

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Hindenburg Köhler Brasil Cabral Pinto da Silva¹

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, reconhecimento) 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) minuciosa 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 afetarà a investigação ou o processo ou ao juiz não sobrarà 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, §2º, 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 medidas 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. 5º, 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, única 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 administrativa 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. ◆