiciliar visando a atender as peculiaridades inerentes às situações ali especificadas.

O art. 319 do CPP elenca, então, as medidas cautelares diversas da prisão. Percebe-se que se trata de disposições de fácil compreensão, autoexplicativas, dispensando maiores discussões em torno da sua correta interpretação, à exceção da medida prevista no inciso IX, monitoração eletrônica, que demanda regulamentação.

A lei afasta a possibilidade de aplicação das medidas em caso de infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, pondo em destaque a ideia de que não faria qualquer sentido aplicar uma medida cautelar mais gravosa para o réu que aquela que o próprio resultado final poderia proporcionar-lhe, mediante o julgamento da ação penal.

Do Caráter Residual e Excepcional da Prisão Preventiva

Fundamentalmente, a expectativa volta-se em favor do pensamento de que, enquanto espécie do gênero medida cautelar, a castração da liberdade somente encontra aplicação diante da inadequação das demais modalidades de opções de tutela cautelar.

E, nesse contexto, recorde-se que duas são as únicas concepções de prisão que sobrevivem e são reconhecidas pelo ordenamento jurídico em vigor no direito processual penal: a decorrente da sentença penal condenatória, transitada em julgado, com natureza de pena, e a derivada da cautelaridade, inerente à premente necessidade de garantir, em caráter de emergência, mas temporário, a efetividade da futura prestação da tutela jurisdicional de cunho definitivo, após o exercício da cognição plena e exauriente.

O parágrafo 6º do art. 282 estabelece que a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, dentre as elencadas pelo art. 319.

O dispositivo cria a principal alteração do regime da prisão preventiva ao enfatizar seu caráter absolutamente residual, traduzindo a compreensão de que a prisão preventiva somente será decretada caso não sejam adequadas todas as demais medidas cautelares, de maneira que a decretação da prisão dependerá de cuidadoso e casuístico juízo de valor negativo em torno da impossibilidade de aplicação de qualquer das demais medidas cautelares e, ainda, dependerá da verificação positiva da presença dos requisitos genéricos consistentes na necessidade e adequação da própria prisão preventiva, além da presença dos seus específicos requisitos, prova da existência do crime e indícios de autoria delituosa.

Mister, ainda, não esquecer dos vetores legais, consistentes na necessidade e adequação da prisão, representados pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e efetividade da aplicação da lei penal.

Como se vê, mais do que nunca, a decisão que venha a deliberar sobre a prisão preventiva passa a depender de uma importante e árdua e bem mais difícil tarefa, exigindo um meticuloso exame de vários elementos circunstanciais, a serem analisados casuisticamente pelo magistrado, tanto para decretar a prisão, quanto para recusá-la.

Todo esse contexto tem uma só razão de existir, um único fundamento, qual seja, a efetivação e a preservação do prestígio do princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse turno, impõe-se por em destaque importante discussão relacionada a outra relevante mudança, consistente na possibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, independentemente de provocação, o que, não é demais lembrar, vem na contramão da direção do sistema acusatório, desprestigiando os princípios da demanda e da imparcialidade da jurisdição, tanto se a prisão for decretada ainda no curso do inquérito policial, fruto da conversão operada sobre a prisão em flagrante, quanto no curso da ação penal, após o recebimento da denúncia.

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

A interpretação da referida disposição nos leva a concluir que a decretação de ofício da prisão somente seria possível após o processo já ter sido instaurado, afastando a possibilidade de ser decretada durante a fase investigatória nos referidos moldes, *a contrario sensu.*

Porém, segundo determina o art. 310, inc. II, do CPP, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Muito embora se possa colher algum proveito, a decretação de ofício da prisão poderá causar certa dificuldade, se no curso de inquérito policial, diante do inevitável confronto entre as análises realizadas em torno da presença de dois dos requisitos da prisão, a prova da materialidade e indícios de autoria do delito, necessariamente realizadas pelo juiz e, simultaneamente, pelo titular da ação penal pública, o Ministério Público, que depende do seu convencimento em torno dos mesmos requisitos para o oferecimento da denúncia.

No caso, haverá sempre a possibilidade de, não obstante o meticuloso exame realizado pelo juiz, entendendo que estão presentes os referidos requisitos, decretando a prisão preventiva, de ofício, ao receber o auto de prisão em flagrante, vir o Promotor a, divergindo daquele entendimento, concluir pela necessidade de realização de outras diligências investigatórias, requerendo, inclusive, a devolução dos autos do inquérito policial para que a Autoridade Policial assim proceda, entendendo-as indispensáveis para a formação do seu convencimento sobre os fatos, deixando, pois, de oferecer a denúncia no primeiro momento. Nesse caso ao juiz caberá fazer uso da regra do art. 28 do CPP, determinando a remessa dos autos ao procurador-geral e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz forçado a atender e, consequentemente, não se sustentará o decreto da prisão.

Parece-me que o melhor caminho para transpor tal dificuldade seria o juiz aguardar a manifestação do Promotor, após receber o auto de prisão em flagrante, para, só então, mediante o recebimento da denúncia, converter, simultaneamente, a prisão em flagrante em preventiva, com ou sem provocação. Trata-se, porém, de difícil solução, na medida em que já se defende a ideia de que, uma vez recebido o auto de prisão em flagrante, deve o juiz decidir, de imediato, ou pelo relaxamento da prisão, se ilegal, ou convertê-la em prisão preventiva, ou ainda conceder a liberdade provisória, caso não existam elementos que autorizem o decreto da prisão preventiva.

Assim, essa posição depende da superação da ideia de instantaneidade, conferindo-se ao juiz a possibilidade de aguardar pelo prazo destinado

ao pronunciamento do Ministério Público, para, só então, decretar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

De outro lado, isso não significa atribuir à prisão preventiva limites não impostos pela lei, não restando dúvida quanto à possibilidade de sua decretação independentemente do caráter substitutivo. Seria, pois, errôneo e precipitado atribuir-lhe efeito restritivo, no sentido de que a prisão preventiva somente teria espaço e aplicação com a finalidade de substituir as demais medidas cautelares, eventual e previamente aplicadas, mediante revogação pelo seu descumprimento.

Conclusão

Os limites impostos não permitem outros comentários sobre o tema, fazendo-se mister sua finalização.

Em recentíssima edição da revista **VEJA**, foi publicada uma entrevista concedida pelo psiquiatra e escritor inglês Anthony Daniels, autor de algumas dezenas de livros, colaborador regular de publicações como a revista **The Spectator** e o jornal **The Telegraph**, um forte crítico do sistema prisional. A entrevista noticia o resultado de uma pesquisa realizada pelo autor sobre o comportamento dos criminosos e o vício em drogas, narrando a experiência de quinze anos como médico em prisões britânicas e, também, em países do continente africano, Tanzânia, África do Sul e Zimbábue, valendo destacar o seguinte trecho:

> *"Na Inglaterra, por exemplo, temos penas muito brandas e poucos detentos. Isso não é bom. A polícia inglesa, muito incompetente, prende apenas um em cada doze assaltantes de casas. Destes, um em cada treze recebe pena de prisão. Isso significa que apenas um em cada 156 assaltantes cumpre pena em presídio. A média para esse tipo de crime é de um ano de cadeia. Na Inglaterra, isso significa que o bandido é solto em apenas seis meses. Com uma punição tão leve, a pergunta não é por que ocorrem tantos assaltos, mas por que há tão poucos. Meu país deixou de ser uma sociedade*

ordeira para se tornar uma das mais afetadas pela criminalidade, quando comparada a outras da Europa. O número de presos caiu em proporção ao de crimes. Em 1900, para cada 6,5 crimes registrados, havia um detento. Em 2000, eram 114 crimes para cada preso. Claro que penas curtas são melhores do que nada. Um bandido reincidente comete, em média, 140 crimes por ano. Ou seja, se ele for mantido na prisão por seis meses, setenta crimes serão evitados, o que também é bom. Um dos argumentos contra as penas de prisão é que a maioria dos detentos é pobre, e que isso é injusto. Ocorre que a maior parte de suas vítimas também é pobre. E, como o número de vítimas é sempre maior do que o de bandidos, prendê-los não é uma punição aos pobres, mas um benefício a eles".

Ao ser perguntado sobre a recente criação da lei em discussão, especificamente sobre o monitoramente eletrônico e também sobre a fiança, o entrevistado assim respondeu:

"Pela experiência britânica, tais medidas são um desastre. Um terço do todos os crimes da Escócia, inclusive estupros e assassinatos, é cometido por pessoas em liberdade condicional. Sou a favor desse recurso em algumas circunstâncias, como para crimes não violentos, mas para uso geral é uma tragédia. As tornozeleiras eletrônicas são uma temeridade em lugares onde a administração pública não é eficiente. Nem na Inglaterra a polícia consegue monitorar os criminosos com esses equipamentos. A pena de prestação de serviços comunitários também é um pesadelo. A taxa de reincidência para bandidos condenados a prestar serviços comunitários é a mesma dos que recebem pena de prisão: 70%. O problema é que a estatística conta apenas os crimes cometidos após o fim da pena. Nada garante que, enquanto estão soltos, eles não cometam novos crimes. Por fim, em média, cada detento na Inglaterra já foi condenado outras dez vezes a penas alternativas.

> *Ou seja, não adiantou nada. Basicamente, ao saber que cumprirão penas alternativas e ficarão soltos, os bandidos se convencem de que não têm anda a perder ao cometer um crime. É melhor mantê-los presos, e por bastante tempo."*

É certo que, tanto no Brasil, como em outros países, há os que defendem pontos de vistas divergentes. Caso contrário, não existiriam países que optaram pela aplicação de sistemas mais brandos, preconizando a aplicação de soluções alternativas, evitando o encarceramento do criminoso, como ocorreu com a própria Inglaterra.

Entretanto, a discussão não é nova. Sua origem talvez se confunda com a origem do próprio direito penal e, entre céticos e seguidores, de uma ou de outra corrente, para nós magistrados vale o direito posto. ◆

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Marcelo Alberto Chaves Villa[1]

Ab initio, cabe fazer a análise do novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal sobre os fundamentos axiológicos, a teleologia e a própria efetividade da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, concernentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. E também deu outras providências, a partir de uma hermenêutica lógico-sistemática de todo o Ordenamento Pátrio Penal, inclusive das normas de direito material penal, e não só das normas processuais, e, sobretudo, de uma interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição Federal sob o prisma dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, dos subprincípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito, sob a ótica dos princípios componentes da adequação de meios ("*Geeignetheit*"), da exigibilidade ("*Erforderlichkeit*"), e proporcionalidade em sentido estrito ("Verhältnismässigkeit"), e do princípio da proibição por defeito ou por insuficiência de proteção.

Sob o prisma axiológico, é inegável que os fundamentos da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, baseiam-se, portanto, numa visão crítica do Direito Penal e no discurso crítico ao poder punitivo estatal e da privação de liberdade, partindo-se da crítica às teorias da pena, embora a novel Lei trate basicamente das novas hipóteses de cabimento da prisão processual penal, mormente da prisão preventiva e da aplicação das medidas cautelares no processo penal.

Agora os fundamentos da sistemática cautelar no processo penal não estão somente sob a égide do binômio: adequação e necessidade, inserindo

1 Juiz de Direito da Vara Criminal de Itaboraí.

a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, no sistema, de forma explícita, o conceito de proporcionalidade em sentido estrito já defendido pela doutrina, bem como introduzindo um rol de medidas cautelares específicas no processo penal, que transcendeu o mero sistema bipartido de cautela (prisão processual) e contracautela (liberdade provisória).

Em termos axiológicos, é indubitável que a novel sistemática trata-se de uma inconformidade com as teorias das funções da pena, dentre as quais: as teorias da prevenção geral negativa (cujos modelos são de Feuerbach e Rmagnosi), da prevenção geral positiva (cujo modelo é de Welzel), prevenção especial negativa (cujo modelo é de Garofalo) e prevenção especial positiva (cujos modelos são de Ferri e Von Liszt), como bem critica o Mestre Zaffaroni em sua obra **Direito Penal Brasileiro**. Objetivando-se, assim, a fundamentação da pena na teoria do direito penal mínimo, alicerçado no princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade do direito penal.

Nesta esteira, é certo que o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, isto é, somente deve atuar na tutela de direitos em que os demais ramos do Direito se revelaram incapazes de atuar. Mas apesar da inegável primazia da teoria do Direito Penal Mínimo como fundamento político-jurídico eficaz para a função da pena como instrumento de intervenção nas práticas ilícitas graves, efetivamente, depreende-se um caráter ideológico no discurso de uma vertente garantista que tende aproximar cada vez mais o minimalismo do abolicionismo da pena.

O Direito é uma ciência essencialmente deontológica, um dever-ser, donde se infere que a abolição da pena como aspiração do desenvolvimento humano é algo, que no plano da construção teórica do Estado Democrático, de Direito traduz-se, *prima facie*, em um vetor necessário ao balizamento da intervenção estatal no plano das liberdades individuais. Entretanto, tal aspiração no mundo real, dada a fenomenologia complexa do crime, não é algo factível e, quiçá, em uma visão pessimista, algo que talvez nunca ocorra na história humana, vez que a sociedade ideal em que abolicionismo prevaleceria será sempre um devir.

O perigo é querer fazer a aproximação radical entre o minimalismo

e o abolicionismo, sob uma suposta conformação da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal, que acarrete insuficiência de juridicidade estatal, tornando assim, ineficaz a tutela penal na proteção dos bens da vida, dos indivíduos e do próprio organismo social, mormente em uma sociedade que clama por maior proteção estatal e em que a fenomenologia do crime é ascendente, com índices de crimes violentos altíssimos e com índices de homicídios comparáveis a países que atravessam guerras e graves comoções internas. Não raro a criminalidade no Brasil é manchete em organismos de imprensa internacional.

Embora o tema em tela verse, essencialmente, sobre processo penal, denota-se a presença do discurso abolicionista na inspiração do anteprojeto da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, haja vista que os defensores da novel sistemática processual cautelar advogam que a medida cautelar excepcional da prisão preventiva só será cabível nas hipóteses em que a eventual pena a ser imposta por sentença condenatória final for proporcional a aludida segregação provisória de natureza cautelar ante ao novel reconhecimento legal do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Isto quer dizer, nos crimes em que, em tese, são cabíveis institutos despenalizadores, a saber, a suspensão condicional do processo, nos moldes do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do artigo 44 e segs. do Código Penal, ou seja, nos crimes de médio potencial ofensivo, a prisão provisória inadmitir-se-ia, vez que nesses casos nas eventuais condenações finais não haveria, a *contrario sensu*, pena de prisão.

O entendimento em sentido diametral importaria então a maior severidade e desvantagem individual da medida cautelar provisória em comparação com a própria pena a ser imposta ao final do processo de cognição.

Contudo, os próprios defensores da novel sistemática processual cautelar, que olvidam a antecipação dos efeitos da pena como mecanismo de prevenção cautelar por se tratarem de institutos diversos, *data maxima venia*, entrelaçam neste discurso garantista e abolicionista o próprio conceito da pena com o exame da necessidade cautelar da prisão provisória, lançando uso do prognóstico da futura imposição da pena para a análi-

se do cabimento, ou não, da prisão processual. Esquecem-se, assim, de perscrutarem a natureza ontológica das medidas cautelares, que é de mera instrumentalidade do processo, com o prognóstico da futura imposição da sanção penal ao término do processo de conhecimento.

Destarte, os defensores desta sistemática utilizam-se da análise da pena em perspectiva para legitimarem o seu próprio discurso no sentido da natureza essencialmente cautelar da prisão provisória, sem qualquer conteúdo satisfativo, o que, em tese, não deixa de ser também uma conspurcação ao princípio da presunção de inocência, nos moldes da visão essencialmente garantista.

É indubitável que a proporcionalidade em sentido estrito, subprincípio do Estado Democrático de Direito haurido da própria Constituição Federal, que deriva do subprincípio constitucional da proibição de excesso, não podia deixar de ser contemplado pela legislação infraconstitucional, sob pena de veemente antinomia com a própria Constituição Federal.

Inobstante, não deixa de ser uma vulneração ao processo de individualização da pena na fase judicial, a novel opção legislativa que veda ao próprio Poder Judiciário examinar e imiscuir-se se há proporcionalidade em sentido estrito no que tange ao cabimento, ou não, de prisão processual em crimes de médio potencial ofensivo ou em crimes que caibam, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente se for sopesado que um dos balizadores eleitos pelo legislador processual infraconstitucional, para adequação, necessidade e homogeneidade da adoção da medida cautelar excepcional de decretação da prisão preventiva, foi nada mais do que o próprio prognóstico da pena a ser, eventualmente, aplicada ao final do processo de conhecimento.

Assim, o legislador infraconstitucional, sem dar margem à análise judicial serena, em opção legislativa reveladora de uma desconfiança prévia com o Poder Judiciário, *a priori*, não permite mais que o juiz decrete a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 04 (quatro) anos, excepcionando-se as hipóteses de reincidência e dos autores de crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas de urgência, ou nas

hipóteses em que haja dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, condicionando o lapso da prisão processual até o momento da identificação, *ex vi* da novel redação do artigo 313 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

Destarte, a adoção da proporcionalidade em sentido estrito como opção legal para o não cabimento, *a priori*, da prisão preventiva nos crimes cuja pena privativa de liberdade é igual ou inferior a 04 (quatro) anos, insere então no rol proibitivo, crimes de médio potencial ofensivo e crimes que cabem, em tese, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos que, em verdade, são de natureza grave ante a falta de racionalização de nosso Ordenamento Pátrio Penal. *De lege ferenda,* crimes que deveriam prever em seus preceitos secundários sanções mais eficazes, e menos módicas, tais quais os crimes de: sequestro ou cárcere privado, na forma simples (artigo 148 do Código Penal); formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal); coação no curso do processo (crime contra a administração da justiça previsto no artigo 344 do Código Penal); porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, em qualquer de suas modalidades típicas (crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003); e disparo de arma de fogo (crime previsto no artigo 15 da Lei nº 10.826/2003).

A doutrina já preconizava a proporcionalidade em sentido estrito como requisito implícito da decretação da prisão preventiva. Para tanto, não é demasiado trazer-se ao tema os escólios de alguns processualistas penais. Nesta esteira, o Ínclito Desembargador Paulo Rangel, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua obra "Direito Processual Penal"[2], ao salientar com brilhantismo que a homogeneidade deveria ser uma das características a ser observada na decretação de prisões processuais:

> *"Homogeneidade: A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o*

2 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 736.

pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido... O mal causado durante o curso do processo é bem maior que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término. Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que, nos crimes de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo (cf. art. 89 da Lei nº 9.099/95), não mais se admite prisão cautelar, seja a manutenção da prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva. Não podemos confundir a prisão em flagrante o crime de furto simples (ou agora até o qualificado, diante do novo entendimento da suspensão condicional do processo em crimes com pena mínima de até 2 anos), por exemplo, com a sua manutenção até o final do processo. Preso em flagrante delito, deve ser concedida a liberdade provisória por ausência de homogeneidade. O mesmo deve ocorrer nos crimes que, em tese, admitem a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Assim, estaremos operando com uma visão sistemática das medidas cautelares (cf. obra Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena e Valentín Cortés, Domínguez citada p. 475)".

De igual modo preleciona o nobre Mestre e Doutor em Direito Processual Penal, Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em sua obra "Direito Processual Penal, Tomo II"[3]:

"Embora não prevista expressamente, toda prisão preventiva – e cautelar, de maneira geral -, exige um outro requisito: a proporcionalidade entre a prisão cautelar e a provável pena a ser aplicada ao final do processo".

"Toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimen-

3 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**: Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2ª Ed., p. 200/203.

to futuro que a irá substituir. Em outras palavras, a medida cautelar sempre deve ter em vista uma medida satisfativa e definitiva, resultado do reconhecimento do direito debatido no processo principal, que exige tempo para ser reconhecido. Assim, deve haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada".

"Embora a prisão preventiva, do ponto de vista de sua finalidade, não seja uma 'pena antecipada' na prática, o mal real causado pela prisão preventiva é parecido, quanto aos efeitos realmente produzidos aos da pena. Como adverte Zappalà (1996, p. 447), na prisão preventiva, o acusado não deve pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação".

"Conseqüentemente, o juiz não se deve limitar a analisar 'prova da existência do crime e indício suficiente de autoria' para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). Esses critérios são indicadores do denominado fumus commissi delicti, isto é, da probabilidade, baseada em uma cognição sumária, de que o acusado seja o autor de um delito. São elementos necessários, mas não suficientes para a prisão cautelar".

"A análise do 'direito hipotético' não se deve limitar à 'probabilidade de uma condenação'. Há mais a ser considerado neste juízo prognóstico. O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha de executar uma pena privativa de liberdade".

"Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá de se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar. Diversamente, caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será apenas uma pena de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa

(sursis), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo, cuja utilidade se quer assegurar".

"Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar".

"Em suma, a prisão preventiva jamais poderá ser imposta quando, com base em cognição sumária, se antevir que a pena a ser imposta ao final, provavelmente, não será uma pena privativa de liberdade, ou esta terá sua execução suspensa. Não cabe a prisão preventiva, se ao final do processo, o acusado não terá de cumprir uma pena privativa de liberdade".

Na senda da doutrina que não mais admitia a prisão preventiva, com enfoque no postulado da proporcionalidade, em relação aos crimes de médio potencial ofensivo, bem como em relação aos crimes que, em tese, são cabíveis à substituição da prisão preventiva por pena restritiva de direitos - e, que inclusive, fazia objeções a essa prisão processual nos crimes em que o juízo antevisse a aplicação de pena privativa de liberdade em regime aberto -, veio, então, a edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que fixou limites normativos para a decretação da aludida prisão processual nos crimes cuja pena é igual ou inferior a 04 (quatro) anos, conforme se infere do novel artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Curioso é que, de acordo com tais premissas doutrinárias alicerçadas no postulado da proporcionalidade, os pressupostos da tutela cautelar com base na prisão preventiva dependiam sempre de um juízo com base em cognição sumária sobre o prognóstico da eventual individualização da pena - algo que já transcendia inclusive o juízo de certeza da existência do

crime e de sua autoria, vez que trata de prognóstico já feito no âmbito da própria dosimetria da pena.

O postulado da proporcionalidade no exame cautelar, como advogado por determinada vertente da doutrina garantista, indubitavelmente, já trazia a ideia da flexibilização do princípio da presunção de inocência, mesmo que *in bonam partem*, pois o prognóstico sobre a pena é algo que ultrapassa o limite da certeza sobre a prática do crime.

O postulado da proporcionalidade já estava inserto no antigo sistema, conforme se depreendia da redação anterior do artigo 321 do Código de Processo Penal. Mais precisamente já estava prevista a proporcionalidade em relação aos delitos em que o réu livrava-se solto, a saber, nas infrações, a que não são isoladas, cumulativamente ou alternativamente cominadas penas privativas de liberdades, e nas infrações cuja pena privativa de liberdade não ultrapassasse a três meses; fosse essa pena isolada, cumulativa ou alternativa, a saber, nos casos de infrações penais com penas baixíssimas, como aquelas previstas para as contravenções penais.

Agora também é expresso pelo novel artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, que em relação aos crimes aos quais o réu livrar-se solto, estende além da vedação da prisão processual, a proibição da adoção de demais medidas cautelares nominadas que, por ora, são previstas, expressamente, na legislação processual, e são diversas da prisão cautelar.

O sistema anterior também não admitia a prisão preventiva nas infrações punidas com pena de detenção, salvo quando: houvesse dúvida sobre a identidade do autor do fato delituoso, nas hipóteses de reincidência e nos crimes que envolviam violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

É certo que se fazia necessária a adoção explícita do postulado da proporcionalidade na legislação infraconstitucional, que está presente implicitamente em nossa Constituição Federal, o que é muito bem trabalhado pelo novel artigo 282 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que faz referência expressa ao binômio - necessidade e adequação para aplicação de medidas cautelares

pessoais no processo penal, ambas conjugando então a perspectiva do postulado da proporcionalidade.

Contudo, trazer tal postulado, como fez a aludida Lei, para, *a priori*, obstar a decretação da prisão preventiva em relação a alguns crimes de médio potencial ofensivo e em relação a crimes cuja pena privativa de liberdade, em tese, pode vir a ser substituída por pena restritiva de direitos, é algo extremamente perigoso, mormente se for sopesada a fenomenologia da criminalidade no Brasil atual, bem como a falta de sistematização de nosso arcabouço punitivo e a própria sensação de impunidade da população brasileira ante a modicidade do atual ordenamento punitivo.

O postulado da proporcionalidade inserto na legislação processual penal para adequar o juízo da proporcionalidade em matéria de medidas cautelares de prisões é perfeitamente válido no que tange aos delitos em que o réu livrava-se solto, e nos casos de infrações penais com penas baixíssimas, como as penas previstas para as contravenções penais.

Também tal postulado é perfeitamente razoável em relação às infrações de menor potencial ofensivo, que são aquelas estabelecidas nos moldes da Lei nº 9.099/95, nas quais o procedimento e o processo se orientam pela informalidade, pacificação do conflito e escopo, precipuamente, conciliatório.

A priori, a observância da proporcionalidade ainda se amolda aos crimes culposos, cujo artigo 44, inciso I, do Código Penal, com a redação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, já prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, qualquer que seja a pena aplicada. Embora nos homicídios culposos praticados na direção de veículos automotores, em que haja reiteração criminosa, a regra deva vir a ser sopesada.

Todavia, nos casos dos crimes de médio potencial ofensivo, a proporcionalidade que ora é adotada de maneira prévia pelo próprio legislador, sem que, *a priori*, haja margem ao próprio Poder Judiciário para que seus órgãos investidos de jurisdição procedam ao juízo cautelar da proporcionalidade em matérias de medidas cautelares de prisões, é algo que gera perplexidade.

Insta salientar que delitos, como o de formação de quadrilha ou ban-

do, na figura simples, estão de acordo com a Lei de médio potencial ofensivo.

Haverá, então, quem irá elucubrar que a opção legislativa em voga envolve interesses de grupos políticos e econômicos dissociados dos fins sociais da Lei, com o escopo de que haja impunidade em relação a quadrilhas e *societas sceleris* que estão incrustadas na Administração Pública com a finalidade de praticar crimes contra a Administração Pública. O que, racionalmente, não pode ser admitido como sendo a *mens legis*, vez que Lei no Estado Democrático de Direito só pode se destinar ao alcance de fins sociais, e não para objetivos escusos ou para assegurar privilégios ou imunizações desarrazoadas para uma casta.

Para ilustrar o que poderá vir a ser questionado, hodiernamente com a entrada em vigor da novel sistemática, dificilmente, integrantes de uma quadrilha imiscuída na Administração Pública, associados com o fim de fraudar procedimentos licitatórios para contratação da Administração Pública, viriam a ser presos preventivamente, embora os prejuízos sociais que possam ser causados pela atuação de tal grupo para toda a coletividade venham a ser imensos, mormente se for sopesada a modicidade das penas estabelecidas para os crimes fins que estão previstas na Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Não são raros os casos recentes do desbaratamento de quadrilhas dessa espécie procedido em investigações realizadas, sobretudo, pela Polícia Federal, nas quais a segregação de seus integrantes fazia-se necessária para a proficiência das apurações.

Outro exemplo é a de quadrilhas especializadas na prática de crimes contra a Ordem Econômica, previstos na Lei nº 8.137/90 e Lei nº 8.884/94.

Podemos citar também os casos de quadrilhas de falsificadores, associados com o escopo de perpetrar crimes contra a propriedade industrial, cuja modicidade das sanções penais previstas na Lei nº 9.279/96, que regula os direitos e obrigações à propriedade industrial, é um estímulo à pirataria.

Todos os exemplos acima elencados são, *a priori*, de quadrilhas não armadas, registrando-se que, nessa hipótese, o preceito secundário do artigo

288 do Código Penal prevê pena de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos.

Nesta esteira, depreende-se que a axiologia da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, é a discussão da própria falibilidade da pena de prisão, em especial de sua função de prevenção específica da pena como medida de neutralização física do delinquente, como discurso legitimador da ampliação do poder punitivo estatal. O que agora, *permissa venia*, é trazido de forma sub-reptícia para a imposição de limites normativos ao juízo cautelar de proporcionalidade das medidas cautelares de prisão. Em particular, porque o que se tem em mente como postulado da proporcionalidade é sempre o prognóstico da individualização e dosimetria da pena a ser, eventualmente, aplicada, mesmo que tal prognóstico traduza-se em uma flexibilização ao princípio da presunção da inocência, feito por certo, *in bonam partem*, em contraste com o caráter essencialmente instrumental do acautelamento do processo.

Este postulado radical da proporcionalidade, contido nos limites normativos do juízo cautelar, que por ora é consubstanciado no novel artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, exime-se de fundamentar as hipóteses nas quais os réus, embora presos preventivamente ante a presença do *fumus commissi delicti* e para a efetividade do processo, ao final, venham a ser absolvidos por sentença, ou mesmo por acórdão proferido pela instância de segundo grau de jurisdição.

Assim, nas hipóteses de absolvição de presos provisórios, a argumentação alicerçada na observância da proporcionalidade em sentido estrito em relação ao juízo cautelar, como a que foi adotada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, passa a carecer de fundamentação lógica, mormente porque o enfoque da opção legislativa foi o da observância de limites quantitativos de penas de privativas de liberdade para a decretação autônoma da prisão preventiva. Embasando-se a *mens legislatoris* na opção da aludida limitação normativa ao juízo cautelar, em nada mais, do que no prognóstico da pena a ser futuramente aplicada.

Com todo o respeito aos brilhantes juristas que integraram a Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, os Mestres Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel

Reale Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Rui Stoco, dentre outros, aquilatados de notável saber jurídico, que ultrapassam em muito os conhecimentos deste modesto operador do Direito, bem como, com todo o respeito ao legislador infraconstitucional, a proporcionalidade em sentido estrito, alicerçada no princípio da proibição de excesso, não pode assentar-se em prognósticos da pena para delimitar o juízo cautelar em limites quantitativos abstratos previstos em preceitos secundários de normas incriminadoras.

Tal premissa foge, portanto, do exame cautelar propriamente dito, donde se infere que a novel sistemática tem como fundamento axiológico a visão da falibilidade da pena de prisão e a legítima aspiração de sua supressão.

No campo axiológico, há que se ter cuidado na escolha dos argumentos em prol ou contra a novel sistemática, que escapem à teoria geral das medidas cautelares. Em especial, se vierem a ser lançados argumentos de que, agora, todos os que, eventualmente, se encontrem selecionados em processo de criminalização primária (seleção legal) não sofrerão mais as agruras da antecipação dos efeitos da pena, sejam ricos ou pobres, sob os auspícios de provimentos judiciais supostamente cautelares.

Tais argumentos nada mais serão, então, do que discursos ideológicos. Discursos estes que se darão a partir da concepção de que a seleção desigual e deficiente da criminalização secundária dos delinquentes feitas pelas instâncias encarregadas da persecução penal é sempre a regra, sob o prisma de que a seleção defeituosa consubstancia-se em uma intencionalidade sistêmica, legitimadora do poder dos fortes sobre os fracos e ainda corroborante de um estado dito burguês.

Assim, com base em uma interpretação mais radical da novel sistemática processual cautelar, poder-se-ia argumentar que tanto os acusados de crimes de furtos, na forma simples, quanto os acusados de formação de quadrilha para a perpetração de crimes financeiros ou contra a ordem tributária e econômica, ditos de 'colarinho branco', passariam, finalmente, a ter tratamento isonômico.

Por exceção raciocinar-se-ia, vez que a *mens legis* é a da adoção da homogeneidade das medidas cautelares pessoais no processo penal, e não a

da redistribuição equânime da impunidade. Muito embora, vislumbre-se o defeito da normatização, por deixar o Poder Judiciário sem opções factíveis no acautelamento de processos nos quais se apuram crimes graves, especificamente aqueles que, ante a falta de sistematização de nosso Ordenamento Penal, são considerados como sendo infrações de médio potencial ofensivo, ou infrações que permitam a substituição, em tese, da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A preocupação e perplexidade deste operador do Direito não são em relação a um balizamento do juízo de proporcionalidade das medidas cautelares de prisão em relação ao delito de furto simples, mas sim em relação a delitos, que ontologicamente, são graves e nefastos para toda a sociedade, os quais ocasionam um sentimento de insegurança que restará mais ainda evidenciada com o abrandamento das medidas excepcionais de prisão processual.

O postulado da proporcionalidade no juízo cautelar das medidas processuais de prisão deveria tão somente ater-se: aos delitos em que o réu livra-se solto; aos casos de delitos com penas baixíssimas, como as penas previstas para as contravenções penais; aos delitos de menor potencial ofensivo; e, salvo, em hipóteses excepcionais, aos delitos culposos.

De igual modo, não discrepa da lógica, a novel orientação legislativa de imposição preferencial de demais medidas cautelares diversas da prisão, quando as circunstâncias do crime não se revelem graves nem haja risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa, quando, ao contrário, se faz necessária a prisão preventiva.

Para demonstrar a falta de sistematização de nosso Ordenamento Penal, para o crime de formação de quadrilha, na figura simples, a legislação penal prevê pena irrisória de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos, como acima já foi destacado. Todavia, a Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas em seu artigo 7º preceitua que não é cabível a liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que intensamente e de forma efetiva participem de organização criminosa. Preceituando o artigo 9º da aludida Lei que os integrantes de organização cri-

minosa não podem apelar em liberdade, bem como preceitua o seu artigo 10 que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado. É certo que tais dispositivos legais conspurcam o princípio da individualização da pena, no entanto, é inegável que suas preceituações revelam o caráter gravíssimo das ações perpetradas por *societas delinquendi*, bem como demonstram a preocupação do legislador com tais ações delituosas.

Frisa-se que a Lei nº 9.034/95 visa à prevenção e à repressão de ações praticadas por quadrilhas ou bando ou organizações criminosas de qualquer tipo. Difícil se faz então a conciliação dos nobres objetivos da referenciada legislação com a conceituação do crime de formação de quadrilha como sendo de médio potencial ofensivo ante ao que prevê o artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Paradoxal que o crime de formação de quadrilha ou bando em decorrência da novel sistemática processual no âmbito da adoção das medidas cautelares não comporte mais a decretação autônoma da prisão preventiva no curso do processo penal, ante a exegese do novel artigo 313, I, do Código de Processo Penal que, *a priori*, só admite o decreto de prisão preventiva para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

Conquanto, em virtude da superveniente falta de concatenação lógica do sistema processual penal no campo das medidas cautelares, com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, na fase inquisitorial seja ainda cabível a decretação da prisão temporária do indiciado por crime de formação de quadrilha ou bando, na forma simples, *ex vi* do artigo 1º, incisos I e III, alínea "l", da Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária.

A prisão temporária é medida excepcional que tem como escopo exclusivo a tutela das investigações policiais. Em suma, para o cabimento da prisão temporária observa-se também o binômio - adequação e necessidade, donde se depreende que se faz necessária a conjugação de, ao menos, uma das duas hipóteses arroladas nos incisos I e II, com o inciso III, do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, para a decretação da prisão temporária.

Muito embora, os incisos referidos I e II do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, de certa forma, se entrelacem, pois ambos dizem respeito à imprescindibilidade da adoção da medida para a proficiência das investigações.

Assim, imagine-se um caso concreto em que um juízo criminal decrete a prisão temporária de integrantes de uma quadrilha, associados de forma permanente e estável, para perpetração de crimes contra a Administração Pública, através da prática de fraudes ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios de determinado ente municipal, mediante ajustes, combinações ou quaisquer outros expedientes, com intuito de obtenção de vantagens decorrentes das adjudicações dos objetos das licitações.

No exemplo dado, constata-se ainda a comunhão de ações e desígnios entre figuras 'proeminentes' da municipalidade e detentoras de influências políticas e econômicas, a saber, secretários municipais, funcionários municipais e particulares, a saber, representantes legais da empresas contratadas ilicitamente para a execução de obras e serviços para administração municipal.

Bem como se verifica que a indigitada quadrilha também pratica dispensas de licitações e apõe inexigibilidades de procedimentos, fora das hipóteses previstas em Lei, além de praticar admissões de modificações e vantagens, inclusive prorrogações contratuais, em favor dos adjudicatários, durante a execução dos contratos administrativos celebrados com o ente municipal, sem que haja autorização em lei, no instrumento convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.

Instando salientar que, em relação às condutas acima descritas, as penas previstas nos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores, a saber, os artigos 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre as licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, preveem meras penas de detenção de pouca monta, sendo que o aludido artigo 89 é o único que prevê pena de detenção, de 03 (três) a 05 (cinco) anos, e multa, adequando-se em tese aos limites normativos do novel artigo 313, I, do Código de Processo Penal para decretação autônoma de prisão preventiva, enquanto os demais preveem pena de detenção de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

Na aludida situação hipotética, imagine-se ainda que a prática dos crimes acima descritos esteja acarretando enormes vantagens econômicas para os agentes, com considerável prejuízo para o erário, conspurcando a preservação do princípio constitucional da moralidade administrativa. Imagine-se ainda que, ante a prova da materialidade dos crimes acima narrados e indícios de suas autorias, a partir de representação da autoridade policial e parecer favorável do Ministério Público, a prisão temporária dos quadrilheiros tenha sido, ao final, decretada para assegurar a imprescindibilidade das investigações policiais, vez que os agentes estão ameaçando e subornando testemunhas e peritos, ocultando e destruindo provas, mormente provas dos liames subjetivos entre os agentes públicos municipais e os particulares beneficiados com as contratações ilícitas; em suma, estão dificultando a reunião de provas e a elucidação profícua dos fatos.

Em prosseguimento, suponha-se neste caso elucubrado que, expirado o prazo da prisão temporária, que é de cinco dias, prorrogável por igual período, em casos de extrema e comprovada necessidade, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.960/89, o Ministério Público ofereça denúncia em face dos indiciados, que serão postos em liberdade e citados para apresentação de suas defesas preliminares, nos moldes da legislação processual vigente.

