



INOVAÇÕES À PRISÃO PREVENTIVA E ÀS MEDIDAS CAUTELARES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011

**Valter Foletto Santin e
Wallace Paiva Martins Junior
(Organizadores)**

Alexandre Cebrian Araújo Reis
Alexandre Rocha Almeida de Moraes
André Estefam Araújo Lima
Antonio Sergio Cordeiro Piedade
César Danilo Ribeiro de Novais
Cleber Rogério Masson
Fernando Capez
Gianpaolo Poggio Smanio
Gilson Sidney Amâncio de Souza
Jorge Assaf Maluly
Nadir de Campos Júnior
Pedro Henrique Demercian
Valter Foletto Santin
Victor Eduardo Rios Gonçalves



Diretoria da Associação Paulista do Ministério Público

Biênio 2011/2012

Presidente

Washington Epaninondas Medeiros Barra

1º Vice-Presidente

Antonio Luiz Benedan

2º Vice-Presidente

José Arnaldo Vianna Cione

1º Secretário

Eduardo Roberto Alcântara Del Campo

2º Secretário

Luiz Fernando Rodrigues Pinto Júnior

1º Tesoureiro

José Roberto Rochel de Oliveira

2º Tesoureiro

Ana Luiza Schmidt Lourenço Rodrigues

Relações Públicas

Thales César de Oliveira

Patrimônio

Darci Ribeiro

Aposentados

Maria Salete de Miranda

Prerrogativas

José Antonio Franco da Silva

CONSELHO FISCAL

Titulares

Clóvis Alberto D'AC de Almeida

Ivan da Silva

Newton Silveira Simões Júnior

Suplentes

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

Sérgio Claro Bonamici

Vilson Baumgartner

DEPARTAMENTOS

Aposentados

Ana Marta Smith Correa Orlando

Antonio Gusman Filho (*in memoriam*)

Flávio Fernandes Teixeira

Lauro Santo de Camargo

Rodolfo Luiz Taddei Barbosa

Silvio Barros de Almeida

CEAL

Coordenador: Wallace Paiva Martins Júnior

Secretário: Fábio Ramazzini Bechara

Cultural

Ailton Cocurutto

Ana Luiza Schmidt Lourenço Rodrigues

Christiano Jorge Santos

Herberto Magalhães da Silveira Júnior

Valter Foletto Santin

Defesa das Prerrogativas.

Garantias e Segurança Funcionais

Deborah Kelly Affonso

Máximo Alves Barbosa Filho

Esportes

Eder do Lago Mendes Ferreira

Eduardo Caetano Querobim

Danilo Palamone Agudo Romão

José Reynaldo de Almeida

Marcelo Freire Garcia

Estudos Institucionais

Everton Luiz Zanella

Francimar Lamenza

Vilma Hayek

Yuri Giuseppe Castiglione

Informática

Antonio Celso Pares Vita

Jurisprudência Civil

Adolfo Sakamoto Lopes

Eurico Ferraresi

Ines Makowski de Oliveira

Regina Célia Ribeiro

Jurisprudência Criminal

José Luiz Saikali

José Mário Buck Marzagão Barbutto

Perseu Gentil Negrão

Rita Di Tomasso Martins

Valéria Carvalho Pinto Guedes Piva

Legislação

Francisco de Lucio Tersi

Irene Moreno Vasconcellos

Juang Yuh Yu

Laurani Assis de Figueiredo

Patrimônio

Andre Luiz Marcassa

José Ângelo Oliva

Tânia Maria Alves de Camargo Silva

Publicações

Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer

Thales Cezar de Oliveira

Relações Públicas

Luciana Frugieue

Marcos Lucio Barreto

Oswaldo Monteiro da Silva Neto

Turismo e Convênios

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves
Fabiana Sabaine
José Eduardo Diniz Rosa
Maria Salete de Miranda

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DAS REGIÕES

Aracatuba

Titular: Luiz Antonio de Andrade
Suplente: Dório Sampaio Dias

Baixada Santista

Titular: Sandro Ethelredo Ricciotti Barbosa
Suplente: Eliana Figueira de Mello

Bauru

Titular: Djalma Marinho Cunha Filho
Suplente: Neander Antonio Sanches

Campinas

Titular: Rogério da Rocha Camargo
Suplente: Paulo Cesar Martinez de Castro

Franca

Titular: Augusto Soares de Arruda Neto
Suplente: Dílson Santiago de Souza

Guarulhos

Titular: Marcos Bento da Silva
Suplente: Zenon Lotufo Tertius

Itapetininga

Titular: Dalmir Radicchi
Suplente: Leandro Conte de Benedicto

Jundiaí

Titular: Jocimar Guimarães
Suplente: Francisco Carlos Cardoso Bastos

Litoral Norte

Titular: Moacyr Whitaker Cohn de Assumpção
Suplente: Eloísa Balizardo Whitaker Cohn de Assumpção

Marília

Titular: Jurandir Afonso Ferreira
Suplente: Celso Bellinetti Júnior

Mogi das Cruzes

Titular: Luciana Malheiros
Suplente: Alexandre Salem Carvalho

Osasco

Titular: Fabio Luis Machado Garcez
Suplente: Maria Eugênia Vieira de Morais

Ourinhos

Titular: Aguilar de Lara Cordeiro
Suplente: Adelino Lorenzetti Neto

Piracicaba

Titular: Antonio Carlos Perez Antunes da Silva
Suplente: Fábio Salem Carvalho

Presidente Prudente

Titular: Silvio Martins Barbatto
Suplente: Rufino Eduardo Galindo Campos
Ribeirão Preto
Titular: Sebastião Donizete Lopes dos Santos
Suplente: Daniel José de Angelis

Santos

Titular: Sandro Ethelredo Ricciotti Barbosa
Suplente: Eliana Figueira de Mello

São José do Rio Preto

Titular: Antonio Ganacin Filho
Suplente: Aristides Pereira dos Santos

Sorocaba

Titular: Arnaldo Marinho Martins Júnior
Suplente: Carlos Alberto Scaranci Fernandes

