

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

- Lei nº 12.403/2011 -

Luciano Silva Barreto¹

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 barão 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 arquiressidência, 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 Deus 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 vingança⁶. 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, Adalberto 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 Ibidem, <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 Ibidem. <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 *Il Caffè*, que servia para criticar o desumano sistema repressivo vigente¹⁰.

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%20e%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 § 1º, 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 derogado 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 processos 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 derogado 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 Público, 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 derogados.

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 derogou 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 Penal¹⁹, 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 previstos²⁰, 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 incontestável 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 válido²².

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 oitenta²³. A possibilidade alvitrada é de um respeito máximo ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena e que se aplique a melhor medida cautelar na busca 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 Janeiro:

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/Imp%C3%A9rio20e%20a%20Constitui%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.dantaspimentel.adv.br/ljcdp5217.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.mundo-juridico.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.pdfbbdc4.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.jua-reztavares.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. 7^a. 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.