Contudo, apesar de postos em liberdade, verifique-se que os agentes continuam ameaçando e subornando testemunhas e peritos, ocultando e destruindo provas, mormente provas dos liames subjetivos entre os seus integrantes. *Ab absurdum*, cabível não mais seria a decretação da prisão preventiva dos acusados em virtude da novel sistemática processual para as medidas cautelares. Isto justamente na fase do *jus persequendi in iudicium*, sopesando que o crime de formação de quadrilha, que não seja armada, não prevê pena superior a 04 (quatro anos) e, no exemplo, os demais crimes conexos e perpetrados em concurso material são apenados meramente com penas privativas de liberdade de detenção.

Destarte, na aventada hipótese, casos as demais medidas cautelares venham a se revelar insuficientes para a efetiva tutela do processo criminal, como não considerar que a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, introduz uma inconteste antinomia sistêmica no âmbito das medidas cautelares,

vez que a, *prima facie*, eficazmente se tutelariam as investigações criminais, mas em relação ao processo penal ulterior não haveria provimento cautelar eficaz visando a assegurar a instrumentalidade processual, obstando-se, assim, a eficácia do justo resultado final do processo.

Tal situação revelaria, portanto, insuficiente tutela de direitos decorrente de flagrante deficiência normativa. Argumentando-se que, no caso imaginado, se fosse assegurada a efetividade do processo, o provimento final concretizaria a pretensão punitiva estatal, com a imposição de sanções penais que, na visão deste operador, exercem, inequivocamente, a função de prevenção geral e especial da pena para prevenção da delinquência, valorização da ordem jurídica e restauração da confiança da população no sistema legal e neutralização de novas práticas criminosas.

Assim, no caso imaginado, tutelado o processo, assegurar-se-ia o interesse metaindividual da moralidade administrativa, insculpido na forma de um dos princípios reitores da Administração Pública no artigo 37 da Constituição Federal, salvaguardando-se o próprio princípio democrático, consagrado no preceito fundamental de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.

Contudo, no que tange a aventada antinomia, já há posição doutrinária respeitável do Ilustre Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, no sentido de que, em relação ao juízo cautelar de adequação da prisão temporária, impor-se-á estrita conformação com a novel sistemática cautelar, inserta no processo penal pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

Isto quer dizer, os limites normativos impostos ao juízo cautelar de cabimento da prisão preventiva também deverão ser observados em relação ao cabimento da prisão temporária. Donde se conclui que, no inquérito policial para apuração de crime de formação de quadrilha ou bando, não mais seria admitida a decretação da prisão temporária, cuja sanção prevê pena privativa de liberdade máxima inferior a 04 (quatro) anos, mesmo que tal medida se revelasse imprescindível paras as investigações policiais.

Sobre o tema da prisão temporária, transcreve-se então a posição do Eminente Professor e Procurador Regional da República, Dr. Eugênio

Pacelli de Oliveira, que vem a ser o Relator-Geral da Comissão de Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, instituída pelo Senado Federal extraída da 15ª edição de sua obra "Curso de Processo Penal"[4], que já está atualizada de acordo com a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011: *"As hipóteses de prisão preventiva demarcam os contornos da necessidade de prisão cautelar (art. 312 e art. 313, CPP), impondo que a (prisão) temporária se fundamente ao mesmo nível".*

Inquestionável que o raciocínio lógico é o de conformação de todas as medidas cautelares pessoais com a sistemática cautelar do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, mormente em conformidade com as disposições do artigo 282 e 283 do aludido Diploma Processual, mesmo que previstas em lei especial, como no caso da prisão temporária, vez que o Código de Processo Penal é norma geral em relação à Lei nº 7.960/89.

Ressalta-se que o artigo 283 do Código de Processo Penal reproduz a regra da liberdade insculpida no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, e refere-se à excepcionalidade do cabimento da prisão para as hipóteses previstas na própria Carta Magna e, que, agora, estão também expressas em seu respectivo texto, figurando-se dentre as quais, a hipótese da prisão cautelar no curso das investigações. Não se imiscui o dispositivo, contudo, nas hipóteses de prisão decorrente de transgressões militares ou crimes militares próprios, que está disciplinada na legislação especial, a saber, no Código Penal Militar.

Pode-se asseverar então, sem sombras de dúvidas que, hodiernamente, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, sistematiza de forma expressa o cabimento da prisão temporária e a verificação da presença do binômio necessidade e adequação.

No entanto, se for vencida a arguição de defeito da norma contida na limitação trazida pelo novel artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, em que pese o posicionamento do catedrático Eugênio Pacelli de

4 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 15ª ed., p. 541/542.

Oliveira, exposto conforme o escólio acima transcrito, este operador reputa, singularmente, que a aludida lei posterior de caráter geral não derrogou preceito particular da Lei nº 7.960/89, especificamente na hipótese de cabimento da prisão temporária aos indiciados por delito de formação de quadrilha ou bando, quando a aludida medida se faça necessária, vez que a superveniente exceção baseia-se em razões peculiares e em razões de política criminal. Em especial, sopesando-se a harmonização da superveniente particularidade com os fins de prevenção e repressão às ações de grupos criminosos, expressos na Lei nº 9.034/95, que prevê medidas contra a atuação de organizações criminosas.

A regra é a de que a *lex posterior generalis non derrogat legi priori speciali*, muito embora haja exceções quando a nova lei estabelece uma principiologia nova que seja absolutamente incompatível com o que se baseava a lei especial anterior. Assim, neste caso, a lei nova derrogará as exceções antes admitidas, devendo ficar inequívoco do contexto da incompatibilização trazido pela nova lei que haja se pretendido expurgar também o preceito particular.

Porém, na questão ora examinada, o que adveio foi mais uma deficiência assistemática, sem que se tivesse o escopo de vulnerar a prevenção e repressão às ações delituosas perpetradas por organizações criminosas. Combate este que tem assento no direito metaindividual à segurança pública previsto na Constituição Federal, insculpida como dever do Estado, e direito e responsabilidade de todos, com escopo da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como no Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Nesse sentido, sirvo-me do escólio do aclamado jurista Carlos Maximiliano, em sua clássica obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito"[5], que em prestigioso alvitre pondera sobre o conflito da lei no tempo, *in verbis*:

> *"Contradições absolutas não se presumem. É o dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo ob-*

5 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**: Forense, Rio de Janeiro, 19ª ed. p. 291 e 294.

jeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irredutível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior".

.....

"Entretanto, do simples fato de serem abolidos o princípio diretor da norma antiga e todos os seus corolários, não se infere que ficam extintas também as exceções; porque se baseiam em razões diversas daquelas sobre que se fundava o princípio referido. É indispensável que a disposição especial seja explícita ou implicitamente abrangida pela lei posterior; porque a regra divergente já existia, isto é, já havia a incompatibilidade com a disposição geral; por esse motivo é necessário ficar bem claro que se haja pretendido eliminar também o preceito particular, com o contrariar de frente ou regular o assunto inteiro abrangido por ele".

"Parece delicado o caso: exige critério jurídico o exame atento das menores circunstâncias. Quando a lei geral estabelece novos princípios absolutamente incompatíveis com aqueles sobre que se baseava a especial anterior, fica a última extinta; do objeto, espírito e fim da norma geral é bem possível inferir que se teve em mira eliminar até as exceções antes admitidas".

"Do exposto já se deduz que, embora verdadeiro, precisa ser inteligentemente compreendido e aplicado com alguma cautela o preceito clássico: 'A disposição geral não revoga a especial'. Pode a regra geral ser concebida de modo que exclua qualquer exceção; ou enumerar taxativamente as únicas exceções que admite; ou, finalmente, criar um sistema completo e diferente do que decorre das normas positivas anteriores: nesses casos o poder eliminatório do preceito geral recente abrange também as disposições especiais

> *antigas. Mais ainda: quando as duas regulam o mesmo assunto e a nova não reproduz um dispositivo particular da anterior, considera-se este como ab-rogado tacitamente. Lex posterior generalis non derrogat legi priori speciali ('a lei geral posterior não derroga a especial anterior') é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente. Na verdade, em princípio se não presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra geral, ou também as exceções respectivas".*

As lições do mestre Carlos Maximiliano trazidas a lume dissipam então as brumas que encobrem a suposta contradição do supérstite cabimento da prisão temporária em relação à apuração do crime de formação de quadrilha com os limites normativos para o cabimento da prisão preventiva, ora engendrados pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, tendo em mente que as contradições absolutas, de *per si*, não se presumem, mas, ao contrário, demandam do interpretador, necessariamente, exercícios hermenêuticos realizados a partir de métodos de perscrutação e comparação do alcance das normas contrapostas, nos quais, ao final, conclua-se pela incompatibilização da norma anterior com a normatização geral posterior que traga novel ordenação lógica.

Entrementes, se de todos os esforços interpretativos envidados de harmonização e aproximação das normas contrapostas redundarem no reconhecimento de perpetuidade de uma fração da norma anterior, a antinomia constatada será apenas parcial.

Com efeito, no caso da prisão temporária, os ditames do novel artigo 282 do Código de Processo Penal servem de norte para o juízo cautelar da aplicação, ou não, da prisão temporária na concretude de cada caso. Não crendo este operador do Direito, ou ao menos, almejando que, na *mens le*gis haurida da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, se extraísse

também o objetivo de derrogação tácita do artigo 1º, inciso III, alínea "l", da Lei nº 7.960/89; caso contrário, não seriam levianas, com a *permissa venia*, quaisquer conjecturas de que, então, a própria *mens legislatoris* estivesse assentada em razões políticas espúrias e, inteiramente, dissociadas dos ditames constitucionais; motivações que objetivassem então expurgar da seleção da criminalização primária as condutas que pudessem ser imputadas à própria classe política.

Pode-se concluir então que, se subsiste o cabimento da prisão temporária em relação ao crime de formação de quadrilha, quando se faça necessária a cautela para a imprescindibilidade das investigações, há indubitável antinomia ante os atuais limites normativos introduzidos pelo novel artigo 313, I, do Código de Processo Civil, que, *a priori,* não permitem na fase processual da persecução penal a decretação da prisão preventiva em relação ao mesmo delito, mesmo quando a medida extrema se faça necessária.

Na mesma linha da falta de efetividade de nosso sistema penal, mormente agora com o que preceitua o novel artigo 313, I, do Código de Processo Civil: o crime de sequestro ou cárcere privado, na forma simples, crime este grave que o sistema classifica como sendo de médio potencial ofensivo, também não mais admitiria a tutela da prisão cautelar. Destacando-se que o crime em tela pode ser perpetrado para detenção ou retenção da vítima mediante violência ou grave ameaça exercida contra a mesma.

Contudo, maior paradoxo dos limites normativos, alicerçados no postulado da proporcionalidade, trazido pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, depreende-se na atual vedação da decretação da prisão preventiva autônoma em relação ao crime de coação no curso do processo, previsto no artigo 344 do Código Penal, cujo preceito secundário prevê pena de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa. Se a coação de autoridade, parte ou testemunha é fundamento para a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, a vedação da aludida decretação quando se trata do delito autônomo é uma antinomia sistêmica.

Deste modo, como assegurar a efetividade da prestação jurisdicional quando o autor da coação no curso do processo é um terceiro, estranho à

relação jurídico-processual penal, que atua com o fim de favorecer interesse do réu? É certo que a novel sistemática não traz a resposta.

Outra possibilidade de ineficácia da novel sistemática processual, no âmbito da adoção das medidas cautelares, poderá ocorrer circunstancialmente em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Tal crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, em seu preceito secundário comina pena de reclusão de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

Imagine-se então um traficante de drogas que é preso em flagrante pela Polícia Militar em incursão repressora em um ponto de venda de entorpecentes em uma comunidade carente, na qual a população é atemorizada mediante processos de intimidação coletiva exercida com armas de fogo. Supondo-se que o traficante de drogas não tenha sido preso por portar drogas, mas sim por estar portando uma arma de fogo e um rádio comunicador.

Como então a sistemática trará proteção à sociedade e neutralização do agente?

De fato, não haverá nenhuma proteção, vez que comunicada a autuação em flagrante ao juiz, no prazo de 24 horas, nos termos do artigo 306 do Código de Processo Penal, prazo que para alguns doutrinadores já reputam como sendo aquele em que o juiz, no molde do artigo 310 do mesmo Diploma, poderá tomar as seguintes decisões: relaxar a prisão, se ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, se permitido pelos novos limites normativos; ou aplicar demais medidas cautelares, se adequadas e necessárias; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Neste passo, no caso aventado, o juiz ante o limite normativo do artigo 313, I, do Código de Processo Penal, não poderá converter a autuação em flagrante do acusado em prisão preventiva, isto se por muita sorte o autuado já não estiver solto, vez que o Delegado de Polícia ante a novel redação do artigo 322 do Código de Processo Penal, pode conceder fiança nas infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro) anos, sendo certo que não haverá nenhuma margem de discricionariedade para Autoridade Policial conceder ou não a fiança nos crimes

cuja pena de privativa de liberdade seja inferior a 04 (quatro) anos.

Ante os limites normativos, se o indiciado do caso hipotético acima já estiver solto, o juiz também não poderá, *a priori*, decretar a prisão preventiva. Assim, será que a imposição de outras medidas cautelares ao traficante, preso com arma de fogo de uso permitido, surtirá efeito e assegurará a ordem pública e a aplicação da lei penal? Reputo que dificilmente não, ante as regras ordinárias de experiência deste magistrado que já atua na seara criminal no Estado do Rio de Janeiro há cerca de nove anos, e durante dois anos exerceu o cargo de Delegado de Polícia Civil neste Estado.

Até a prolação de sentença no processo que apura o cogitado porte ilegal de arma de fogo, haverá grande probabilidade de que o traficante reitere suas práticas criminosas, bem como há grande probabilidade de que o mesmo se furte à ação da Justiça. Sopesando-se que a eventual conclusão de investigação policial para a apuração de crime de associação para fins de tráfico de drogas, que é previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, demandará tempo ante as dificuldades ínsitas desse tipo de inquisa que objetiva a demonstração da estabilidade e permanência da associação de seus integrantes.

De igual modo, não há vulneração ao princípio da presunção de inocência quando a ponderação de circunstâncias acidentais de um crime, indicativas de outras infrações ainda não apuradas, é feita quando da prolação de sentença de mérito, seja tanto na fundamentação, quanto na dosimetria da pena, ante a inteligência do artigo 59 do Código Penal, que autoriza a fixação da pena-base dentro dos limites quantitativos previstos na sanção de cada norma incriminadora ante a consideração das denominadas circunstâncias judiciais, dentre as quais as próprias circunstâncias acidentais do crime, que não se confundem, obviamente, com as circunstâncias elementares do próprio delito, objeto do julgamento, a exemplo de outras como: a culpabilidade, os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos do crime, vitimologia e consequências do crime.

Em consequência, quando em autos ou papéis de que conheceu o juiz, verificar-se a existência de um crime de ação pública, cumpre remeter cópias e documentos necessários ao Ministério Público para oferecimento

de denúncia, *ex vi* do artigo 40 do Código de Processo Penal, ou requisitar a instauração de inquérito policial para a apuração da infração, sem que isso seja uma violação ao sistema acusatório, mas sim um poder-dever da Autoridade Judiciária. Além do mais, se há dois crimes conexos, e um deles à época da apuração não era conhecido em sua inteireza, não há também que se falar em indivisibilidade da ação penal pública ou em arquivamento implícito do inquérito policial em relação à conduta ainda não apurada.

No exemplo acima dado, o suposto traficante de drogas, que exerce a função de "soldado" armado, não ficaria preso cautelarmente, ao menos que a arma de fogo com ele apreendida fosse de uso restrito. No entanto, qual a diferença entre uma pistola calibre 40, de uso restrito, ou de uma espingarda calibre 12, de uso permitido, nas mãos de um traficante de drogas? Em verdade não há, pois ambas se apontadas a curta distância para qualquer indivíduo ou o com cano encostado para o crânio de qualquer ser humano são mortais. Quiçá se apontadas a certa distância para a vítima, a espingarda calibre 12 venha ser a que cause mais lesões na vítima.

Há que se frisar que o Estatuto do Desarmamento, consubstanciado na Lei nº 10.826/03, tem como fundamentos teleológicos o desarmamento da população civil, trazendo uma série de restrições ao comércio de armas de fogo. *A priori*, armas de fogo somente podem ser comercializadas a particulares que detenham idoneidade imaculada e aptidão técnica e psicológica para o seu manuseio de arma de fogo, e demonstrem ainda a efetiva necessidade da aquisição. Na mesma linha, o registro da arma se faz obrigatório em cadastro nacional (SINARM), somente podendo portar arma de fogo, nos termos do artigo 6º do aludido Estatuto, as pessoas mencionadas no artigo 6º do aludido Estatuto, que são basicamente os agentes do Estado, que exercem funções policiais, havendo exceções aos vigilantes patrimoniais quando em serviço e aos praticantes de tiro desportivo, na forma do regulamento da Lei.

As maiores restrições trazidas pela Lei nº 10.826/03, que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munições e define os crimes de porte, posse e comércio ilegais de armas de fogo, com a maior severidade constatada nas suas normas incriminadoras, deveu-se

então ao fato de que as legislações anteriores que disciplinavam sobre o assunto, consistiam, em verdade, em normatizações muito brandas na efetiva proteção à incolumidade pública, que é o objeto jurídico tutelado na disciplina de tal delicado tema. Isto em um país que historicamente sempre apresentou ao longo de todo o século XX crescimento elevado dos índices de homicídios provocados por armas de fogo, e nas últimas décadas, mormente no início do século XXI, registrou índices exponenciais de mortes provocadas por projéteis de arma de fogo.

A Lei nº 9437/97, revogada pela novel lei, com advento da Lei nº 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, passou a enquadrar então o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido como de menor potencial ofensivo. Sendo que antes do advento da Lei nº 9437/97, o porte ilegal de arma de fogo de qualquer tipo era mera contravenção penal capitulada no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais; isto quando o registro de aquisição de armas de fogo por particulares em cadastros do Estado era mero formalismo, e a observância da autorização de porte de arma de fogo nada mais do que uma utopia, mormente ante a falta de tutela e efetividade das normas então em vigor.

Há que se consignar, em contraponto à falta de efetividade e proteção trazida pela nova sistemática cautelar no processo penal, especialmente na falta de tutela que agora se verifica no âmbito da teleologia do Estatuto do Desarmamento, que, no Estado do Rio de Janeiro, a taxa de resolução de homicídios empreendida pela polícia judiciária é de apenas 4%, muito aquém do que é almejado em uma sociedade dita civilizada; o que se verifica, apesar dos elevados índices desse crime em nosso Estado, sendo que a maior causa de vulneração de vidas é justamente a de disparos de armas de fogo. Entretanto, com a novel sistemática cautelar adotada no processo penal, o Estatuto do Desarmamento está quase inteiramente esvaziado de eficácia coercitiva.

Em sentido diametral, então, a forma como parte da doutrina enxerga o postulado da proporcionalidade, no exemplo do traficante de drogas que exercia a função de "soldado", preso em flagrante num ponto de venda de drogas por portar ilegalmente uma arma de fogo de uso permitido,

infração à qual, *a priori*, a legislação agora veda a prisão processual, o juiz ao sentenciá-lo e condená-lo, se assim demonstrarem as provas, não ficaria adstrito a substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no artigo 44 do Código Penal, vez que o inciso III do aludido dispositivo também preceitua como pressupostos para a substituição da pena, a presença dos requisitos subjetivos, a saber, os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato.

Assim, além dos pressupostos objetivos previstos nos incisos antecedentes, a saber: a quantidade de pena prevista para o crime não superior a quatro anos; a natureza do crime, como no privilégio concedido aos crimes culposos e a modalidade de execução, que se exige que seja sem violência ou grave ameaça à pessoa; em relação aos pressupostos subjetivos, a prognose de suficiência de substituição deve analisar alguns dos elementos descritos no artigo 59 do Código Penal, a saber, algumas das circunstâncias judiciais, a exceção das consequências do crime e o comportamento da vítima.

Afora os limites quantitativos da pena, o juiz, no exemplo dado, poderia, razoavelmente, depois de condenar a pena de reclusão pelo crime de porte ilegal de arma de fogo o nacional indiciado de envolvimento no tráfico de drogas, deixar de substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, sopesando, portanto, justamente a ausência dos pressupostos subjetivos favoráveis, a saber, a culpabilidade do condenado, sua conduta social inadequada, a sua personalidade distorcida ante a impressão pessoal no próprio interrogatório judicial e no curso da instrução, os motivos abjetos para o porte ilegal de arma de fogo e, sopesando que, as circunstâncias acidentais do crime são graves e indicativas de um crime mais grave, a saber, a associação para fins de tráfico de drogas. Pode ser acrescentado na suposição fática que, eventualmente, o condenado ainda possa ter antecedentes criminais, por estar indiciado em inquéritos policiais por delitos, por exemplo, contra o patrimônio.

Via de consequência o juiz poderá também, na hipótese acima, fixar a pena de reclusão em patamar superior ao mínimo legal. Por exemplo, condenando então o aludido indivíduo pelo crime de porte ilegal de arma de

fogo de uso permitido, além de multa, a uma pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, considerando o que dispõe o § 3º do artigo 33 do Código Penal, que também faz referência à análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo Diploma Legal para a fixação do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Destarte, seria incabível ainda a aplicação de sursis, nos moldes do artigo 77 do Código Penal, considerando-se que a pena aplicada foi superior a 02 (dois) anos e o acusado, de acordo com o inciso II do aludido dispositivo, não preenche os requisitos subjetivos para a obtenção do benefício da suspensão condicional da pena.

No exemplo proposto, portanto, o nacional condenado por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, ao final do processo de conhecimento, teria que cumprir necessariamente pena privativa de liberdade.

Nessa linha, como ficariam então os argumentos da doutrina garantista, que faz concessões ao abolicionismo, de que o postulado da proporcionalidade foi o norteador imprescindível dos novéis limites normativos trazidos pelo atual artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal em relação ao juízo cautelar de cabimento de prisão processual para os crimes em que, em tese, substitui-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em atenção ao que dispõe o artigo 44 do Código Penal? Será que para essa linha doutrinária não se admite a análise em nenhuma hipótese da culpabilidade do agente, não se sopesam circunstâncias judiciais?

Creio, humildemente, que tais argumentos são equivocados e se aceitos sem qualquer esforço hermenêutico, restarão então os defeitos graves e as deficiências desse novo sistema cautelar no processo penal, alicerçado única e exclusivamente no postulado de uma errática proporcionalidade cujas premissas eram juízos de prognósticos defendidos por essa mesma doutrina, que na minha simples ótica, nada a ver têm com o exame cautelar propriamente dito, que deve ser fundado na instrumentalidade do processo e na efetividade da prestação processual, e não em prognósticos futuros de fixação de pena. Por certo, essa nova sistemática cautelar deixará, em muitos casos, a sociedade sem proteção adequada e a tutela de muitos processos vulnerada.

Para os defensores da novel sistemática, *permissa venia*, transpare-

ce que a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos assenta-se única e exclusivamente em pressupostos objetivos, como se o inciso III do artigo 44 do Código Penal houvesse sido revogado. Em síntese, seria como se o crime cuja pena máxima não é superior a 04 (quatro) anos e a sua execução não comportou violência ou grave ameaça à pessoa, engendrasse então um direito subjetivo público do réu à obtenção da substituição, sem qualquer exame da presença, ou não, de pressupostos subjetivos indicativos da substituição.

É como relegar a sentença penal tão somente a um pueril silogismo jurídico, sem qualquer espaço para o sereno exame judicial de cada caso concreto levado ao conhecimento do juiz criminal.

É como advogar que não há para o juiz criminal nenhuma margem, dentro dos limites legais razoáveis, de estudo das circunstâncias peculiares de cada violação à legislação penal em sua concretude, ou seja, o exame de cada fato jurígeno que seja incriminado pela legislação penal em atenção às suas particularidades. Isto quando o artigo 59 do Código Penal deixa ao encargo do julgador o exame da adequação da pena de acordo com cada fato e de acordo com cada delinquente. Quando a sentença penal não é uma mera fórmula matemática, mas sim uma harmonização lógica da sanção penal em observância das circunstâncias de cada caso, o que também se aplica ao juízo de cognição sumária, quando a liberdade ao julgador dentro de limites razoáveis deveria ser ainda mais profícua.

O princípio constitucional da individualização da pena, no momento judicial, ainda não foi revogado; caso contrário, prescindir-se-ia do próprio Poder Judiciário. Aliás, o princípio constitucional da individualização da pena sempre foi obtemperado para a análise da constitucionalidade de normas infraconstitucionais de caráter processual penal que vedavam a concessão de medidas cautelares de restituição condicional da liberdade em relação a determinadas infrações.

Na esteira do que ora é defendido, abrigo-me na trincheira de alguns dos ensinamentos do Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha, Professor Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez assentados em escólios do jurista espanhol Jescheck, que são extraídos de sua clássica obra

Tratado de Direito Penal – Parte Geral[6]; lições as quais as transcrições fazem-se agora imperativas para melhor elucidação dos questionamentos objetos dessa análise da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011:

> *"Prognose de suficiência da substituição – Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, todos previstos no artigo 44, III, do Código Penal, que, neste particular, permaneceu inalterado. Dos elementos do art. 59 somente 'as conseqüências do crime' e o 'comportamento da vítima' foram desconsiderados para a formação do juízo de suficiência".*
> *"Considerando a grande elevação das hipóteses de substituição, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa desse requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos que a nova previsão poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão Jescheck, prudencial, e diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição esta não deva ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados".*

Note-se que a mesma ponderação sobre a prognose da suficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também é feita pelo Professor Cezar Roberto Bitencourt em relação ao instituto da suspensão condicional da pena. Da mesma forma, esse método prognóstico de análise de suficiência pode ser transposto para o exame do cabimento, ou não, do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, cuja concessão também remete à verificação da presença dos requisitos subjetivos favoráveis, vez que a própria redação do dispositivo em comento, após possibilitar ao Ministé-

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Saraiva, São Paulo, 8ª ed. p. 456/457.

rio Público propor o denominado sursis processual nas infrações em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a 01 (um) ano, faz referência à necessária presença dos demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, a saber, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias que autorizem a concessão do benefício.

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito, como preceito teleológico do advento Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, para imposição de novos limites normativos extremamente exíguos ao juízo cautelar na seara processual penal, sem margem para discricionariedade razoável do juízo, conspurca, portanto, o princípio da individualização da pena.

E tal situação exsurge, não por o postulado da proporcionalidade em sentido estrito ferir o princípio da proibição de excesso, mas por inequívoco defeito da norma consubstanciada em insuficiência de tutela, tendo em vista o modo como o postulado da proporcionalidade foi inserto no ordenamento processual, a saber, a partir de premissas equivocadas, de falta de respeito à discricionariedade judicial que deve ser relegada ao juiz para ser exercida dentro dos limites da razoabilidade e da própria lei em vigor e a partir da vulneração inconteste ao princípio da individualização da pena.

Para tanto, não só em relação às infrações que comportam em tese a substituição da pena privativa de liberdade por alternativas, enquadra-se o raciocínio do Professor Cezar Roberto Bitencourt sobre prognose de suficiência, mas também em relação aos denominados crimes de médio potencial ofensivo.

Com base nessa premissa da prognose de suficiência, o crime de formação de quadrilha, na forma simples - que é enquadrado pela legislação como sendo de médio potencial ofensivo, dependendo do caso concreto ante ao exame circunstancial da infração, bem como em decorrência do exame de pressupostos subjetivos desfavoráveis do réu - poderia não dar ao mesmo o direito da fruição do benefício da suspensão condicional do processo, o que então poderia resultar em um provimento final de condenação do acusado.

Nessa mesma linha, imposta a pena privativa de liberdade ao réu pela prática de infração de formação de quadrilha, na forma simples, cujo preceito secundário prevê pena máxima de 03 (três) anos de reclusão, com

base na premissa de razoabilidade instrumentalizada pela prognose de suficiência, o juiz pode vir também a não substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. E, dependendo das circunstâncias do caso, o juiz pode vir a aplicar dentre os limites de pena previstos, sanção de reclusão superior a 02 (dois) anos, ou com base no mesmo raciocínio prognóstico vir a não conceder a suspensão condicional da pena, se for eventualmente imposta pena não superior aquele patamar.

Conclui-se, portanto, que a imposição de cumprimento de pena privativa de liberdade é resultado final que pode muito bem ser alcançado mesmo em relação a um crime de médio potencial ofensivo; sem embargo de que o crime de formação de quadrilha, na forma simples, é encaixado nesse contexto de média potencialidade ofensiva ante a falta de sistematização de nossa legislação penal. A nossa Lei Penal se tornou uma colcha de retalhos em virtude da existência de inúmeras leis esparsas e desarmonizadas em detrimento da codificação, que é o processo de sistematização lógica de qualquer ramo da Ciência do Direito, especialmente em relação ao Direito Penal.

A discricionariedade judicial para adequação da pena ao fato e ao delinquente, como bem salienta o Professor Cezar Roberto Bitencourt em sua obra, deflui de critérios adotados pela Lei para orientação do julgador na fixação da pena, inobstante não se tratam de critérios puramente exegéticos, ou seja, de hipóteses jurígenas nas quais todas as especificidades já estejam em sua inteireza previstas na Lei, que não comportem espaço de avaliação e ponderação casuísticas no esforço cognitivo do julgador. Não são circunstâncias estanques, ao contrário, são diretrizes que a Lei não as exaure, deixando, por conseguinte, ao encargo do julgador a função de identificá-las e avaliá-las no exame de cada caso concreto. O que a Lei faz, portanto, é traçar parâmetros para que o julgador fixe a sanção penal dentro dos limites legais, não podendo ir aquém ou além dos limites quantitativos impostos. Assim, vejamos o que disserta o referido doutrinador sobre o tema[7]:

7 Ob. cit. 5, p. 552.

> *"Concluindo, as elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias são moduladoras da aplicação da pena, e são acidentais, isto é, podem ou não existir na configuração da conduta típica".*
>
> .....
>
> *"Não se pode esquecer que os operadores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas – como afirmava Salgado Martins – uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinqüente. Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas 'circunstâncias do crime', mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base".*

Também não se pode olvidar que no juízo de cognição sumária do julgador exercido no processo penal para adoção, ou não, de medidas acauteladoras da própria sociedade e do processo, caiba ainda o exame das circunstâncias acidentais do delito, de qualquer delito grave ou de média potencialidade, a qual haja prova da materialidade e indícios veementes de autoria. Circunstâncias essas que podem ser sopesadas com discricionariedade e razoabilidade, tanto para a prisão processual, quanto para a restituição ou manutenção da liberdade, ou para a adoção de outras medidas cautelares, trazidas pela novel sistemática quando suficientes.

Em suma, seja tanto na hipótese de circunstâncias favoráveis para a restituição da liberdade para quem foi autuado em flagrante delito, ou manutenção da liberdade plena para aquele que esteja sendo investigado ou processado, sem anterior prisão dita administrativa; quanto na hipótese de existência de circunstâncias desfavoráveis, assim inferidas em sumário juízo de cognição, para a manutenção da segregação cautelar oriunda da autuação em flagrante, ou agora, dita conversão em prisão processual, ou para a

decretação de prisão temporária ou prisão preventiva autônoma, a fim de tutelar, cada qual, respectivamente as investigações e o processo penal.

Se o juízo de prognóstico da pena, na seara cautelar, serve para justificar a imposição de novos limites normativos à prisão processual, sob os auspícios do postulado da proporcionalidade, sem que tal exercício de futurologia comprometa a presunção de inocência. Por que então o mesmo juízo de prognóstico da pena, traduzir-se-ia em violação ao dito princípio, para adoção da prisão processual, com assento no postulado da suficiência?

A axiologia da recente sistemática trata-se, em verdade, de inequívoca inversão ontológica, que desconsidera a própria essência da medida cautelar, que, a saber, consubstancia-se numa essência meramente instrumental e acessória, nela entrelaçando-se conceitos estranhos, que são afetos tão somente ao provimento final.

A adoção de uma medida cautelar restritiva não deve confundir-se com preocupações relativas ao princípio da presunção de inocência, mormente porque, se no curso das investigações ou do processo, restringe-se a liberdade, assim se faz em nome da flexibilização daquele princípio, o que, indubitavelmente, é feito *pro societate*, seja para prevenir a sociedade em determinados casos da provável reiteração criminosa do indiciado ou do processado, quanto para tutelar as investigações ou o próprio processo, garantindo-se a efetividade. Porque não defender a própria credibilidade e dignidade da Justiça em casos onde haja intenso clamor público.

Se a prisão processual é admitida no Ordenamento em contraste ao princípio da presunção de inocência, tal só pode ser admitido em prol da sociedade, seja tanto porque toda a sociedade tem interesse na neutralização de reiterações criminosas, quanto no interesse da sociedade de que o processo, instrumento de consecução do *jus puniendi*, seja tutelado eficazmente, ou mesmo no interesse da defesa da credibilidade ou da dignidade da Justiça. A sociedade não tem interesse de que práticas criminosas restem impunes, ou que não haja instrumentos adequados e suficientes para que o Estado-Juiz tutele direitos assegurados em outros ramos do Direito, sem a qual a tutela do Direito Penal não se faça despicienda para a sua profícua defesa.

O princípio da presunção de inocência se levado às últimas consequências, não permitiria qualquer medida coercitiva contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória, ou quiçá, a existência do próprio processo. O melhor é que haja uma tendência à presunção de inocência, ou, mais especificamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é reputado inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Melhor ainda é conceituar o princípio não como sendo de inocência, mas como sendo de não culpabilidade, tanto isto é crível que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não faz referência expressa à presunção de inocência; ao contrário, preceitua que: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, em síntese, declara que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado somente pode vir a ser modificado por uma sentença final que o declare culpado.

Nesta fenda, há doutrinadores que sustentam que existe inclusive uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a elimina, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva.

É justamente a presunção de culpabilidade, o *fumus delicti commissi* que autoriza a prisão processual daquele que está sendo processado criminalmente. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito, como por ora foi trazido para o nosso sistema, não é uma proibição do excesso, mas sim um excesso da insuficiência.

O acusado de um crime dito de médio potencial ofensivo que comporta, em tese, o *sursis* processual, ou o acusado de um crime que comporte em tese a substituição da pena por sanção alternativa, ambos podem vir a ser obrigados a cumprirem, sim, penas de prisão, inclusive sem o cabimento da suspensão condicional da pena ante a ausência de pressupostos subjetivos favoráveis e ante a existência de circunstâncias acidentais graves, sem que qualquer prognóstico de pena feito pelo juiz para a prisão processual vulnere o seu estado de inocência ou sua presunção de não culpabilidade.

O que não é admissível é que o legislador infraconstitucional seja quem faça abstratamente tal prognóstico em sede cautelar, vedando ao jul-

gador o seu poder-dever de tutela do processo, sempre que esta defesa se faça necessária.

A proporcionalidade, fundamento da novel sistemática, alicerça-se na proibição do excesso, mas o postulado da proporcionalidade conforme posto pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, desconsidera que outros institutos existentes em nosso sistema já temperavam eficazmente o eventual excesso na seara cautelar, tal qual o instituto da detração previsto no artigo 42 do Código Penal, que manda computar na prisão privativa de liberdade, o tempo da prisão provisória, bem como o próprio princípio da duração razoável do processo, assegurado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, acrescido ao rol dos direitos e garantias individuais pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Atualmente, verifica-se não o risco à vulneração da proibição de excesso, mas sim o riso de insuficiência de proteção.

Desta maneira, sem que haja a defesa eficaz, o próprio Estado Democrático de Direito pode ver-se ameaçado. Abro então espaço para as teorias contratualistas, cioso de todas as críticas que possam advir de tal parêntese, considerando que o contratualismo na ótica garantista moderna possa ser reputado como o paradigma do pensamento que serviu como freio à luta de classes e ao direito de resistência, o que ocorreu, de fato, tanto na defesa do absolutismo hobbesiano, como na defesa da burguesia na Revolução Industrial assentado no pensamento de Locke. No entanto, o contratualismo não deixa de ser o gênesis do desenvolvimento da Ciência Política moderna e de todo pensamento racionalista ulterior. Desta forma, é teórico, mas indubitável que o indivíduo em sociedade, racionalmente, abre mão de uma pequena parcela de sua liberdade em prol de um bem maior, que se consubstancia na garantia de sua própria existência pacífica ante a ordenação da vida social a qual sua observância está adstrita.

Assim, não se defende que a pena em si mesma seja um simples fim, sem um meio de defesa, como o fez o filósofo de Königsberg, Emmanuel Kant. O problema é transpor toda a crítica à falibilidade da pena para o campo estritamente cautelar, como não deixa de fazê-lo a doutrina que enxerga no eventual acautelamento provisório do réu, mal irreme-

diável se, eventualmente, o acusado obtiver algum benefício quando do provimento final que o exclua do sistema penitenciário, a exemplo dos crimes que, em tese, comportam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; isto quando o acusado já foi, de fato, condenado. Tal discurso fica sem explanação nas hipóteses em que o réu é absolvido ao final do processo.

Igual argumento se verifica quando aplicado o instituto da despenalização indireta, em virtude da suspensão condicional do processo, pois se for sustada a ação penal após o recebimento da denúncia, com base no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, o acusado preso cautelarmente será posto em liberdade, estivesse ele preso cautelarmente em razão de prisão em flagrante, dita administrativa, estivesse ele preso processualmente, como era antes do advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, em virtude da manutenção da prisão em flagrante, ao contrário da novel obrigatoriedade de conversão em prisão preventiva, como propõe o atual sistema. Frisando-se que no processo penal, tanto o procedimento sumário como o ordinário, detêm prazos exíguos, mas razoáveis. Não sendo negado ao indiciado ou acusado, a todo momento durante a investigação ou processo, o direito de petição, assegurado pela Constituição Federal, dirigido ao Poder Judiciário para concessão da liberdade, seja a qualquer título. Sendo ainda garantido constitucionalmente a qualquer cidadão impetrar *habeas corpus* para cessação de qualquer restrição à liberdade de locomoção, seja a prisão oriunda de ato ilegal ou de abuso de poder.

Aliás, antes do advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, o juiz, quando recebia o auto de prisão em flagrante lavrado pela Autoridade Policial, o que era, de fato, feito no prazo de 24 horas, já analisava a legalidade da prisão, bem como a necessidade de sua manutenção, pois não estava o juiz impedido de conceder, de ofício, a liberdade provisória, nos casos em que a cautela não se fizesse necessária. O que a *novatio legis* não podia fazer era imiscuir-se na discricionariedade cautelar que deve ser concedida ao Poder Judiciário.