Taubaté

Titular: Luis Dias Fernandes
Suplente: Paulo José de Palma

Vale do Ribeira

Titular: Daniela Priante Bellini
Suplente: Felipe José Zamponi Santiago

DIRETORES REGIONAIS

Aracatuba

Diretor: Joel Furlan
Diretor Adjunto: Diana Maria Silva Braus

Bauru

Diretor: Fernando Masseli Helene
Diretor Adjunto: Hércules Sormani Neto

Campinas

Diretor: Simone Rodrigues Horta Gomes
Diretor Adjunto: Celso Rocha Cavalheiro

Franca

Diretor: Décio Antonio Piola
Diretor Adjunto: Paulo César Correa Borges

Presidente Prudente

Diretor: Elaine de Assis e Silva
Diretor Adjunto: Luiz Antonio Miguel Ferreira

Ribeirão Preto

Diretor: Aroldo Costa Filho
Diretor Adjunto: Sebastião Sérgio da Silveira

Santos

Diretor: Roberto Luiz Ferreira de Almeida Júnior
Diretor Adjunto: Ezio Benito Ferrini Júnior

São José do Rio Preto

Diretor: José Américo Ceron
Diretor Adjunto: Luis Donizeti Delmaschio

Sorocaba

Diretor: Welington dos Santos Veloso
Diretor Adjunto: Renato Monteiro

Taubaté

Diretor: Manoel Sérgio da Rocha Monteiro
Diretor Adjunto: Paulo Rogério Bastos Costa

**Inovações à prisão preventiva e às
medidas cautelares trazidas pela
Lei nº 12.403/2011**

Valter Foletto Santin
Wallace Paiva Martins Junior
(Organizadores)

Edições APMP - 2011

São Paulo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei n° 12.403/2011 / Valter Foletto Santin, Wallace Paiva Martins Junior (organizadores). -- São Paulo : Edições APMP, 2011.

Vários colaboradores.

1. Liberdade provisória 2. Medidas cautelares
3. Processo penal 4. Processo penal - Brasil
I. Santin, Valter Foletto. II. Martins Junior, Wallace Paiva.

11-08322

CDD-343.126

Índices para catálogo sistemático:

1. Prisão preventiva e medidas cautelares :
Direito processual penal 343.126

ISBN: 978-85-86013-44-7

SUMÁRIO

- Apresentação	7
- Breves notas sobre as Medidas Cautelares pessoais diversas da prisão ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS	9
- A Lei nº 12.403/2011 e o prazo para oferecimento de denúncia ANDRÉ ESTEFAM ARAÚJO LIMA E ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES	15
- A Lei nº 12.403/2011 e o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente ANTONIO SÉRGIO CORDEIRO PIEDADE E CÉSAR DANILO RIBEIRO NOVAIS	23
- Prisão e Medidas Cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011 CLEBER ROGÉRIO MASSON	29
- Lei nº 12.403/2011 e Prisão Provisória: Questões polêmicas FERNANDO CAPEZ	33
- Comentários à Lei nº 12.403/2011 – Medidas Cautelares no Processo Penal GIANPAOLO POGGIO SMANIO	37
- A Prisão Preventiva no regramento da Lei 12.403/2011 GILSON SIDNEY AMÂNCIO DE SOUZA	41
- A Prisão Preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011 JORGE ASSAF MALULY E PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN	47
- Alterações no sistema processual em razão da Lei 12.403/11 e algumas consequências práticas NADIR DE CAMPOS JÚNIOR	51
- Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre Prisão Preventiva e Medidas Cautelares VALTER FOLETO SANTIN	55
- Considerações em torno da Lei nº 12.403/2011 VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES	59

APRESENTAÇÃO

A presente obra é fruto do interesse da Associação Paulista do Ministério Público em auxiliar os estudos sobre as modificações da legislação processual penal e contribuir para o aprimoramento dos membros do Ministério Público, através do seu Departamento Cultural e CEAL (Comissão de Estudos Institucionais e Acompanhamento Legislativo).

Os trabalhos dos colegas articulistas mostram as primeiras impressões sobre o novo formato da prisão preventiva e medidas cautelares após a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, vigente a partir de julho, que alterou o Código de Processo Penal em relação à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

O objetivo principal foi proporcionar aos colegas material doutrinário inicial, prático e objetivo, necessário para a adaptação jurídica exigida para o desempenho da atividade profissional e enfrentamento de questões e dúvidas que possam surgir no início da aplicação de novos institutos e reamoldamento dos institutos jurídicos já existentes. Com o passar do tempo e maturação de interpretação do novo texto legal, certamente surgirão outros trabalhos dos próprios articulistas e de outros doutrinadores para dissecação da nova roupagem da prisão cautelar e das medidas cautelares.

São Paulo, julho de 2011.

Valter Foletto Santin (Departamento Cultural)

Wallace Paiva Martins Junior (CEAL)

Organizadores

Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão

Alexandre Cebrian Araújo Reis

O presente texto tem por escopo oferecer alguma contribuição para o estudo das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, introduzidas em nosso ordenamento pela Lei nº 12.403/11.

Introdução

Sabemos todos que a entrega da prestação jurisdicional sempre ocorre depois do transcurso de um período, mais ou menos longo, a contar do momento em que o ilícito penal foi praticado, circunstância que pode ensejar a necessidade de o juiz, no curso da investigação ou da ação, adotar medidas que garantam a utilidade do processo ou a efetividade da decisão definitiva que será proferida.

Essas medidas, denominadas cautelares, não constituem, obviamente, antecipação da pena, pois ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF), daí porque sua adoção pressupõe a constatação de que há risco de dano na demora da entrega da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) e de que há razoável probabilidade de ser acolhida a pretensão do autor (*fumus boni iuris*).

É sabido que, até o advento da Lei nº 12.403/11, o Código previa apenas uma modalidade de medida cautelar passível de recair sobre a pessoa do indiciado ou acusado: a prisão.

Com as alterações introduzidas, descortinou-se a possibilidade de o juiz aplicar medidas de natureza diversa da prisão que, embora recaiam sobre a pessoa a quem se atribui a prática da infração, não importam em sua manutenção no cárcere.

Além das medidas cautelares pessoais, reguladas no Título IX, há também as medidas cautelares reais (ou medidas assecuratórias), que recaem sobre o patrimônio do investigado ou acusado (arts. 125 a 144).

1. Requisitos para aplicação

O art. 282 do Código de Processo Penal estabelece os critérios que devem nortear a decisão acerca do cabimento das medidas cautelares em geral. São eles:

a) 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 (inciso I).

