

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Cezar Augusto Rodrigues Costa¹

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 Humanos², 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, tendo 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 IBC-CRIM 223 de junho de 2011, com o seguinte teor:

“Embora se tenha mexido muito no projeto original, de 2001 (nº 4.208), parece indubitável 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. ◆