O postulado da proporcionalidade como inserto por ora em nosso sistema pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, consiste em um pre-

ciosismo, a saber, uma preocupação excessiva com a aplicação do subprincípio constitucional do Estado de Direito relativo à proibição de excesso, como se o sistema anterior não dispusesse de meios eficazes para assegurar e resguardar a liberdade. Tal novidade sistemática trata-se, em verdade, de uma insuficiência de normatização; é um entrelaço entre a prisão cautelar e a prisão oriunda da pena, mesmo que a doutrina defensora da novel sistemática queira obtemperar que a motivação da *novatio legis* subsume-se ao campo estritamente cautelar.

Como enxergar, então, a segregação cautelar, senão como sendo uma medida estritamente necessária para o exercício pleno da jurisdição, sem embargo de discussões sobre o seu cabimento com base em limites de penas previstos para as infrações e discussões acerca de juízos de prognósticos? Não há. Falar-se em proporcionalidade no pertinente a infrações nas quais o réu se livra solto, em razão de as mesmas não preverem pena privativa de liberdade, ou preverem penas privativas de liberdade extremamente exíguas, é algo crível. Como o é também em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, mas daí partir-se para outras infrações, tenham potencialidade média, tenham possibilidade de outras sanções alternativas ao final do processo, consiste, então, na subversão da ontologia cautelar.

A teleologia das medidas cautelares é a de fazer a justiça da melhor maneira possível evitando que o processo, em alguns casos, torne-se um instrumento inócuo, que redundasse em descrédito e, em muitas hipóteses extremas, em uma indigitada crença da própria inutilidade da Justiça. Sendo certo que o exercício da jurisdição não se propõe a lograr fins teóricos, senão o de atingir fins propositivos e tangíveis.

Assim, a posição verdadeira das medidas cautelares é a de um *tertium genus*, entre a cognição e a execução, detendo elementos da natureza ontológica de ambas dessas funções jurisdicionais, mas, sem sombra de dúvidas, usufruindo de autonomia, devido aos próprios fins e objetivos peculiares da cautela. A medida cautelar integra, portanto, a função jurisdicional.

É nesse contexto que, apesar de vislumbrada a dose de autonomia das medidas cautelares, as mesmas não deixam de ser meramente instrumentais, pois servem à realização prática de outras funções jurisdicionais, a

saber, as cognitivas e executórias, consubstanciadas na seara processual penal nos processos de cognição e de execução, embora as medidas cautelares possam deter naturezas cognitivas e executórias para realização de seus fins. Sendo a medida cautelar ainda acessória, segue a sorte da medida principal, pois na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia. Nesta esteira, os fins próprios perseguidos pela medida cautelar são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal.

Isto explica, por exemplo, o motivo pelo qual o réu, que no curso do processo foi preso cautelarmente por críveis razões instrumentais, se absolvido, ao final do processo, a improcedência da demanda deduzida no processo de cognição não gera para o Estado o direito de indenizar o acusado que foi absolvido.

É certo que, no âmbito da responsabilidade civil, a doutrina sempre se orientou no sentido de que os atos derivados do exercício da função jurisdicional não acarretam a responsabilidade do Estado, como fundamento para a preservação da independência e o espírito dos julgadores, salvo as exceções previstas em Lei, dentre as quais figuram em nosso Ordenamento o dever do Estado de indenizar o condenado por erro judiciário, que é uma garantia assegurada pelo artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, e a excepcionalidade de responsabilidade pelo ato judicial quando o juiz atua com dolo, fraude ou negligência, conforme prevê o artigo 133 do Código de Processo Civil.

Mas, a par dessa orientação, o insigne Ministro do Pretório Excelso, José de Aguiar Dias, em sua magistral obra **Da Responsabilidade Civil** defendia que o erro judiciário de condenação injusta na seara criminal poderia ter conceituação mais ampla, alcançando também a prisão preventiva injustificada.

Perfilho, em verdade, a posição do eminente Desembargador Sergio Cavalieri Filho do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua didática obra "Programa de Responsabilidade Civil"[8], no sentido de que a responsabilidade por ato jurisdicional cautelar só pode advir de provado

8 FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**: Malheiros Editores, São Paulo, 5ª ed. p. 265/266.

erro judicial, abuso de autoridade, ilegalidade do ato, não bastando, assim, a mera absolvição por falta de provas. *Ad argumentandum tantum*, ainda salienta o Mestre:

> *"A doutrina liberal que passou a ver em tudo fundamento para a responsabilização do Estado, além de dar ao art. 37, § 6º, da Constituição interpretação ampliativa, sem o indispensável cotejo com outros dispositivos da própria Lei Maior, acabará por inviabilizar a distribuição da justiça. Se cabe indenização por danos morais em razão de prisão preventiva quando o réu vem a ser absolvido por falta de provas, por que não caberia também pelo fato de ter sido processado, ou ainda quando o inquérito criminal vem a ser arquivado? Tal como a prisão, o processo ou o inquérito causam aborrecimento, vexame e preocupação".*

Não olvido, porquanto, que a sistemática adotada em nosso Direito para a responsabilidade do Estado em relação aos atos judiciais, em uma interpretação extensiva, possa em determinados casos teratológicos vir a admitir a responsabilização pela prisão preventiva injustificada. No entanto, sem querer infirmar tal interpretação extensiva do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, que como garantia fundamental deve ter a aplicação mais ampla possível, nessa análise o que se questiona é a novel vedação da prisão preventiva justificada, em determinados casos, quando esta se faça imprescindível para a tutela do processo e da própria sociedade.

Se a absolvição no processo penal de um acusado que, por razões críveis, esteve preso preventivamente, não gera, portanto, para o Estado nenhuma responsabilização. Não se sustenta, então, na lógica a sobrevinda de um novo sistema cautelar no processo penal arrazoado na preocupação da inserção do postulado da proporcionalidade em sentido estrito para salvaguardar eventuais males causados pela prisão processual em relação a crimes de médio potencial ofensivo, ou crimes que, em tese, comportem substituição da pena de prisão por sanção alternativa. Isto alicerçado em juízos de prognóstico da pena, fundados nos pressupostos de futuras con-

denações, e não nas absolvições.

Se tal postulado for levado ao extremo, então, a possibilidade de absolvição do acusado que esteve preso preventivamente, com razões de no juízo cautelar ter sido verificada a presença dos pressupostos autorizadores de tal medida excepcional, a saber, o *fumus delicti commissi* e o *periculum in libertatis*, será algo que, no futuro, poderá justificar para algumas vertentes da doutrina garantista a abolição, inclusive, da própria prisão processual.

Miscigenar-se prognóstico da pena com medida cautelar é subverter a própria Teoria Geral do Processo, que, *permissa venia*, é uma sistematização dos princípios e regras básicas da relação jurídico-processual, partindo da premissa instrumental do processo como consecução do direito material. Não se pode olvidar que a Teoria Geral do Processo subsidia a compreensão dos institutos processuais penais, vez que se trata de um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e harmonizados logicamente a partir do confronto de diversos ramos do direito processual.

Assim, reputo que a diferença entre os ramos do processo penal e o civil é apenas de grau, e não de ontologia; sem que, conquanto, se despreze que entre esses dois ramos do direito processual existam diferenças e particularidades, em especial porque no processo penal constata-se a presença constante do ajuste de interesses antagônicos representados pelo binômio: liberdade-repressão. Porém, como ressalva o Professor Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra "A instrumentalidade do processo", as diferenças constatadas entre esses dois ramos do direito processual são as que trazem a falsa impressão de que se trata de disciplinas assentes em fundamentos diversos e voltadas para escopos distintos, quando, em verdade, são disciplinas alicerçadas nos mesmos princípios e voltadas para a instrumentalização do direito material.

Não há como desprezar, com efeito, como o processo penal, ante a novel sistemática cautelar, possa prescindir em determinados casos da cautela adequada, sob uma ótica estrita da preocupação da proibição do excesso. A doutrina que vem aplaudindo as mudanças trazidas pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, sem preocupações com a insuficiência de

normatização e ineficácia do sistema cautelar no processo penal em inúmeras hipóteses que possam vir a ocorrer, advoga agora, que com a criação de medidas cautelares nominadas, diversas da prisão preventiva, sequer há mais possibilidade para adoção de medidas cautelares inominadas com base no poder geral de cautela.

É, de fato, rejeitar a própria Teoria Geral do Processo e circunscrever o ramo do processo penal a uma disciplina inteiramente particular, sem coincidência com os demais ramos do direito processual.

As novéis medidas cautelares diversas da prisão preventiva são, indubitavelmente, muito bem-vindas, tratando-se de superação na seara cautelar do binômio que dantes vigorava: cautela (prisão processual) *versus* contracautela (liberdade provisória), louvando-se a novel redação do artigo 319 do Código de Processo Penal. Assim, a inserção de novas medidas cautelares pessoais no processo penal que possam figurar como alternativas à prisão processual, quando esta se revele excessiva, implanta com razoabilidade a proporcionalidade que deve ser observada na aplicação das medidas cautelares. Entretanto, postular que o juiz não possa se servir do poder geral de cautela para aplicar, eventualmente, uma medida inominada e inespecífica é objetar o próprio conceito do poder cautelar, que se consubstancia no conjunto de poderes que o juiz exerce para poder disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final de seu resultado.

O artigo 798 do Código de Processo Civil pode ser aplicado subsidiariamente ao processo penal, vez que o artigo 3º do Código de Processo Penal preceitua a admissão da interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito. Tal não fere o postulado de que a interpretação no processo penal deva adotar critérios hermenêuticos que efetivem a realização dos direitos fundamentais. Não sendo raro que vertentes da doutrina garantista defendam a adoção estrita de métodos hermenêuticos próprios do Direito Penal, com fundamento na preocupação prospectiva de filtragem constitucional. Assim, não caberia nenhuma interpretação extensiva ou integração analógica *in malam partem*, bem como as leis processuais penais benéficas teriam aplicação

retroativa, ao contrário, da regra da aplicação imediata da lei processual consagrada no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Nessa seara, já há doutrinadores de vertentes garantistas que estão defendendo a aplicação retroativa da atual sistemática. Para adequar, portanto, essa nova disciplina legal das medidas cautelares pessoais, a todas as adoções cautelares anteriores ao advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011; vislumbrando alguns doutrinadores nos novéis dispositivos uma natureza híbrida, a saber, naturezas processuais e de direito material.

Não é o que enxerga esse operador direito, vez que a disciplina cautelar só pode ter natureza processual e instrumental.

O curioso é que a novel sistemática imiscua-se na individualização da pena que, *a priori*, deveria ser relegada ao Poder Judiciário no âmbito cautelar, com imposições de limites normativos estanques, quando tal imprecisão legislativa anteriormente já autorizou, no âmbito processual penal, o exame da constitucionalidade de espécies normativas, no controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, a fim de que não fossem aplicadas vedações legais que vulnerassem o aludido princípio da individualização da pena.

Tal ocorreu com as vedações contidas no Estatuto do Desarmamento à concessão da liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 10.826/03 e na vedação de concessão de fiança aos crimes previstos nos artigos 14 e 15 do mesmo diploma, vez que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112, cujo Relator foi o insigne Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826/03.

No voto destacado do eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3112, o ínclito Pretor salienta que:

> *"No entanto, a norma do art. 21 do Estatuto também parte do pressuposto de que a prisão é sempre necessária, sem levar em consideração, na análise das razões acautelatórias, as especificidades*

> *do caso concreto. A necessidade da prisão ocorrerá diretamente de imposição legal, retirando-se do juiz o poder de, em face das circunstâncias específicas do caso, avaliar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal: necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, havendo prova de existência do crime e indício suficiente de autoria".*

A inafiançabilidade prevista no parágrafo único do artigo 14 do Estatuto do Desarmamento já era mais uma idiossincrasia do legislador no campo da individualização da pena que deve ser conferida livremente ao Poder Judiciário, embora partisse da premissa equivocada da inafiançabilidade prevista pelo próprio poder constituinte originário para alguns crimes, o que, em verdade, já faz confusão terminológica entre a liberdade provisória e o instituto da fiança, que consiste em uma caução a ser regulada pela legislação infraconstitucional.

De igual modo, a vedação a liberdade provisória aos demais crimes previstos no Estatuto, também feria a individualização da pena, como o mesmo pode ser transposto para demais vedações, como as previstas na Lei Antidrogas, e na Lei nº 9.455/97, que trata dos crimes de tortura, e a própria Lei dos Crimes Hediondos.

Mas como não propugnar que o raciocínio acima esposado não possa também ser admitido no âmbito da deficiência de proteção? Cremos que não há razões, mormente se pelo que se debate é matéria de natureza processual e cautelar.

Importantíssimo ressaltar que, no referenciado voto destacado no julgamento da ADI nº 3112, o Ministro Gilmar Mendes faça referência expressa à dogmática alemã pela qual, na proteção dos direitos fundamentais, além do princípio da proibição do excesso, adota-se também o princípio da proibição de proteção insuficiente, ou dos imperativos de tutela. Assim, a dogmática alemã influenciou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã a consolidar o entendimento de que na proteção de direitos fundamentais, não há apenas um dever de abstenção do Estado de intervir

no âmbito de proteção desses direitos, mas também no dever do Estado de proteger, de forma adequada e suficiente, dos ataques aos direitos fundamentais consubstanciados em agressões perpetradas por terceiros.

Reconhece, então, nosso Pretório Excelso que em nossa Constituição Federal existem mandatos de criminalização expressos, quando, por exemplo, o § 4º do artigo 227 da Constituição Federal dispõe que: *"A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente"*. Indubitavelmente, outros mandatos de criminalização implícitos também podem ser depreendidos em nosso texto constitucional.

Assim, se o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro para o exame da constitucionalidade nas intervenções do Estado no âmbito de direitos fundamentais, que impõe limites máximos para tais intervenções, em sentido diametral, mas complementar desse primeiro, o princípio da proibição da proteção insuficiente atua como parâmetro de aferição da constitucionalidade dos limites mínimos almejados de intervenção do Estado no campo dos direitos fundamentais para sua profícua proteção. Os dois princípios são o verso e anverso de uma mesma cédula conferida para que o Estado garanta a proficiente aplicação fenomenológica do Estado Democrático de Direito, que não pode estar no mero campo ideal, mas sim no mundo real.

No voto destacado do eminente Ministro Gilmar Mendes adverte-se que o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição de proteção insuficiente devem ser observados pelo legislador infraconstitucional na seara penal. O que se dirá, então, na seara do processo penal, que é mero instrumento de concreção do Direito Penal!

Pode-se ainda asseverar que o princípio da proibição de proteção insuficiente não deixa de ser também uma extensão dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Nesses termos, em conformidade com a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã o princípio da proibição de proteção insuficiente impõe ao Estado, e, por conseguinte, ao legislador infraconstitucional os seguintes deveres: a) o de proibir condutas ilícitas; b) o de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas e eficazes; c) o de evitar

riscos ao cidadão, que autoriza o Estado a atuar mediante adoção de medidas protetivas ou de prevenção.

No aludido voto, o Ministro Gilmar Mendes ressalta a possibilidade do controle constitucional no aspecto material, tanto em função da inobservância do princípio da proibição de excesso, quanto em relação à violação do princípio da proteção suficiente, destacando-se por ora trecho esclarecedor desse voto produzido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em relação a aspectos do Estatuto do Desarmamento que eram proibitivos da individualização judicial da pena:

> *"Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se na medida penal – que **prima facie** constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção de segurança e da incolumidade pública, enfim da paz social".*
>
> *"Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle da constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista sempre a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade (übermassverbort) e como proibição de proteção deficiente (üntermassverbort) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras dos princípios constitucionais".*

A dogmática e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã no campo do Direito Constitucional engendraram, via de consequência, ver-

dadeiro corte epistemológico na dimensão outorgada aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua de uma posição de "adversário" desses direitos para uma posição de guardião dos ditos direitos, sejam os direitos reputados de primeira, segunda ou terceira geração.

Evolui-se, assim, da estrita posição histórica de que o Estado é um monstro mitológico hobbesiano, ávido por praticar atos arbitrários contra os cidadãos, para a sua novel posição de organismo necessário para a concreção da democracia, da promoção da dignidade da pessoa humana e da promoção de uma sociedade livre, justa e solidária. Foge-se, assim, da visão atávica de que o Estado é um promovedor da arbitrariedade e de que toda a legislação de conformação deva ater-se a uma construção principiológica de limites negativos, e não propositivos.

Historicamente, tal visão é crível se for considerado que a evolução do Direito Constitucional teve como gênesis, no período moderno, a superação do absolutismo para o constitucionalismo, com eventos radicais como o foi a Revolução Francesa. Entretanto, os primados daquela ruptura política e social não foram apenas a asseguração da liberdade, mas também da igualdade e da fraternidade, sendo que esses primados só se desenvolveram posteriormente, com o advento do reconhecimento dos direitos sociais a partir da Revolução Industrial, que se deu no século XX, e agora mais recentemente, com o reconhecimento dos direitos difusos e interesses metaindividuais.

Nos primados da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, hodiernamente, o Estado tem função propositiva, e não meramente negativa de não intervenção no direito à liberdade, assegurado a todo e qualquer cidadão.

Por isso que a visão garantista extremada deixa de fazer um salto histórico, para enxergar então no Estado apenas um ente a ser obstado de intervir na esfera individual, sopesando a hermenêutica constitucional, *permissa venia*, com o único propósito de frear esse "Leviatã".

A Corte Constitucional alemã superou, então, a estrita visão histórica, quando decidindo sobre o aborto, asseverou com base no princípio da proibição de proteção insuficiente que o Estado tem o dever de proteção,

cumprindo-lhe editar medidas suficientes de caráter normativo e material para salvaguardar de forma adequada direitos fundamentais, observando, contudo, com razoabilidade a contraposição de bens jurídicos.

Se tal dogmática tivesse sido desenvolvida à época da República de Weimar, quiçá o surgimento de grupos paramilitares e ultraconservadores de direita não pudesse ter sido estancado, impedindo-se, assim, que o Partido Nazista alcançasse o poder e subverter-se, de forma indelével, na história do século XX, a evolução dos direitos humanos.

No campo do Direito Processual Penal, os novéis limites normativos impostos ao juiz criminal na seara cautelar corrompem a suficiência de proteção, salientando-se que o processo penal, com base no que acima foi defendido, não pode ser encarado estritamente como sendo um instrumento de defesa do réu contra a avidez punitiva do Estado.

Não se despreza que o processo penal como relação jurídico-processual, como magistralmente a desenvolveu a Teoria Geral do Processo, quando do lançamento da obra clássica *"Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen"*, de Oscar von Bülow, revele ínsitas tensões entre as partes dessa relação figurantes dos pólos ativo e passivo, que detêm, indubitavelmente, interesses antagônicos no que concerne ao direito de punir do Estado em oposição ao direito à liberdade do réu, cuja persecução penal fica ao encargo do órgão de acusação. Da relação jurídica processual exsugem, via de consequências, direitos e obrigações para as partes, distinguindo-se tal relação daquela que é oriunda da *res in judicium deducta*. Assim, teoricamente pode ser argumentado que, na maioria das situações, possa haver uma disparidade de forças entre o acusado e o órgão do Ministério Público, encarregado de, nos crimes de ação penal de iniciativa pública, promover o *jus persequendi in iudicium*.

Já na ótica da visão garantista, o processo penal, ao contrário do enfoque dado por outros processualistas como Manzini, seria um mero instrumento de defesa do indivíduo em face do poder punitivo estatal, uma garantia fundamental assegurada à pessoa humana. Com base nessa visão prospectiva, não é demasiada a transcrição da posição do culto colega, ilustre Juiz de nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

André Nicolitt, em sua obra **Manual de Processo Penal**[9]: *"Inegavelmente, a autonomia do processo deve sempre observar a sua essência enquanto garantia fundamental. Encontrando no processo esta natureza, podemos dizer que os princípios, as regras, as interpretações dadas ao processo deverão sempre observar este aspecto. Esta categoria rege-se por regras próprias que devem sempre respeitar a essência do processo enquanto direito fundamental".*

É cristalino que o processo penal, ramo da Ciência do Direito, trata-se de uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica, uma vez que detém objetos e princípios que lhe são peculiares, como proclama o eminente processualista Frederico Marques. Todavia, o próprio Frederico Marques sempre foi defensor da dogmática da Teoria Geral do Processo. Assim, consoante a proposição de Carnellutti: o Processo Civil e o Processo Penal sem dúvida se distinguem, mas não porque tenham raízes distintas, mas sim porque sendo derivados de um mesmo tronco, bifurcam-se. No entanto, o insigne processualista Frederico Marques critica salutarmente a tendência de estreita ligação do Processo Penal, que é instrumento, com o Direito Penal, feita por alguns dogmáticos.

Conquanto, vejo que as aparentes visões antagônicas possam ser condensadas. O Processo Penal tem a finalidade precípua de consecução do direito material, meio pelo qual o Estado exerce o *jus puniendi*, muito embora, seja ao mesmo tempo uma garantia fundamental, consagrador do *due process of law*, *ex vi* do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Daí resguarda-se: que ninguém será processado por tribunal de exceção (princípio do juiz natural); que é garantida às partes a igualdade de tratamento no processo (princípio da igualdade); que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (direito ao silêncio e não autoincriminação); que a todos é garantido o contraditório, à ampla defesa e a plenitude de defesa nos procedimentos do Tribunal do Júri; que a todos os necessitados é garantido o direito à assistência judiciária; que a todos é garantido o direito a duração razoável do processo; que é garantida a inadmissibilidade das provas ilícitas; que são garantidas a publicidade e a motivação das de-

9 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**: Campus Jurídico, 2ª ed. p. 22/23.

cisões. Todos esses resguardos se consubstanciam em direitos e garantias assegurados por nossa Constituição Federal.

Apesar de o Processo Penal ser, inegavelmente, uma garantia do cidadão, não pode o mesmo ser visto apenas como um meio de defesa do indivíduo em face do Estado, mormente para que não se verifiquem processos kafkianos, inquisitoriais e despidos de garantias constitucionais. Pois, o é o processo penal também meio de realização do direito objetivo. Desta forma, vislumbra-se que há no processo penal essas duas finalidades - meio de atuação do direito e garantia fundamental do indivíduo - que embora aparentemente antagônicas, são representativas do conflito de interesses do qual se deduzem as pretensões punitivas e as libertárias (dita pretensão resistida), a saber, o direito de punir *versus* o direito de liberdade, que, em verdade, são o conteúdo do processo, a *res in iudicium deducta*; não podendo ser confundido o conteúdo do processo com o próprio processo em si, que é instrumento para a realização do direito, seja o de liberdade, seja o de punição.

O aparente antagonismo da relação processual é sintetizado, então, na própria dialética processual para que se tenha, ao final, a certeza do direito, o que é feito por outro sujeito da triangular relação jurídico-processual, a saber, o juiz que o órgão imparcial.

Não deve, porquanto, confundir-se a relação jurídico-processual da relação de direito material. Sendo perigosa essa confusão dogmática entre Processo Penal e Direito Penal, a ponto de na vertente garantista extremada depreender-se que no processo penal venha ser objetada qualquer interpretação extensiva ou analógica em relação a normas processuais restritivas do direito do acusado, especificamente àquelas afetas ao campo das medidas cautelares pessoais. Isto quando o artigo 3º do Código de Processo Penal permite expressamente a interpretação extensiva e a aplicação analógica.

Essa visão confunde a ontologia do Processo Penal com o próprio Direito Penal, fugindo da questão ontológica relativa às cautelares, vez que se as medidas cautelares pessoais não são antecipações da pena, então, elas estão insertas no campo estritamente processual. Essa visão levada ao extremo está servindo, portanto, de defesa doutrinária da exclusão do poder

geral de cautela do juiz no processo penal com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, reputando que o rol do novel artigo 319 do Código de Processo Penal é taxativo.

Afasta-se a discussão do campo estritamente processual para que, em nome de uma suposta conformação à Constituição Federal da legislação infraconstitucional que disciplina o processo penal, empreenda-se um entrelaçamento dogmático entre o Processo Penal e o Direito Penal, que, diga-se, são ramos distintos da Ciência do Direito, embora interligados. Desprezam-se a Teoria Geral do Processo e a Teoria Geral da Tutela Cautelar, a fim de se construir um esdrúxulo preceito, contrário a tudo que a dogmática já sintetizou em relação ao processo, consistente numa objeção ao poder geral de cautela do juiz no processo penal; segundo essa visão de uma vertente garantista o juiz, no processo penal, não pode mais se valer de medidas inominadas para tutela do próprio processo.

Algumas posições de doutrinadores garantistas com o advento da novel sistemática, *permissa venia*, são tão absurdas que, além desses entusiastas advogarem a elisão do poder geral de cautela do juiz para efetividade do processo, defendem ainda a inaplicabilidade do novo rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão às infrações cujas penas de prisão não são superiores a 04 (quatro) anos.

Assim, alguns doutrinadores garantistas estão fazendo uma equivocada interpretação lógico-sistemática do recente Título, que disciplina a questão cautelar, asseverando-se que para o cabimento de qualquer medida cautelar pessoal diversa da prisão redundar-se-ia na adequação de todas essas medidas cautelares aos limites normativos trazidos pelo atual artigo 313, I, do Código de Processo Penal. Isto quando o atual § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal preceitua, textualmente, que as medidas cautelares diversas da prisão somente não se aplicam aos crimes a que não forem cominadas pena privativa de liberdade.

Ora, se a prisão preventiva, por ser mais gravosa dentre as medidas cautelares previstas, detém disciplina particular, enquanto as demais detêm normatização geral, abrandado em relação àquelas o postulado da proporcionalidade, tal ordenação, obviamente, não é assistemática.

Na hermenêutica sistemática, conforme ensinava o Ministro da Suprema Corte Carlos Maximiliano, confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verificando-se, assim, o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e daí se obtém a elucidação do alcance das normas. O hermeneuta deve vislumbrar nos caso especiais para os princípios reitores a que eles se acham jungidos, indagando-se se a regra particular não viola a outra, geral; inquirindo ainda as consequências jurídicas de cada exegese isolada.

No caso das medidas cautelares pessoais, com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, a prescrição geral está consubstanciada nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, enquanto a prescrição particular da prisão preventiva está contida nos artigos 311, 312, 313 e 314 do mesmo diploma legal. Sendo que as limitações normativas ao cabimento das medidas cautelares pessoais, em observância ao postulado da proporcionalidade, estão contidas no aludido § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal, enquanto as limitações normativas ao cabimento da medida cautelar pessoal mais gravosa, a prisão preventiva, estão contidas no artigo 313 do referido diploma, também em atenção ao postulado da proporcionalidade, embora se trate, em verdade, de proteção insuficiente.

In casu, a prescrição particular, de modo algum, veda a prescrição particular, havendo fundamentação lógica para que a medida mais gravosa tenha limitações normativas mais extensas, enquanto as medidas cautelares menos gravosas têm limitações normativas mais brandas, mormente se for sopesado que as aludidas limitações advêm da inserção da proporcionalidade na seara das medidas cautelares. Deste modo, se não coubesse tal interpretação, as consequências jurídicas de uma suposta vulneração de uma limitação geral de medidas menos gravosas (art. 282, § 1º, CPP) à limitação particular mais extensiva de medida mais gravosa (art. 313, I, CPP) seriam nefastas. Como já são nefastas as próprias limitações normativas ora trazidas para a prisão preventiva.

Há quem já defenda que as medidas cautelares pessoais diversas da prisão sequer podem ser decretadas autonomamente, muito embora, o agora § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal expresse textual-

mente que as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Nesse sentido, ancora-se a posição do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua obra **Curso de Processo Penal**[10]: *"As medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante (art. 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na do processo".*

Diante disso, entendo que o poder geral de cautela do juiz subsiste, seja para tutelar qualquer processo, mesmo, por exemplo, um procedimento do Juizado Especial Criminal relativo à contravenção penal de crueldade contra animais no qual o juiz mande interditar o local no qual se realizam rinhas de galo. Da mesma maneira, nos crimes de menor potencial ofensivo, como, por exemplo, o crime de ameaça, que é punido com pena privativa de liberdade, o juiz do Juizado Especial Criminal pode muito bem determinar que o autor do fato abstenha-se de se aproximar do ameaçado. Inexistiria nessas hipóteses qualquer vulneração ao princípio da proporcionalidade. Caso contrário, o que haverá será proteção insuficiente.

Nessa parte, sem explanação à posição do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira de que não cabem medidas cautelares para os crimes para os quais seja cabível a transação penal. Não é lógico, então, que em relação à medida cautelar de proibição de contato, no âmbito da violência doméstica, caiba tal medida em relação ao crime de ameaça praticado pelo marido contra sua mulher, mas entre vizinhos tal providência não possa também ser adotada pelo juiz. Ora, na Baixada Fluminense do Estado do Rio de Janeiro, crime de ameaça de hoje, por muitas vezes, evolui para o crime de homicídio de amanhã.

Outra ideia errônea do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira é de que nos crimes culposos, só caiba a imposição de medidas cautelares previstas na Lei nº 9.503/97, se o juiz puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade. Tais ponderações são impor-

10 Ob. cit. **3**, p. 494.

tantes, vez que o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira é o Relator-chefe da Comissão de Anteprojeto do novo Código de Processo Penal.

Voltando à problemática do Processo Penal como sendo única e exclusivamente uma garantia do cidadão contra a "violência estatal", o que inteiramente discordo. A ideia de que as normas processuais penais de caráter infraconstitucional não podem ser interpretadas para restringir direitos, mormente na seara cautelar, é uma ideia completamente dissociada dos fins do processo.

Trazem, assim, os garantistas extremados para o âmbito das normas processuais penais, infraconstitucionais, uma equivocada aplicação da eficácia vedativa do retrocesso, que é ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.

O culto Mestre Luis Roberto Barroso, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Estado do Rio de Janeiro – UERJ preleciona em seu brilhante compêndio "Interpretação e Aplicação da Constituição"[11] que em relação à vedação do retrocesso na aplicação da eficácia dos princípios atinentes aos direitos fundamentais:

> *"Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional*

11 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Hermenêutica da Constituição**: Saraiva, São Paulo, 7ª ed. p. 380/381.

concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente".

No caso da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, não vejo em muitos de seus aspectos qualquer eficácia progressiva de ampliação dos direitos fundamentais; ao contrário, vejo a inserção no sistema de insuficiência de proteção, o que, então, atingirá vários direitos fundamentais, tutelados pelo Direito Penal, que tem no Processo Penal, seu instrumento de concreção. Assim, vários direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a propriedade, dentre outras, ficarão sem proteção suficiente, vez o meio pelo qual se realiza a tutela do Direito Penal, a saber, o processo, foi aviltado em muitos de seus aspectos protetivos da própria instrumentalização do direito material. Além do mais, haveria vulneração a direitos e interesses metaindividuais, como o é a segurança pública, dever de todos e, precipuamente, dever do Estado.

Em sede cautelar, se o Poder Judiciário vier imiscuir-se na constitucionalidade de muitos aspectos da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, sob o enfoque do princípio da proteção insuficiente, mormente para declarar a inconstitucionalidade em relação ao inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal, em uma interpretação conforme sem redução de texto, conferindo à norma eivada de inconstitucionalidade por defeito de proteção uma determinada interpretação que lhe prescreve a constitucionalidade. Admitindo-se, então, que os limites normativos de impossibilidade de decretação de prisão preventiva aos crimes cuja pena privativa de liberdade é inferior a 04 (quatro) anos refere-se àqueles em que a pena privativa de liberdade é de prisão simples ou de detenção, como o fazia a antiga redação do artigo 313 do aludido diploma, que só admitia a prisão preventiva para os crimes punidos com reclusão, ou os apenados com detenção, quando em relação ao réu havia dúvida sobre a sua identidade.

Em regressão do direito fundamental da liberdade do autor de um fato delituoso, não se consubstanciaria, portanto, tal exame, vez que o Judiciário atuando como legislador-negativo não retiraria a eficácia do direito fundamental de que a liberdade é a regra, e a prisão é a exceção, consoante as hipóteses excetuadas no próprio texto constitucional. Não haveria, com efeito, inconstitucionalidade por omissão nem vulneração ao postulado da proporcionalidade; especialmente porque se a proporcionalidade em sentido estrito for sopesada nessa obtusa e exagerada linha de restrição normativa ao poder cautelar do magistrado: estar-se-á tratando, então, de defeito de proteção, e não de proibição de excesso.

Não se pode admitir que o processo seja um direito fundamental apenas do réu. Também o é da sociedade. Sendo que no juízo de cognição sumária próprio da análise cautelar, deve prevalecer o interesse *pro societate*, se houver fundadas razões para a segregação cautelar. O princípio da unidade da Constituição aponta que o processo é meio de concreção de vários direitos, assim, os conflitos interpretativos, as antinomias aparentes entre direitos fundamentais resolve-se pela eficácia que deve ser dada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como instrumentos de ponderação de direitos e interesses para a solução de casos concretos.

Outra visão extremada é a que vê a ab-rogação do sistema presidencialista de condução de audiências no processo penal pelo juiz, ante aos adventos conjugados das Leis nº 10.792/2003 e nº 11.719/2008, que alteraram, a primeira o interrogatório e, a segunda, os procedimentos comuns ordinários e sumários e o procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, fazendo concessões ao sistema do *cross-examination*.

A visão extremada de alguns garantistas, em nome do sistema acusatório clássico e com uma visão errônea do princípio da imparcialidade do juiz, então, almeja que o julgador comporte-se perante o processo e perante as partes como a Rainha da Inglaterra perante a chefia de governo no sistema dualista do Poder Executivo verificado naquela nação. Objetam que o juiz tenha alguma participação ativa na produção da prova, quando vigora no processo penal o princípio da verdade real e quando o ativismo jurídico está em ascensão como resposta adequada para o novo papel do

Estado como guardião e promotor dos direitos fundamentais, e não de mero expectador, a quem se impõe um dever negativo de interferência, numa visão histórica ultrapassada.

Tal novo papel que querem destinar ao juiz criminal despreza o princípio da comunhão das provas, conforme o qual todas as provas propostas, admitidas e produzidas no processo destinam-se a valoração do magistrado, que é quem com imparcialidade diz o Direito e resolve motivadamente o conflito de interesses, ínsito a qualquer processo.

Em sinceridade, inexiste sistema acusatório clássico no Ordenamento Pátrio, como querem propugnar os garantistas. A função anômala de fiscalização da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública conferida ao juiz criminal mitiga tal sistema acusatório ora reputado como clássico. Ademais, o próprio juízo cautelar, que pode ser provocado na seara das investigações empreendidas pela polícia judiciária, mitiga tal sistema, tais quais as representações por prisões temporárias, interceptações telefônicas e buscas e apreensões.

As reconstituições de crimes que podem ser determinadas pelo juiz no curso das investigações também olvidam a existência deste sistema acusatório clássico.

No sistema da *Common Law*, o atavismo judicial pode ser depreendido com base na análise daquele sistema, no qual se verifica que os órgãos policiais laboram ungidos aos órgãos de acusação e no qual o acusado, apesar de ter garantido o direito ao silêncio no processo, se dele abrir mão e pleitear seu testemunho perante um Júri, se faltar com a verdade cometerá, então, perjúrio.

No que concerne ao âmbito da condução das audiências criminais, geram preocupação algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que a inobservância estrita ao sistema do *cross-examination* acarrete a nulidade do processo, mesmo que tal suposta inversão procedimental não tenha trazido prejuízo para as partes, desprezando-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas, conforme o qual não há nulidade, sem que haja prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

A falta de um sistema acusatório clássico não pode ser depreendida

como uma regressão ocasionadora da vulneração aos direitos fundamentais, a ensejar, como querem os garantistas, uma eficácia negativa paralisante de atos e normas supostamente contrárias a tal modelo clássico. Em relação a nosso Ordenamento, não é demasiado lembrar que a suposta disparidade de forças entre as partes, conjugada ainda com a adoção de um sistema acusatório reputado por alguns como sendo misto, podem ser mitigadas, porquanto, pelo papel institucional do Ministério Público, vez que tal órgão do Estado detém o poder-dever de requerer a absolvição do acusado quando não há provas suficientes para a condenação, haja vista a dupla função do *Parquet*, que é a de fiscal da Lei na promoção da Justiça, além de órgão incumbido institucionalmente da tarefa acusatória.

Ad argumentandum, pela vertente garantista extremada dá-se à dogmática prospectiva de ampliação sistemática dos direitos fundamentais, uma visão do processo e da regra da liberdade enfocadas, única e exclusivamente, sob a perspectiva do réu, sem qualquer preocupação com os demais direitos fundamentais também tutelados pela Constituição Federal, sem se sopesar a unidade da Constituição.

Essa visão é equivocada se contrastada com o fato de que o Estado não tem somente deveres negativos de abstenção na seara dos direitos fundamentais, mas também de promoção desses direitos, impondo-lhe a observância da criação de normas e instrumentos e a organização de suas funções estatais, de modo, que tornem eficazes os direitos e garantias fundamentais.

Assim, se o Poder Legislativo no exercício de sua função típica, por exemplo, vier a legiferar no sentido da abolição (*abolitio criminis*) de todas as normas incriminadoras dos atos de violência sexual contra crianças e adolescentes, infringirá o mandamento constitucional de criminalização de tais condutas, que está devidamente expresso no § 4º do artigo 227 da Constituição Federal. Haverá em decorrência inconstitucionalidade dessa teratológica produção legislativa infraconstitucional por defeito e insuficiência de proteção geradora de omissão estatal na defesa de direitos fundamentais.

Caso se imagine pela ótica estrita de que tal abolição tão somente

amplia o direito fundamental de que a liberdade é a regra, e a prisão a exceção, insculpida na regra do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, e de que compete ao legislador infraconstitucional escolher e definir o que é crime, numa visão estrita do princípio da reserva legal insculpido na Carta Magna, entender-se-á que tal produção legal não comportaria mais a aplicação de qualquer eficácia regressiva, de maneira que se objetasse a inequívoca omissão constitucional de defesa e proteção de outros direitos diversos do direito fundamental da liberdade sob o enfoque penal.