Para que a medida cautelar seja decretada não basta a mera conveniência de sua adoção, exigindo-se que haja fundamento para concluir-se que se mostra imprescindível para tutela dos meios e dos fins do processo.

Três são os gêneros de circunstâncias que possibilitam a adoção de medida cautelar:

1) risco para aplicação da lei penal: ocorre quando se verifica a probabilidade de que o investigado ou acusado tentará subtrair-se ao cumprimento da pena acaso venha a ser condenado.

2) risco para a investigação ou instrução criminal: tem lugar quando o investigado ou acusado cria sérios embaraços para a regular obtenção de provas, tal como na hipótese de ameaçar ou corromper testemunhas.

3) nos casos expressamente previstos, risco de o investigado ou acusado voltar a praticar infração penal: hipótese em que a personalidade ou os antecedentes do investigado ou réu ou, ainda, as circunstâncias da conduta autorizam a conclusão de que o agente apresenta considerável potencial de reincidência.

b) Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (inciso II).

Deverá haver sempre proporcionalidade na atuação do juiz no que diz respeito à garantia da utilidade e da eficácia do processo. Equivale a dizer que o juiz deverá estar atento à gravidade abstrata e concreta da infração e às condições pessoais do indiciado ou réu para decidir não apenas se há necessidade de adoção de providência cautelar, mas, também, para escolher, quando presentes seus requisitos, quais medidas aplicará.

2. Cumulação, substituição e revogação

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, o juiz poderá aplicar a medida cautelar pessoal de forma isolada ou cumulativamente (art. 282, §1º), não havendo limite em relação à quantidade de providências que podem ser adotadas simultaneamente, desde que haja compatibilidade lógica entre elas.

A decisão que aplica medida cautelar não está sujeita a preclusão, sendo-lhe ínsita a cláusula rebus sic stantibus, de modo que o juiz, de ofício ou a requerimentos das partes, poderá substituí-la, revogá-la, aplicar outra em cumulação e, ainda, voltar a decretá-la. Poderá, ainda, em caso de descumprimento de qualquer outra medida ou de superveniência dos fundamentos que a justificam, decretar a prisão preventiva.

3. Momento e iniciativa

Somente o juiz, por meio de decisão fundamentada, pode aplicar medida cautelar, seja no curso da ação penal ou antes de seu exercício.

Durante a investigação, todavia, é vedado ao juiz decretar de ofício a medida, já que em tal etapa sua aplicação depende de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. No curso da ação, as medidas cautelares podem ser decretadas de ofício ou a requerimento das partes (art. 282, §2º).

4. Processamento e recurso

De acordo com o artigo 282, §3º, do Código, sempre que não houver urgência nem perigo de ineficácia da medida o juiz ouvirá a parte contrária antes de decidir sobre o pedido. Para tanto, determinará sua intimação, bem como o fornecimento de cópia do requerimento e de peças relevantes, já que os autos deverão permanecer em cartório.

Registre-se, todavia, que, para a colheita da manifestação do indiciado ou acusado, é necessário que não haja urgência e que o juiz possa concluir, com segurança, que não há risco para a eficácia da medida, já que a finalidade das cautelares é evitar que o investigado ou acusado adote determinados comportamentos, expectativa que, em regra, seria frustrada com o conhecimento, por parte dele, de que a providência cautelar está prestes a ter lugar, sobretudo porque poderia antecipar-se à decisão judicial e fazer aquilo que se pretende evitar.

A decisão que indefere pedido de aplicação de qualquer medida cautelar expõe-se a recurso em sentido estrito, pois, muito embora o inciso V do art. 581 do Código trate apenas da hipótese em que a prisão preventiva é indeferida, é possível concluir que houve omissão involuntária do legislador, o que autoriza o emprego de interpretação extensiva (art. 3º do CPP). Também a decisão que revoga a medida cautelar é desafiada por recurso em sentido estrito.

Não há recurso para impugnar a decisão que decreta a medida, mas é possível a impetração de habeas corpus pra desafiá-la, uma vez que o descumprimento das obrigações impostas ensejará a decretação da custódia preventiva do indiciado ou réu (art. 312, parág. único).

5. Medidas cautelares diversas da prisão

São dez as modalidades de medidas cautelares diversas da prisão previstas, em rol taxativo, pelos artigos 319 e 320 do Código:

1) Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (art. 319, I).

Consiste na determinação de que o indiciado ou réu compareça à presença do magistrado em periodicidade que vier a ser definida (diariamente, semanalmente, mensalmente etc.), para demonstrar, por meio de prova idônea, as

atividades que realiza, o que permitirá ao juízo exercer alguma fiscalização sobre ele.

É importante que, sempre que aplicar essa medida, o juiz empenhe-se em entrevistar diretamente o destinatário, com intervalos não muito longos entre os comparecimentos, para que a providência não passe a constituir mera formalidade, tal como ocorreria se a tarefa de indagar e ouvir o indiciado ou réu fosse entregue a serventuário ou se tivesse lugar de forma demasiado espaçada.

- 2) 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 (art. 319, II).

É possível que a frequência do indiciado ou réu a determinados lugares ou a estabelecimentos de certa natureza favoreçam o cometimento de novas infrações por ele, daí porque o juiz, frente a tal constatação, poderá interditar-lhe a estada em um ou vários lugares. É recomendável que esta medida seja aplicada cumulativamente com a monitoração eletrônica, para que se possa fiscalizar se o destinatário respeitará as restrições estabelecidas.

- 3) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III).

Se as circunstâncias do fato indicarem a necessidade, o juiz poderá proibir que o indiciado ou acusado mantenha contato com certas pessoas, como a vítima, testemunha, coautor, etc.

- 4) Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (art. 319, IV).

Se a permanência do acusado na comarca pela qual tramita o processo for conveniente para a investigação ou instrução, o juiz poderá decretar a medida, como quando, por exemplo, houver necessidade de proceder ao reconhecimento do indiciado ou acusado. Na medida em que a lei não faz qualquer distinção, é irrelevante se o destinatário da medida reside ou não na comarca em cujos limites territoriais terá de permanecer.

A proibição em questão pode ser absoluta, quando o juiz entender que se justifica a imposição de restrição total à possibilidade de saída do território da comarca. Pode, também, ser relativa, acaso se entenda que sua finalidade será alcançada ainda que o indiciado ou réu seja autorizado, por exemplo, a sair da comarca para trabalhar.