Quando se está na seara constitucional e dogmática perante antinomias e inconstitucionalidades por omissões ou defeitos de proteção suficiente, foge-se, assim, da regra comezinha de hermenêutica de que as normas que ampliam direitos não comportam interpretações restritivas, Sem embargo da questão acima exposta que concerne ao próprio Direito Penal, no campo processual penal, mas ainda se objeta tal regra, especialmente no que diz respeito à tutela cautelar, necessária à tutela do próprio processo e da efetividade da Justiça.

É cediço que o pós-positivismo propugna uma nova hermenêutica constitucional construída a partir do enfoque da dignidade da pessoa humana. Mas como encarar a ampliação que deve ser empreendida aos direitos fundamentais pelo legislador e pelos aplicadores do Direito, quando normatizações ulteriores trazem insuficiência de proteção a demais direitos fundamentais e direitos e interesses metaindividuais sob o manto de ampliação de uma única garantia - a da liberdade?

A resposta só pode ser a da inconstitucionalidade, que nem de longe conspurca qualquer eficácia de vedação regressiva de direitos fundamentais.

Resta claro que a assertiva acima pode ser facilmente depreendida em casos teratológicos, sendo mais difícil a sua perscrutação em casos em que a insuficiência de proteção esteja inserta, de uma forma sub-reptícia, em uma legislação que visa a sistematizar questões processuais atinentes a medidas cautelares sob o manto da normatização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Desta feita, caberá ao intérprete mais do que valer-se do método interpretativo alicerçado na razoabilidade e proporcionalidade, lançar mãos

ainda de outros métodos hermenêuticos.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade servem para invalidar o ato legislativo quando: não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; necessidade, quando não haja meio menos gravoso para chegar ao mesmo resultado; e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida apresente maior relevo do que se quer ganhar com sua aplicação.

De outra parte, o intérprete deverá valer-se também do método da ponderação de interesses, valores e normas. Assim, o primeiro método, *a priori*, serviria para avaliar se há violação ao princípio da proibição de excesso, enquanto o segundo utilizar-se-ia, preferencialmente, para avaliar se não há vulneração ao princípio da proibição de proteção insuficiente, o que, por certo, é de investigação mais difícil.

No que tange à ponderação de interesses, valores e normas, trata-se de uma evolução dogmática para os casos de antinomias entre princípios, direitos, valores e normas hierarquicamente equivalentes.

Cumpre destacar que por muito tempo adotou-se uma regra silogística de subsunção de uma premissa menor (fatos) a uma premissa maior (norma), a fim de sintetizar a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto e suas consequências. Ocorre que com a expansão dos princípios e a construção das Constituições sobre bases principiológicas que englobam diversos tipos de direitos e garantias fundamentais, ou seja, direitos de primeira, segunda e terceira geração, e interesses metaindividuais, mormente pretensões subjetivas em face do Estado de providências necessárias de proteção, faz-se obrigatória a adoção de outros métodos interpretativos mais sofisticados; consequentemente nas hipóteses de difícil subsunção, quando as normas envolvidas tutelam valores e apontam soluções diferenciadas e contraditórias, a proposição meramente subsuntiva para a solução de antinomias só pode trabalhar com a escolha de uma das normas conflitantes.

Não obstante, como bem preleciona o Professor Luís Roberto Barroso, na hipótese de antinomia entre princípios e normas constitucionais o hermeneuta da Constituição não pode optar por somente um dos princípios ou normas, desprezando os outros, como se assim houvesse hie-

rarquia entre princípios e normas constitucionais. Isto porque, por força instrumental da unidade da Constituição, caberá ao intérprete desenvolver métodos aptos a lidar com a dialética constitucional a partir de raciocínios multidirecionais, comparando-se os princípios e as normas que revelem o aparente antagonismo a fim de extrair seus alcances no caso concreto, de modo que se sintetize uma resolução mais pertinente ao fato concreto com base no princípio ou norma que deverá ser mais destacado para a almejada solução final.

Na hipótese da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, há normas que contrariam vários direitos e interesses metaindividuais insertos na Constituição em prol do princípio de que a liberdade é a regra, e a prisão é a exceção, sob o legítimo fundamento de que a prisão cautelar deve observar o princípio da proibição do excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), porém a falta de ponderação do legislador na escolha de algumas restrições foi geradora de insuficiência de proteção.

Não podemos ser obsequiosos com a suficiência de proteção, com receio de ineficácia a proibição regressiva, pois a própria insuficiência de proteção por parte do Estado é um indubitável retrocesso dogmático.

O pós-positivismo é uma evolução dogmática de aproximação do Direito com a ética, passando a construção principiológica do Direito Constitucional a encarar os princípios com *status* de normas, a fim de efetivar os direitos e garantias fundamentais, superando-se a visão de que os princípios teriam base puramente axiológica e ética, sem eficácia jurídica e aplicabilidade imediata.

Antes do pós-positivismo, houve a ascensão e decadência do jusnaturalismo racionalista na Idade Moderna, donde exsurgiu o movimento constitucional, que logrou o reconhecimento dogmático do direito natural, partindo-se daí, paradoxalmente, para a sua superação histórica com a constitucionalização escrita e a codificação das leis, que deu azo no século XIX ao desenvolvimento da escola exegética, defensora da adoção do método científico às ciências naturais, dentre as quais o Direito.

O apogeu do positivismo, com o Código Civil Napoleônico de 1808 e a ascensão da escola normativista de Hans Kelsen, declinou no século

XX, mormente ante o surgimento e ascensão ao poder dos movimentos fascista e nazista na primeira metade daquele século, o que ocorreu dentro dos parâmetros legais e da proteção estatal insuficiente de minorias e ideias e valores contrapostos aos ditos movimentos autoritários. Movimentos esses que, em nome de uma legalidade e ordem aéticas, foram promotores dos piores crimes já vistos contra a humanidade. No julgamento de Nuremberg, os principais réus que eram os detentores do poder e dirigentes do regime nazista, abrigaram-se em supostas excludentes de ilicitude assentadas na estrita obediência à lei e às ordens.

Não foi sem sentido, então, que o Direito resgatou seu conteúdo axiológico, inspirado da Ética e na Razão.

Com base na evolução da dogmática do Direito, há que se rejeitar qualquer visão histórica já superada de posição exclusivamente passiva do Estado perante os direitos fundamentais. Direitos esses que não podem ser encarados como sendo absolutos. O único princípio absoluto, com força normativa, que não comporta mitigação é o da dignidade da pessoa humana. Todos os outros podem ser, conforme o caso, sopesados e ponderados, para melhor aplicação da justiça, fim deontológico do Direito, e para a promoção da dignidade da pessoa humana, princípio este que, genealogicamente, deve ungir toda a principiologia constitucional e normatização legal.

Em decorrência, o Estado passa a ser encarado como o guardião e promotor dos direitos e garantias fundamentais.

Se o Direito agora é essencialmente axiológico, aproximado da Ética, inadmissível que, em preferência de qualquer de seus princípios e primados, elidam-se outros princípios e preceitos horizontalmente hierarquizados, gerando-se injustiça e deficiência normativa. Defectibilidade esta que possa inclusive colocar em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

Cabe então ao Poder Judiciário transcender aos dogmas do século XVIII, mormente na seara criminal, olvidando-se defesas românticas e sentimentais de um absolutismo puro dos direitos ditos naturais, para que, assim, não haja refutações de como muitas omissões políticas e estatais ao longo da história humana foram nefastas.

Tais defesas no sentido de uma ausência de limitação dos direitos fundamentais são despidas do reconhecimento de factíveis contradições que possam exsurgir no seio desses próprios direitos, quando esses direitos são, eventualmente, contrapostos.

Vê-se que, basicamente, o Direito deve se conformar aos dogmas axiológicos do que seja minimamente Ético, aos quais engendraram os princípios e regras do Direito Constitucional no pós-positivismo, e aos quais se reconhece a sua normatização.

Assim, a principiologia constitucional é o primado da dogmática moderna, imprescindível para a superação do positivismo legalista, calcada em fundamentos universais dos direitos da pessoa humana, mas sem que faça um mero retrocesso ao jusnaturalismo superado pela evolução histórica, e a fundamentos vagos, abstratos e metafísicos.

Dessa ordem constitucional pluralista, como bem salienta o Professor Luís Roberto Barroso em escólio extraído de seu esplêndido livro sobre a "Interpretação e Aplicação da Constituição", a ocorrência da colisão de princípios não é só possível, como faz parte da própria lógica do sistema principiológico constitucional, que é dialético.

Destarte, como não vislumbrar que em determinados casos, como no caso hipotético acima elucubrado da abolição de normas incriminadoras de condutas contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, em vez de eficácia ampliativa do direito fundamental da liberdade, sob a ótica da vedação do retrocesso e da ampliação progressiva da dogmática pós-positivista, não houvesse justamente ante a inefável colisão de princípios, regras e preceitos mandamentais o retrocesso desses direitos fundamentais e a subversão de toda axiologia pós-positivista?

Não haveria como em tal hipótese não se chegar a tal conclusão do retrocesso e da vulneração do ideário normativo dos direitos fundamentais e de sua eficácia, mormente se interpretando tal teratológica abolição colidente com outros direitos fundamentais e com a própria dignidade da pessoa humana com base nos métodos interpretativos da razoabilidade e proporcionalidade ponderados com a dogmática da vedação de proteção suficiente.

O mesmo pode se tecer em relação a alguns limites normativos trazidos ao exame profícuo do poder cautelar do juiz no processo penal pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que em muitos casos colidirá com direitos e garantias fundamentais, tais quais os direitos que estão previstos no próprio capítulo do artigo 5º da Constituição Federal, como o direito: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade; bem como tais restrições poderão vir a colidir com a própria garantia constitucional do *due processo of law* sob o aspecto material, que é assegurada no inciso LV do referido artigo, vez que aos litigantes no processo judicial são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes, donde se infere que deva haver formas e meios instrumentais adequados, a fim de que a prestação jurisdicional a ser entregue pelo Estado-Juiz seja efetiva, figurando, indubitavelmente, dentre esses meios e instrumentos os poderes cautelares que são inerentes à atividade jurisdicional.

A tutela a diversos direitos fundamentais serve-se, como *ultima ratio* do Direito Penal, com base na intervenção mínima e proporcional que deve ser empregada pelo Estado no uso desse instrumento coercitivo. Inobstante, o processo penal é o instrumento dessa tutela, assim, se invalidada a eficácia do instrumento, reflexamente se invalidará a própria tutela.

Algumas das novas restrições cautelares, ora verificadas no processo penal, podem vir a vulnerar em muitos casos a razoabilidade e, consequentemente, a efetividade da função jurisdicional, sob o prisma da proteção insuficiente. Tal defectibilidade pode vir em muitos casos a violar, de sobremaneira, a garantia da inafastabilidade da jurisdição abrigada sob o manto do princípio da proteção judiciária, consoante o qual: ***"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*** (artigo 5º, XXXV, da CF). Dessa garantia conjugam-se as garantias constitucionais do juiz natural (artigo 5º, LIII, da CF) e da independência e da imparcialidade do juiz, bem como o direito de ação e de defesa (artigo 5º, LIV, da CF), que também serão vulneradas na hipótese de conspurcação da inafastabilidade da jurisdição.

O texto constitucional inseriu o direito de ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Nessa seara, a tutela cautelar

é um dos meios de concreção da garantia da inafastabilidade da jurisdição para proteção de direitos que estejam sendo simplesmente ameaçados, constitucionalizando regras que a legislação processual já admitia.

Com relação a esse tema harmoniza-se inexoravelmente a posição do Mestre Ovídio Batista da Silva, sobre a existência de um direito substancial de cautela, alicerçado no pensamento de Allorio e Pontes de Miranda, no qual afirma a existência de um caráter satisfativo também na tutela cautelar, atinente não ao direito acautelado, mas a situação objetiva de perigo, de maneira que, não se olvidasse que a medida assecurativa protege sem satisfazer. Assim, sem embargo de um interesse de direito material que pode ser satisfeito pelo processo principal, ou seja, pelo processo de cognição, independentemente do resultado desse processo, infere-se a existência de uma *res in judicium deducta* na tutela cautelar.

Deste modo, a tutela cautelar corresponde à pretensão à segurança. Vejamos, com efeito, o que preleciona o Mestre Ovídio Batista da Silva sobre o tema, em sua brilhante obra "Do Processo Cautelar"[12]:

> *"A questão da existência de uma pretensão à segurança, ínsita em todo o ordenamento jurídico estatal, é uma contingência lógica decorrente da idéia de monopólio da jurisdição. A vedação de defesa privada que, como se sabe, não só acompanhou como em verdade plasmou o Estado moderno, gera para a função jurisdicional uma alternativa inescapável sempre que o Estado, para cumprir seu dever de prestar jurisdição, encontre-se ante uma situação emergencial, onde a necessidade de uma tutela imediata o impeça de averiguar, adequada e serenamente, a verdadeira condição do demandante que se afirme titular de um direito ameaçado de sofrer dano iminente. Sempre que a urgência reclame uma resposta jurisdicional imediata, cria-se a alternativa entre proteger a simples aparência do direito ou então, se a organização estatal não for capaz de renunciar às demoradas estruturas da*

12 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do Processo Cautelar**: Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed. p. 72 e 73.

> *jurisdição comum, não haverá outro remédio, senão assistir ao perecimento do direito, colocado sob ameaça de dano iminente, e reconhecer a seu titular o sucedâneo da subseqüente indenização em perdas e danos".*
>
> *"Certamente pode-se afirmar que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, ou do 'direito substancial de cautela', promana do princípio constitucional, iminente a todo o Estado de Direito".*
>
> *"O que tem embaraçado a doutrina e impedido os processualistas de aceitar a existência de um direito substancial de cautela é um antigo vezo de conceberem a função jurisdicional invariavelmente como produtora de coisa julgada".*

A exemplo dos interditos romanos, que compunham o *imperium mix*, embora para a concepção romana não fosse uma verdadeira jurisdição, o Mestre Ovídio Batista da Silva conclui, com base nos escólios acima transcritos, que é perfeitamente admissível em relação à tutela cautelar e aos provimentos mandamentais: o reconhecimento de um direito substancial de cautela, cuja pretensão tem sede constitucional, de onde deflui uma forma de proteção jurisdicional, mesmo em detrimento de que os conteúdos dessa ordens jurisdicionais de proteção não declarem os direitos materiais e, por consequência, não produzam a eficácia da coisa julgada.

O chamado direito substancial de cautela, haurido do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição para mera proteção de direitos ameaçados, serve, de forma inovadora, como construção teórica para que, em relação ao pressuposto de cabimento de prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública, depreenda-se uma ontologia cautelar, e não uma mera antecipação dos efeitos da pena colidente com o princípio da presunção de inocência.

Para vertentes garantistas, o pressuposto da ordem pública para decretação da prisão cautelar escapa da seara cautelar. Reputam então que a

garantia da ordem é um conceito jurídico indeterminado, cuja acepção "ordem" possa ter origem em movimentos autoritários, como os verificados na Europa e em outras partes do mundo no início do século XX, e reputando esses doutrinadores que a prisão processual para a garantia da ordem pública trata-se de mera antecipação dos efeitos da pena, cuja premissa seria a de adiantar as funções preventivas, geral e específica, da pena de prisão a ser definida no provimento jurisdicional final do processo. Consideram, assim, esses doutrinadores que o pressuposto da garantia da ordem pública para decretação da prisão processual não se presta a tutelar o processo, mas, ao contrário, tutelar-se-ia a própria pena. Em decorrência, essa suposta antecipação dos efeitos da pena violaria o princípio da presunção de inocência, que determinaria a inconstitucionalidade da prisão cautelar fundada na preservação da ordem pública.

Discordo veementemente de tal respeitável posição, pois a tutela cautelar é uma forma de tutela preventiva, a saber, a sua teleologia é justamente a de prevenir, acautelar, precaver.

A problemática exsurge a partir da construção dogmática de Carnelluti sobre a subdivisão dos processos cautelares em inibitórios, restituitórios e antecipatórios. Assim, em relação à tutela dita antecipatória, as consequências desta imprecisão conceitual deságuam em entendimentos de que determinadas providências preventivas entrelaçar-se-iam com a própria providência jurisdicional pleiteada no processo principal. Isto decorre da consideração do Mestre italiano sobre uma natureza cautelar dos interditos possessórios, frisando-se que essa posição foi superada com a evolução dogmática que distinguiu a tutela interdital, afeta ao direito possessório resguardado pelo campo do Direito Civil, e sua respectiva apreciação liminar, das tutelas cautelares, de simples prevenção não satisfativa do direito por ela protegido.

A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pelo juiz, como prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, quando haja prova inequívoca de verossimilhança do direito alegado, e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não tem liame algum com a natureza preventiva da tutela cautelar, tendo sido uma evolução dogmática da

possibilidade de antecipação da tutela na seara dos interditos proibitórios para outras tutelas verificadas no processo civil de cognição. No entanto, alguns processualistas penais de orientação garantista passaram a ver na prisão processual para a garantia da ordem pública uma antecipação das funções preventivas, gerais e especiais, da pena de prisão a ser eventualmente sancionada ao final do processo de conhecimento no âmbito do processo penal.

O que há, portanto, é uma confusão terminológica entre a teleologia preventiva da tutela cautelar, que é concedida para prevenir, com as funções de prevenção da pena privativa de liberdade a ser eventualmente imposta no processo de conhecimento, onde o polo ativo da relação processual pleiteia a tutela condenatória, apta então a produzir o efeito da coisa julgada material; reputando-se que a tutela condenatória detém eficácia declarativa sobre o direito que se discute no processo penal e sobre o qual litigam as partes, efeito este que é incompatível com a provisoriedade que a própria dogmática atribui ao provimento cautelar.

A prevenção na tutela condenatória pleiteada no processo penal, que é ontologicamente repressiva, não se confunde com a prevenção da tutela cautelar. A tutela cautelar que é, inversamente, entendida como preventiva, não poderia assumir um caráter repressivo, como dando azo a uma pretensão repressiva de direito substancial de cautela, pois o que se pretende com a medida cautelar é prevenir, não repreender.

Em termos terminológicos e semânticos, cautela significa prevenção, no sentido de precaver-se, tomar cautela, acautelar-se. A função preventiva da pena privativa de liberdade tem a mesma origem semântica da função da tutela cautelar que é de prevenção, daí a confusão dogmática.

Como a medida cautelar consiste em um *tertium genus*, em que se constata a presença de funções cognitivas e executórias, a confusão dogmática que daí exsurge é ainda maior.

Ocorre que o crime é um fenômeno complexo, de modo, que a sua ocorrência, em muitos casos, causa insegurança e intranquilidade social, além de que, em alguns casos, constata-se a presença do clamor público. Com efeito, a tutela cautelar no processo penal admite uma forma de pre-

venção para garantia da própria ordem pública, ou se preferirem alguns, da própria paz social, que é um direito fundamental assegurado pelo próprio *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, quando preceitua que a todos é assegurado o direito à segurança.

Esse pressuposto da paz social para o cabimento da prisão preventiva indica mais ainda uma ontologia cautelar, quando pelos antecedentes do réu e as circunstâncias do caso, o juiz infira que haja possibilidade de reiteração criminosa.

Logo, observa-se nos provimentos cautelares pessoais, fundados na paz social, uma natureza de prevenção cautelar que se alicerça no *periculum libertatis* sob o prisma de uma pretensão cautelar substantiva à segurança e à paz social. Tal decorre da própria peculiaridade do processo penal, que embora consoante a Teoria Geral do Processo, tenha a mesma origem comum à do processo civil, apresenta, contudo, finalidade própria.

O processo penal tem aspectos extrínsecos que transcendem a mera relação jurídico-processual entre as partes, razão da sua publicidade, além da publicidade verificada em processos de qualquer outra natureza, é uma regra. Regra essa que deve ser entendida não só como de proteção ao próprio processado, como também de participação social na administração da justiça penal, vez que o crime é um fenômeno do qual se depreende uma ínsita causa de intranquilidade, sejam por razões psicológicas, sociais, antropológicas ou culturais.

Trata-se de uma fenomenologia da qual se pressupõe como antecedente lógico à violação a um direito, destarte, como todos os direitos decorrem da força normativa da Constituição Federal, e, mais reflexamente dos próprios direitos fundamentais, o crime assume então, com todas as cautelas dos inconvenientes de quaisquer seleções primárias e secundárias de criminalização, um papel de ataque não só a lei, como também de ataque à ordem constitucional; ordem esta que é baseada em toda uma principiologia de reconhecimento de direitos humanos.

Não seria demasiado, assim, inferir que a ordem pública conspurcada pelo *periculum libertatis* de um suposto autor de um crime, ainda não julgado, consiste nessa ordem constitucional principiológica pós-positivis-

ta, e não na ordem positivista e exegética subsistente até a primeira metade do século XX.

O processo penal é um instrumento de realização da paz social, princípio inferido do próprio capítulo do texto constitucional que ordena os direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos, gerador ainda do direito e interesse metaindividual à segurança pública insculpido no artigo 144 da Constituição Federal, promulgador de que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, donde se infere que também o é do Poder Judiciário, detentor de uma das funções das mais relevantes do poder estatal, embora as atividades de prevenção de crimes e persecução penal, fora do processo, estejam incumbidas aos órgãos policiais que estão previstos nos incisos do aludido artigo 144 da Constituição Federal.

Em decorrência lógica, se, na análise de um caso concreto, o crime causa clamor público, intranquilidade social ou o exame de suas circunstâncias denota a possibilidade de reiteração criminosa, depreendendo-se o *periculum libertatis*, o acautelamento do réu é, porquanto, providência de natureza cautelar com finalidade preventiva da própria credibilidade social na existência desse instrumento; caso contrário, colocam-se em xeque a própria ordem constitucional, a confiança no Estado Democrático de Direito e a própria dignidade da Justiça.

Se o perigo na demora da prestação jurisdicional pode gerar, em muitos casos, descréditos e desconfiança social com o próprio sistema constitucional e o infraconstitucional, a medida cautelar pessoal poderá fazer-se urgente e necessária. Tal medida, portanto, não tem finalidade retributiva, nem exerce qualquer das funções da pena, mas sim a de acautelar o próprio processo sob o seu enfoque externo.

O descrédito na existência do próprio instrumento é tão inconveniente, como o é o inconveniente à instrução, ou o risco da asseguração da eventual aplicação da lei penal. Nessa senda, a garantia da ordem pública, ou se preferirem, a da ordem principiológica dos direitos fundamentais, o que, de fato, faz é acautelar o próprio processo sob seu enfoque extrínseco.

Tal garantia não viola o princípio da presunção de inocência, pois só

o que pode elidir a inocência é o provimento jurisdicional condenatório a ser prolatado ao fim do processo de cognição, que produzirá a eficácia da coisa julgada material, nada mais.

Ademais, nenhum princípio pode ser interpretado de forma absoluta, pois o único princípio que comporta tal extensão irrenunciável é o da dignidade da pessoa humana, do qual provém toda a regulação da vida em sociedade.

O processo já não deixa de ser uma espécie de ataque à inocência, sendo o processo, porquanto, a única forma constitucional e legalmente prevista para a possibilidade de contestação estatal ao estado de inocência, ou de pretensão a ser exercida contra esse estado, a garantia da presunção de inocência é a própria existência do processo. Tal premissa faz concluir que todo e qualquer provimento cautelar pessoal não é uma elisão da inocência, mas uma mitigação desse estado de inocência com escopo instrumental e acautelatório, pois somente a prestação jurisdicional final poderá elidi-la.

O único princípio constitucional cujo alcance e consequências comportam uma extensão infinita e absoluta é o da dignidade da pessoa humana, depreendendo a dogmática pós-positiva a centralidade desse princípio e a partir de sua conceituação a fundamentação do próprio Estado Democrático de Direito.

De fato, o Brasil apresenta enormes desigualdades regionais e sociais, além de exclusão de grandes parcelas de sua população, que estão ainda sem acesso a políticas educacionais, habitacionais, sanitárias, de saúde, bem como de inserção desses excluídos no mercado de trabalho formal, mesmo apesar de políticas paliativas e de objetivos políticos contestáveis de distribuição de 'bolsas-família'.

A política carcerária e penitenciária brasileira é deficiente, como o é a política socioeducativa voltada para os inimputáveis em razão do critério biológico, mormente em razão da falta de vontade política de investimentos nessa seara correcional, havendo confluência tanto dos Estados-membros, como da União, no desrespeito às proposições e ao sistema imaginado por nossa Lei de Execuções Penais. As maiores omissões são perpetradas pelos

Poderes Executivos dos Estados-membros, que, em relação à política penitenciária, carecem de maior apoio do Poder Executivo do âmbito federal.

Tal situação de calamidade carcerária já engendrou, inclusive, repreensões ao Brasil perante organismos internacionais como a Organização dos Estados Americanos (OEA), e por parte também de organismos não governamentais, com presença transnacional, como o *Human Rights Watch*.

Conquanto, será a proteção normativa deficiente uma resposta às omissões estatais, sobretudo, dos Poderes Executivos, na promoção de uma política penitenciária digna?

Creio, humildemente, que essa não é a saída. A normatização deficiente que vulnera, sobremaneira, a garantia constitucional da individualização judicial da pena, dentro dos limites legais razoáveis, mormente quanto ao juízo cautelar no processo penal, não pode ser a nova política legislativa de harmonização dessa sub-reptícia deficiência de proteção com a omissão de concreção de uma política penitenciária digna.

Retirar o poder cautelar do juiz para justificar a falta de observância do Estado brasileiro aos seus compromissos constitucionais e internacionais de respeito aos direitos humanos, nada mais se trata do que uma opção demagógica. Raciocinar-se por exceção, quando o que se demanda é adoção de regras de promoção de proteção suficiente, consiste, em decorrência, em uma opção ideológica sem base científica, tanto no campo da dogmática jurídica, quanto no campo sociológico, em que se constata pela ciência estatística o alto índice de reiterações criminosas e reincidência criminal, e a elevação exponencial dos índices de criminalidade.

Não se fazem objeções à liberdade como a regra daqueles que cometeram delitos leves, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, como nas hipóteses de delitos de furto, na forma simples, em que se verifica a total desnecessidade da segregação cautelar de seus agentes, que, *in casu*, é indubitavelmente violadora da efetivação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O problema é em relação a outros crimes mais graves, que são alcançados pela novel sistemática cautelar, geradora de política obsequiosa para os seus agentes.

A teleologia da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, não é só o

atendimento do postulado da proporcionalidade, mas sim uma redução drástica do encarceramento provisório, estimando-se que milhares de preso provisórios serão postos em liberdade em todo o Brasil ante aos atuais limites estritos introduzidos para a prisão provisória.

A motivação para adoção de tal política não está apenas associada a um enfoque garantista do pós-positivismo de ampliação progressiva dos direitos humanos.

Além de uma interpretação principiológica aplicada equivocadamente na seara cautelar, objetiva-se ainda a novel sistemática a inserção dogmática de postulados estritamente econômicos, assentada na Escola Crítica do Direito e da Análise do Direito sob a perspectiva Econômica, ou teoria da Análise Econômica do Direito com raízes na Escola de Chicago e consistente na teoria positiva do sistema jurídico desde a perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica.

Sem querer refutar que a Ciência do Direito como ramo das Ciências Sociais é caracteristicamente interdisciplinar, a saber, como o Direito visa a regular toda a vida em sociedade, sua construção epistemológica debruça-se sobre outros campos das Ciências Sociais, dentre as quais a Sociologia, Antropologia, História, Psicologia e outras, bem como mantém interdisciplinaridade com a própria Ciência Econômica.

Não obstante, o Direito como Ciência tem seu campo de estudo próprio, mantendo íntimas relações com a Filosofia e a Ética, vez que toda a construção normativa alicerça-se nesses ramos do saber. Objeta-se que a Ciência do Direito possa prescindir de uma construção axiológica, como já o fez o positivismo, em um período influenciado pelo cientificismo que tencionava aproximar as ciências sociais das ciências naturais, pugnando-se por uma neutralidade axiológica mediante a qual se negava que a metodologia científica pudesse fazer juízos de valor.

Todavia, embora a Ciência do Direito seja eminentemente uma ciência normativa, que visa a uma construção dogmática para predicação de normas, a sua dogmática só pode ser essencialmente axiológica, tendo em vista que o Direito como ciência deontológica não pode prescindir de uma construção valorativa; uma construção calcada em juízos de valor sistema-

tizados como universais que deita suas raízes na Filosofia e na Ética.

Com base na assertiva acima, a rejeição do Direito como ramo autônomo e a rejeição do raciocínio abstrato, para que se faça a opção da normatização construída sobre fatos que tenham como antecedente a concepção política ou as normas da eficiência econômica, como objetiva a análise econômica do Direito, trata-se de algo que deve ser recebido, então, com muitas reservas. Transparecendo uma volta ao utilitarismo defendido por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, que pretendia construir uma ética na noção de bem-estar, independente da causa, pois tal doutrina dissocia a causa da consequência, focando a questão moral somente sobre esta última.

No caso da novel sistemática cautelar trazida pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, a teleologia da recente legislação é, sem sombra de dúvida, a redução do efetivo carcerário assentada na redução dos custos do Estado. O utilitarismo influenciou em muito a ciência econômica, com sua moral eudemonista, não obstante, no âmbito do Direito, cuja epistelologia é assentada no saber da Ética, não pode haver consequência boa sem a investigação da causa. Sendo assim, é preocupante que a Teoria da Análise Econômica do Direito seja a verdadeira motivação para a novel sistemática cautelar no processo penal, sob o suposto manto da dogmática pós-positivista baseada no subprincípio do Estado Democrático de Direito atinente à proporcionalidade em sentido estrito.

A advogada criminalista Débora Faria Garcia, especializada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Paulista de Direito e coordenadora-adjunta do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em seu livro "Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, 04 de maio de 2011"[13], aduz de forma entusiática em seu estudo que:

> *"nesse aspecto, a inovação pretende diminuir o quadro de superlotação de presídios vivenciado atualmente no país, determinando que somente devem permanecer em cárcere aqueles indivíduos*

13 GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares**: Metodo, São Paulo – 2011, p. 48.

> *que, concretamente, necessitam estsr submetidos a esta medida, até porque, conforme já foi analisado, a prisão preventiva só poderá ser admitida em última análise, nas hipóteses em que restarem insuficientes ou ineficazes as medidas cautelares impostas, trazidas pela nova lei para o ordenamento processual penal, conforme a nova redação do art. 312, parágrafo único".*

Outra preocupação é que os fins do novo sistema sejam de aliviar as repreensões feitas ao Estado brasileiro por organismos internacionais na seara dos direitos humanos em razão da calamitosa situação carcerária e penitenciária brasileira, o que est;a sendo feito em detrimento do poder cautelar que deve ser atribuído ao juiz no campo relevante do processo penal e da administração da justiça penal. Ressaltando-se que a administraçao da justiça pena está, inxeroravelmente, associada à política criminal e ao interesse metaindividual da segurança pública.

Porém, se o Estado brasileiro, mormente o Poder Executivo, tanto no âmbito federal como, sobretudo, no âmbito estadual, descumpre a Constituição Federal, dando tratamento indigno aos presos, sejam definitivos, sejam provisórios, descumprindo ainda a Lei de Execuções Penais, que no seu artigo 3º prescreve que aos presos são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o que falta, então, é ao Poder Judiciário não se apequenar, fazendo, portanto, valer o sistema de freios e contrapesos da separação das funções do Estado, sancionando as omissões do Poder Executivo. Nem tão pouco devem apequenar-se o Ministério Público, fiscal da Lei, e a Defensoria Pública, órgão de assistência aos hipossuficientes, que detêm legitimação para a propositura de ações civis públicas nas hipóteses de omissões estatais. Tal garantia cominatória visaria a obrigar os Poderes Executivos a cumprirem a Constituição e a Lei na seara penitenciária e carcerária, impondo-lhes obrigações de fazer, sob pena de pesadas sanções pecuniárias, com vistas a resguardar o interesse difuso de toda sociedade de que no Brasil as cadeias e penitenciárias não sejam depósitos de seres humanos, privados não só de suas liberdades, mas de uma existência digna.

Da mesma maneira, não deveriam as cadeias consistirem em locais de origem de outras práticas crimininosas; práticas estas planejadas de dentro das celas por detentos, e executadas do lado de fora dos muros pelos seus comparsas em liberdade, ante a facilidade com que ingressam nas prisões aparelhos de telefonia móvel, além de outros instrumentos de crimes, inclusive drogas e armas de fogo. Sendo a explicação dessas falhas a altíssima incidência no Brasil de diversas práticas de corrupção perpetradas por agentes penitenciários e por policiais encarregados da vigilância de presos, havendo ainda falhas estruturais nas prisões brasileiras no que diz respeito ao monitoramento dos detentos, tanto no que concerne à seleção e ao treinamento desses agentes, quanto no que concerne aos meios materiais postos à disposição desses agentes públicos para execução de suas tarefas legais.

Se o preso no Brasil sofre, a sociedade também sofre! Não se podendo raciocinar por exceção, vez que a falta de prisões dignas, bem como a presença de prisões com frouxidão de disciplina, constituem, portanto, omissões do Estado, sobretudo do Poder Executivo; faltas essas que devem ser elididas através dos meios legais e judiciais adequados, e não se abolindo as prisões ou reduzindo-as para os 'casos estritamente necessários'. Necessidades essas que agora passam a ser ditadas não por suas causas, mas, irremediavelmente, por perspectivas de redução de custos, ante a novel aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito na seara Penal e Processual Penal, deixando-se, assim, a sociedade sem proteção adequada.

É claro que a prisão não vai ser a solução da fenomenologia do crime. O que acarretará a redução da violência e das práticas criminosas para patamares aceitáveis serão os investimentos em educação e em políticas públicas que reduzam os contrates sociais, sem embargo de outras formas de criminalidade, que não aquelas, *a priori*, ditadas por causas de exclusões de ordem socioeconômicas. Conquanto, uma coisa não exlui a outra. A origem e causa da criminalidade não podem dar azo à tentativa de neutralização estatal de suas consequências. O Estado como guardião e promovedor dos direitos fundamentais tem que atuar em todas as frentes de batalha, não podendo optar por uma única linha de resolução, que exclua a outra, especialmente aquela que vise a atenuar, de certa forma, as consequências

nefastas da violência urbana e social.

A proteção suficiente não pode ser a nova escolha. Especialmente se essa nova opção feita pelo legislador ordinário consubstancia-se na edição de uma lei que se subverte à teoria cautelar e ainda traz imensas contradições lógicas.

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, traz tantas antinomias sistêmicas, que é difícil inumerá-las. Dentre as quais, a própria possibilidade de decretação de prisão preventiva do reincidente, independentemente da quantidade de pena cominada para a infração penal na qual o réu se encontra incurso, *ex-vi* do novo artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal.

Como a redação do artigo 313, II, do Código de Processo Penal preceitua que *"nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado"*, depreende-se pela interpretação literal desse dispositivo que a prisão preventiva de acusado reincidente só será cabível em se tratando de crime doloso, não sendo cabível na hipótese de crime culposo, bem como em relação a crimes em que não haja cominação de pena privativa de liberdade, seja isolada, cumulativa ou alternativamente, nos termos da regra geral do § 1º do novo artigo 283 do Código de Processo Penal.

Ora, qual a razão para que, por exemplo, um acusado de um crime de receptação, na forma simples, que já foi condenado pela prática de outro crime há mais de cinco anos entre a data da extinção daquela pena anterior e a nova infração, não possa ser preso preventivamente com base nos seus antecedentes?

Não há razão lógica, mormente porque os maus antecedentes serviriam para elevar a fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena além do mínimo legal, da mesma forma como a reincidência serviria para elevar na segunda fase a pena que foi fixada na primeira etapa, ante ao reconhecimento da circunstância agravante da reincidência.

Da mesma forma, como a reincidência em relação à nova prática de um crime de receptação, na hipótese de eventual condenação, impediria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante

a ausência do requisito subjetivo previsto no artigo 44, inciso II, do Código Penal: os maus antecedentes igualmente também impediriam a mesma substituição, ante a ausência do requisito previsto no artigo 44, inciso III, do mesmo diploma legal. Não caberia também a suspensão condicional do processo nessa situação de réu com maus antecedentes que estivesse sendo acusado por crime de receptação, ante o que dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, que preceitua como requisito subjetivo para a obtenção do sursis processual a presença dos mesmos pressupostos descritos no artigo 77, inciso II, do Código Penal, dentre os quais os antecedentes ilibados. Bem como não caberia, obviamente, na aludida hipótese a suspensão condicional da pena.

Os maus antecedentes, como a reincidência, são motivos mais do que justificáveis para a decretação da prisão preventiva fora da regra geral que é ora trazida para o cabimento dessa medida cautelar pessoal, a saber, a obtusa vedação de cabimento dessa prisão processual para os crimes cuja cominação de pena privativa de liberdade máxima seja igual ou inferior a quatro anos.

O cabimento da prisão preventiva em ambas as hipóteses, reincidência e maus antecedentes, contemplaria a observância ao aventado postulado da proporcionalidade, sem que esse último tivesse sido excluído em flagrante antinomia. Sendo certo que o mesmo pode ser dito em relação a outros requisitos subjetivos previstos nos artigos 44, inciso III, 59, 77, inciso II, do Código Penal e 89 da Lei nº 9.099/95, que faz remissão ao aludido artigo 77 do Código Penal.

Vê-se que a antinomia do novel artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal é com o próprio sistema de concessão de benefícios e adoção de institutos despenalizadores previstos na própria legislação penal, a saber, na própria lei material. Consistindo, então, os juízos de prognósticos que foram feitos pelo legislador ordinário na própria legislação processual para observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma contradição sistêmica com a própria legislação penal. Tratando-se em verdade de insuficiência de proteção, sem contar que tais juízos de prognósticos feitos pelo próprio legislador ordinário traduziram-se em supressão aos juízos de cautelaridade que deveriam ser relegados ao Poder Judiciário.

O mesmo também pode ser dito em relação ao acusado de um crime, cuja pena privativa de liberdade máxima seja igual ou inferior a quatro anos, detentor de maus antecedentes em razão da existência de processos penais e inquéritos penais ainda em curso.

Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, não há óbice que se leve em conta como maus antecedentes, a existência de inquéritos ou de processos penais em curso:

> *"O art. 5º, LVIII da CF (Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não impede que se leve à conta de maus antecedentes do acusado, para fins do disposto no art. 59 do Código Penal, a existência contra ele de inquéritos e processos criminais sem condenação transitada em julgado" (HC 72.130-RJ, ac. da 2ª Turma, em 22/04/1996 – Rel. Min. Mauricio Correa).*

O ilustre Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, em seu livro **Curso de Processo Penal**[14], salienta o seguinte em relação às exceções das regras gerais de cabimento de prisão preventiva:

> *"A exigência de crimes dolosos com pena privativa da liberdade superior a quatro anos para a decretação da preventiva se refere à modalidade autônoma desta cautelar, não contemplando as situações do art. 313, II e III, e nem o seu parágrafo único. Constitui a regra geral das prisões preventivas"*
>
> *"Do mesmo modo, no caso de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas (art. 282, § 4º, CPP), a decretação da preventiva não exigirá as situações do art. 313, devendo atentar-se apenas para os requisitos do art. 312, consoante se extrai do seu parágrafo único. Nesse caso, a preventiva não é autônoma, mas subsidiária".*

14 Ob. cit. 3, p. 554.

Ao menos, quanto à decretação da prisão preventiva em relação a acusado reincidente, não há posicionamento que vede a adoção dessa medida cautelar de caráter pessoal nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima é igual ou inferior a quatro anos.

Neste aspecto, não deixa de haver conformação com a antiga redação do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal que admitia a decretação da prisão preventiva, mesmo em relação aos crimes punidos com detenção, quando o réu era reincidente. Depreende-se que a mesma hipótese é aceitável em relação aos aludidos crimes punidos com pena privativa de liberdade de detenção, quando o réu é reincidente.

Outra deficiência de proteção poderá verificar-se em relação a alguns crimes culposos, nos quais o réu, por exemplo, já seja reincidente pela mesma prática culposa. Para ilustrar, o caso de um agente que tenha sido autuado em flagrante pela prática de um homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no artigo 302 da Lei nº 9.503/97, no qual tenha sido ainda constatado que o indiciado estava sob forte influência de álcool, consoante exame de alcoolemia. Imagine-se, então, que esse agente seja reincidente na mesma prática delituosa, perpetrada em outra ocasião em que também estava sob influência de álcool.

Deve, portanto, ser feita também uma interpretação conforme a Constituição com base na ponderação do subprincípio do Estado Democrático de Direito de vedação de proteção insuficiente em relação aos crimes culposos, no que concerne à vedação da decretação de prisão preventiva para os aludidos tipos penais, quando casos gravíssimos como o descrito acima se verifiquem na realidade.

Outra antinomia é a possibilidade de decretação de prisão preventiva em relação a crimes cuja pena privativa de liberdade máxima é igual ou inferior a quatro anos, como medida subsidiária em razão de descumprimento pelo réu de outras medidas cautelares diversas da prisão, conforme prescreve o novel artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

O Professor Eugênio Pacelli de Oliveira salienta em seu livro **Curso de Pro-**

cesso Penal[15] que, em relação à prisão preventiva subsidiária, em tese, ela é cabível quando o réu haja descumprido medida cautelar diversa da prisão preventiva:

> *"É que, agora, a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). Esta é, sem dúvida, a nova orientação da legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme ainda teremos oportunidade de referir".*

Creio que não há divergência na doutrina em relação à regressão da medida menos gravosa para a mais gravosa dentre as medidas cautelares pessoais, quando se verifica o descumprimento injustificado da cautela mais módica. Mas o que fará o juiz quando antevir, desde logo, nas hipóteses dos crimes que não estão acobertados pela regra geral de adequação do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, que as medidas cautelares diversas da prisão preventiva não assegurarão pelas circunstâncias do caso concreto a efetividade do processo nem prevenirão a reiteração criminosa?

Deverá, então, o juiz, obrigatoriamente, impor de forma prévia outra medida cautelar pessoal diversa da prisão preventiva, mesmo que reputada ineficaz em seu juízo de prognose, para só depois de consumado o descumprimento da ordem cautelar menos gravosa, vir a decretar de maneira subsidiária a prisão preventiva?

Creio que não. Tal situação é absurda e conspurca não só a dignidade da Justiça, como consiste em uma subversão do que se entende

15 Ob. cit. 3. p. 503.

por cautelariedade processual. É uma antinomia que somente pode ser expungida com uma interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, com base na ponderação do subprincípio do Estado Democrático de Direito de vedação de proteção insuficiente em relação à regra geral para cabimento da prisão preventiva autônoma.

A antinomia da regra geral para cabimento da prisão preventiva autônoma é tão flagrante que, se interpretada sistematicamente com a legislação penal em relação a alguns crimes punidos com detenção, cuja pena privativa de liberdade máxima é superior a quatro anos, chegar-se-á a conclusão de que a aludida medida cautelar autônoma seria cabível em relação a tais infrações, mas não seria cabível em relação a infrações punidas com reclusão, cuja pena privativa de liberdade máxima é igual ou inferior a quatro anos.

A novel sistemática, conquanto, é positiva em relação ao cabimento da prisão preventiva em relação aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, como já fizera a Lei nº 11.340/2006 que havia acrescentado o inciso IV à redação anterior do artigo 313 do Código de Processo Penal; estendendo agora a recente mudança à possibilidade da decretação da prisão preventiva também para os crimes de violência praticados no âmbito familiar contra criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a saber, pessoas a quem o Estado, no enfoque da extensão progressiva de garantias fundamentais, adota o conceito da proteção integral, em especial para dar tratamento diferenciado aos desiguais a fim de efetivar-se o princípio da isonomia. A cautela que o hermeneuta deverá ter em relação ao novel inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, todavia, adstringe-se a sua parte final, a saber, a menção do cabimento da prisão preventiva nas hipóteses de violência doméstica para *"garantir a execução das medidas protetivas de urgência"*.

Em uma interpretação meramente gramatical poderá se chegar à conclusão de que a prisão preventiva serviria tão somente para a efetivação de medidas protetivas em relação a tais conflitos domésticos, e nada mais; como a de afastamento do lar do cônjuge-varão que agride fisicamente à mulher. Assim, efetivada a medida protetiva, a eventual segregação cautelar

não se faria mais necessária.

A priori, ante o postulado da proporcionalidade trazida pela nova alteração legislativa, é crível que, na maioria dos casos em que for efetivada uma medida protetiva de caráter cautelar nos crimes de violência doméstica, se a mesma for eficaz, por si só, para resguardar e proteger a vítima, a prisão processual não se fará necessária.

Inobstante, em uma interpretação lógica, a prisão preventiva nas hipóteses de violência doméstica, independentemente da decretação, ou não, de medidas protetivas como as previstas nos incisos do artigo 22 da Lei nº 11.340/2006, poderão, em alguns casos, fazer-se necessária.

A exemplo, como nas hipóteses de delitos mais graves, como delitos sexuais praticados por padrastos contra enteadas menores, em atenção às circunstâncias do crime indicativas da periculosidade do agente, ou para tutelar a própria eficácia do processo, como no caso do réu acusado de crime inserto no âmbito da violência doméstica que esteja ainda ameaçando a vítima, sem embargo da imposição de medida protetiva anterior ou concomitante.

O juiz pode, por exemplo, determinar o afastamento do lar do cônjuge-virago ou do companheiro agressor e, ao mesmo tempo, diante das circunstâncias do caso, vir decretar concomitantemente a prisão preventiva do agente, mormente para hipótese de vir a ser revogada, *a posteriori*, a prisão preventiva, ou mesmo para hipótese de vir a ser concedida ordem de *habeas corpus* em 2ª instância. Resguardando-se de modo mais proficiente possível a integridade psíquica e física vítima, quando a medida mais gravosa transpareça imprescindível para o juiz natural.

Ainda na análise das antinomias dessa novel sistemática cautelar, a mais evidente é possibilidade de decretação de prisão preventiva para algumas infrações punidas com pena privativa de liberdade de detenção.

Assim, ao contrário do que antes previa a sistemática cautelar revogada, que não admitia a prisão preventiva autônoma para os crimes punidos com detenção, fora das hipóteses de reincidência, agora, com a novel sistemática, tal decretação far-se-ia admissível. Inobstante, não seria possível com a novel sistemática a decretação autônoma de prisão preventiva

para crime punido com reclusão se a pena privativa de liberdade máxima for igual ou inferior a quatro anos, como é o caso do crime de receptação, na forma simples, cujo preceito secundário prevê pena máxima de reclusão de quatro anos.

É o caso do crime previsto no artigo 96 da Lei nº 8.666/93, que pune a fraude a licitação, em prejuízo da Fazenda Pública, instaurada para aquisição ou venda de bens e mercadorias, cujo preceito secundário prevê pena de detenção de 03 (três) a 06 (seis) anos, e multa. Destarte, não se trata de um crime de médio potencial ofensivo, vez que detém uma apenação de média intensidade, mas, ao mesmo, trata-se de infração punida com detenção.

Nota-se o quão equivocada é a opção legislativa de que a própria norma legal individualize para o juiz as hipóteses de cabimento ou de não cabimento de medidas cautelares pessoais quando se faz tal escolha em patamares por deveras estreitos para a discricionariedade judicial; o fazendo o legislador com fundamentos em juízos de prognósticos pouco razoáveis e, em verdade, desproporcionais se confrontados com os patamares sancionadores de diversas infrações cujas respectivas naturezas são graves e, em muitos casos, suas potencialidades lesivas transcendem os limites quantitativos de pena previstos em seus preceitos secundários, como é o caso do crime de formação de quadrilha e porte ilegal de arma de fogo, de uso permitido, que são crimes cuja potencialidade em termos ontológicos medeia entre a média e alta potencialidade.

Poder-se-ia elucubrar um exemplo no qual a autoridade policial tivesse depreendido na autuação em flagrante de agente por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, uma perturbação psíquica deste. Cabível far-se-ia então a representação pela internação provisória do imputável ou semi-imputável, que se traduz em uma medida cautelar profícua trazida pela novel sistemática. Porém, da forma como está redigido o inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal, a internação provisória só seria cabível se o crime tivesse sido perpetrado com violência ou grave ameaça a pessoa, e se os peritos concluíssem que o agente é inimputável ou semi-imputável e houvesse risco de reiteração criminosa.

Isto quer dizer que, mesmo após ter sido proposta a ação penal, se o juiz no processo determinasse a instauração de incidente de insanidade mental, nos moldes do artigo 149 e seguintes do Código de Processo Penal, em relação ao agente acusado de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, não poderia interná-lo provisoriamente, vez que o aludido crime contra a incolumidade pública não comporta em sua estrutura típica os elementos circunstanciais atinentes à violência ou à grave ameaça contra pessoa.

Tal situação traz graves consequências para a cautelariedade do próprio processo e para própria dignidade da Justiça, quando da instauração do incidente de insanidade mental, tendo em vista que outrora o réu que tivesse sido preso em flagrante-delito por um crime como o de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, se mantida a sua segregação cautelar e pela impressão pessoal o juiz depreendesse a sua perturbação mental, transferi-lo-ia para um nosocômio psiquiátrico penal até a realização da perícia e consequente conclusão dos psiquiatras sobre a insanidade ou sanidade do acusado e quanto a sua periculosidade.

Nota-se agora que a novel sistemática não admite a internação provisória do inimputável ou semi-imputável acusado de crimes que não tenham em suas estruturas as circunstâncias elementares: violência ou a grave ameaça contra pessoa. Pretende, então, a nova sistemática processual-cautelar, descurando-se do poder cautelar profícuo que deve ser concedido ao Poder Judiciário, introduzir também nesse aspecto o postulado da proporcionalidade no que tange à aplicação das medidas de segurança nas hipóteses de absolvição imprópria. Assim, como a doutrina garantista postula, para os crimes de média potencialidade lesiva ou que comportem substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não caberia mais a internação do inimputável ou semi-inimputável, mas apenas o tratamento ambulatorial, independentemente da periculosidade do agente.

Portanto, o que a novel sistemática cautelar fez foi extinguir a cautelariedade que até então se adotava para uma série de infrações nas quais o agente segregado cautelarmente por força de sua autuação em flagrante delito ou em decorrência de prisão preventiva, era transferido para instituição psiquiátrica penal até a prolação de sentença absolutória imprópria.

Observa-se, portanto, que como o fez a Lei nº 7.209/84, que alterou a Parte Geral do Código Penal e extinguiu a medida de segurança provisória, a nova sistemática abstraiu do poder do juiz a possibilidade de segregação de inimputável ou semi-imputável perigoso em relação a diversas modalidades de infrações penais.

Diante da novel sistemática, mesmo em relação aos crimes cometidos mediante grave ameaça ou violência a pessoa, a internação provisória só é cabível após a confecção do laudo que comprove a periculosidade e a possibilidade de reiteração criminosa. Antes, nada pode ser feito. É mais um exemplo de proteção insuficiente.

Por conseguinte, este operador do direito rejeita os postulados doutrinários de que as normas incriminadoras no Estatuto do Desarmamento são falaciosas ou demagógicas, e não contribuem para o freio do aumento da violência. Há posições contrárias inclusive à apenação autônoma do porte ilegal de munições. Ora, a objetividade jurídica da tutela concedida pelo Estatuto do Desarmamento é o perigo à coletividade em geral, advertindo que o interesse tutelado vai muito além do que o controle da circulação indevida de armas de fogo e munições, que é feito pelo novo cadastro nacional de armas (SINARM) e pelo controle feito pelo Comando do Exército em relação às armas de fogo e munições de uso restrito, embora essa seja também uma das teleologias do aludido Estatuto.

A discussão sobre o Estatuto do Desarmamento transcende também a discussão acerca de a tutela penal em relação aos crimes de perigo ser estendida para situações de perigo abstrato ou perigo presumido, além das situações de perigo concreto, mormente porque não há autorização para que a lei possa presumir o perigo em qualquer situação, como na hipótese de atipicidade da conduta de porte de arma de fogo inapta a produzir risco à integridade corporal de alguém.

O mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Excelentíssimo Senhor Dr. Fernando Capez, em sua obra **Curso de Direito Penal – legislação penal especial**[16],

16 **CAPEZ**, Fernando. **Curso de Direito Penal – legislação penal especial**: Saraiva, 3ª ed., p 336.

sobre o tema do Estatuto do Desarmamento em relação à objetividade jurídica daquela legislação discorre:

> *"Não se desconhece o princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual todo o crime exige resultado jurídico, ou seja, lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico. Ocorre que comportamentos ilícitos como o de possuir uma arma de fogo municiada dentro de cassa ou sair pelas ruas com arma de fogo sem autorização para portá-la, ou ainda disparar arma de fogo em plena via pública, por si só, já induzem a existência de risco à coletividade. Não se pode alegar que tais condutas não diminuíram o nível de segurança dos cidadãos apenas porque não se logrou encontrar ninguém por perto quando de sua realização".*

Nada impede que a lesividade esteja ínsita em determinados comportamentos, mormente porque o Direito Penal visa a tutelar lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.

A novel sistemática cautelar confronta, por conseguinte, com concepções arraigadas de que o Direito Penal e o Processo Penal, seu instrumental, objetivam também a proteção da sociedade, e não somente o resguardo dos direitos do defendente no processo penal em face de uma arbitrariedade estatal baseada no historicismo do Direito e no reconhecimento de direitos naturais inerentes ao ser humano, que faria com que o Estado tivesse que se comportar apenas passivamente em relação a tais direitos, pois já estamos na fase do pós-positivismo jurídico, alicerçado na principiologia da proteção aos direitos humanos, exigindo-se do Estado, muitas vezes, posições ativas.

A ideia de alguns operadores do direito de que no processo penal não comportam presunções em prol da sociedade, quiçá no campo cautelar, *permissa venia*, são equivocadas.

Se a exposição de motivos do Código de Processo Penal da lavra do Ministro da Justiça Francisco Campos à época do Estado Novo faz referências ao Código de Processo Penal italiano do período, o denomina-

do Código Rocco, em referência ao Ministro da Justiça de Mussolini, no qual o nosso código se inspirou, há que se fazer uma superação histórica, especialmente porque toda a legislação infraconstitucional só pode vir a ser interpretada e aplicada a partir da Constituição Federal de 1988, consoante a interpretação conforme a Constituição, tendo sido não recepcionada qualquer legislação ou normatização anterior com ela incompatível.

Por outro lado, quando a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal ainda em vigor preceitua que, enquanto houver fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar *in dubio pro reo ou non liquet*, fazendo clara referência às presunções *in pro societate* enquanto não há pronunciamento final, não se traduz em nenhuma heresia jurídica. O processo penal, por si só, já é uma mitigação ao estado de inocência; a inocência já é contestada pela só existência dessa relação jurídica processual, restando claro que as medidas cautelares adotadas no curso do processo fundamentam-se no interesse de toda a sociedade no válido e regular andamento do processo, bem como na sua eficácia.

O próprio *iudicium accusationis* na primeira fase do procedimento bifásico dos processos do Tribunal do Júri, quando o juiz togado pronuncia o réu, assim o faz *in dubio pro societate*.

O poder cautelar do juiz é conferido, indubitavelmente, com fundamento axiológico no próprio interesse da sociedade. Por decorrência, se o juiz decreta a prisão preventiva do denunciado, constatando a presença do *fumus delicti commissi* e o *periculum libertatis*, para tutelar o processo penal, a mitigação que se faz à presunção de inocência, quando não há provimento final e juízo de certeza, é com base *in dubio pro societate*, e não poderia ser diferente.

O Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, embora tenha sido inspirado no Código Rocco, com a menção das advertências do Ministro da Justiça de Mussolini na sua Exposição de Motivos sobre: o desagrado que da entrada em vigor daquele código gerar-se-ia dentre aqueles que estavam acostumados a se aproveitar ou, mesmo abusarem, das deficiências e fraquezas da processualística penal, não se consubstancia em uma teratologia processual ou em um instrumento de arbítrio.

O Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941, abriga: a persuasão racional e o livre convencimento do juiz; rejeita as provas tarifadas, mantém o princípio *nemo tenetur se detegere;* adota o princípio *ne procedat judex ex officio*, embora outrora se admitisse a mitigação desse princípio em relação às contravenções penais; bem como outras garantias, como a adoção do sistema acusatório, embora com mitigações, como a função anômala do Poder Judiciário de fiscalização da obrigatoriedade da ação penal. Se assim não fosse, o Código de Processo Penal por inteiro não seria recepcionado pela atual ordem constitucional.

Os operadores do direito devem superar a noção preconceituosa de que uma legislação feita em um período de exceção é completamente inservível, pois quem interpreta e aplica o direito de acordo com a conformação com a nova ordem constitucional não está infenso pela interpretação histórica à observância das regras principiológicas de seu tempo.

Como preleciona o Mestre Carlos Maximiliano:[17]

> *"o legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido". Nessa senda, complementa: "Incumbe ao juiz interpretar a lei conforme a opinião dos homens inteligentes da sua época; ver no presente um desdobramento do passado, e não fiel imagem deste, fixa, marmórea, inalterada; conciliar a tradição com a realidade, graças ao método histórico-evolutivo".*

O Estado Novo e a ditadura de Getúlio Vargas, inquestionavelmente, flertaram com o fascismo. Foi um período de exceção, inclusive com violações aos direitos humanos. Houve casos lastimáveis como o da deportação da Sra. Olga Benário Prestes para a Alemanha nazista, embora ela carregasse em seu ventre um filho de um brasileiro e fosse de origem judia e adepta da ideologia comunista. Fato que ocorreu, inclusive, com a omissão do Pretório Excelso, sendo certo que o desfecho esperado foi o extermínio

17 Ob. cit. 4, p. 113.

dessa senhora em um campo de concentração nazista. Todavia, a história deve ser vista também em consideração à atmosfera e às circunstâncias de cada tempo.

Não estamos mais sob a égide do positivismo, mas sim no pós-positivismo. Assim, se toda a interpretação é principiológica, há que se contrabalançar com a razão toda a justa proibição de excesso com a serena proibição de proteção insuficiente. Sendo estranho que agora com a entrada em vigor da Lei nº 12.403, de 11 de maio de 2011, correntes garantistas flertem com a escola exegética a ponto de aventarem não caber nenhuma interpretação extensiva no que tange ao novo sistema cautelar em relação às medidas cautelares pessoais, mesmo àquelas diversas da prisão preventiva.

A proteção insuficiente que ora se promove pode denotar, *permissa venia*, em um retrocesso, ou mesmo em uma degeneração do Estado. Nesta esteira, o próprio pensamento aristotélico exortou o perigo de atos de governo que não atendam aos interesses do povo, mas instituam privilégios e regalias de interesse próprio das classes dominantes. Assim, na visão aristotélica haveria três formas de governo: monarquia, aristocracia e democracia, exortando já no século IV a. C. que, quando as formas de governo do Estado se degeneram: a monarquia transmuda-se em ditadura; a aristocracia torna-se uma oligarquia; e a democracia transforma-se em uma demagogia.

Faz-se necessário sobre o delicado tema transcrever algumas das conclusões da Professora da PUC - Minas e Procuradora do Estado de Minas Gerais, Luísa Cristina Pinto e Netto, que é Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG e Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, extraídos de seu livro "O Princípio de Proibição de Retrocesso Social"[18]:

> *"O conjunto referido genericamente por 'direitos sociais' engloba um universo variado de direitos, reconhecidos por meio de*

18 Pinto e Netto, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2010, p. 59, 69 e 198/199.

normas heterogêneas, não sendo inviável, no entanto, visualizar pontos comuns... Os Direitos sociais – considerando o direito principal – são direitos a algo, direitos a prestações fáticas, por meio dos quais se obriga o Estado a comportamentos positivos na satisfação das prestações. Diferenciam-se, assim, os direitos sociais dos direitos a liberdade, pois estes, no campo dos direitos a algo, referem-se a ações negativas".

"No universo dos direitos fundamentais afirma-se que há direitos que estão mais próximos da dignidade da pessoa humana e que demonstram um maior grau de imprescindibilidade para a sua proteção que outros, o que não deve, no entanto, levar a uma afirmação generalizada de que os direitos mais próximos da dignidade e dos direitos sociais, que seriam, assim, direitos de segunda categoria. Seguir uma divisão estanque, admitindo uma maior proximidade genérica e linear dos direitos de liberdade à dignidade da pessoa humana, para justificar a tutela jurídica mais favorável, pode acabar por obstar a efetividade dos próprios direitos de liberdade, mantendo-se uma configuração liberal que privilegia garantias formais"

"Neste cenário, a compreensão dos direitos fundamentais como princípios, aproxima as várias categorias de direitos fundamentais. Quanto aos direitos sociais, mas também quanto à dimensão prestacional dos direitos de liberdade. Têm-se, assim, diversos mandados de atuação prima facie dirigidos ao Estado, que devem tornar-se definitivos por meio da intervenção do Legislador. O Legislador, intervindo neste âmbito de proteção inicial, deve estabelecer as normas necessárias para tornar definitivos de modo a conferir proteção não deficiente ao direito, determinando proporcionalmente as normas e posições que se adscrevem definitivamente. Os deveres estatais que podiam ser adscritos prima facie à disposição de direito fundamental são, dessa forma, tornados definitivos por meio da legislação".

"Apresentam-se, assim, a seguir, parâmetros para verificar a legi-

timidade constitucional das hipóteses em que, como resultado de ponderação, o princípio de proibição de retrocesso social venha a ceder diante de princípio com maior peso, afirmando-se a medida retrocessiva. Em suma, para ser constitucionalmente legítimo, o afastamento do princípio de proibição de retrocesso social tem que se conformar aos seguintes parâmetros: a) proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de proteção deficiente: a.1) idoneidade ou aptidão; a.2) necessidade ou indispensabilidade; a.3) proporcionalidade em sentido estrito; b) igualdade; c) segurança jurídica e proteção de confiança; d) racionalidade da fundamentação de medida retrocessiva".

Proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de proteção deficiente

"O princípio da proporcionalidade pode ser reconduzido à idéia de relação adequada entre meios e fins, excluindo-se, assim, o arbítrio, o exagero, a falta de conexão entre meios e fins. Sua aplicação surgiu no Direito Administrativo, mais especificamente no âmbito do direito de polícia, e este acabou se tornando critério estrutural importantíssimo na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais".

"Nesse passo, como dito, procura-se parametrizar a verificação da constitucionalidade de medidas legislativas retrocessivas, em outras palavras, da constitucionalidade do afastamento do princípio da proibição de retrocesso social e conseqüente afetação do direito social, partindo-se, assim, da proporcionalidade em sentido amplo como ponderação de proteção deficiente. Considerando a proporcionalidade em sentido amplo, devem ser analisados 3 subprincípios: pertinência, aptidão ou adequação – conformidade do meio ao fim perseguido –, necessidade – extensão da medida em conformidade com o fim – proporcionalidade em sentido estrito – utilização dos meios adequados à luz do conjunto de interesses em jogo. Deve-se verificar, por meio destes subprincípios, se a medida retrocessiva é proporcional no sentido de respeitar a proibição de proteção deficiente".

Nota-se que o princípio da proibição do retrocesso é estritamente derivado da eficácia negativa, isto quer dizer: cabe ao Poder Judiciário invalidar normas infraconstitucionais que revoguem normas concessivas ou ampliativas de direitos fundamentais, de modo que da revogação sobrevenha uma lacuna pela qual o legislador infraconstitucional esvazia o comando constitucional como se dispusesse contra ele diretamente. Não se trata, portanto, de substituir uma forma por outra, o que está dentro da discricionariedade legislativa.

Assim, não há óbice a que o Poder Judiciário em um caso concreto examine a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional supostamente ampliativa de um direito fundamental com base na ponderação de interesses e no método da proporcionalidade em sentido amplo, a fim de averiguar se a norma dita progressiva na concretude não viola outros direitos ou interesses fundamentais, de modo que a ampliação de um direito fundamental na hipótese não se traduza justamente em algo diametral, a saber, em um retrocesso social por proteção deficiente a outros direitos e interesses metaindividuais que entrem em rota de colisão com a pretensa legislação ampliativa. Para tanto, haverá de perquirir: a) a adequação da norma ampliativa ao caso concreto de maneira que não se transmude em proteção deficiente; b) a estrita necessidade da incidência da norma ampliativa no caso concreto; c) a proporcionalidade em sentido estrito sob o prisma de a norma ampliativa estar, ou não, vedando, em verdade, em determinada hipótese fática um excesso; d) se a aplicação da norma concessiva na concretude não vulnera de sobremaneira a mesma proteção que deveria ser concedida a outro direito ou interesse metaindividual a qual eventualmente colida, em uma visão sistêmica dos princípios e direitos fundamentais, de forma que a norma dita progressiva não revele uma proteção desigual ou precedente dentre direitos fundamentais; e) avaliação se a norma ampliativa trará segurança jurídica e proteção de confiança no caso concreto em função de eventual colisão com outro direito fundamental; f) racionalidade na fundamentação da norma ampliativa em colisão com outro direito fundamental na concretude que justifique a aplicação razoável de medida reputada a *prima facie* como um retrocesso.

Direito é a lógica sistematizada, assim, o que fere a lógica não pode ser reputado como jurídico.

O renomado Constitucionalista J.J.Gomes Canotilho sobre o princípio da vedação da proteção deficiente preleciona em seu magistral tratado de **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**[19]:

> ***"Proibição por defeito" ou por insuficiência de proteção"***
> *"O sentido mais geral da proibição do excesso e, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um* ***defeito de protecção*** *quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. O controlo da insuficiência pressupõe a verificação <<se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados>> (Canaris). É neste contexto que se discute, por ex., se a protecção do feto – protecção da vida – exige criminalização da interrupção da gravidez ou se o livre desenvolvimento da personalidade dos jovens impõe a criminalização do trabalho infantil (cfr. art. 69º/3)".*

19 CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Edições Almedina, Coimbra, 7ª ed., p. 266/267 e 273.

Infere-se claramente do pensamento acima transcrito que o controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos pode incidir sobre pretensas normas ampliativas de direitos e pseudo-sociais que visem à proibição de excesso, quando, em verdade, hiper-dimensionam determinado direito fundamental em atenção a outros direitos individuais e interesses metaindividuais.

Nessa mesma linha, o Jurista Gomes Canotilho em escólio extraído de sua obra clássica "Direito Constitucional e Teoria da Constituição"[20] faz um escólio do princípio da garantia da via judiciária, como uma imposição jurídico-constitucional ao legislador, destarte, o eminente constitucionalista adverte que para assegurar tal garantia faz-se necessária também a observância por parte do legislador do princípio conexo da garantia de proteção jurídica:

> *"Verdadeiramente fundamental no princípio de abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos. Reforça o princípio da efectividade dos direitos fundamentais proibindo a sua inexequibilidade ou eficácia por falta de meios judiciais. Esta efectiva protecção jurídica implica um controlo das questões de facto e das questões de direito suscitadas no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes".*

O novo artigo 313, I, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela aludida legislação veda, então, a decretação da prisão preventiva de um acusado de crime de coação no curso do processo, previsto no artigo 344 do Código Penal, haja vista a pena máxima prevista no preceito secundário desse tipo é de quatro anos, e não superior.

Ora, mas se a violência e a grave ameaça já são elementares deste tipo penal, assim, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito quanto a essa infração não se justificaria, vez que eventual substituição da

20 Ob. cit. 20, p. 276.

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para réu acusado dessa infração não seria juridicamente possível ante o pressuposto objetivo previsto na segunda parte do inciso I do artigo 44 do Código Penal, a saber, substituição cabível para o crime que não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nas hipóteses de delitos em que a violência e a grave ameaça são elementares de crimes de menor potencial ofensivo, como os crimes de ameaça, lesão corporal leve ou constrangimento ilegal, não há dúvidas de que a substituição seria cabível, pois para essas infrações preveem-se penas de curtíssima duração, estando tais infrações ungidas aos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

Pode-se ponderar que o crime de coação no curso do processo pode ser considerado ontologicamente de média potencialidade, vez que a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, é cabível, muito embora os motivos e as circunstâncias da infração podem não autorizar a concessão do benefício. Com efeito, se em sede cautelar a prisão preventiva pode ser decretada por conveniência da instrução criminal, por exemplo, mesmo ante a mera possibilidade de coação de testemunhas, como na hipótese de coação autônoma, não há possibilidade de segregar o coator?

A única resposta só pode ser a falta de proteção jurídica geradora de inexequível proficiência dos meios judiciais. Mormente, se for constatado, *a priori*, que outra medida cautelar diversa da prisão preventiva não seria suficiente, como a proibição de manter contato com a pessoa determinada, prevista no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal.

No caso da infração prevista no artigo 344 do Código Penal, o fundamento jurídico de sua incriminação é a tutela que deve ser conferida à administração da justiça, com escopo de que a aplicação do direito e da justiça não sejam vulneradas pela interferência das partes ou de terceiros. Assim, tutela-se o instrumento pelo qual o Estado-Juiz administra e aplica a justiça, a saber, o processo, que é uma garantia constitucional prevista no artigo LIV, ou seja, o *due process of law*.

Se o Poder Judiciário não dispuser de meios de tutelar o próprio ins-

trumento pelo qual exerce a jurisdição, em suma, pelo qual diz o Direito, solucionando e pacificando os conflitos de interesses e restabelecendo a paz social, transmudar-se-á, portanto, em um "Poder" inócuo, desacreditado e indigno. O efeito dessa eventual perda de credibilidade de uma das funções relevantes do Poder do Estado será o próprio abalo ao Estado Democrático de Direito, o que poderá engendrar a sensação generalizada de falta de proteção jurídica e a intranquilidade social. Em um plano mais pessimista tal situação pode acarretar inclusive grave crise institucional.

Importante frisar que o devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxônico, que teve origem na Revolução dos Barões na Inglaterra contra o Rei João Sem Terra resultante na *Magna Carta Libertatum*, da qual se extrai a cláusula de *law of the land*. Numa primeira fase da evolução histórico-jurídica, tal instituto teve caráter puramente processual, abrigando garantias destinadas, de início, ao processo penal, tais quais: o direito de citação, defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Mas, já em uma segunda fase evolutiva, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo, pelo qual o Poder Judiciário passou a exercer controles de mérito sobre a discricionariedade legislativa na produção normativa, passando a resguardar com essa atividade os direitos fundamentais. O fundamento de tal controle assentava-se na verificação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o fim colimado, com análise ainda sobre a legitimidade dos fins pretendidos pela produção legislativa. Com isso, o Judiciário passou a proceder ao exame da razoabilidade e racionalidade das leis e atos normativos, o que ocorreu precipuamente com o direito estadunidense.

Na hipótese da perda da eficácia do instrumento pelo qual o Poder Judiciário exerce a jurisdição e pacifica as relações sociais, ou seja, o processo, ocasionada por delimitações à atividade judicante e restrições a utilizações de meios cautelares para tutela do próprio processo, constata-se uma violação ao *substantive due process*, algo que transcende, inclusive, o caráter puramente processual. O que obrigaria, assim, o exercício do controle judicial assentado nos princípios da razoabilidade e da racionalidade, manejados como métodos hermenêuticos para o expurgo da antinomia trazida

pela legislação infraconstitucional que dificultasse a profícua utilização do instrumento de exercício da jurisdição.

A única dificuldade é que a utilização metodológica da razoabilidade e proporcionalidade no controle judicial da constitucionalidade de atos normativos ou atos administrativos, como desenvolvida na dogmática do direito norte-americano, aplica-se para as hipóteses clássicas de excesso de proibição, quando há inadequação dos fins perseguidos e desnecessidade do instrumento empregado, havendo meio alternativo menos gravoso nem há proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida detém maior relevo com aquilo que se ganha. Por isso, há que se socorrer da dogmática alemã utilizando-se do método da ponderação de interesses e da análise de adequação da norma ampliativa ao caso concreto de maneira que não se transmude em proteção deficiente.

Revela-se evidente que a construção de tal raciocínio para a análise da constitucionalidade de uma norma infraconstitucional de ampliação do direito à liberdade de locomoção possa parecer, *a prima faci*e, de difícil consecução, porém, se for superada a visão histórico-dogmática de que o Estado de Direito Democrático marca-se pela separação entre Estado e sociedade civil na concepção dos direitos fundamentais realizáveis apenas por abstenções estatais, passando-se nessa seara a uma superação conceitual de interdependência recíproca entre Estado e sociedade civil para a ampliação dos direitos socais e interesses direitos metaindividuais, que somente se concretizam por ações estatais positivas, perplexidade não se verificará em tal raciocínio.

Assim, no objeto de proteção dos direitos socais e interesses e direitos metaindividuais demandam-se prestações fáticas, precedidas de interposição legislativa adequada. Supera-se nesse contexto a ótica de uma dicotomia ou tricotomia entre os direitos fundamentais, a saber, os ditos de primeira, segunda e agora de terceira geração, que passa a ser bem relativizada em prol de uma visão sistêmica, baseada na indivisibilidade dos direitos fundamentais e na centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com essa visão sistêmica adotada, vislumbra-se uma unidade ju-

rídico-constitucional dos direitos fundamentais, uma unidade axiológica centralizada pela dignidade da pessoa humana da qual os demais direitos fundamentais passam a ser enquadrados com um subsistema constitucional hauridos daquele princípio central. Nessa senda, a hermenêutica constitucional passa a propugnar a interpretação teleológica como instrumento de otimização e maximização da eficácia dos direitos fundamentais, no sentido de que a dignidade da pessoa humana não se compraz apenas com os direitos de liberdade, mas com a ampliação e efetividade dos direitos sociais e interesses e direitos metaindividuais, sopesando que todos os direitos fundamentais para serem eficazes, demandam a inter-disciplinariedade de suas observâncias.

O princípio democrático demanda, portanto, a eficácia não só dos direitos de liberdade, mas também dos direitos sociais e interesses e direitos metaindividuais, como condição *sine qua non* de sua consecução. Caso contrário, o Estado Democrático de Direito estar-se-á maculado pela degeneração que, como bem conceituou o pensamento aristotélico no século IV a. C. sob a ótica da Política e da Forma de Governo, pode transmudar-se em um Estado Demagógico.

Tal situação pode também ser inferida como uma vulneração da vedação do retrocesso, vez que não só os direitos fundamentais da liberdade reclamam eficácia, sendo que na dogmática pós-positivista a ineficácia de qualquer dos direitos fundamentais em detrimento de outros é uma situação retrocessiva.

Com esse entendimento todo e qualquer direito fundamental comporta intervenções proporcionais, pois o único princípio que não comporta restrições é o da dignidade da pessoa humana.

Em decorrência, o princípio da vedação do retrocesso deve ser compatibilizado com os demais elementos do sistema jurídico, não podendo esse princípio ter uma abrangência absoluta. Isto quer significar, se ampliado determinado direito ou garantia de forma desarrazoada pela legislação infraconstitucional, assentada em norma constitucional que já delegava ao legislador infraconstitucional a sua restrição ou redução racional e em que já havia redução proporcional, então, essa falta de proporcionalidade pode

vir a colidir com outros direitos fundamentais, de modo a configurar em um espectro mais amplo um retrocesso, sopesando-se a unicidade do sistema dos direitos fundamentais.

Na hipótese da infração da coação no curso processo, o processo no qual o coator visaria a assegurar interesse seu o de terceiro pode ser de qualquer ordem, mesmo um processo civil, trabalhista, eleitoral, um processo administrativo, ou procedimento ainda na fase inquisitorial. Não necessariamente um processo penal. De qualquer modo, a busca da verdade estará conspurcada, quando tal prática delituosa se verifica.

O processo moderno não se conforma mais com uma verdade apenas formal, mormente o processo penal, no qual vigora o princípio da busca da verdade real. Para administração da justiça faz-se imperiosa a tutela das provas a serem produzidas no processo.

Neste aspecto, rejeito a posição de doutrinadores que repudiam a incidência deste princípio da busca da verdade real no processo penal.

É certo que a busca da verdade real foi uma superação do jusnaturalismo teológico, do antigo sistema das ordálias e do *jucium Dei*, para o cientificismo que inspirou a Ciência Política na Idade Moderna, o Iluminismo e, redundou no jusnaturalismo racionalista a engendrar o positivismo jurídico e o normativismo de Hans Kelsen. Assim, o sistema processual probatório passou a ser influenciado por critérios científicos próprios das Ciências Naturais como a Física.