- 5) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V).

A aplicação dessa medida pressupõe a existência de prova inequívoca de que o indiciado ou réu tem residência e trabalho fixos. A pessoa sujeita ao recolhimento domiciliar deverá permanecer nas dependências de sua residência todas as noites e nos dias em que não tiver de dedicar-se ao trabalho ou estudo em estabelecimento de ensino oficial.

Para que a medida em estudo possa ter eficácia deverá o juiz aplicá-la, em regra, cumulativamente com a medida de monitoração eletrônica, pois a mera obrigação de recolher-se, sem a correspondente fiscalização, desnatura a medida. É possível que a fiscalização seja cometida à Polícia Judiciária, hipótese em que o juiz deverá exigir relatório circunstanciado das diligências periodicamente realizadas.

- 6) 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 (art. 319, VI).

Havendo fundamento para concluir que o exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira favoreça a prática de nova infração penal, o juiz poderá interditar temporariamente seu exercício, comunicando, conforme o caso, ao respectivo órgão público ou entidade de classe.

- 7) 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 (art. 319, VII).

Cuida-se de medida aplicável somente em relação a infrações praticadas com violência ou grave ameaça e que pressupõe, além da constatação, em decorrência da instauração de incidente de insanidade, de que o indiciado ou réu é inimputável ou semi-imputável e que apresenta considerável potencial de reincidência. A internação deve ocorrer em Hospital de Custódia a Tratamento Psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

- 8) 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 (art. 319, VIII).

Trata-se, em verdade, de medida de contracautela, que tem lugar para evitar que o indiciado ou acusado permaneça preso provisoriamente (ou seja, sujeito a prisão cautelar) na eventualidade de poder oferecer garantia ao juízo, de modo a reduzir a probabilidade de lançar-se a terras distantes.

- 9) Monitoração eletrônica (art. 319, IX).

Consiste na sujeição do destinatário a fiscalização por meio de sistemas eletrônicos, de modo a permitir sua imediata localização. Para execução dessa medida, o indiciado ou réu deverá utilizar, junto ao corpo, dispositivo tecnológico próprio, vedada a utilização de equipamentos que exponham a risco sua saúde.

A medida em questão, assim como as demais cautelares, tem caráter coercitivo, daí porque é desnecessária a anuência do indiciado ou acusado para sua decretação. É bem verdade que não se pode constranger o destinatário da medida, física ou moralmente, a utilizar o equipamento eletrônico, mas sua recusa, que importa em descumprimento da obrigação imposta, é motivo para decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Haverá descumprimento da medida, ainda, se o indiciado ou acusado danificar o aparelho ou tentar ludibriar, por qualquer meio, o sistema de vigilância, assim também quando se recusar a atender ao chamado do juiz ou do órgão ou instituição responsável pelo monitoramento.

10) Proibição de ausentar-se do País (art. 320).

Pode o juiz proibir que o indiciado ou acusado deixe o País ou condicionar sua saída à prévia autorização.

As autoridades responsáveis pelos órgãos de controle marítimo, aeroportuário e de fronteiras serão comunicadas sobre a proibição, ao passo que o réu terá de depositar o passaporte em juízo em 24 horas.

Fiscalização

O juiz deve estabelecer, ao aplicar a medida, a forma de fiscalização de seu cumprimento, sem prejuízo da possibilidade de o Ministério Público supervisionar a execução da cautelar, diretamente ou com o concurso de órgãos ou instituições públicas.

Duração

Não há previsão de prazo máximo de duração das medidas cautelares, o que autoriza a conclusão de que os efeitos da decisão que as decreta devem perdurar enquanto subsistir a necessidade. Deve o juiz, entretanto, notadamente no que se refere à prisão, pautar-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para estabelecer os casos em que a duração da medida se mostra excessiva.

Detração

Na medida em que, segundo a redação do art. 42 do Código Penal, apenas o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e de internação são passíveis de detração, não há espaço para cômputo na pena ou medida de segurança do período de cumprimento das demais medidas.

*Alexandre Cebrian Araújo Reis é
3º Promotor de Justiça de Sumaré*

A Lei n. 12.403/2011 e o prazo para oferecimento de denúncia

*André Estefam Araújo Lima
Alexandre Rocha Almeida de Moraes*

I. Introdução

O advento de uma nova Lei sempre provoca, além das modificações diretas, relevante reflexo em outros dispositivos, seja revogando-os tacitamente, seja impondo uma releitura, a fim de acomodá-lo aos novéis preceitos. Afinal, revela-se a dialética entre a *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*.

Daí o papel do intérprete.

Nesse aspecto, como explicita Maximiliano, “ninguém ousará dizer que a música escrita, ou o drama impresso, dispensam o talento e o preparo do intérprete”.¹

Foi assim, por exemplo, com o art. 595 do CPP, ab-rogado implicitamente pela Lei n. 11.719, de 2008 (e expressamente pela Lei n. 12.403, de 2011).

O mesmo se deu, ainda, com o art. 581, VIII, em face do art. 397, IV, todos do CPP. Trata-se de saber, neste caso, qual o recurso adequado quando o juiz, com fundamento no último dispositivo, declara a extinção da punibilidade: será o recurso em sentido estrito, com preceitua o primeiro artigo mencionado, ou apelação, pois se cuida, na dicção atual, de sentença absolutória. Para não deixar o leitor sem resposta, já adiantamos, quanto a esta questão, que nos parece de todo inadequado, respeitadas opiniões em sentido contrário, julgar absolvido o réu quando, na verdade, extingui-se a pretensão punitiva estatal. O legislador, ainda que por vezes pareça pretender, não consegue transmutar a natureza das coisas, transformando em reconhecimento de inocência uma decisão que apenas demonstra ter o Estado perdido seu direito de punir, por razões completamente estranhas ao fato criminoso. Do contrário, teríamos que reconhecer, *per absurdum*, que se o juiz verificar, após a citação, que o acusado faleceu, apresentando o advogado a certidão do óbito original, terá que declará-lo inocente. Por esse motivo, não temos dúvida que, a decisão que reconhecer, com fulcro no art. 397, IV, do CPP, a perda do *ius puniendi*, desafiará recurso em sentido estrito, e não apelação, pois não se cuida de sentença efetivamente absolutória, mas meramente declaratória da extinção da punibilidade, na linha, inclusive, do que decidira o STJ na Súmula n. 18.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito. Forense*, 2008, 19ª edição, p. 83

II. Origem

A Lei n. 12.403, de 04.05.2011, teve como origem o Projeto de Lei n. 4.208, de 2001, de autoria do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional juntamente com diversos anteprojetos, todos visando a reformular o Código de Processo Penal. Três deles, como é cediço, foram aprovados em 2008, resultando nas Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719, modificadoras, respectivamente, do procedimento do Júri, das provas e do procedimento comum.