No desenvolvimento da Ciência Política na era moderna, o filósofo inglês Thomas Hobbes, quando discorria sobre a organização política, fazia uma abordagem mecanicista científica, argumentando que o que sabemos e entendemos só vem através de nossos sentidos e todos os objetos que os nossos sentidos podem detectar são materiais, donde só podemos ver o mundo de uma forma material. Ele promoveu, assim, uma abordagem por meio de linguagem e matemática para analisar a experiência alegada por ele e que conduziria a um completo entendimento mecanicista do mundo. A certeza da matemática levaria a conclusões corretas e irrefutáveis sobre a sociedade e sobre o homem.

Na mesma linha, outro pensador da Era das Luzes. René Decartes

é um matemático que faz filosofia e que pretende aplicar o método geométrico à construção de uma ciência universal, tornando esse método um método filosófico. Assim, da matemática vulgar, Descartes passa a ideia de uma matemática universal em que se consideram a ordem e a medida. Descartes, então, conclui que o princípio da investigação científica levará à concepção da ciência. Daí, seu método racionalista vai marcar, definitivamente, toda a filosofia moderna, a que se segue aos mestres gregos e medievais.

A ciência política em sua origem moderna foi marcadamente influenciada pelas ciências naturais; daí houve inquestionável influência no método de investigação da prova no processo penal. As certezas das Ciências Naturais traziam a certeza para a seara das Ciências Sociais.

No entanto, a própria Física contemporânea é marcada por incertezas, o que colocou em xeque a epistemologia que outrora havia sido construída no campo das Ciências Naturais.

Com a Teoria da Relatividade de Albert Einstein são substituídos os conceitos independentes de espaço e tempo da Teoria de Newton pela ideia de espaço-tempo como uma entidade geométrica unificada. O espaço-tempo na relatividade especial consiste de uma *variedade* diferenciável de 4 dimensões, três espaciais e uma temporal (a *quarta dimensão*), o que permite que noções de geometria possam ser utilizadas. É nessa teoria, também, que surge a ideia de *velocidade da luz invariante*.

Com a ascensão da Teoria do Caos, para a *física* e a *matemática*, passa-se a analisar o funcionamento de *sistemas complexos* e *dinâmicos*.

Assim, em sistemas dinâmicos complexos, determinados resultados podem ser instáveis no que diz respeito à evolução temporal como função de seus parâmetros e variáveis. Isso significa que certos resultados determinados são causados pela ação e a interação de elementos de forma praticamente aleatória. Por exemplo, a formação de uma nuvem no céu pode ser desencadeada e se desenvolver com base em centenas de fatores que podem ser o calor, o frio, a evaporação da água, os ventos, o clima, condições do Sol, os eventos sobre a superfície e inúmeros outros. Além disso, mesmo que o número de fatores influenciando um determinado resultado seja

pequeno, ainda assim a ocorrência do resultado esperado pode ser instável, desde que o sistema seja não linear.

A consequência dessa instabilidade dos resultados é que mesmo sistemas determinísticos (os quais têm resultados determinados por leis de evolução bem definidas) apresentem uma grande sensibilidade a perturbações e erros, o que leva a resultados que são, na prática, imprevisíveis ou aleatórios, ocorrendo ao acaso. Mesmo em sistemas nos quais não há erros microscópicos na determinação do estado inicial e atual do sistema, podem os mesmos ser amplificados pela não linearidade ou pelo grande número de interações entre os componentes, levando ao resultado aleatório. É o que se chama de "Caos Determinístico".

Ora, se a fenomenologia do Universo é marcada por incertezas, por certo também o é a fenomenologia dos acontecimentos sociais. Não obstante, se da conclusão de que a humanidade na atualidade é marcada por incertezas, defender-se que a busca da verdade real não é mais um princípio a ser aplicado no processo penal, é partir da premissa, então, de que as perplexidades dos fenômenos físicos e as incertezas da existência humana determinariam uma inércia intelectual e um abandono pela busca da verdade. Em termos axiológicos, o homem sempre buscará a verdade, sendo que o processo nesses termos só pode consistir em uma busca pela verdade e pela justiça. O princípio da verdade real traduz-se em uma busca pela verdade, mormente para averiguar se o agente ao qual se imputa uma conduta delituosa é, ou não, o autor desta ação, ou mesmo, em alguns casos, se a ação contrária ao Direito, de fato, existiu, ou não.

As relativizações científicas não podem conformar o Direito e o processo a uma satisfação com uma mera verdade formal. Se assim fosse admitido, vigorando o princípio *in dubio pro reo*, ninguém mais seria sentenciado. Curioso, *permissa venia*, é que as relativizações científicas para doutrina garantista transparecem não incidir em relação ao princípio da presunção de inocência e o princípio de que a liberdade é a regra, que obviamente comporta exceções.

Não é demasiado parafrasear Voltaire: *"Devemos julgar o homem mais pelas suas perguntas do que pelas suas respostas"*, nem é demasiado parafrasear

Sócrates: *"Tout ce que je sais, c'est que je ne sais rien"*. Mas, apesar de todas as incertezas, creio que o processo penal guia-se pela busca da verdade. Crendo também que a novel sistemática cautelar no processo penal traz proteção deficiente e insegurança jurídica.

Só espero, no espírito da independência conferida à atividade judicante, que minha posição em contraste com as balizadas e cultas posições em sentido diametral encontre a mesma indulgência que pode ser encontrada também nas palavras do filósofo iluminista Voltaire: *"Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas lutarei até a morte pelo direito de você dizê-las"*.

Caso contrário, como o advogado francês Guillaume-Chrétien de Lamoignon de Malesherbes, no curso da Revolução Francesa, a quem foi incumbida a defesa de Luís XVI perante a Convenção, e esta não lhe poupou a vida, condenando-o a guilhotina: trago a vós minha palavra e minha cabeça. Podereis dispor da segunda, desde que ouçais a primeira. Se, então, aquele foi um caso clássico de luta pela independência no exercício da advocacia, quisera essa humilde decisão se traduzisse em uma luta pela independência da magistratura.

Não faço, *ad cautelam*, uma defesa do *Ancien Régime*, mormente porque não creio que a aplicação do princípio da vedação da proibição deficiente configure algo que esteja em desacordo com a base principiológica dos direitos fundamentais, da centralidade nessa base da dignidade da pessoa humana nem que tal defesa esteja em desconsonância com o pós-positivismo.

Em prosseguimento, na linha de raciocínio desenvolvido por vertentes da doutrina garantista não seria grave a conspurcação da busca da verdade real em virtude da coação psíquica e física de pessoas que são chamadas a intervir no processo, como por exemplo, vítimas, ofendidos e testemunhas. Modernamente, conquanto, reputo que nem o processo civil se conforma com a verdade meramente formal, pois se tal verdade fosse admissível, o juiz no processo civil não poderia determinar *ex officio* a realização de provas não propostas pelas partes, conforme prevê o artigo 130 do Código de Processo Civil.

A busca da verdade no processo, então, também é uma aspiração da sociedade, sendo a tutela do processo um interesse de todos, e não só dos envolvidos da relação jurídico-processual. Se não houver tutela profícua, não há segurança jurídica, donde se pode inferir, consoante o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, que o mal causado pela segregação cautelar de quem ameaça uma testemunha ou alguém que é chamado a intervir em um processo é bem menor do que o mal que poderia ser causado ao próprio instrumento de atuação do Direito. Assim, se o acusado deste tipo penal vier a ser sentenciado, obtendo algum benefício, ou mesmo no curso do processo obtenha algum benefício, ocasional desproporção com uma eventual segregação cautelar anterior será um *minus* se comparável a vulneração da própria eficácia do processo como meio de atuação da justiça, e, por conseguinte, do próprio Estado Democrático de Direito.

O princípio da proteção jurídica assegura ao cidadão um direito subjetivo, cuja violação lhe permite exigir proteção jurídica. Assim, como nos ensina o mestre Gomes Canotilho que, em relação à estrutura da lei restritiva, verificam-se preceitos constitucionais que preveem expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, reputando-se como direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isto quer significar que a norma constitucional é simultaneamente uma norma de garantia, que reconhece e garante uma determinada incidência de proteção a um direito fundamental, e uma norma de autorização de restrições, tendo em vista que autoriza o legislador a estabelecer os limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

Assim, há limites imanentes que se justificam em virtude de limites originários impostos a todos os direitos, a fim de assegurar: os limites constituídos por direitos dos outros; os limites imanentes da ordem social; e os limites eticamente imanentes. Isto quer dizer, há uma cláusula da comunidade, consoante a qual os direitos, liberdades e garantias estão sempre limitados quando colocam em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

De igual modo, a teoria das limitações horizontais propugna que o exercício de direitos, liberdades e garantias pressupõe uma reserva de

não prejudicialidade. Toda a reserva deve ser observada na construção dogmática de tais limites, sob pena de se colocarem os direitos, liberdades e garantias a um alvedrio limitativo do legislador; não obstante, melhor do que falar em limites é a noção de que os direitos fundamentais devem demandar uma aplicação sistêmica com base na ponderação de interesses.

Deste modo, o direito à liberdade, assegurado na Constituição Federal de 1988, também contempla uma autorização restritiva feita pelo próprio legislador constitucional, a saber, a liberdade é a regra, inobstante há exceções como no caso da prisão processual. Assim, o próprio constituinte originário autorizou o legislador infraconstitucional a clarear a restrição ao direito fundamental à liberdade.

Portanto, quem mata alguém, desrespeita o direito à vida, autorizando-se o legislador infraconstitucional, nessa hipótese, a prever restrições à liberdade, dentre as quais a prisão processual. Porquanto, se a liberdade não pudesse ser restringida em prol de um direito alheio, ou mesmo em prol da cláusula da comunidade ou em prol de limites eticamente aceitáveis, o que se depreenderia no âmbito da horizontalidade dos direitos fundamentais seriam a proteção deficiente e supervalorização de um direito em detrimento de outro.

A própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIX, prevê a possibilidade de prisão em flagrante, e não poderia sê-lo diferente, mormente porque o fundamento dessa prisão cautelar é procurar evitar, quanto possível, que a ação criminosa gere todos os seus efeitos; servindo ainda como instrumento apto a colheita da prova.

A novel sistemática cautelar, entretanto, propõe que a força cautelar oriunda da autuação em flagrante de um agente preso em flagrante-delito não se coaduna com a ulterior instauração da relação jurídico-processual, sem que haja uma decisão judicial convertendo tal prisão em prisão preventiva.

Mas estamos no campo da semântica e da perquirição terminológica, pois outrora a prisão em flagrante também era comunicada imediatamente ao juiz natural, *ex vi* do artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, que é norma autoaplicável por se tratar de garantia individual.

O juiz, quando recebia, então, a comunicação da prisão em flagrante, fazia o exame da legalidade; bem como se o magistrado entendesse que se não estivessem presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, concedia a liberdade provisória, nos termos do antigo parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal.

A nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal aduz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando as demais medidas cautelares não se revelarem adequadas ou suficientes; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A perplexidade advém do novo § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, que preceitua o encaminhamento do auto de prisão em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, acompanhado de todas as oitivas colhidas. Ora, o § 1º do antigo artigo 306 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2009 já trazia disposição semelhante. No entanto, a dúvida ora trazida diz respeito à utilização da acepção "auto" no novel § 1º do antigo artigo 306 do Código de Processo Penal, o que está levando alguns a entenderem que foi derrogada a primeira parte do artigo 10 do mesmo diploma legal, que preceitua que o inquérito policial deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante.

A antiga redação do § 1º do antigo artigo 306 do Código de Processo Penal também trazia a mesma acepção, e nem por isso advogava-se a derrogação da primeira parte do aventado artigo 10.

Todas estas questões suscitam dúvidas, como se houvesse ocorrido mudança substancial nessa matéria.

Ora, se o novo artigo 311 do Código de Processo Penal continua admitindo, em qualquer fase do inquérito ou do processo penal, que cabe a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, o que, de fato se alterou foi o *nomen iuris* da prisão oriunda da prisão em flagrante quando essa é comunicada ao juiz. Assim, se o juiz converte a prisão em flagrante em preventiva, não é muito diferente de manter a prisão em flagrante quando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva. De qualquer

forma, a ontologia é cautelar.

Sendo certo que a utilização da acepção "auto" não quer dizer que foi derrogada a primeira parte do artigo 10 do Código de Processo Penal, pois o prazo para a conclusão do inquérito de réu preso continua sendo de 10 (dez) dias, independentemente se a inquisa iniciou-se por portaria da autoridade policial ou pela lavratura de procedimento de cognição coercitiva. O legislador usou a acepção "auto" porque a autuação em flagrante se instrumentaliza em um auto. A palavra auto em termos semânticos é justamente um termo ou narração circunstanciada de determinada diligência judicial ou administrativa.

Fazer-se uma interpretação meramente gramatical no novel § 1º do novo artigo 306 do Código de Processo Penal, para propugnar a derrogação da primeira parte do artigo 10 do mesmo diploma é refutar uma interpretação lógica, consoante a qual em muitos casos, apesar da autuação em flagrante que visa à cessação dos efeitos da conduta delituosa, haverá necessidade de mais acuradas investigações policiais e diligências policiais para formação da *opinio delicti* do Ministério Público, mormente em casos complexos, o que demandaria o prazo de 10 (dez) dias para conclusão do inquérito policial e sua remessa ao Poder Judiciário, e agora também ao Ministério Púbico, para que, se assim entender, ofereça denúncia em face do indiciado.

O juiz, portanto, como dantes, faz um exame preliminar da situação flagrancial e examina se a prisão deve, ou não ser mantida. Se agora o *nomem iuris* é conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, a ontologia é a mesma, a saber, a da incidência de uma medida cautelar pessoal para a tutela do próprio processo. Destarte, o prazo para o ajuizamento da ação penal em face de réu preso pelo Ministério Público continua sendo o do artigo 46 do Código de Processo Penal, a saber, o de 5 (cinco) dias, contados da data em que o aludido órgão recebe os autos do inquérito policial, que pode vir a ser concluído no prazo de dez dias, sem detrimento da ciência da existência de sua peça inaugural, a saber, do auto de prisão em flagrante.

Ora, se a legislação não falasse em 'auto', supor-se-ia que a prisão

em flagrante então não seria instrumentalizada em um termo em um auto circunstanciado? Creio que não, pois o que há é uma confusão terminológica e falta de interpretação lógica. E essa falta de lógica, por certo, trará descrédito para o Judiciário e insegurança jurídica.

O que causa perplexidade é que, agora, os defensores do garantismo extremado, alicerçados na concepção do sistema acusatório clássico, sustentam que foi derrogada a primeira parte do artigo 10 do Código de Processo Penal. E que, o Ministério Público como é comunicado também da prisão em flagrante, ou melhor, da existência do 'auto' de prisão em flagrante, deve requerer, se cabível e adequada, a conversão da prisão em prisão preventiva, não podendo o juiz fazê-la de ofício. Deste modo, como esse entendimento, há outro ainda mais extremado, a saber, como, a *prima facie*, o juiz não poderia decretar a prisão preventiva no curso da investigação, o *Parquet* nas exíguas 24 (vinte e quatro) horas previstas no § 1º do novo artigo 306 do Código de Processo Penal, deveria também propor a ação penal.

Na visão de alguns operadores, caso o *Parquet* não requeresse a conversão da prisão, ou, inclusive, não oferecesse a ação penal, a saída então para o magistrado seria a de relaxar a prisão em flagrante, mesmo que fosse a prisão de um homicida perigoso, a de um estuprador de crianças ou de um traficante de drogas.

Se a novel sistemática admite a prisão preventiva para aquele que não foi ainda identificado, perdurando até que seja civilmente ou criminalmente esclarecida a identidade do infrator, sem perquirição acerca do limite da pena do crime no qual o agente incurso se encontre. É uma contradição relaxar a prisão de um criminoso perigoso por suposta vulneração do sistema acusatório clássico.

Ora, não existe sistema acusatório clássico. A garantia do sistema acusatório e sua lógica residem no fato de que as funções de acusar, defender e julgar são incumbidas a órgãos distintos. Em nosso sistema, o juiz exerce, inclusive, a função anômala de fiscalização de obrigatoriedade da ação penal, não sendo nenhuma conspurcação de sua imparcialidade a adoção de medidas cautelares, antes ou no curso do processo, dentro do

poder cautelar do juiz, que lhe é conferido ante a garantia constitucional de que o Poder Judiciário não se eximirá de analisar lesão ou ameaça de lesão a direito. Trata-se, inclusive, de um direito substancial de cautela, como defende o Professor Ovídio Batista, assim, pode-se afirmar que, em relação aos interesses afetos à seara processual penal, a pretensão de direito substancial de cautela poderia ser titularizada por toda a sociedade; ainda se sopesando que as medidas cautelares são autônomas.

No enfoque do poder geral de cautela, a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* só pode advir desse poder, estando assentada em razões lógicas. Nessa linha, o corolário *ne procedat judex ex officio* é aplicável às medidas cautelares e ao poder geral de cautela do juiz, só sendo cabíveis as medidas cautelares, a *prima facie*, quando requeridas pelas partes.

Não obstante, para que esse princípio não vingue em hipóteses excepcionais, como é o caso das hipóteses de imposição de medidas cautelares pessoais no processo penal, impõe-se seu inequívoco afastamento pela lei.

É, então, o que o faz o novel artigo 311 do Código de Processo Penal, para as hipóteses de decretação de prisão preventiva *ex officio* ante os relevantes interesses que poderão estar em jogo. Da mesma forma prevê o artigo 798 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal.

Repito, direito é lógica sistematizada. Quando a lógica é ferida, o que exsurge é a sensação de ineficácia da função judicante. Quando, por exemplo, um indivíduo perigoso é solto por uma filigrana processual, por postulados ideológicos, o que advém é a insegurança jurídica.

Curioso que a corrente garantista que advoga a existência do sistema acusatório clássico como verificado no sistema jurídico do Common Law, no direito norte-americano e no direito anglo-saxônico, esquece-se de algumas peculiaridades daquele sistema.

Por exemplo, no direito norte-americano o réu tem o direito ao silêncio, mas se pretender depor perante um *Grand Jury*, se mentir poderá ser processado por perjúrio. Da mesma forma, o órgão de acusação não está obrigado sempre a ajuizar a ação penal, constatando-se não só a conveniên-

cia da propositura da ação penal em determinados casos, como também se verificando o sistema do *plea barganing*. Ademais, naquele sistema, juízes e promotores podem ser eleitos, depreendendo-se ainda que os órgãos de investigação policial trabalham, umbilicalmente, com os promotores.

Além do mais, o direito penal norte-americano é extremamente severo, havendo inclusive previsão da pena capital em alguns estados da federação norte-americana, o que justifica uma posição estanque do juiz em face da produção probatória. O mesmo se pode dizer do direito anglo-saxônico, no qual inclusive adolescentes que praticaram crimes hediondos já foram condenados pela Justiça britânica à prisão perpétua.

Nos Estados Unidos, por exemplo, não existe esse instituto ignóbil do foro por prerrogativa de função, vez que naquele sistema judicial até o Presidente da República pode vir a ser processado e julgado por infração penal comum perante um juiz de 1ª instância. Naquele sistema, inclusive, já tiveram Presidentes da República, em exercício ou, após renunciarem ao mandato, processados e julgados penalmente perante órgãos jurisdicionais de 1ª instância.

No Brasil, com o foro privilegiado para diversos membros de poder, a saber, não só para o Presidente e o Vice-Presidente da República, mas para Senadores, Deputados Federais, Ministros de Estado, Ministros do Tribunal de Contas da União, Governadores, Deputados Estaduais, Conselheiros dos Tribunais de Conta dos Estados, Prefeitos e, agora, ante a uma extensão conferida ao princípio da simetria, vigora o entendimento de que até os Vereadores detêm foro por prerrogativa de função, constata-se, portanto, que ante os inúmeros casos de corrupção recente e malversação de recursos, que denotam corrupção endêmica em vários setores da Administração Pública, há uma sensação latente na população de que para a classe política não há punição.

Isso ocorre, não sem motivo plausível, pela complexidade que se constata na atribuição constitucional de competência originária a um órgão jurisdicional superior para processar e julgar penalmente membros de poder como, por exemplo, a que é atribuída pelo artigo 102, inciso I, alíneas "b" e "c", da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal,

que detém ainda múltiplas competências, inclusive a mais relevante, que é a de funcionar como Corte Constitucional, órgão máximo de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Não é sem razão que há décadas, não se verifica uma condenação de réu processado, originariamente, por infração penal comum perante o Pretório Excelso. Toda a sociedade está ciente do esforço do Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal, Relator da Ação Penal originária movida pelo Procurador-Geral da República em face dos réus que, supostamente, se envolveram no caso recente da política brasileira que ficou conhecido como "mensalão".

Igual problemática também se constata com as atribuições constitucionais a outras instâncias jurisdicionais superiores para processarem e julgarem, originariamente, membros de poder por infrações penais comuns como as que se verificam em relação ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais.

Destarte, causa mais perplexidade para os leigos, quando o agente político processado, originalmente, perante instância superior por infração penal comum, renuncia ao mandato ou cargo, obrigando que a Corte com competência originária, decline da competência, ante o entendimento lógico de que o foro por prerrogativa de função atribui-se em virtude da deferência ao cargo, e não a pessoa, cessando a competência originária, quando não há mais o exercício do cargo.

Ad argumentandum, quem sabe no futuro, ante uma hermenêutica dogmático-evolutiva do texto constitucional, a fim de que não haja rupturas institucionais e, quem sabe, até uma eventual necessidade de convocação de outra Assembleia constituinte, supere-se no Pretório Excelso a rejeição à teoria aceita em outros sistemas jurídicos da existência de normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, a de normas constitucionais, oriundas do poder constituinte originário, que a evolução dogmática passe a reputar como inconstitucionais, consoante a dogmática desenvolvida pelo jurista alemão Otto Bachof.

Assim, quem sabe no futuro, as normas constitucionais originárias que preveem foros por prerrogativas de função não venham a ser reputadas

como sendo inconstitucionais?

O jurista alemão Otto Bachof levanta a tese da possibilidade de se constatarem normas constitucionais, dentro do Texto originário da Constituição, que seriam inconstitucionais em face ao Direito Supralegal, permitindo, portanto, a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais.

Até que ponto a rigidez das Constituições é imune às influências e vinculações extrapositivas? O Poder Constituinte Originário deve respeitar valores transcendentais e, se isto não ocorrer, normas em desacordo poderão ser consideradas inconstitucionais? Há hierarquia interna entre as normas constitucionais ou o que vigora é o princípio da unidade da Constituição? E qual a competência e quais os limites dos Tribunais ou Cortes Constitucionais?

Por isso, que diante de nosso frágil sistema penal, não adotar uma posição ativa, não perfilhar o ativismo judicial é algo a ser examinado com critério e acuidade. A ideia de um sistema acusatório clássico na seara processual penal, com um juiz absolutamente inerte, em muitos casos o que engendrará não será a garantia da imparcialidade, mas a da ineficácia da atividade jurisdicional.

Nesta senda, se no Brasil vulneram-se os direitos dos presos, o Poder Judiciário não pode ficar omisso, havendo garantias e instrumentos adequados para correção das omissões estatais pelo Judiciário, mormente as do Poder Executivo; o que falta, portanto, é o manejo desses instrumentos, o que deve ser feito com coragem e sem receio de que se firam suscetibilidades dos ocupantes do poder das demais funções estatais.

Como salienta o Professor Luís Roberto Barroso, na sua obra **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**[21], sobre a análise do ativismo jurídico:

21 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**: Saraiva, São Paulo, 2ª ed. p. 284/285.

> *"A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a ampliação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas".*

Sem embargo dos adeptos de uma metodologia de autocontenção judicial, ou até de um elastério do entendimento do ativismo judicial, vislumbro a proteção deficiente como uma possibilidade de atuação judicial de exame da inconstitucionalidade de atos normativos com premissas e critérios menos rígidos do que os tradicionalmente adotados. Assim, como salienta o Professor Luís Roberto Barroso em sua obra **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**[22]:

> *"A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras jurídicas. Nos casos difíceis, todavia, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política".*

Assim, se há risco de no futuro os juízes brasileiros sofrerem o jul-

22 Ob. cit. 21, p. 399/400.

gamento da História em razão de violações que são perpetradas nos cárceres contra presos provisórios ou definitivos, a solução para evitar esse julgamento negativo, essa mácula à nossa imagem, talvez, *permissa venia*, não seja a que se aproxime do abolicionismo da pena ou a de uma política restringível ou reducionista do poder cautelar dos juízes, em detrimento de outros direitos individuais e direitos e interesses metaindividuais, mas a da adoção de uma atitude mais ativa.

Na hipótese, se a confrontação da novel sistemática cautelar no processo penal, em alguns aspectos, conflita no meu entendimento com outros direitos fundamentais e direitos e interesses metaindividuais que não a liberdade, se houver nesses direitos a inserção de conceitos jurídicos indeterminados, como o da segurança, ou mesmo da segurança pública, como salienta o Mestre Luís Roberto Barroso[23]:

> *"Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário. Ambos têm em comum a impossibilidade de o Direito, em múltiplas situações, antecipar todas as hipóteses de incidência da norma e disciplinar em detalhe a conduta a ser seguida. Daí a necessidade de delegar parte da competência de formulação da norma ao seu intérprete e aplicador. No entanto, o papel que este irá desempenhar varia significativamente conforme se trate de um ou outro caso. Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve a atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação".*

Ad cautelam, quando se advoga a 'discricionariedade' que deve ser

23 Ob. cit. 22. p. 333.

conferida ao juiz para adoção de medidas cautelares, assim, se faz na acepção e no sentido lato desse vocábulo, e não no sentido técnico do Direito Administrativo de conveniência e oportunidade, pois em sede de medidas cautelares o que se impõe é um poder-dever assentado na necessidade.

Se a novel sistemática traz colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais, tais modalidades de colisão revelarão a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos, notadamente a inadequação do método subsuntivo, exigindo-se outros métodos, dentre os quais a metodologia da ponderação de interesses.

O mestre Luís Roberto Barroso, sobre a colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais, adverte:

> *"direitos fundamentais não são absolutos e, como conseqüência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a atividade de leis restritivas, bem como fornecer parâmetros ao intérprete judicial".*

No caso da limitação trazida pela Lei nº 12.405, de 04 de maio de 2011, em relação ao artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, revela-se de difícil solução para muitas hipóteses concretas, haja vista que, aparentemente, tratar-se-ia de hipótese de ampliação de um direito fundamental e da observância do princípio da proibição do excesso e da inserção do postulado da proporcionalidade em sentido estrito, no entanto, em uma visão sistêmica e sopesando a unicidade da Constituição e do subsistema dos direitos fundamentais hauridos da dignidade da pessoa humana, poder-se-á chegar à conclusão, em variadas hipóteses fáticas, de que houve

vulneração ao princípio da vedação de proteção deficiente e antinomia reveladora de insegurança jurídica. Podendo se concluir, em muitos casos, que a restrição incidente pela normatização em voga foi a de outros direitos fundamentais e direitos e interesses metaindividuais também valorados pela Constituição Federal.

Direitos fundamentais como o da segurança, assegurada a todos os cidadãos, o da inafastabilidade da jurisdição, o do devido processo legal sob o prisma substantivo, o interesse metaindividual à segurança pública, dentre outros, poderão vir a colidir com os limites normativos trazidos pela Lei nº 12.405, de 04 de maio de 2011, para o exercício do poder cautelar do juiz.

Sobre o tema da colisão de direitos na seara penal, também discorre com maestria o mestre Luís Roberto Barroso, em sua magistral abordagem do Direito Constitucional Contemporâneo[24]:

> *"A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade, no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada na Constituição".*
>
> *"... o direito penal atua como expressão do dever de proteção do*

24 Ob. cit. 22, p. 379 e 382.

> *Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação de delitos e atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência".*

Conforme o entendimento acima exposto, possível o exame da constitucionalidade de legislação infraconstitucional penal na hipótese de violação de proteção deficiente, o que pode também ser feito pela via do controle difuso das leis e espécies normativas. Com mais razão ainda é viável o controle da constitucionalidade pelo método difuso de legislação infraconstitucional que disciplina matéria afeta ao processo penal.

O controle de constitucionalidade difuso pode ser praticado por qualquer juiz ou Tribunal, estando sua origem no direito norte-americano no famoso caso Marbury vs. Madison, de 1803, relatado pelo *Chief Justice* Marshall, quando a Constituição americana não previa, expressamente, o controle da constitucionalidade, mas Marshall desenvolveu o raciocínio lógico-jurídico de que a Constituição para ser alterada exige processo especial, destarte, se uma lei ordinária contradiz a Constituição é nula. O controle difuso foi introduzido no Brasil, com o advento da República, sendo consagrado pela Constituição de 1891.

Cumpre transcrever, então, alguns escólios do Doutor em Direito Inocêncio Mártires Coelho, Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, sobre hermenêutica constitucional no que tange aos limites da interpretação constitucional, extraído do **Tratado de Direito Constitucional**[25], organizados pelos insignes mestres Ives Gan-

25 COELHO, Inocêncio Mártires. **Tratado de Direito Constitucional**: Saraiva, São Paulo: 2010, p. 198.

dra da Silva Martins, Gilmar Mendes Ferreira e Carlos Valder do Nascimento:

> *"De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais – precisamente para preservar a sua força normativa –, o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática; por isso é que, olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado jurídico da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação. Afinal, como observa Cossio, toda a valoração jurídica, enquanto fato, é necessariamente um fato do presente, porque um sentido só pode existir no presente".*
>
> *Tudo isso evidencia, mais uma vez, o significado exemplar da hermenêutica jurídica, em cujo âmbito – pela mediação vivificadora do intérprete – integram-se, historicamente, os dois horizontes significativos, o horizonte do texto e o horizonte do seu aplicador, que, ao interpretar para poder aplicar, não abandona o seu próprio mundo, antes amplia para fundi-lo com o mundo do texto".*

Assim, o juiz deve observar os princípios da interpretação constitucional, a saber: o princípio da unidade da Constituição; o princípio da concordância prática ou da harmonização; o princípio da correção funcional; o princípio da eficácia integradora da Constituição; o princípio da força normativa da Constituição; e o princípio da máxima efetividade da Constituição; além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para aplicar o horizonte do texto ao horizonte do mundo real.

Pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, o juiz, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

Como salienta o Doutor em Direito Inocêncio Mártires Coelho, Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Pú-

blico pelo princípio da eficácia integradora, o juiz, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, deve dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social.

Nesta senda, o Doutor em Direito Inocêncio Mártires Coelho preceitua que, no campo da hermenêutica e aplicação da lei constitucional, verificam-se decisões interpretativas em sentido estrito, que podem ser de rechaço ou aceitação, e decisões interpretativas manipuladoras, consistindo em decisões aditivas ou substitutivas.

Sobre as decisões substitutivas, o Jurista Inocêncio Mártires Coelho nos ensina[26]:

> *"Quanto às sentenças substitutivas, assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como denomina Prieto Sanchís, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, o mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto possível de controle pela crítica do seu comportamento".*

Importante a reprodução da lição acima, tendo em vista que, na hipótese do novo artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, reputo inconstitucionais os limites normativos que foram trazidos pelo aludido inciso no que tange ao cabimento da prisão preventiva em hipóteses que

26 Ob. cit. 26, p. 245/246.

essa medida cautelar pessoal se faça estritamente necessária, seja para garantia da ordem pública, seja para conveniência da instrução criminal ou asseguração da aplicação da Lei Penal, ou seja, em relação a determinados crimes punidos com pena de reclusão, cujo preceito secundário não prevê apenação superior a quatro anos quanto a essa modalidade de prisão; entende este magistrado que a restrição trazida pela aludida norma colide com outros direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal, bem como outros interesses metaindividuais valorados na Constituição Federal. Resultando-se desta colisão da vulneração do princípio da proibição de proteção suficiente, mormente no que tange ao poder cautelar do juiz sob o enfoque do princípio da inafastabilidade da jurisdição e garantia do devido processo legal, sob o prisma substancial.

Cabível, assim, a análise *incidenter tantum* da constitucionalidade do inciso I do novo artigo 313 do Código de Processo Penal.

Sobre as decisões de efeitos aditivos, o eminente Ministro Gilmar Mendes Ferreira, do Supremo Tribunal Federal, salienta em prestigioso alvitre na obra **Tratado de Direito Constitucional**[27] sobre a possibilidade de prolação de tais decisões em nosso ordenamento no controle da constitucionalidade das leis e espécies normativas. Faz expressa referência à decisão do insigne Ministro Marco Aurélio de Mello quanto à Medida Cautelar proposta na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 sobre a constitucionalidade da criminalização de abortos de fetos anencéfalos:

> *"A doutrina italiana considera manipulativa a decisão por meio da qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordem com a Constituição".*
> *"Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substituti-*

27 MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de Direito Constitucional**: Saraiva, São Paulo: 2010, p. 363/364 e 366.

vo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional um certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra".

"Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns. Nesse sentido, em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martín de La Veja ressaltou ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional".

"Interessante notar que a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. O STF pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio de ações do sistema concentrado de controle, como nas ações dos remédios constitucionais individuais".

"Por ocasião do juízo de admissibilidade da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, v.g., restou evidente que se o Tribunal decidir pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar

a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de feto padecer de anencefalia".

"O conjunto dessas decisões talvez esteja a evidenciar que o STF livrou-se do vetusto dogma do legislador negativo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal aparece, como elemento determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional".

Na hipótese, nossa atual Constituição Federal é, essencialmente, programática, constituindo, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, garantindo-se a todos e aos seus cidadãos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em consonância com o escólio do Ministro Gilmar Mendes Ferreira do Supremo Tribunal Federal, não há também óbice à análise da constitucionalidade pelo controle difuso, e não só pelo controle concentrado, que resulte em uma decisão de efeitos aditivos substitutivos, sopesando que, em sede de controle da constitucionalidade, o Poder Judiciário pode livrar-se das amarras de mero legislador negativo.

Se esse é o entendimento e a tendência que agora vige na Corte Constitucional, superada está, portanto, as objeções doutrinárias de que o pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial que implicasse alteração do sentido da norma jurídica impugnada, seria juridicamente impossível, vez que a modificação normativa seria uma atividade legislativa-positiva, que não se coadunaria com o controle judicial da constitucionalidade das leis ante ao princípio da separação dos Poderes.

Superada essa dogmática na seara da hermenêutica e aplicação constitucional, como salienta o Ministro Gilmar Mendes, a decisão aditiva é

autoaplicativa, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar. Essa dogmática exsurge, então, do papel do juiz moderno na concretização dos valores e fins constitucionais, mesmo que, aparentemente, imagine-se que a sua atuação possa transparecer retrocessiva, quando, em verdade, o que se busca é a unicidade da Constituição e a efetivação dos direitos fundamentais, que não comportam apenas uma angulação, mas uma horizontalidade capaz de otimizar e tornar o mais eficaz possível os preceitos constitucionais.

Cabível, portanto, a interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, com base na ponderação do subprincípio do Estado Democrático de Direito, de vedação de proteção insuficiente em relação à regra geral para cabimento da prisão preventiva autônoma.

Ad cautelam, como salienta Ives Gandra Martins sobre as liberdades públicas na citada obra, **Tratado de Direito Constitucional**[28]*:*

> *"Nesse campo, como nos demais, nenhuma liberdade é absoluta. A própria concepção da vida em sociedade, tal como vislumbrada pelos contratualistas dos séculos XVII e XVIII, Thomas Hobbes (1588-1679) e Jean-Jaques Rousseau (1712-1778), via no pacto social a limitação das liberdades individuais com vista a tornar possível a vida social: 'a liberdade de cada um termina onde começa a do outro'".*
>
> *"Assim, liberdade não significa independência total, isto é, não depender de nada nem de ninguém. A vida em sociedade é, necessariamente, marcada pela mútua dependência".*
>
> *"A função do Estado é promover o bem comum. O bem comum é a soma dos bens individuais de cada um dos integrantes da sociedade. Cada indivíduo tem o seu projeto de vida, cuja meta, sob as mais variadas formas, é sempre a busca da felicidade".*
>
> *"Ora, a liberdade social, intrinsecamente unida à política e eco-*

28 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de Direito Constitucional**: Editora Saraiva, São Paulo: 2010, p. 288 e 289.

> *nômica, consiste em que o projeto de vida de cada indivíduo (seus ideais) possa ser alcançado".*

Com base na liberdade social é que reputo que os novéis limites normativos ao poder cautelar do juiz conspurcam vários direitos e garantias fundamentais, e outros direitos e interesses metaindividuais valorados pela Constituição Federal.

Dentre esses interesses figura a segurança pública, que é um direito e dever de todos, e um dever precípuo do Estado, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal. Sendo certo que uma restrição desmedida ou desarrazoada ao poder cautelar do juiz na seara processual penal causa reflexamente consequências na paz pública.

Sobre o direito e interesse metaindividual, o Desembargador Alvaro Lazzarini, do Tribunal de Justiça de São Paulo, salientou com maestria no tópico Defesa do Estado, no **Tratado de Direito Constitucional**[29], organizado pelos insignes mestres Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes Ferreira e Carlos Valder do Nascimento:

> *"Comentando a locução Segurança Pública que é a rubrica do Capítulo III do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas) da Constituição de 1988, José Cretella Júnior observa que o 'o problema da segurança, quer do Estado, que do indivíduo, inscreve-se como um dos temas fundamentais do Direito. Quanto ao Estado, segurança quer dizer 'paz', estabilidade da estrutura das instituições; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer 'tranqüilidade física e psíquica', condições garantidoras das circunstâncias que possibilitam o trabalho, afastada a vis inquietativa. Daí poder afirmar-se que a segurança do Estado, das pessoas e dos bens é elemento básico das condições universais, fator indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade*

29 LAZZARINI**,** Alvaro. **Tratado de Direito Constitucional**: Saraiva, São Paulo: 2010, p. 1033/1034 e 1036 e 1054.

humana. A paz, derivada da segurança, proclamada inviolável pelo Direito, não ficará, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual do cidadão, ou órgãos vitais do Estado".