Antes de apreciar propriamente as aparentes contradições e antinomias da nova Lei, forçoso buscar arrimo nas palavras do festejado hermeneuta: “*É antes crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade*”.²

Essa é, a nosso sentir, a premissa necessária para a compreensão do sentido da novo Diploma.

III. Panorama geral

A Lei de que cuida esse texto modificou por completo a sistematização das medidas cautelares pessoais ou subjetivas, harmonizando a matéria com as normas inseridas no Texto Constitucional.

Cumpramos, nesse passo, uma breve crítica à denominação imposta ao Título IX do Livro I do CPP, que agora se intitula: “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

Esse setor do CPP não disciplina todas as medidas cautelares, mas apenas as pessoais ou subjetivas, como se frisou. Estas não se confundem com as cautelares reais ou medidas assecuratórias (CPP, arts. 125 a 144), destinadas a tornar eficazes os efeitos civis da condenação (CP, arts. 91 e 92) ou mesmo com as cautelares probatórias, como a busca e apreensão (CPP, arts. 240 a 250).

Destaque-se, ainda, que a rubrica sugere que prisão, medidas cautelares e liberdade provisória são espécies de um mesmo gênero. Na verdade, o *genus* é o das cautelares pessoais, que se compartimentam nas *species* prisão e cautelares pessoais alternativas à prisão. A liberdade provisória, de seu turno, é o sucedâneo da prisão em flagrante, devendo ser adotada sempre que, sendo válida a detenção, mostrar-se descabida a conversão do flagrante em preventiva (CPP, art. 310, III).

No que pertine à visão global da Lei n. 12.403, nota-se que ela se dedica, primeiramente, a estabelecer regras gerais a respeito das cautelares pessoais (arts. 282 e 283).

² Maximiliano, op. cit., p. 135.

Em seguida, modifica normas referentes ao cumprimento do mandado de prisão (arts. 289, 299 e 300) e, em especial, cria um banco de dados nacional, organizado e mantido no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (art. 289-A).

Determina a obrigatória remessa de comunicação do auto de prisão em flagrante do Ministério Público (art. 306, *caput*). Estabelece a precariedade do flagrante enquanto título prisional, dispondo que o juiz, ao receber o respectivo auto, deverá verificar a validade da medida, a possibilidade de convertê-la em preventiva ou decretar outras medidas cautelares pessoais ou, ainda, conceder a liberdade provisória (art. 310).

Altera o regramento da prisão preventiva, em particular no que tange aos seus requisitos normativos ou condições de admissibilidade, para utilizar a denominação tradicional da doutrina (art. 313).

Estabelece a prisão domiciliar (arts. 317 e 318).

Elenca as medidas cautelares alternativas à prisão, dispondo sucintamente sobre seus requisitos específicos (arts. 319 e 320).

Revitaliza a disciplina da fiança, modernizando-a (arts. 321 a 350).

Altera o art. 439, suprimindo dos jurados o direito à prisão especial.

Revoga expressamente os arts. 393 e 595.

No que toca ao objetivo específico do presente texto, resta-nos avaliar em que circunstâncias se dá o recebimento, pelo Magistrado, dos autos de prisão em flagrante, eventual conversão em prisão preventiva e, conseqüentemente, qual o prazo será conferido ao Ministério Público para ajuizamento da ação penal.

De imediato, é importante que frisemos os pontos controvertidos que demandam detida análise para a conclusão a seguir apresentada e que nos parece lógica: a) a natureza jurídica da prisão em flagrante; b) a diferente escala de valoração e cognição que deve ser empregada na análise da legalidade e legitimidade de tais institutos – prisão em flagrante, prisão preventiva e aptidão da denúncia; e c) como deve ser interpretado o prazo fixado em lei para o ajuizamento da ação penal.

IV. O recebimento do auto de prisão em flagrante

A Lei n. 12.403, de 2011, modificou dois dispositivos legais inseridos na disciplina da prisão em flagrante delito: os arts. 306 e 310.

No primeiro caso, a mudança foi fundamentalmente redacional, mantendo-se quase íntegras as normas anteriormente dispostas, salvo no tocante à previsão de comunicação obrigatória do ato flagrancial ao Ministério Público.

Diz o art. 306, *caput*, que: “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” (grifo nosso).

O teor da norma sugere que a obrigação de comunicar o flagrante ao Ministério Público incumbe à autoridade responsável pela lavratura do auto, pois também a ela acode a necessidade de cientificar o ato ao juiz competente,

à família do preso ou pessoa por ele indicada. Essa obrigação restará cumprida com o envio de cópia do auto ao membro do *Parquet* e, segundo cremos, não exige o juízo competente de dar vista do flagrante ao Promotor de Justiça antes de tomar alguma das providências contidas no art. 310, onde residem, sem dúvida, as principais novidades.

O dispositivo acima citado dispõe, agora, que:

“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, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”.

Os incisos I e III do caput do art. 310 são decorrência direta dos incisos LXV e LXVI do art. 5º da CF.

O inciso II, porém, constitui-se da grande inovação.

É inegável que a prisão em flagrante tornou-se título prisional precário, que somente subsiste em, no máximo, 48 horas (as 24 horas necessárias à comunicação do auto pela polícia ao juízo e outras 24 horas que devem anteceder a análise judicial de que cuida o art. 310).

A custódia do preso somente persistirá, outrossim, se presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, situação em que o flagrante será convertido em preventiva.

Doutrina e jurisprudência sempre discutiram a natureza jurídica da prisão em flagrante. Parte a entendia como instituto de natureza cautelar e para outros era conhecida como medida pré-cautelar.

A corrente que entendia ser a prisão em flagrante uma medida de natureza pré-cautelar, advogava a tese de que este título, em face das características de sua formação – prescindibilidade do mandado judicial, possibilidade de se fazer por ato de qualquer do povo e controle jurisdicional diferido e de natureza homologatória, apresentava muito mais um caráter administrativo.

Nos parece, contudo, que a natureza sempre foi híbrida ou mista: administrativa e cautelar.

Nas etapas de captura, lavratura do auto e cárcere, a prisão teria caráter eminentemente administrativo, evidenciando o poder de polícia do Estado, com autorização constitucional, mas sem qualquer controle jurisdicional. Somente

na segunda etapa, ou seja, com a homologação e apreciação do Magistrado, a medida sofreria afetação de “cautelaridade”.

A partir desse controle diferido, a prisão em flagrante, caso mantida nos termos da antiga redação do parágrafo único do art. 310 do CPP, passaria a apresentar a natureza cautelar e, pois, as características da acessoriedade, preventividade, instrumentalidade e provisoriedade.

Exatamente por conta da dinâmica do procedimento que permitia a manutenção da prisão em flagrante – caso presentes os requisitos da prisão preventiva – a decretação desta passou a ser aquilatada de igual forma à cognição para a análise do auto de prisão em flagrante e para aptidão da denúncia.

Em outros termos, construiu-se equivocadamente, na doutrina e jurisprudência dominantes, que os requisitos exigidos para a prisão em flagrante, para a decretação da prisão preventiva e para o recebimento da denúncia seriam exatamente os mesmos. Daí a ilação de que seria impossível a decretação da prisão preventiva sem o prévio ajuizamento da ação penal.

O erro sobre a valoração, escalonamento e proporcionalidade da cognição construiu esse entendimento falacioso, predominante até então.

Ademais, o erro a respeito da natureza da prisão em flagrante, tratando-a como instituto completamente similar à prisão preventiva, sempre fortaleceu o equívoco.

O flagrante, ou a “certeza visual do crime”, conforme fórmula feliz, empregada pelo Desembargador Raphael Magalhães³, coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprovar o crime mediante a prova direta.⁴

Diferentemente do que se dá, em regra, no recebimento da denúncia, o simples auto de prisão em flagrante, ainda que traga a “certeza visual do crime”, nem sempre carrega, por si só, todos os elementos de convicção aptos a ensejar o recebimento da denúncia, razão pela qual o legislador sempre contemplou um prazo específico para a propositura da ação penal no caso de indiciado preso e, concomitantemente, contemplou a possibilidade de manutenção da prisão, dando-lhe, como dissemos, o caráter de cautelaridade nos termos do antigo parágrafo único do art. 310 do CPP.

É preciso, pois, que repisemos que o ato de prender sempre foi e será um ato administrativo incumbido à polícia judiciária (ato administrativo em sentido estrito) e facultado a qualquer pessoa (ato administrativo em sentido amplo, decorrente do direito público conferido por lei).

Já a prisão preventiva sempre representou um *plus* em relação às primeiras etapas da prisão em flagrante, exigindo os requisitos típicos das medidas cautelares – fumaça do bom direito e perigo da demora.

3 HC n° 2284, junho de 1927, Tribunal da Relação do Estado de Minas Gerais (Arquivo Judiciário, vol. 3°, 1927, p. 64) in Espínola Filho, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. III, Bookseller, 2000, p. 386.

4 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, Forense, 1965, 2ª edição, p. 63

Agora, diante da nova Lei, forçoso reconhecer que a própria prisão preventiva se reveste de diferentes espécies: preventiva autônoma: decretada no curso da persecução penal, quando o indiciado ou réu encontrava-se em liberdade (arts. 311 a 316); preventiva substitutiva: ordenada como consequência do descumprimento das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão (arts. 282, 4º e 312, par. ún.); preventiva convertida: determinada após a conversão do flagrante (art. 310, II).

No último caso, ficam dispensadas as exigências do art. 313 do CPP, ou seja, os requisitos normativos ou condições de admissibilidade da preventiva. Isto porque o art. 310, II, de maneira clara, faz alusão tão somente à necessidade de observância do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Pergunta-se, então, se uma vez decretada a prisão preventiva, em face da conversão do flagrante, com a anuência do Ministério Público, a quem o juiz ouviu previamente, em respeito aos arts. 257, II e 306, *caput*, estaria o *Parquet* obrigado a ajuizar a ação penal imediatamente?

V. Oferecimento de denúncia

Conforme já aludido, doutrina e jurisprudência estabeleceram à luz da legislação revogada, que a prisão preventiva somente poderia ser decretada quando oferecida a denúncia, pois, para ambos os atos processuais citados, exigia-se prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Justamente por isso entendia-se que não era possível decretar a constrição da liberdade de locomoção ainda na fase de inquérito policial. Enfim, não havia preventiva sem denúncia.

Era evidente a confusão a respeito da natureza jurídica da prisão em flagrante e a falta de proporcionalidade e escalonamento nos juízos valorativos.

A esse respeito, vale ressaltar o escólio de FREDERICO MARQUES a respeito da legislação passada:

“(...) no genitivo *criminis* ou *delicti* da designação jurídica de vários institutos da persecução penal está cristalizado o princípio de que não pode haver atuação persecutória do Estado sem tipicidade. Assim é que, para a existência da investigação (que é uma *informatio delicti*), torna-se imprescindível a *notitia criminis*, isto é, a comunicação ou conhecimento de conduta configurada como fato típico. A suspeita de crime, ou *opinio delicti*, base e fundamento da acusação, consiste sobretudo na possibilidade de existência de crime decorrente da prática presumível de fato típico. Já o *corpus delicti* ou *corpus criminis* é a adequação típica comprovada, que funciona como *conditio sine qua non* da prisão em flagrante delito, da prisão preventiva e da pronúncia”.⁵

⁵ MARQUES, op. cit., p. 133

A Lei n. 12.403, de 2011 impõe, necessariamente, a correção desse consolidado equívoco e uma releitura de diversos dispositivos. A interpretação sistemática e teleológica de seus preceitos não se coaduna, em nosso pensar, com o raciocínio antes exposto.

A começar porque não há mais dúvida alguma de que a preventiva é cabível na fase inquisitorial – uma leitura perfunctória do art. 310 espanca qualquer interpretação contrária. Pode-se citar, ainda, o art. 282, 2º, que confere a possibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais (das quais a preventiva faz parte), em qualquer fase da investigação ou da ação penal.