"É de Louis Rolland, que invoca a autoridade de Haurion, a noção de que a ordem pública é uma situação de fato oposto à desordem, sendo essencialmente de natureza material e exterior, razão pela qual, realmente, cabe à polícia administrativa assegurar a boa ordem, isto é, 'a tranqüilidade pública, a segurança e a salubridade pública'".

"Muito se tem debatido, mas, no nosso entendimento, segurança pública é um estado antidelitual que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais e pelas leis das contravenções penais, com ações de polícia preventiva ou de repressão imediata, afastando-se, assim, por meio de organizações próprias, de todo o perigo ou de todo o mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a".

"Não é, portanto, só o Estado que tem responsabilidade sobre a segurança pública, porque, desde 1988, quando da promulgação da vigente Constituição da República, toda a comunidade de cidadãos tem tal responsabilidade nos limites constitucionais e infraconstitucionais".

"Concluímos igualmente que o denominado sistema de segurança pública é na verdade um subsistema que integra um sistema total, o denominado sistema criminal, também integrado por outros subsistemas o do Judiciário e do Prisional, além dos quais poderíamos considerar o do Legislativo e o do Ministério Público, o da Advocacia Criminal e etc., recordando dizer que todas as medidas propostas não devem ser avaliadas isoladamente, mas

pelo conjunto que representam, porque dessa visão maior dependerá sua efetividade, em benefício do controle da violência e da criminalidade nas grandes cidades, principalmente nas megalópoles, amenizando, a insegurança da comunidade".

Não é sem razão que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada quando da Revolução Francesa preceituava: *"a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública, esta força é, pois, instituída para favorecer a todos e não para ser utilizada particularmente por aqueles a quem está confiada".*

Conclui-se, assim, que a proteção deficiente conspurca, sobremaneira, direitos individuais, a saber, o direito traduzido na 'tranquilidade física e psíquica dos cidadãos, condições garantidoras da vida em comunidade.

Desta forma, a segurança que se quer, não é a de um Estado Policial como o da Alemanha Nazista, mas justamente a de um Estado Democrático, e não demagógico, que promova o bem de todos. Caso contrário, a fragilidade do Estado poderá fazer exsurgir grupos, como os paramilitares que surgiram no Estado do Rio de Janeiro que, em nome da ordem e no vácuo estatal, promovem a desordem e subversão dos direitos. Destarte, a fragilidade da República de Weimer foi que permitiu a ascensão do nazismo nos anos 30 na Alemanha, como bem salientou o historiador e Professor de Cambridge Richard J. Evans em sua obra clássica **A chegada do Terceiro Reich**. ◆

Considerações sobre a Lei nº 10.403/2011

Márcia Paixão Guimarães Léo[1]

A Lei 10.403/2011, que entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, trouxe para o ordenamento jurídico, mais uma vez, a consagração do princípio constitucional da Presunção de Inocência. Agora, mais do que nunca, tem-se a previsão de que o acusado do processo penal tem, como regra, o direito de responder solto ao processo, sendo a prisão uma exceção. Além disso, também restou positivado mais uma vez o entendimento de que a prisão cautelar visa a assegurar, acautelar, proteger o curso do processo, não servindo para aplicação de pena privativa de liberdade de forma antecipada.

Os entendimentos a respeito da aplicação de referida legislação ainda são divergentes, o que é compreensível, tendo em vista que estamos ainda nos primeiros passos de sua vigência.

É pacífico, entretanto, o entendimento de que, agora, a fundamentação para a decretação da prisão preventiva deve ser efetuada de forma profunda, com a análise do caso concreto, não sendo mais possível a mera fundamentação geral de que estão presentes os requisitos legais e de que o acautelamento se faz necessário para a preservação da ordem pública, garantia da instrução ou aplicação da lei penal.

A prisão com fundamentação precária gerará a soltura do acusado, ainda que concretamente coubesse a sua permanência no cárcere.

Mais uma novidade é o reconhecimento do legislador quanto à natureza precautelar da prisão em flagrante. A prisão em flagrante é efetivada pela autoridade administrativa e não judiciária, mas, anteriormente, ela era mantida por longo tempo, meses, até que fosse substituída pela prisão decorrente da sentença penal condenatória. Agora, isto não é mais possível,

1 Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias.

pois é obrigação do magistrado a verificação da necessidade de sua decretação e consequente conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Cabe ainda anotar nesta introdução a modificação do artigo 313 do CPP, que passa a prever o cabimento da prisão preventiva somente para os crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos; ou se já tiver sofrido condenação anterior; ou, ainda, nos casos de violência doméstica.

Outra grande inovação da Lei é a positivação de medidas cautelares diferentes da prisão. Observe-se que muitas destas medidas que estão previstas no atual artigo 319 do Código de Processo Penal já existiam no ordenamento jurídico, outras eram aplicadas pelos magistrados através do Poder Geral de Cautela, que era importado do Processo Civil.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise dos artigos alterados pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

O artigo 282 traz o cabimento das medidas cautelares. Para referida aplicação, mister a presença dos requisitos de necessidade e adequação. Esses requisitos são para qualquer medida cautelar, e não somente para a prisão preventiva. A regra é o acusado responder solto ao processo sem qualquer restrição a sua liberdade, e, assim, somente será imposta uma medida cautelar ao réu, por menos restritiva que seja, se estiverem, naquela situação, presentes os pressupostos desse artigo.

Os parágrafos 2º e 4º desse dispositivo legal autorizam a decretação de medidas cautelares ou sua substituição de ofício por parte do magistrado. Esse posicionamento vai em oposição aos princípios que norteiam o sistema acusatório. Em contrapartida, o parágrafo 3º traz o princípio constitucional da ampla defesa para a fase pré-processual ao determinar que, para a decretação das medidas cautelares, deve-se ouvir a parte contrária, como regra. Já o parágrafo 6º traz o conceito de que a prisão deve ser a *última ratio*, e somente será aplicada se as outras medidas cautelares não surtirem efeito.

Através da redação do artigo 283, verifica-se a impossibilidade da decretação de qualquer medida cautelar aos delitos para os quais não se aplique pena privativa de liberdade, ou seja, as contravenções penais. Refe-

rida determinação uma vez mais ratifica a ideia da prisão-exceção.

Para o professor Eugênio Pacelli, seguindo essa linha de raciocínio, igualmente não cabe medida cautelar para as infrações de menor potencial ofensivo, nas que caibam suspensão condicional do processo, desde que aceita pelo réu, e nos crimes culposos.

O inciso II do artigo 310 igualmente traz novo conceito ao ordenamento jurídico. Com o recebimento do flagrante, deverá o juiz analisar a situação do preso, para, se for o caso, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Aqui começam a surgir as divergências doutrinárias.

Para a grande maioria, o momento que o juiz dispõe para referida análise é o do recebimento do auto de prisão em flagrante. A autoridade policial, consoante o disposto no artigo 306, tem o prazo de 24 horas para encaminhar o auto de prisão em flagrante para a autoridade competente. Dessa forma, o magistrado analisará a situação do preso em pouco mais do que 24 horas do momento de sua prisão. Desse ponto, o professor Paulo Rangel discorda. Para ele, o momento propício para essa análise é o previsto no artigo 10 do CPP, pois somente nessa hora estarão anexadas aos autos as peças técnicas pertinentes, sendo certo que a lei deu tal prazo à autoridade policial para efetivação das devidas investigações.

Em uma primeira análise, parece que o posicionamento do Desembargador Rangel é *contra legem*, na medida em que a lei é clara ao dizer "ao receber o auto de prisão em flagrante".

Deve-se mencionar, inclusive, que há entendimento, minoritário, é verdade, de que este artigo 10 estaria revogado pela nova sistemática processual. Entretanto, a referida posição também não é a melhor, haja vista que, como já mencionado por Rangel, continua a autoridade policial com período de tempo para proceder suas investigações.

Outra divergência nesse ponto é no sentido da possibilidade do juiz efetuar a conversão de ofício, ou se há a necessidade de requerimento do Ministério Público nesse sentido. Para alguns, pode o juiz decretar de ofício, para outros, é prudente a oitiva do Ministério Público (mas não necessária), e, para uma terceira corrente, somente é cabível a conversão se houver requerimento expresso do Ministério Público, e, caso não haja,

deverá o juiz libertar o preso.

Aqui surge um outro problema. Para os que entendem que o magistrado pode fazer a conversão de ofício, o que fazer em uma situação na qual a autoridade policial classifica um delito como furto, mas o juiz entende que se cuida de roubo? A *opinio delict* é do titular da ação penal, no caso, o Ministério Público. Nessa situação, pode acontecer de o juiz converter o flagrante em prisão preventiva por entender que se trata de roubo e não furto, e o *Parquet*, no momento do oferecimento da denúncia, entender de forma diversa. Além disto, não estaria o magistrado antecipando seu posicionamento em situação inoportuna, pois o juiz somente pode analisar a situação meritória ao final da instrução?

Talvez a melhor corrente seja a que preceitua a conveniência da oitiva do Ministério Público. Isto porque não parece razoável libertar um traficante de entorpecente que foi preso em flagrante com imensa quantidade de drogas e armamentos, somente pelo fato de o Ministério Público ter se omitido no pedido de prisão preventiva.

O artigo 312, em sua nova redação, não trouxe mudança muito significativa. Existe posicionamento no sentido de que a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem econômica e da ordem pública fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Para o Desembargador Grandinetti, a ordem pública é diferente, pois pressupõe o funcionamento correto das instituições públicas e visa a resguardar direitos e garantias individuais.

Em verdade, a garantia da ordem pública não visa apenas a evitar que os acusados voltem a praticar a mesma ou outras infrações, mas sim acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça e, principalmente, sua repercussão.

Para a grande maioria da doutrina, a conversão prevista no parágrafo único do artigo 312 é permitida inclusive para as situações de crimes com penas menores do que quatro anos de prisão. Para outros, entretanto, isto não é possível em razão do princípio da proporcionalidade. Aliás, há quem entenda, de forma minoritária, que as medidas cautelares dispostas no artigo 319 só são cabíveis para os crimes com pena privativa de liber-

dade maior de 4 anos, justamente para que, no caso de descumprimento, ser possível a conversão. Para esta parte da doutrina, entender de modo diverso significaria uma burla ao comando legislativo.

Entretanto, não é isto que diz a lei. Para a conversão da medida cautelar em prisão preventiva, não é necessário o preenchimento dos requisitos do artigo 313. A nova legislação não limitou a aplicação das medidas cautelares, como fez com a prisão preventiva, razão pela qual é possível sua aplicação para crimes que apresentem penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos. Em outro prisma, o parágrafo único do artigo 312, que autoriza a conversão da medida cautelar em prisão preventiva, não traz qualquer limite para esta conversão.

O artigo 313 traz, em sua nova redação, as situações em que são cabíveis a decretação da prisão preventiva.

As medidas cautelares típicas estão previstas nos artigos 319 e 320. Agora, para a grande maioria da doutrina, não mais é possível a aplicação de medidas cautelares atípicas.

As medidas cautelares podem ser aplicadas isoladamente ou de forma cumulativa, e, ainda, com o intuito de assegurar o cumprimento de outra medida cautelar. Existe uma gradação de restrição da liberdade do indivíduo, e isto deve ser ponderado no momento de aplicação da medida, tendo-se sempre em conta sua necessidade e adequação.

Há quem entenda, em função do princípio do direito penal (trata-se de lei de natureza mista), da impossibilidade de retroação da lei penal mais gravosa, que as medidas cautelares somente poderão ser aplicadas para as infrações cometidas após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011. Entretanto, quando o acusado já se encontra preso preventivamente, poderá, se for o caso, ser convertida a prisão em outra medida cautelar.

O que é importante frisar é que a regra é a liberdade plena do acusado. Haverá aplicação de medida cautelar, por menos restritiva que seja, somente se presentes os requisitos do artigo 282 do CPP.

Dentre as medidas tipificadas, interessante a prevista no inciso VIII do art. 319. Tentou-se a revitalização do instituto da fiança, que estava praticamente em desuso. Em verdade, a fiança, hoje, pode substituir o

flagrante, bem como pode ser medida cautelar. A fiança teve também novo regramento com o advento da Lei 12.403/2011.

Não há previsão de tempo quanto à aplicação das medidas cautelares, assim, devem elas ser regularmente reavaliadas pelo juízo.

A Lei 12.403/2011 trouxe grandes e importantes inovações ao ordenamento jurídico, apesar de, em verdade, muitas cautelares já estarem previstas de forma dispersa na legislação. Cabe, agora, aos aplicadores da lei, o seu exercício, sempre buscando o resguardo dos direitos individuais do acusado, em equilíbrio com o direito de toda a coletividade. ◆

Uma Análise da Lei nº12.403 de 2011

Myrian Therezinha Cury[1]

Introdução

Após uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei 4.208/01, transformado na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, com publicação no dia 05 do mesmo mês. A referida Lei passou a ter vigência 60 dias após sua publicação, dia 04 de julho de 2011.

Com importantes alterações na disciplina das prisões e da liberdade provisória, o novo diploma legal se preocupa em introduzir várias medidas cautelares alternativas ao cárcere – art. 319, CPP.

Contudo, apesar de trazer para o campo concreto o que já se sustentava na doutrina, sua aprovação causa certa suspeita. Em vias de ser votado no Congresso Nacional, o PLS 156, apresentando um Projeto de um Novo Código de Processo Penal, também prevê a instituição de medidas cautelares similares à nova Lei (12.403/11). Não há como prever se um Novo CPP será aprovado, e, ainda mais impossível, predizer seu tempo de apreciação, tendo em vista a infame morosidade do nosso sistema legislativo.

Da Natureza Provisória da Prisão

De acordo com a Lei 12.403, toda prisão, antes do trânsito em julgado, possui natureza cautelar e, simultaneamente, surgiram diversas outras espécies de medidas cautelares.

A primeira crítica às novas normas é direcionada ao termo "liber-

1 Juíza de Direito na Comarca de Guapimirim.

dade provisória". Essa expressão foi mantida por estar presente no texto constitucional, mais especificamente no art. 5º, inciso LXVI, que dita que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Porém, essa terminologia é empregada indevidamente pela CRFB/88, uma vez que a "liberdade" é a regra, e a prisão, a verdadeira exceção.

Em outras palavras, a prisão será sempre provisória, assim como qualquer medida cautelar, que impõe limitações a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo se condenado o réu, a prisão não será eterna, ou seja, sempre será temporária.

A Função Cautelar

A Lei 12.403/11 continua a diferenciar prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, apesar de tais ideias exercerem o mesmo desempenho e a mesmo emprego processual no sentido de assegurar os interesses da jurisdição criminal.

As medidas cautelares podem ser cominadas, quando distintas da prisão, independentemente de anterior prisão em flagrante (art. 282, parágrafo 2º, CPP), antagonicamente à legislação anterior, que previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse preso em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação, quanto na do processo.

Outra finalidade das medidas cautelares, que não a prisão, é a substituição da prisão em flagrante (art. 310, II, e art. 321, II, CPP), quando a prisão preventiva não se adequar ou mostrar-se desnecessária (art. 310, II, CPP).

Com o advento da nova lei, a liberdade provisória tornou-se sinônimo de "diversidade de modalidades de restituição da liberdade", após a prisão em flagrante. O art. 321 do CPP, que dita que o juiz deverá conceder a liberdade provisória, quando ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do mesmo código, deve ser interpretado nessa acepção, e não

como base para a decretação de medidas cautelares sem prévia prisão em flagrante.

Contudo, a alteração ao Código de Processo Penal não aboliu a prisão preventiva, apenas criou novas alternativas a sua aplicação, procurando limitar sua incidência aos casos estritamente necessários. Essa modalidade de cautelar poderá ser instituída independentemente de anterior aplicação de qualquer medida cautelar (art. 282, parágrafo 6º, art. 311, art. 312 e art. 313, CPP), ou em substituição a estas, previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, parágrafo 4º, CPP).

Inclusive, poderá a prisão em flagrante ser convertida em cautelar, quando presentes os requisitos (art. 310, II, CPP), e precária forem as demais cautelares.

Obviamente, observando-se a intenção do legislador, a prisão preventiva também pode ser substituída por medida cautelar menos gravosa, sendo esta suficiente para garantir o bom andamento do processo (art. 282, parágrafo 5º, CPP).

Observa-se, ainda, que, quando decretada de forma autônoma, ou seja, independente do flagrante, ou, inclusive, como conversão deste, a prisão preventiva observará o texto dos arts. 312 e 313 do CPP. Entretanto, se substitutiva de outra cautelar não cumprida, o art. 313 não será observado, necessariamente.

O art. 283, parágrafo 1º, do CPP dita que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Igualmente, não será cabível a aplicação de cautelares (de qualquer natureza) aos delitos para os quais seja admissível a transação penal, ou suspensão condicional do processo, conforme previsto pela Lei 9.99/95.

Deve-se observar, destarte, que as novas diretrizes das cautelares, que possuem a finalidade maior de reduzir o excessivo volume de prisões provisórias, não devem ser menosprezadas, sendo sua imposição justificada apenas se atendidos os pressupostos do art. 282, I e II, do CPP, principalmente quando não houver prisão em flagrante, firmada em fundado receio ao bom andamento do processo.

Por fim, antes do trânsito em julgado e posteriormente à Lei 12.403/11, toda e qualquer restrição ao direito de locomoção e demais direitos pessoais previstos no Código de Processo Penal são classificadas como medidas cautelares, inclusive outras cautelares que já existiam no CPP, sem, porém, apresentar este título, como as de natureza patrimonial (relativas ao arresto, à restituição de bens, à instituição de hipoteca legal e ao sequestro), conforme ao art. 120 e seguintes do referido código, e as de natureza probatória (interceptações, busca e apreensão, entre outros – art. 5, X e XII, da CRFB/88), concernentes ao rompimento das inviolabilidades pessoais.

Da Aplicabilidade das Medidas Cautelares aos Crimes Culposos

Em relação aos crimes culposos, de regra, não será admitida a imposição de medida cautelar, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Não obstante, na hipótese de se vislumbrar a possibilidade real de aplicação de pena privativa da liberdade ao final do processo, perante as condições subjetivas do acusado, observadas a respectiva necessidade e adequação, as cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do CPP serão admissíveis, excepcionalmente, para os crimes culposos.

O Princípio Constitucional da Não Culpabilidade

A Constituição de 1988, juntamente com a Lei 11.719/2008, ao contrário da primeira redação do Código de Processo Penal de 1941, que, inicialmente, apresentava um juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia ou prisão limitava-se à lei, sem aplicar a razoabilidade devida, determina que toda e qualquer prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá se basear em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, como pode ser observado no art. 5º, LXI, com exceção apenas de transgressão militar ou crime militar definido em lei.

O princípio da presunção de inocência foi especialmente trabalhado

pelo constituinte de 1988. Em verdade, a Constituição não presume a inocência do acusado, mas a afirma, como princípio de direito que deve ser observado em todas as fases processuais ou na persecução penal, englobando, deste modo, tanto a fase investigatória, quanto a ação penal.

Portanto, a CRFB/88 promoveu a criação de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal, e a garantia de que toda prisão que anteceda a condenação definitiva seja feita por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Por consequência, é a necessidade ou a indispensabilidade da providência, sempre cominada pelo juiz ou pelo tribunal em decisão fundamentada, diante de real e relevante finalidade.

Nesse passo, nasce o imperativo de preservação da efetividade processual para fundamentar de forma válida e suficiente a prisão excepcional de quem ainda é presumidamente inocente.

Em outras palavras, quando se fizer presente risco, real e efetivo, ao devido processo legal, o Estado poderá adotar medidas que eliminem este risco, mesmo que tenha de usar de seu poder coercitivo.

No entanto, como bem dita a Constituição, toda prisão, e qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, deve partir de decisão escrita e fundamentada por autoridade judicial como providência indispensável.

Nesse sentido, o art. 283 do CPP, após a alteração feita pela Lei 12.403/11, parece excluir expressamente a execução provisória da condenação criminal.

Agora, com as novas regras, a prisão anterior ao trânsito em julgado somente será permitida se puder comprovar quaisquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva. É importante ressaltar que a prisão temporária é cabível somente na fase investigatória, ao contrário da preventiva, já que é aplicada com o intuito de melhor tutelar o inquérito policial.

Contudo, há de se perceber que não haver na lei qualquer exceção em relação à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na primeira instância; pode se mostrar um problema, uma vez que uma

decisão dos tribunais superiores, tanto para apreciar, quanto para rejeitar o cabimento do recurso especial ou extraordinário, pode ser muito mais lenta que na jurisdição ordinária.

Por isso, em casos excepcionais, em que não haja dúvida quanto à autoria e materialidade do crime, ou quanto à sua classificação, a execução provisória deveria ser possível, o que não parece evidente no art. 283, do CPP. Porém, suas determinações estão de acordo com a Constituição.

O art. 311 do CPP, com a alteração implementada pela Lei 12.403/11, apresentou nova redação, permitindo que seja decretada a prisão preventiva em qualquer fase do processo, o que inclui a sentença condenatória. A Súmula 347 do STJ, mesmo anterior à nova lei, já determinava que o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

Em suma, a prisão cautelar deverá ser amparada por ordem judicial fundamentada, pode ser decretada até a sentença condenatória e fundamenta-se nos motivos da prisão preventiva.

De igual maneira, qualquer medida cautelar, diversa da prisão, justamente por implicar restrições a direitos individuais, deverá apresentar fundamentação escrita da autoridade judiciária, observando-se os critérios de necessidade e adequação da medida (art. 282, 283 e 315 , extensivo às cautelares do CPP).

Das Medidas Cautelares Diversas das Prisões

O art. 319 do CPP versa sobre as medidas cautelares diversas da prisão.

A primeira, dentre as nova cautelares, é o comparecimento periódico do acusado em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades regulares (art. 319, I, CPP).

A referida medida já estava presente na legislação processual penal nacional, cabendo ao juiz determinar a periodicidade do comparecimento, de acordo com as condições do agente e a gravidade dos acontecimentos, pressupostos de adequação das cautelares.

A segunda cautelar, referente à "proibição ou frequência do acusado a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato,

deva o indiciado ou acusado permanecer longe desses locais para evitar o risco de novas infrações" (art. 319, II, CPP), é autoexplicativa. Esta tem o claro objetivo de impedir a prática de novas infrações, formando um claro elo entre o local da infração e a conduta delituosa do agente, e visa a assegurar a investigação ou a instrução.

A terceira diz respeito à proibição de contato do acusado com determinada pessoa (III). Nessa hipótese, a preocupação é a de proteger a vítima ou seus familiares, evitando-se contato entre os envolvidos e, consequentemente, novos conflitos.

Obviamente, essa medida traz algumas dificuldades, como, por exemplo, a imprevisibilidade de um encontro em lugares públicos. O que se deve ser impedido é o contato intencional com a pessoa para a qual se determinou a cautelar, o que somente poderá ser verificado diante de situação concreta.

A quarta, é relativa à proibição de ausência do acusado da Comarca (IV), com o intuito de garantir a investigação e a instrução penal. Poucos são os casos em que se pode impor esta determinação apenas sob essas razões.

A medida é de grande valia, no entanto, quando a prova do crime necessitar do depoimento ocular do fato.

Desse modo, a proibição de ausência da comarca parece ter valia prática, realmente, para garantir a aplicação da lei penal.

O recolhimento domiciliar do acusado no período noturno e nos dias de folga configura a quinta modalidade de cautelar. Tal medida deveria se limitar à substituição da prisão em flagrante, nos casos em que não seria adequada, nem necessária, a prisão preventiva, ou o enquadramento do fato ao disposto no art. 313 do CPP.

Também, deve ser destacado que o art. 319, V, do CPP não especifica a finalidade do recolhimento domiciliar, como fez nas demais medidas, o que demanda cautela ao juiz no momento de sua aplicação. Seria para garantia da ordem pública ou assegurar a investigação ou da instrução? Provavelmente, em ambos os casos, dependendo, como sempre, da adequação ao caso concreto.

A sexta modalidade de cautelar se refere à, nos termos da lei, "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". Como já evidenciado pelo próprio inciso, sua finalidade seria impedir a utilização de serviço público e atividade econômica para a reiteração de infrações penais.

Porém, nada parece impedir sua aplicação; excepcionalmente, contudo, por conveniência da instrução ou investigação nos casos em que for fundado o temor de destruição de provas das quais o acesso dependa do exercício da atividade pública ou econômica, como alternativa eficaz à prisão preventiva, quando preenchidas as hipóteses do art. 313.

A internação provisória do inimputável ou semi-imputável, nas hipóteses de crime praticado com violência e quando houver risco de reiteração, é a sexta medida cautelar diversa da prisão. Sua aplicação dependerá da existência de indícios concretos de autoria e materialidade em crimes de violenta natureza, amparada, sempre, por prova pericial, segundo o princípio do risco concreto de reiteração criminosa e o art. 149 e seguintes do CPP.

A fiança, que se apresenta como a oitava medida, tem natureza patrimonial. Nela, exige-se a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar (art.330, do CPP), com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais, a impedir a obstrução do andamento do processo ou no caso de injustificada resistência à ordem judicial (art. 319, VIII, do CPP).

Observa-se que, embora a lei se refira apenas comparecimento ao processo, a fiança pode ser prestada desde a efetivação da prisão em flagrante, sendo aplicável, portanto, na fase investigatória.

Ainda, o requisito da resistência injustificada à ordem judicial (art. 319, VIII, do CPP) não deveria ser mais tão subjetiva e precária, a não ser quanto ao descumprimento de outra medida cautelar.

Vale acrescentar que a fiança é espécie de liberdade provisória, substitutiva da prisão em flagrante. Sua injunção autonomamente e desvinculada da prisão em flagrante também parece ser possível, uma vez que a lei

não apresenta nenhuma proibição.

Contudo, por se tratar de medida claramente gravosa, sua aplicação deve ser feita com muita cautela e ponderação, evitando sua banalização, sobretudo quando o direito penal incide principalmente sobre a camada marginalizada da população.

A sexta e última cautelar, e mais inovadora, é o monitoramento eletrônico, que ainda carece de regulamentação para sua efetiva execução pelo Poder Executivo. A referida medida surgiu com a Lei 12.258/10, e apresenta como finalidade evitar o cárcere, observadas algumas condições.

Porém, sua implantação não será fácil, pois, como já dito, carece de regulamentação. O monitoramento pode se efetivar por meio de pulseira eletrônica ligada a um computador central, controlando os movimentos da pessoa ininterruptamente, intitulado de monitoramento ativo, até o chamado monitoramento passivo, em que um computador é programado para efetuar ligações regulares para a residência do acusado, ou qualquer outro local, prosseguindo ao reconhecimento eletrônico através de voz e emitindo um relatório.

Obviamente, trata-se de medida excepcional, cuja aplicação, em regra, deveria ser aprovada pelo monitorado. Aplicar o monitoramento a presos já condenados demonstra o efetivo caráter substitutivo da cautelar à prisão já imposta, mas aplicá-la para fins cautelares, como previsto na Lei 12.403/11, exigirá prévia anuência do acusado.

Ainda, parece que o monitoramento eletrônico não deverá ser aplicado isoladamente, mas concomitantemente com outra cautelar, como forma de assegurar sua eficácia, como, por exemplo, em caso de recolhimento domiciliar noturno, proibição de ausentar-se da comarca e restrição de contato.

Contudo, a principal discussão sobre essa cautelar, refere-se aos limites do respeito à dignidade da pessoa humana. A colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo do acautelado constitui nítido constrangimento, uma vez que torna evidente para qualquer um que se trata de uma pessoa sob constante monitoramento. Por isso, é imprescindível a concordância do monitoramento.

Conclusão

Apesar de se mostrar inovadora em diversos aspectos, a Lei 12.403/11 nada mais faz do que normatizar o que já era amplamente defendido pela doutrina, pela jurisprudência e aplicado em juízo, ou seja, a prisão é a última medida a ser adotada.

Como toda novidade, há um movimento de resistência às alterações implantadas pela lei em análise, mas que deve ser apaziguado se a nova legislação cumprir a função desejada pelo legislador.

Portanto, o que se percebe é a evolução do direito processual penal, do caráter punitivo para uma natureza mais preocupada com os princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. ◆

O Papel do Magistrado Criminal Diante das Novas Alterações Legislativas

Orlando Eliazaro Feitosa[1]

Na década de 40, o mundo se divida em uma guerra econômica e ideológica que polarizava as nações; a grosso modo, tínhamos, de um lado, o socialismo nacional pregado pela Alemanha, que pretendia a submissão mundial a uma raça perfeita fisicamente, organizada nacionalmente, enquanto, do outro, existiam nações que se opunham ao domínio alemão.

Particularmente, o Brasil vivia o chamado Estado Novo, de cunho ditatorial e antidemocrático, que flertava com a tendência alemã e era regido por uma Constituição sem nenhuma legitimidade popular, valendo dizer que tal Estado se legitimava no uso da força e no populismo da figura pública do governante Getúlio Vargas.

Justamente neste contexto histórico-social foi que o Código de Processo Penal se originou, atendendo às necessidades de determinada classe social, com grande apelo autoritário e inquisitorial, e que, inclusive, formalmente, surgiu por meio do chamado Decreto-Lei.

Por outro lado, as raízes inquisitoriais remontam à data bem mais pretérita, possuindo fonte no próprio período colonial, ocasião em que o Santo Ofício atuava fortemente em nosso País, na época colônia da Corte Portuguesa.

Durante séculos, os hereges eram expostos a um processo penal que presumia culpado quem a ele se submetesse. Ressalte-se que a confissão era a rainha das provas, e aquele que se "arrependesse" e admitisse seu pecado teria grandes benefícios e suavização das penas porventura impostas,

1 Juiz de Direito da Vara Criminal do Fórum Regional de Vila Inhomirim - Comarca de Magé.

ou seja, considerar-se culpado tinha grandes vantagens, ao contrário de considerar-se inocente.

Assim, a Inquisição praticou regras processuais orientadas pelo sigilo, pela presunção de culpa e ausência de contraditório, o que, de certa forma, foi naturalizado a tal ponto que, até os dias de hoje, estamos impregnados em nossa própria cultura de tais princípios.

Dessa forma, impregnado por uma tradição inquisitorial fortemente enraizada e por um Estado de cunho ditatorial é que o legislador pátrio trouxe à existência formal o atual Código de Processo Penal, o qual, durante décadas, vem regendo as relações processuais no tocante ao direito de liberdade.

Ao atravessar décadas, o Código de Processo Penal foi aos poucos tendo seu texto modificado, conforme novos debates surgiam no seio da sociedade brasileira, mas, sem dúvida, foi em 1988, com o advento da Constituição Federal, que houve a mais radical alteração de paradigmas, isto é, foi o texto constitucional que alçou à categoria de cláusulas pétreas inúmeras garantias processuais e deu à legislação processual penal novas diretrizes de cunho obrigatório.

No entanto, na última década, mostrou-se evidente a marcha do Estado brasileiro em direção às políticas públicas de combate à criminalidade baseadas em um sistema legal de recrudescimento do tratamento dado ao desviante, ou seja, àquele que se enquadra dentro do estereótipo do transgressor tradicionalmente combatido.

É patente que há um flerte com o chamado Estado Penal, ou seja, aquele em que a ordem é mantida a partir do combate à criminalidade com medidas duras e homogêneas, sem atentar para as motivações de tais ocorrências, bem como sem valorar os resultados práticos das medidas coercitivas

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

Justamente em uma fase de incremento às políticas de combate à criminalidade, nos deparamos com a edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, editada com a preocupação de diminuir a quantidade de presos provisórios em nosso sistema carcerário, o que denota um posicionamento contrário à tendência do chamado Estado Penal.

Na verdade, a referida legislação veio trazer um tratamento condizente com os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual rompeu a tradição do processo penal inquisitorial e autoritário.

Em outras palavras, a alteração legislativa apenas veio adequar a legislação infraconstitucional ao que a Constituição da República já prescreveu desde 1988, em suma, veio apenas dizer o que já estava estabelecido há mais de vinte anos.

A Lei nº 12.403/2011 organizou em seu corpo normas que atendem aos ditames da Constituição, ou seja, apenas explicita aquilo que já se encontrava solenemente exposto na Carta Maior; agora não há desculpas ou margens para afastar aplicação das garantias constitucionais.

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

Na verdade, estamos voltando no tempo, e, disfarçadamente, repaginando a velha presunção de culpabilidade, e dando a ela vestimenta de legalidade, ao invés de mudarmos nossas mentalidades e ficarmos atentos para as políticas de dominação do poder econômico sobre as garantias individuais dos cidadãos.

A situação é tão alarmante que, segundo dados do Departamento Penitenciário Brasileiro, até dezembro de 2010, os presos provisórios correspondiam a 44% da massa carcerária, ou seja, nunca se prendeu tanto; eram 220.886 pessoas submetidas a prisão cautelar, ou melhor, nunca se conseguiu que tantos Juízes determinassem tantas prisões.

Ressalte-se ainda que o Estado Brasileiro mostrou-se incapaz de gerenciar o Sistema Penitenciário, ou quem sabe assim agiu propositalmen-

te, pois basta analisar as diversas Penintenciárias e unidades prisionais em nosso Estado para ver o total descompromisso com o preso. Em relação aos presos provisórios, a situação é mais alarmante, uma vez que as unidades prisionais destinadas a estes possuem instalações extremamente precárias, sem condições mínimas de salubridade e, portanto, de dignidade; em outras palavras, é o suplício travestido de pseudolegalidade.

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

Daí necessário se faz readequar práticas, mudar posicionamentos e entender que o processo penal é mecanismo de garantia e não instrumento de repressão daqueles que ficam submetidos às suas regras, sendo fundamental o papel do magistrado nesse novo enfoque das relações processuais penais.

É cediço que o Juiz faz parte da sociedade, individualmente, onde estabelece relações sociais das mais variadas naturezas, sendo fruto de um determinado segmento socioeconônimo, razão pela qual carrega uma gama de conceitos e símbolos provenientes de sua formação e características da sua própria posição social.

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

Em outras palavras, não é reproduzindo padrões comportamentais nítidos daqueles que estão divorciados da efetiva realidade social que o Magistrado promoverá o Estado Democrático de Direito.

É muito comum hoje ouvir afirmações de regozijo por parte dos Juízes de que mantêm o réu preso por inúmeros meses, ainda que não condenado, bem como que aplicam penas altíssimas, que não concedem

benefícios e outras atitudes sempre gravosas contra o réu, como se estivessem defendendo a sociedade. Pior, ainda, com a edição da Lei 12.403/11, houve um levante considerável de vários magistrados, por não mais poderem prender, como se tal fosse um direito sagrado e o legislador estivesse usurpando ilegitimamente tal poder.

Não podemos deixar ainda de mencionar que a imprensa alimenta em muitos aspectos estas fantasias, fazendo suscitar no imaginário popular a ideia de que a lei trará desordem, com a soltura de hordas de bandidos que irão saquear os detentores dos bens econômicos, ou seja, trata-se de manipulação da opinião pública a partir de premissas falsas, adotadas a partir de um debate artificial.

Diante disso, quando ocorrem alterações legislativas, esses tipos de comportamentos ficam extremamente evidentes e denotam grande preocupação, pois não pode o magistrado ter posicionamento, como se fosse um particular. Na verdade, ele deve estar preparado para entender a real essência das modificações legais e assim prestar a jurisdição, iluminado pelos ditames constitucionais e não apenas atuar como se fosse o meio legal, um meio de vingança destinado a punir gravosamente o violador dos ditames da lei.

Por outro lado, não podemos deixar de atentar para o fato de que o direito não pode subsistir isoladamente das demais ciências sociais. Na verdade, deve haver forte integração entre todas as ciências, para que não tenhamos um modelo legislativo divorciado da própria realidade social, mas obviamente sem ceder a falsos conceitos e entendendo que toda legislação traz como fundo uma luta de interesses e de classes.

Então, não podemos atuar de forma tão ingênua, acreditando que ao penalizarmos "exemplarmente" determinado indivíduo, estaremos atendendo aos interesses da sociedade e assim fazendo a "justiça". Com efeito, a discussão vai muito além disto, devendo retornar ao ponto de sua gênese e fluir pela estrutura social.

Assim, imaginar que a função do magistrado criminal está cingida à penalizar o réu é o total reducionismo do que se pretende em uma sociedade liberal e garantista das liberdades individuais e dos direitos civis.

É nessa mudança de paradigma que devemos repensar o posiciona-

mento do Juiz Criminal, para além do papel legal tradicionalmente previsto na legislação. Em outras palavras, devem ser lançados novos olhares para o magistrado que atua na área penal, entendendo que sua posição transcende o arquétipo traçado pela legislação infraconstitucional, ou seja, o Juiz que a sociedade moderna exige deve ser encarado como um personagem que tem poder para modificar e trazer novas orientações para a coletividade, não devendo ceder a pressões econômicas, mantendo atenção quanto às manobras mais perversas que desfocam o real debate a ser colocado em uma sociedade livre. Tenhamos Esperança!