Admitindo-se a preventiva em sede inquisitorial, cai por terra o entendimento, defasado e equivocado, portanto, de que com a preventiva será obrigatória a deflagração da *persecutio criminis in iudicio*.

Em verdade, será fundamental, seguindo o raciocínio de FREDERICO MARQUES, “uma autêntica gradação progressiva na valoração da prova indiciária sob o influxo do princípio *in dubio pro societate*”⁶ ou o respeito ao “escalonamento ascendente da forma de cognição”.⁷

Em síntese, assim como os requisitos para a avaliação da prisão em flagrante, da prisão preventiva e da aptidão da denúncia devem merecer uma gradação diferenciada, a prova para comprovação de tais requisitos também é diversa.

Ora, o legislador estipulou categoricamente que, recebido o auto, deverá o flagrante ser convertido em preventiva, sem que haja qualquer outro elemento informativo senão aqueles encaminhados juntamente com o citado auto prisional. A prevalecer a tese de que, nesse instante, a exordial deveria ser proposta, estaria o legislador obrigando a propositura da ação penal com os precários elementos até então reunidos, algo que, em nosso sentir, não se mostra razoável.

Não é só. Se a inicial fosse ajuizada neste contexto, não haveria mais inquérito policial quando o flagrante se convertesse em preventiva. Afinal, qual seria a necessidade deste instrumento se a ação penal já se encontrasse formalmente proposta? Teria sido esta a intenção da norma? Haveria um conflito entre o art. 310, II e os arts. 10, *caput* e 46? Parece-nos que não.

Como bem aconselha MAXIMILIANO, “*Procure-se encarar as duas expressões de Direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra.*”⁸

6 CAPEZ, Fernando. Lei n. 12.403/2011 e prisão provisória: questões polêmicas, APMP, disponível em http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_lei12403.pdf, acesso em 28/06/2011

7 BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Saraiva, 2011, p. 130

8 MAXIMILIANO, op. cit., p. 111

Seguindo o conselho, ainda que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, não terá o Ministério Público que ofertar denúncia imediatamente.

Subsistirá, ainda, o prazo para a autoridade concluir o inquérito policial, exigindo-se, porém, uma reinterpretação do art. 10, *caput*. Onde se lê: “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente...”, deve-se ler, agora: “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, quando o flagrante for convertido em preventiva...”.

Finalmente, uma vez concluída a investigação, somente correrá o prazo para o membro do *Parquet* oferecer denúncia nos moldes do art. 46, *caput*, ou seja, em 5 dias “contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial”.

André Estefam Araújo Lima
Promotor de Justiça
Mestre em Direito Penal (PUC/SP)
Assessor da Procuradoria Geral de Justiça

Alexandre Rocha Almeida de Moraes
Promotor de Justiça
Mestre em Direito Penal (PUC/SP)
Assessor da Procuradoria Geral de Justiça

A Lei n.º 12.403/2011 e o princípio da vedação à proteção deficiente

*Antonio Sérgio Cordeiro Piedade
César Danilo Ribeiro de Novais*

1. Introdução

No Brasil, vigora um verdadeiro caos legislativo, caracterizado pelo número excessivo de leis e pela ausência de sistematização, o que acaba elevando o custo social do Direito.

Nesse quadro, o advento de uma nova lei cria no seio da sociedade a expectativa do surgimento de ferramentas para uma resposta penal justa e proporcional ao delito praticado, a qual tenha o condão de conter a violência e a impunidade, que reinam em nosso país.

Fomentando esse panorama, no dia 05.05.2011, foi publicada a Lei n.º 12.403, com início de vigência em 04.07.2011, que alterou o Código de Processo Penal, concedendo nova formatação à prisão processual e à liberdade provisória e instituindo medidas cautelares.

Frente à crise do sistema prisional, especificamente a superpopulação carcerária e a ausência de investimento governamental na ampliação e construção de presídios, quis o legislador, a bem da verdade, sob o pseudofundamento de que a liberdade é a regra e a prisão é exceção, implementar uma política criminal contudente de descarcerização.

Assim, instituiu a prisão domiciliar como sucedâneo da prisão preventiva, contemplou quase uma dezena de medidas cautelares e previu novos requisitos para a validade da prisão preventiva, destacando-se a exigência de pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos para o crime praticado.

Esses tópicos açambarcados pela novel lei, como se verá nas linhas subsequentes, colocam em xeque o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da proibição da proteção deficiente.

2. Princípio da Proporcionalidade (Proibição da Proteção Deficiente)

A doutrina e a jurisprudência contemporâneas jogam luzes solares no princípio da proporcionalidade, fixando-o como um método interpretativo do Direito, mormente no que se refere à colisão de princípios.

Esse princípio é de fundamental importância no Direito Penal e no Processo Penal para contrabalançar valores e princípios, os quais rotineiramente se opõem, como por exemplo, o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado.

A proporcionalidade, portanto, contempla duas vertentes, quais sejam: a primeira impõe ao Estado a proteção do cidadão contra os abusos ou arbítrio do *jus puniendi*, denominando-se *garantismo negativo*, que é pautado pela proibição de excesso; e a segunda exige que o Estado não desproteja - ou não proteja o bastante - os direitos fundamentais, numa visão não apenas individual, mas também social, classificando-se como *garantismo positivo*, com a vedação da proteção deficiente.

Essa última vertente decorre do *dever de proteção*, como forma de vinculação do poder público aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Vale dizer, o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos. Bem por isso, a doutrina vem se consolidando no sentido de que a proporcionalidade não ocorre somente quando há excesso na ação estatal (proteção vertical), mas também quando esta se apresenta manifestamente deficiente (proteção horizontal).

Um marco importante para essa tendência foi o RE 418.376, em que o Supremo Tribunal Federal aplicou pela primeira vez o princípio da proibição da proteção deficiente, num caso em que se buscava extinguir a punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra uma menina de nove anos, que foi abusada por quatro anos e que, aos doze, engravidou, iniciando, com o seu agressor, uma união “estável”. No julgamento da causa, o relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela extinção de punibilidade do agente.

A decisão do Supremo Tribunal Federal representa um avanço significativo, na medida em que se faz no caso concreto, um juízo de ponderação, no qual se analisa a magnitude da lesão e a necessidade de proteção de um direito fundamental coletivo, com enfoque social.