"Quando você for convidado pra subir no adro
Da Fundação Casa de Jorge Amado
Pra ver do alto a fila de soldados, quase todos pretos
Dando porrada na nuca de malandros pretos
De ladrões mulatos e outros quase brancos
Tratados como pretos
Só pra mostrar aos outros quase pretos
(E são quase todos pretos)
E aos quase brancos pobres como pretos
Como é que pretos, pobres e mulatos
E quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados
E não importa se os olhos do mundo inteiro
Possam estar por um momento voltados para o largo
Onde os escravos eram castigados
E hoje um batuque um batuque
Com a pureza de meninos uniformizados de escola secundária
Em dia de parada
E a grandeza épica de um povo em formação
Nos atrai, nos deslumbra e estimula
Não importa nada:
Nem o traço do sobrado
Nem a lente do fantástico,
Nem o disco de Paul Simon

Ninguém, ninguém é cidadão
Se você for a festa do pelô, e se você não for
Pense no Haiti, reze pelo Haiti
O Haiti é aqui
O Haiti não é aqui
E na TV se você vir um deputado em pânico mal dissimulado
Diante de qualquer, mas qualquer mesmo, qualquer, qualquer
Plano de educação que pareça fácil
Que pareça fácil e rápido
E vá representar uma ameaça de democratização
Do ensino do primeiro grau
E se esse mesmo deputado defender a adoção da pena capital
E o venerável cardeal disser que vê tanto espírito no feto
E nenhum no marginal
E se, ao furar o sinal, o velho sinal vermelho habitual
Notar um homem mijando na esquina da rua sobre um saco
Brilhante de lixo do Leblon
E quando ouvir o silêncio sorridente de São Paulo
Diante da chacina
111 presos indefesos, mas presos são quase todos pretos
Ou quase pretos, ou quase brancos quase pretos de tão pobres
E pobres são como podres e todos sabem como se tratam os pretos
E quando você for dar uma volta no Caribe
E quando for trepar sem camisinha
E apresentar sua participação inteligente no bloqueio a Cuba
Pense no Haiti, reze pelo Haiti
O Haiti é aqui
O Haiti não é aqui"
(Canção: **Haiti** *- Composição: Caetano Velloso/Gilberto Gil)* ◆

As Medidas Cautelares Alternativas à Prisão - Uma Abordagem da Recente Lei nº 12.403/2011

Otavio Mauro Nobre[1]

Introdução

O Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/1941, entrou em vigor em 1942, tendo completado, em 2011, quase 80 anos. Quando comemorava seus 46 anos, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, diploma máximo do ordenamento jurídico, cujas normas conformam, obrigatoriamente, toda legislação. A partir da última década, seguiram-se diversas leis com o objetivo de atualizar o código processual, como a Lei nº 10.258/01, que alterou dispositivos relativos à prisão especial, a Lei 10.792/03, referente ao interrogatório no processo penal e as Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, modificando, respectivamente, o procedimento do júri e o procedimento comum, em especial quanto à produção das provas.

Na edição da Lei nº 12.403/2011, salta aos olhos a influência da política criminal como norteadora do legislador, neste contexto de mudanças, sem perder o foco da convergência entre a Constituição e o CPP, seja pressionado pela ineficiência e superlotação do sistema prisional, seja em resposta ao clamor das entidades de direitos humanos, cada vez mais expressivas.

Nessa linha já vinha se manifestando o Supremo Tribunal Federal,

1 Juiz de Direito da 1ª Vara de São Fidelis.

nos autos do HC 840078/MG, cujo trecho segue *verbis*:

> *"[...] Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida." (STF - HC 84078, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 Divulg 25-02-2010 Public 26-02-2010 Ement Vol-02391-05 PP-01048).* [1]

A Lei nº 12.403/2011, em vigor desde julho passado, é resultado do Projeto de Lei 4.208/2001. O novel diploma legislativo tem como um dos focos principais a instituição de diversas medidas cautelares pessoais.

Durante cinco encontros essa lei foi debatida pelos magistrados em evento promovido pela Escola da Magistratura de nosso Estado – EMERJ e restou evidenciado que muitos debates ainda se seguirão, sendo inúmeras as divergências já identificadas. Contudo, é unânime a opção legislativa pela busca de meios a promover o desencarceramento dos acusados por delitos, buscando um sistema que prime – em linhas gerais – pela proporcionalidade e razoabilidade como critérios na avaliação da necessidade da prisão.

Na análise do tema, alguns dispositivos constitucionais merecem prévio destaque para nos ajudar a melhor compreender a questão:

> CF/88. Art. 5º:
> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
> *LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julga-*

do de sentença penal condenatória;
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

A Inovação Legislativa - Quebra de um Paradigma

Da leitura do texto Constitucional resta evidente que as prisões temporária e preventiva, existentes no ordenamento jurídico, eram medidas *excepcionais*, antes da Lei nº 12.403/2011.

As prisões temporária e preventiva somente deveriam ser decretadas quando imprescindíveis à persecução criminal, fosse em sede de inquérito ou em juízo, premissa dos dispositivos que a regulam, em especial o art. 312 do CPP.

Na prisão cautelar é fato que o réu está preso quando não há decisão definitiva sobre a sua culpa em relação ao crime do qual é acusado.

A medida cautelar – antes, unicamente a prisão - é precisamente a ferramenta judicial que visa a impedir que o resultado final o processo não seja inviável, ou que a sociedade não seja exposta ao risco concreto advindo da liberdade do acusado.

Diante desse panorama constitucional, é importante reconhecer que a Lei nº 12.403/2011 não provocou tão profundas alterações na legislação processual penal, mas deixou expressa a opção do legislador em enclausurar determinadas situações, reduzindo a subjetividade do magistrado.

A Lei nº 12.403/2011 traz como uma de suas premissas que, em pequenos crimes, sem violência, é afastada a prisão provisória do acusado primário, com bons antecedentes, prisão essa que, na maioria dos casos, violava profundamente a razoabilidade porque, atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, ao final do processo a sua pena privativa de liberdade poderia ser convertida em pena restritiva de direito. A liberdade passou a ser a premissa desse timidamente renovado procedimento penal.

Analisada a atual situação caótica do sistema penitenciário brasilei-

ro, percebe-se que a lei tenta, por via transversa, remediar este problema.

A superlotação das prisões em todo o Brasil clama por solução. O cárcere acaba por ser uma fábrica de criminosos. Desse modo, conduzir os presos provisórios a estabelecimentos com essas características traz gravames preocupantes, sobretudo àqueles que, mesmo que posteriormente condenados, nele não cumpririam suas penas.

Deve ser salientado que a Lei nº 12.403/2011 *não* representa a impunidade no Brasil. A impunidade acontece quando o indivíduo encontra mecanismos de evitar a aplicação da lei e da pena. Deixar de impor a prisão cautelar para decretar medidas cautelares que sejam menos prejudiciais não é fomentar a impunidade. Muitas vezes a imposição da pena definitiva é menos grave do que toda a mácula que o processo penal – em especial com prisão cautelar – já causou ao réu.

A Prisão Preventiva e as Medidas Cautelares Alternativas

A prisão preventiva, doravante, deve observar, além das regras gerais, estabelecidas nos artigos 282 e 283 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011), os requisitos especiais dispostos nos artigos 311, 312 e 313.

O artigo 311 prevê a legitimidade para o requerimento da prisão preventiva, a ser decretada sempre pelo magistrado. Tal qual o regramento geral das medidas cautelares pessoais, o juiz pode decretar *ex officio* a prisão preventiva, porém, esta faculdade somente lhe é dada quando do início da ação penal. Em outras palavras, não há decretação de prisão preventiva de ofício no curso da investigação criminal.

A legitimidade para requerer-se ao juiz a decretação da prisão preventiva é também precisa: a autoridade policial pode representar pela medida na fase do inquérito, enquanto que o representante do Ministério Público poderá requerê-la a qualquer tempo.

Os requisitos autorizadores da prisão preventiva seguem no *caput* do artigo 312 do CPP, e são os já conhecidos "garantia da ordem pública", da "ordem econômica", "conveniência da instrução criminal" e segurança da "aplicação da lei penal". Mas a inovação ficou a cargo do parágrafo único,

inserido na lei processual com a seguinte redação: *Art. 312... parágrafo único (inserido pela Lei nº 12.403/2011). A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4°).*

Dessa maneira, criou-se uma quinta possibilidade de decretação da prisão preventiva, que é justamente o descumprimento da uma das medidas previstas no novo artigo 319 do CPP.

Se o artigo 312 traz os requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, o artigo 313 é responsável por disciplinar o *cabimento* da medida extrema. Perceba-se:

> *Art. 313 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
> *IV - (revogado).*
> *Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."*

Os critérios orientadores da decretação das medidas cautelares em geral estão previstos no artigo 282 e 283 do CPP, *verbis*:

> *Art. 282 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:*

> *I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;*
> *II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.*

Por fim, o artigo 282, II, apresenta as balizas para, com apoio no *princípio da proporcionalidade*, escolher o juiz qual ou quais as medidas serão aplicadas.

Os dispositivos dispensam comentários por sua clareza, mas nos ajudam a responder uma indagação importante: cabem as medidas cautelares alternativas onde não caberia a prisão preventiva?

Parece-nos que, sem dúvidas, sim, pois as medidaas cautelares têm disciplina geral e cabimento consoante as situações da norma acima apontada. Vincular sua admissibilidade à hipótese da prisão preventiva seria subverter a inovação para rotulá-la apenas como substitutiva, quando é independente da prisão e serviente ao processo.

O que será incabível é a simples decretação de cautelares sem motivação; não se trata de uma simples discricionariedade.

O artigo 313, II, por sua vez, disciplina que cabe a prisão preventiva quando o acusado já houver sido condenado por outro crime *doloso*. A condenação, respeitando a presunção de inocência, deve ter transitado em julgado. Observe-se que, nesta situação, pouco importa a pena cominada ao delito da condenação. É suficiente que sejam os dois delitos dolosos (o anterior, transitado em julgado; o atual, razão para a preventiva) para que possa ocorrer a segregação preventiva.

Fica apenas a ressalva da parte final do artigo 313, II, do CPP; quando já passados 05 (cinco) anos correspondente ao período depurador, não está autorizada a prisão preventiva:

> *(Código Penal, Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido perío-*

do de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.).

Prossegue o artigo 313, no inciso III, autorizando a prisão preventiva *"se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".*

A redação é, em parte, reprodução da disposição anterior, incluída pela Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, que conceitua violência nos seus artigos 5º e 7º e prevê tais medidas protetivas nos seus artigos 23, 24 e 25. A inovação da Lei nº 12.403/2011 foi a ampliação do rol, antes limitado à mulher, para todos aqueles que podem ser vítimas de violência doméstica.

Necessário mencionar a última das textuais hipóteses, positivada no parágrafo único do art. 313. Trata-se da dúvida quanto à identidade civil da pessoa, circunstância que autoriza a prisão preventiva enquanto perdurar esta dúvida.

Encerrando a *bipolaridade* (ou decretava-se a prisão ou concedia-se a liberdade provisória com ou sem fiança), a Lei 12.403/2011, em seu artigo 319, institui nove medidas cautelares, abaixo transcritas:

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.

Conclusão

Só o tempo mostrará quais as consequências práticas que advirão da aplicação da lei, porém, a princípio, acredita-se que o resultado não será o mero "esvaziamento" das prisões, até porque isto dificilmente ocorrerá, mas sim a humanização do sistema, aplicando-se a prisão nos casos que efetivamente seja necessária.

Melhor que divagar por críticas que em nada contribuirão para a melhoria da situação prisional seria unirmos esforços e pensar em prol do sucesso da lei, magistrados, promotores de justiça, advogados e todos os demais operadores do direito criminal, num esforço que, bem-sucedido, resultará em enorme ganho para toda sociedade. ◆

Referência Bibliografica

Supremo Tribunal Federal

A Lei nº 12.403/11 (Medidas Cautelares)

Roberta Barrouin Carvalho de Souza[1]

A nova Lei de Processo Penal, que alterou os principais dispositivos relacionados à prisão preventiva, foi elaborada na esteira de uma tendência mundial, no sentido de que a criminalidade não é reduzida quando se adota forma mais dura de prisão, sendo certo que, cada vez mais, faz-se necessário separar os crimes de médio e pequeno potencial ofensivo daqueles de alto potencial ofensivo.

Não subsiste mais a regra de que quem é preso em flagrante deve assim permanecer. A questão da liberdade do indivíduo é de responsabilidade do juiz, que é quem pode mandar prender alguém. O juiz não mantém a prisão em flagrante; ele a retira do mundo, pois ela não pode subsistir, porque não é judicial.

É o princípio da inocência que deve nortear todo o sistema penal e processual e a prisão preventiva é sempre um problema em face desse princípio. Mas, algumas vezes, ela é necessária, e sempre com fundamento cautelar.

O que aconteceu com a entrada em vigor da Lei em comento é o que chamamos de constitucionalismo legal, em que a Constituição de 1988 toma forma nas leis ordinárias; com relação à prisão, há um campo de menor atuação dos juízes, eis que se trata da liberdade do indivíduo.

Deve-se respeitar sempre o princípio da proporcionalidade, o equilíbrio entre meios e fins. Se existem medidas cautelares que geram o encarceramento do indivíduo, tais medidas não podem ser utilizadas se o acusado não for condenado à prisão após o julgamento.

A regra é sempre a liberdade. As alternativas que o legislador trouxe

1 Juíza de Direito Auxiliar na Vara de Execuções Penais.

são alternativas entre a prisão e as medidas cautelares e não entre a liberdade e as cautelares.

Só cabe aplicar medidas cautelares se estiverem presentes os requisitos da preventiva, preservando-se o equilíbrio entre controle social e liberdade exacerbada.

Com base no que se aprendeu durante as palestras ministradas no curso promovido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pude proferir a decisão a seguir, num caso concreto, quando em exercício, neste mês de julho (de 2011), na 21ª Vara Criminal da Capital, nos seguintes termos:

DECISÃO

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de 1) ROGÉRIO BORBA DA SILVA; 2) ELAINE SILVA PIMENTA; 3) LUCYETE CARTAXO DA SILVA; 4) MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO DO REGO RIBEIRO; 5) MARLON ANTÔNIO DA SILVA; 6) SIMÃO DA SILVA ADRILSON; 7) ALEX MEIRELES DE OLIVEIRA; 8) LEANDRO GONÇALVES DA SILVA; 9) LUCIANO DA SILVA RIBEIRO; 10) CLAÚDIO SOTERIO REIS; 11) ALLAN DE SOUZA SOARES; 12) ARY DE ALMEIDA PORTO FILHO; 13) HARYANA SOTERIO REIS; 14) ANGELO MÁRCIO DE ARAÚJO; 15) EDUARDO JOSÉ DA SILVA; 16) DAYANA PEREIRA JULIO; 17) LUCIANO ALVES DE ALBUQUERQUE; 18) PASCHOAL DE SOUZA FILHO; 19) MARCELO LUIZ PERRAYON LOPES; 20) MAURO SÉRGIO MELLO; 21) RENAN MEIRA; 22) JOSÉ VANAIR DOS SANTOS; 23) RONALDO SOBRAL; 24) PAULO HENRIQUE FLORES DA SILVA; 25) ANDERSON LUCIANO DAS CHAGAS PINTO e 26) SANDRA DA GUIA.

Narra a denúncia, em síntese, que os vinte e dois primeiros denunciados se associaram de forma permanente e estável para, no exercício de suas funções, praticar os crimes de peculato, falsifica-

ção de documento, inserção de dados falsos em sistema de informações e corrupção, com repartição dos lucros.

Alega o Ministério Público que, uma vez apreendidos os veículos em operações de fiscalização urbana cotidianas, o grupo passava a orientar os usuários interessados em obter a liberação irregular dos veículos a procurar um de seus integrantes, iniciando, assim, todo um procedimento irregular, que culminava com a liberação do automóvel sem o adimplemento das despesas legais, mas sim com o pagamento de propina.

Com relação aos quatro últimos denunciados, narra a peça ministerial que todos se utilizaram da estrutura criminosa, oferecendo vantagem indevida aos funcionários públicos, para que praticassem atos de ofício em seus próprios benefícios.

Dessa forma, denunciou o Ministério Público os vinte e dois primeiros denunciados como incursos nas penas dos artigos 288, 297, 312, 317, e 313-A, na forma do artigo 29 e os quatro últimos denunciados como incursos nas penas do artigo 333, todos do Código Penal.

Por fim, em razão do maior grau de participação de ROGÉRIO BORBA DA SILVA, ELAINE SILVA PIMENTA, LUCIANO DA SILVA RIBEIRO, MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO DO REGO RIBEIRO, PASCHOAL DE SOUZA FILHO e MARCELO LUIZ PERRAYON LOPES na empreitada criminosa, requereu o órgão ministerial a decretação de suas prisões preventivas, requerendo, ainda, com relação aos demais denunciados a aplicação das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada a Lei 12.403/11.

É o breve relatório. Decido.

Da análise minuciosa de todo o inquérito policial, de fato, há indícios de materialidade e autoria das práticas dos crimes supostamente cometidos pelos denunciados.

Com efeito, há fortes indícios da existência de uma estrutura or-

ganizada para a prática de atividades criminosas pelos vinte e dois primeiros acusados, sendo certo que tanto o relatório, quanto a denúncia descrevem minuciosamente a participação de cada acusado em tal organização, transcrevendo-se, inclusive, trechos das interceptações telefônicas realizadas ao longo da instrução do inquérito policial que indicam a ocorrência de tais participações.

Também com relação aos quatro últimos denunciados, extraem-se dos documentos acostados ao inquérito policial fortes indícios de autoria e materialidade, que apontam que eles se utilizaram da estrutura criminosa supramencionada, oferecendo vantagem indevida aos funcionários públicos, para que estes praticassem atos de ofício em seus próprios benefícios.

Desse modo, considerando que a inicial acusatória preenche os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo adequadamente as condutas típicas imputadas aos denunciados, em todas as suas circunstâncias, sendo certo que presente está a justa causa para a deflagração da ação penal, não se apresentando quaisquer das situações elencadas no art. 395 do CPP, **RECEBO A DENÚNCIA** .

Recebida a peça inaugural, passo à análise do pedido de prisão preventiva relativo aos acusados **ROGÉRIO BORBA DA SILVA, ELAINE SILVA PIMENTA, LUCIANO DA SILVA RIBEIRO, MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO DO REGO RIBEIRO, PASCHOAL DE SOUZA FILHO e MARCELO LUIZ PERRAYON LOPES***, bem como do pedido de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal com relação aos acusados* **LUCYETE CARTAXO DA SILVA, MARLON ANTÔNIO DA SILVA, SIMÃO DA SILVA ADRILSON, ALEX MEIRELES DE OLIVEIRA, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, ALLAN DE SOUZA SOARES, ARY DE ALMEIDA PORTO FILHO, HARYANA SOTERIO REIS, ANGE-**

LO MÁRCIO DE ARAÚJO, EDUARDO JOSÉ DA SILVA, DAYANA PEREIRA JULIO, LUCIANO ALVES DE ALBUQUERQUE, MAURO SÉRGIO MELLO, RENAN MEIRA e JOSÉ VANAIR DOS SANTOS, *tudo à luz das inovações introduzidas pela Lei 12.403/11.*

Na hipótese em análise, vislumbra-se, de plano, a presença do requisito objetivo que admite a decretação da prisão preventiva dos supracitados acusados, na medida em que as penas máximas dos delitos que lhes são imputados, somadas, extrapolam quatro anos, o que atende ao artigo 313, I, do CPP.

Com efeito, verificada a presença do imprescindível requisito objetivo, impõe-se a análise da necessidade da prisão e da possibilidade de sua substituição por medidas cautelares mais adequadas.

No caso dos autos, vislumbra-se o fumus comissi delicti, uma vez que há, como dito, indícios da autoria e prova da materialidade dos crimes. No entanto, não verifico a presença do indispensável periculum libertatis, o que afasta a necessidade do decreto prisional postulado pelo órgão ministerial.

De plano, não há que se falar em prisão por conveniência da instrução criminal, uma vez que os acusados não ofereceram, até o momento, qualquer embargo às investigações, na medida em que foram devidamente localizados quando do cumprimento do mandado de prisão temporária.

No que se refere aos demais requisitos do artigo 312 do CPP, concluo que a Lei 12.403/2011 oferece medidas cautelares que se revelam menos gravosas e igualmente adequadas ao resguardo da aplicação da lei penal e da ordem pública, sendo, pois, verdadeiras alternativas à prisão.

Ora, apesar de os ditos acusados terem, em tese, causado enormes prejuízos ao Erário, não é crível que, desde que afastados das funções que exerciam, possam trazer maiores riscos à ordem pública. Para tanto, afigura-se menos gravosa a medida cautelar prevista

no artigo 319, VI, do CPP.

Com relação ao alegado risco de aplicação da lei penal, igualmente, não verifico, a princípio, a sua ocorrência. Ressalte-se que a fuga dos acusados não pode jamais ser presumida, sendo viável a decretação da prisão sob esse fundamento apenas quando houver elementos que conduzam a tal conclusão, o que não vislumbro nos autos.

Por tais fundamentos, **INDEFIRO** *o pedido de decretação da prisão preventiva dos acusados* **ROGÉRIO BORBA DA SILVA, ELAINE SILVA PIMENTA, LUCIANO DA SILVA RIBEIRO, MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO DO REGO RIBEIRO, PASCHOAL DE SOUZA FILHO e MARCELO LUIZ PERRAYON LOPES.**

Aplico, contudo, em desfavor desses, bem como dos demais acusados acima elencados, as seguintes medidas cautelares:

a) Suspensão do exercício de todas as suas atividades laborativas, seja na empresa Locanty, ou nos depósitos públicos municipais em que atuavam, na forma do artigo 319, VI, do CPP.

b) Proibição de ausentarem-se do país, devendo os acusados entregarem seus passaportes no cartório deste Juízo, no prazo de 24 horas, a contar da intimação, na forma do artigo 320 do CPP.

c) proibição de acesso à empresa Locanty, a qualquer depósito público municipal, bem como ao DETRAN/RJ.

Citem-se os denunciados na forma do artigo 396 do CPP.

Intimem-se todos os acusados das medidas cautelares ora aplicadas, advertindo-os de que o descumprimento de quaisquer das medidas suso aplicadas, poderá acarretar a decretação de suas prisões preventivas.

Oficie-se à empresa Locanty, comunicando o afastamento de seus funcionários das atividades que lá exercem, através da presente

decisão.
Oficie-se à Prefeitura do município do Rio de Janeiro, comunicando-se o ora decidido.
Por fim, oficie-se aos órgãos competentes, informando-os da proibição imposta aos acusados de se ausentarem do país.
Dê-se vista ao Ministério Público.
Junte-se a FAC do(s) acusado(s).
Rio de Janeiro, 14 de julho de 2011, às 22:16 horas.
ROBERTA BARROUIN CARVALHO DE SOUZA
Juiz de Direito. ◆

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Thereza Cristina Nara da Fontoura Xavier[1]

A nova Lei (nº 12.403/11, de 04 de maio de 2011), que passou a ter vigência a partir de 04 de julho de 2011, vem a integrar o projeto de reforma global do CPP (Código de Processo Penal), trazendo alterações pontuais, principalmente em relação ao tema "prisão cautelar", com a inserção no ordenamento jurídico-penal brasileiro de novas medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. São, em verdade, modificações que se alinham a importantes princípios constitucionais, como o da presunção de inocência e do direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, igualmente, à realidade do sistema carcerário brasileiro.

Em apertada síntese, passo a expor alguns dos aspectos processuais introduzidos pela Lei 12.403/11, notadamente no que diz respeito ao comportamento do Magistrado diante do novo regime jurídico das medidas cautelares.

Breve Introdução

As reformas processuais penais vêm sendo feitas gradativamente desde o advento das Leis 11.689/2008, 11690/2008, 11.719/2008, 11.900/2009 e agora da Lei 12.403/2011. Algumas dessas alterações provocaram efeitos positivos e outras causaram desgastes. Tais desgastes são reflexos de uma ""reforma parcial", vale dizer, feita por parte, o que não se afigura como mais desejável, tendo em vista que o sistema processual penal é interligado.

1 Juíza de Direito da 4ª Vara de Família de São Gonçalo.

Em que pese os pontos negativos de uma reforma feita em "retalhos", a Lei 12.403/2001 atendeu a um reclamo da doutrina e da jurisprudência, razão pela qual merece particular atenção.

Novas medidas cautelares foram criadas com o objetivo de atenuar os rigores das prisões, e são elas: o comparecimento periódico do réu em juízo, no prazo e nas condições impostas pelo Juiz, a fim de informar suas atividades; a proibição de frequência a determinados lugares, desde que relacionados com o fato, evitando-se (ou buscando-se evitar) o cometimento de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa certa; a vedação de ausentar-se da Comarca; o recolhimento domiciliar; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira; a internação provisória do enfermo ou perturbado mental, se houver risco de reiteração do fato; a fiança com novos valores e parâmetros e o monitoramento eletrônico. Além dessas medidas, a lei acrescenta em outro dispositivo a proibição de deixar o País, com recolhimento do passaporte do indiciado ou acusado e o alerta às autoridades.

Vale lembra que as medidas acima elencadas apenas são aplicáveis às infrações que tenham como pena cominada a privativa de liberdade, não alcançando aquelas para quais previstas pena restritiva de direito.

Dos Parâmetros para o Estabelecimento das Novas Medidas Cautelares

Foram criados dois critérios básicos: necessariedade e adequabilidade (nova redação do art. 282 do CPP). Quanto ao primeiro, deve o Magistrado verificar a indispensabilidade da aplicação da lei penal, para a investigação ou para instrução criminal, além de servir para evitar a prática de novas infrações penais. O segundo critério tem por base o princípio constitucional da proporcionalidade. O Magistrado deve analisar a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, a fim de verificar qual a medida melhor se aplica ao caso concreto.

As medidas cautelares podem ser aplicadas isoladas ou cumulati-

vamente, sendo certo que a nova lei determina a obrigação de estabelecimento do contraditório, ressalvando os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (parágrafo 3º, art. 282).

Já os parágrafos 4º e 5º do mesmo dispositivo legal conferem ao Juiz, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o poder de converter a medida cautelar em prisão preventiva, ou modificar a cautelar determinada se as circunstâncias do caso assim determinarem. Podemos afirmar, então, que a aplicação das medidas cautelares tem caráter *rebus sic stantibus* (enquanto a situação permanecer a mesma).

Prisão e Liberdade: Novo Regime

Com a nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante deixa de ser uma prisão provisória. Subsistem apenas duas espécies de prisão cautelar: a temporária, no inquérito, e a preventiva, antes da denúncia ou durante instrução.

No art. 310, o Legislador expõe qual deve ser o procedimento no caso do flagrante.

O art. 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, com a redação dada pela nova lei, assim dispõem:

> *"Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:*
> *I - relaxar a prisão ilegal; ou*
> *II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou*
> *III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.*
> *Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamen-*

> *tadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação."* (NR)

A nova redação do dispositivo legal acima citado explica, portanto, qual deve ser o procedimento a ser adotado pelo Magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante, indicando três possibilidades: relaxamento da prisão, se ilegal; concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, se cabível; ou, caso entenda pela legalidade da prisão e não sendo adequada a aplicação de qualquer das medidas cautelares, conversão da prisão em flagrante em preventiva, tudo de forma fundamentada.

Entretanto, controvérsias surgiram em relação ao momento da "conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva".

Parte da doutrina vem sustentando que o Juiz deve se manifestar de forma imediata, ou seja, assim que receber o auto de prisão em flagrante, que será encaminhado em 24 horas após a realização da prisão, adotando um dos comportamentos elencados nos incisos do art. 310 do Código de Processo Penal.

Em abono a tal tese confira-se a doutrina de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

> *"Estipula-se, com clareza, quais são as únicas opções do Juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: relaxar a prisão ilegal; mantê-la, convertendo o flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória com ou sem fiança. Qualquer medida deve ser fundamentada."*[2]

Esse primeiro entendimento parece ser o que mais atende ao legislador, sendo forte o argumento que tais providências sejam adotadas de forma imediata e até mesmo de ofício pelo Juiz por vários fatores, dentre eles, a expressão do dispositivo legal que menciona "ao receber".

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 1 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

É que a nova sistemática da lei estabeleceu que subsistem como prisões provisórias tão somente a prisão temporária e a prisão preventiva. Seguindo tal raciocínio, o indivíduo somente poderá continuar preso se o Juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, dentro do prazo de 24 horas, sob pena da prisão se tornar ilegal.

Todavia, há posicionamento diverso com argumentos e críticas que devem ser ponderadas. Dentre os que parecem ter adotado posição diferente está o d. Desembargador Paulo Rangel, que entende que o dispositivo deve ser interpretado sistematicamente, isto é, deve ser analisado dentro do sistema processual penal, que prevê a conclusão das investigações no caso do indiciado preso em 10 (dez) dias (art. 10 do Código de Processo Penal). Sustenta o ilustre Desembargador que somente nesse momento, ao receber os autos principais, o Magistrado estaria apto a analisar a necessidade ou não de conversão da prisão em flagrante em preventiva, pois, com a investigação concluída, o Juiz teria maiores elementos para tal análise.

No que tange à liberdade provisória, o art. 310, nova redação, afirma que esta só é cabível na hipótese de prisão em flagrante, restando a revogação para a preventiva e a temporária.

A Lei 12.403/11 alterou a situação até então existente, passando a admitir apenas duas espécies de liberdade provisória - a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação (art. 283, par 1º, CPP ou art. 321, CPP) e a liberdade provisória com vinculação, pois a fiança passou a ser uma medida cautelar.

Vale ressaltar que a nova Lei deu estabeleceu novos parâmetros para o instituto da fiança, notadamente ao autorizar a autoridade policial a conceder fiança em crime cuja pena privativa de liberdade máxima não exceda a 4 (quatro anos).

Outra grande novidade está na extinção da prisão automática, decorrente da decisão de pronúncia, tema que sempre causou grandes discussões na doutrina, em razão de sua incongruência com a jurisprudência atual.

Também houve inovação no que tange a comunicação da prisão – art. 306. No sistema então vigente, não havia previsão de comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, o que foi feito pela nova Lei.

Considerações Finais

É fundamental ressaltar que, no panorama jurídico penal atual, a tendência tem sido voltada para a "desprisionalização", ou seja, retirar a força das penas privativas de liberdade, substituindo-as por medidas alternativas que já estão previstas na Constituição Federal (art. 5º). Nessa linha de raciocínio, surge a Lei 12.403/2011 que, ao que parece, tem como objetivo principal estabelecer como regra a liberdade daqueles que, apesar de acusados, ainda não foram condenados através de sentença definitiva.

É que, originariamente, o CPP adotava como regra a manutenção prisão (critério rígido), sendo a liberdade provisória a exceção. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e das novas Leis que alteraram o CPP, o sistema passou a adotar a liberdade como regra, admitindo, em hipótese de extrema necessidade, a prisão. É nesse contexto que é editada a Lei 12.403/2011, que prevê medidas cautelares alternativas e reserva a prisão para os casos graves e de reconhecida necessidade.

Assim, entendo que são de suma importância as alterações contempladas pela nova Lei, sendo, sem dúvida, um grande avanço. ◆

Anexo 1

Programação do Curso

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Dia 04/07/2011

Das 9h às 11h

Abertura:
Desembargador Nascimento Antônio Póvoas Vaz
Desembargadora Leila Mariano
Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Juiz Rubens Roberto Rebello Casara
Juiz André Luiz Nicolitt

Tema: "Análise Crítica da Lei 12.403/11"
Palestrante: Professor Eugênio Pacelli de Oliveira
Procurador Regional da República/DF, Doutor em Direito pela UFMG, Membro da Comissão de Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal instituída pelo Senado da República.
Lançamento da 15ª Edição do "Curso de Processo Penal" de autoria do palestrante.
Debatedor: Marcos Augusto Ramos Peixoto
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça/RJ.

Das 11h às 12h30min

Tema: "Integração das medidas alternativas da Lei 12.403/11 com o

novo regime da prisão preventiva e da prisão em flagrante"
Palestrante: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Advogado, Doutor em Direito pela USP.
Debatedor: Fernando Vila Pouca de Sousa
Delegado de Polícia; Pós-graduado em Direito e Processo Penal-UNESA.

Das 12h30min às 13h45min – Intervalo

Das 13h45min às 17h
Tema: "Confronto constitucional da Lei 12.403/11"
Palestrante: André Luiz Nicolitt
Juiz de Direito; Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa.
Tema: "Nova Configuração das Cautelares no Processo Penal"
Palestrante: Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Desembargador do TJRJ; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Debatedor: Denis Sampaio
Defensor Público; Mestre em Direito pela UCAM/ICC.

Das 17h às 17h30min

Debates

Encerramento

Dia 11/07/2011 – 1º Módulo

Das 9h às 12h
Tema: "As reformas do processo penal brasileiro e as cautelares."
Palestrante: Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Presidência da Mesa: Desembargador Sérgio de Souza Verani.
Debatedores: Dr. Paulo Cesar Vieira de Carvalho Filho
Dra. Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto

Dia 18/07/2011 – 2º Módulo

Das 9h às 12h
Tema: "Liberdade e prisão: um novo olhar a partir da Lei"
Palestrante: Dr. Alexandre Morais da Rosa
Juiz de Direito de Santa Catarina.
Presidente da mesa: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez.
Debatedores: Dr. Luiz Márcio Victor Alves Pereira
Dra. Maria Tereza Donatti

Dia 25/07/2011 – 3º Módulo

Das 9h às 12h
Tema: "As novas medidas cautelares típicas no Código de Processo Penal"
Palestrante: Dr. Diogo Rudge Malan
Advogado. Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Mestre em Ciências Penais pela UCAM. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Processo Penal da UFRJ e da PUC/RJ.
Presidência da Mesa: Desembargador Cairo Ítalo França David
Debatedores: Dr. Luciano Silva Barreto
Dra. Elisabeth Machado Louro

Dia 01/08/2011 – 4º Módulo

Das 9h às 12h
Tema: "A nova configuração da prisão processual"
Palestrante: Desembargador Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Presidência da Mesa: Desembargador Nildson Araújo da Cruz
Debatedores: Dr. Roberto Câmara Lace Brandão
Dr. Alcides da Fonseca Neto

Anexo 2

Enfam
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

PROCESSO Nº 2011150
PARECER nº 2011150 – 0012011
ESCOLA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
CURSO: O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal

Senhora Coordenadora Acadêmica,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ solicita, em 15 de junho de 2011, o credenciamento do curso intitulado **"O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal"**, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula, oferecidas 550 (quinhentas e cinquenta) vagas. O curso será ministrado no período de 18 de julho a 08 de agosto de 2011.

Ao justificar a necessidade do evento assim aduz a escola:

> *"A entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 produziu mudanças significativas no regime jurídico das medidas cautelares no processo penal brasileiro. Para além da inovação legislativa, que por si só justificaria um curso, impões-se romper com uma tradição "inquisitorial-encarcerizadora" (Aury Lopes Jr.) na qual os atores jurídicos estão inseridos (o Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta). Assim, tentar-se-á, a partir do curso proposto, contribuir para a construção de uma prática judicial adequada ao projeto constitucional democratizante.."*

O curso proposto tem como objetivo amplo fornecer subsídio para uma melhor compreensão do novo regime jurídico das medidas cautelares, além da construção de uma cultura mais democrática, rompendo-se com a tradição autoritária que condiciona os atores jurídicos e que determinou a banalização das medidas cautelares, especialmente a prisão provisória.

A abordagem pedagógica privilegiará aulas expositivo-dialogadas.

A avaliação do cursista será feita mediante a observação de três critérios: 1) relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além da frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; esta aferição será feita mediante lista de presença. entradas dos auditórios; 2) apresentação de trabalho contendo de 5 (cinco) a 8 (oito) laudas, onde será aplicado o conhecimento abordado a um caso concreto. A esse trabalho será conferido conceito ótimo, bom, regular ou insuficiente; 3) ficha de avaliação do curso: a correção do trabalho está condicionada a entrega dessa ficha preenchida e, ainda, estudo de caso.

Ao término do curso, os alunos/magistrados farão avaliação do curso através de formulário próprio. Farão parte da avaliação itens como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso e apoio administrativo prestado pela EMERJ.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

DISCIPLINA	CARGA HORÁRIA
1º MÓDULO – Reforma do Processo Penal Brasileiro e as Cautelares. **EMENTA/CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:** O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 e o Codice Rocco italiano; As reformas parciais do Código de Processo Penal; A Lei nº.12.403/2011; O PLS 156; O Processo Penal à luz da Constituição Federal.	3 (três) horas
2º MÓDULO – As Novas Cautelares Típicas do Processo Penal **EMENTA/CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:** Prisão Cautelar e Medidas Cautelares alternativas à prisão.	3 (três) horas
3º MÓDULO – Nova Configuração da Prisão Processual **EMENTA/CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:** A nova principiologia das prisões cautelares. Requisitos e pressupostos da prisão cautelar. Os Juízos de legalidade e necessidade da prisão. Espécies de prisão cautelar.	3 (três) horas
4º MÓDULO – Liberdade e da Prisão: um novo olhar a partir da Lei **EMENTA/CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:** Liberdade e da Prisão, a partir de um novo olhar transdisciplinar. Os valores liberdade e segurança; a nova configuração da prisão cautelar; a Lei como interdição.	3 (três) horas
SEMINÁRIO – Novo Regime Jurídico das Medidas	

Cautelares. **EMENTA/CONTEÚDO PROGRAMÁTICO:** Análise crítica da Lei nº 12.403/2011. Liberdade e Fiança no âmbito da Lei nº 12.403/2011. A Constituição Federal e a Lei nº 12.403/2011. Nova Constituição das Cautelares no Processo Penal. A Lei nº12.403/2011 e a Constituição da República; a principiologia do sistema cautelar; as prisões cautelares; as novas cautelares típicas; liberdade provisória e o novo regime jurídico da fiança.	8 (oito) horas

Foi apresentada a bibliografia básica que deverá ser sugeridas aos alunos/magistrados. A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese dos respectivos currículos.

É o Relatório.

II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrados para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam, através da Resolução nº 1, de 8 de junho de 2011.

O tema **"O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal"**, se insere no conteúdo previsto nos incisos I e II e do 8º da Resolução nº 1, de 08 de junho de 2011.

Art. 8º O conteúdo programático dos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:

I – alterações legislativas

II – situações práticas da atividade judicante;

O conteúdo programático e a carga horária mostraram-se compatíveis entre si, porquanto o tema **"O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal"**– com foco no novo regime jurídico das medidas cautelares, e na construção de uma cultura mais democrática de modo a romper com a tradição autoritária dos atores jurídicos, que levou à banalização das medidas cautelares – será estudado em 20 horas-aula, distribuídas em quatro módulo/e um seminário.

Pela análise do currículo, vê-se que os ministrantes são devidamente qualificados para ministrarem o curso,pois têm formação acadêmica relacionada com as disciplinas que vão apresentar.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, instrumento de avaliação uniforme, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos.*

No presente caso, consta da avaliação do cursista a apresentação de um trabalho em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

III - Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 8 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso "**O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal**", a ser realizado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília 17 de junho de 2011.

Márcia Goulart Milán Yamaguti
Enfam – Técnica Judiciária

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

PORTARIA Nº 152 DE 21 DE JUNHO DE 2011.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **"O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal"**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **"O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal"**, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2011150 - Credenciamento.

Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

Enfam
Portaria de credenciamento nº 152 de 21 / 06 / 11
Publicada no DJ de 26 / 07 / 11.
Conferido por