Daí que é necessária a aplicação de referido princípio de forma mais efetiva, com a exaltação de valores como justiça e segurança pública, de forma a não deixar sem proteção bens de grande importância para o corpo social.

Nessa senda, o *garantismo integral* impõe que o Estado, nos âmbitos administrativo, legislativo e judiciário, além de se obrigar a abster-se da violação de direitos fundamentais do cidadão, tem o dever de agir positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças emanadas de terceiros.

3. Proteção Deficiente da Lei n. 12.403/2011

É cultura política vigente neste país a criação de leis que ignoram por completo a realidade, como se o simples fato destas existirem já fosse o bastante para a resolução dos conflitos interindividuais ou sociais.

Todavia, como manda a lógica mais elementar, de nada adianta a instituição de novas leis, quando despidas de mecanismos aptos a implementarem os

seus conteúdos, ou seja, fazerem com que saiam do mundo da abstração para serem concretizadas socialmente na sua plenitude, cumprindo, pois, as suas finalidades.

Ao prever a prisão domiciliar e as medidas cautelares, a novel lei parece ter se preocupado apenas com o mundo ideal, desprezando olímpicamente a realidade, pois de nada adianta contemplar tais benesses aos praticantes de crimes, sem que haja instrumentos capazes de vê-las cumpridas.

Vale, então, esta indagação: quem fará o monitoramento e acompanhamento daqueles que ganharem a liberdade ou forem contemplados com as medidas cautelares?

Ora, qualquer lidador da arena jurídica criminal sabe que o Estado não detém a mínima estrutura para fiscalizar o cumprimento de tais medidas pelo beneficiado, tornando-as absolutamente inócuas.

Isso é demasiadamente demonstrado pelos engenhos jurídicos já existentes, tais como a prisão domiciliar (Lei n.º 7.210/1984) e a suspensão condicional do processo (Lei n.º 9.099/1995), cujos cumprimentos são executados pelo beneficiado sem fiscalização por parte do Estado. Aliás, o descumprimento de qualquer dessas medidas, amiudadamente, é comunicado para o Poder Judiciário por força da prática de novo crime pelo usufruidor da benesse.

Bem por isso, pouco esforço é preciso para se notar que a nova tratativa legislativa, na ânsia de descarcerizar como forma de solução da crise prisional, desprotege caros bens jurídicos e, por conseguinte, a vítima e a sociedade.

Tanto isso é verdade que delimitou a viabilidade da decretação da prisão preventiva apenas para os delitos que contemplam pena máxima cominada acima de 04 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP).

Isso significa dizer que uma gama enorme de crimes, incluindo-se, *v.g.*, quadrilha ou bando, o furto e a receptação não autorizam a decretação da prisão preventiva.

Fica evidente, assim, que a lei em testilha viola o texto constitucional, uma vez que, por força dos seus artigos 5º e 144, os direitos à vida, incolumidade física, liberdade, segurança, propriedade, ordem pública ficam fragilizados e desprotegidos.

Ora, o dever de prestação de segurança pública por parte do Estado é garantia dos direitos fundamentais, *a fortiori* em um país, como o Brasil, em que os índices de violência são galopantes, onde cerca de cinquenta mil pessoas são anualmente assassinadas.

Em decorrência disso, o dever de proteção penal (e processual penal) de direitos fundamentais é necessário e imprescindível para que eles sejam tornados efetivos e garantidos. Não se trata, pois, de uma escolha política, senão uma obrigação jurídica por parte do Estado em relação ao povo.

Com efeito, ocupando a Constituição Federal o topo da pirâmide do ordenamento jurídico pátrio, n'alguns casos, por força da vedação ao princípio da proteção deficiente, incumbirá ao Poder Judiciário, por provocação do Ministério Público ou mesmo de ofício, efetuar o controle de constitucionalidade difuso da novel lei, com a finalidade de proteger direitos fundamentais da vítima, de potenciais vítimas e da sociedade como um todo.

Nesse sentido é a observação de Edilson Mougnot Bonfim¹:

(...) em caso de coação no curso do processo cuja pena máxima também não é superior a quatro anos, restando desprotegida a vítima da tentativa de homicídio, por exemplo, ou a testemunha dos autos. A única possibilidade, a meu ver, para que não deixe abandonada à sorte uma testemunha ou vítima ameaçada de morte, é no caso concreto afastar-se a incidência da norma - caso a ameaça seja veraz - por violação ao “princípio da proibição da infraproteção”, uma vez que, à evidência, não pode o Judiciário, porque o legislador infraconstitucional proibiu, deixar de dar efetiva proteção a direito fundamental, a vida. Nesse caso, há de invocar a Constituição Federal e tomar uma atitude protetora e garantidora da vida. Ou seja, a norma foi positivamente criada, mas no caso concreto pode trazer uma “destutela” de direito fundamental, colidindo com a tutela que a Constituição Federal se obrigou. Prevalece, pois, a Constituição, a despeito da previsão legislativa.

No confronto interno dos direitos fundamentais, qual seja, o choque entre o direito à liberdade do acusado e o direito à segurança pública, o Estado-Juiz deve ter posicionamento firme e coerente com a defesa da sociedade.

Por isso, alguns casos reclamarão a incidência do princípio da proibição da proteção deficiente para que não haja resposta processual penal insuficiente e, conseqüentemente, para que ocorra a tutela efetiva do direito à vida e à integridade física, tornando-se imprescindível a decretação da prisão preventiva, mesmo frente a crime que contemple pena privativa de liberdade inferior a quatro anos e o agente não seja reincidente.

4. Conclusão

Conforme Antonio Scarance Fernandes, “a história é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo idéias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias”.²

1 In <http://promotordejustica.blogspot.com/2011/06/o-juri-reformado-edilson-mougnot.html>, acessado em 29.06.2011.

2 FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6. Ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

Daí a ilação óbvia de que a doutrina e a jurisprudência precisam evoluir e aplicar o princípio da proporcionalidade em seu duplo enfoque, vedando excessos contra o indivíduo, mas também não permitindo uma proteção deficiente a determinados bens jurídicos, os quais atingem a sociedade, com a adoção de um balanceamento de interesses, em homenagem à segurança social e jurídica.

Não basta só isso. A legislação pátria também precisa evoluir de forma a assegurar o que foi contemplada na Constituição Federal, notadamente os direitos fundamentais de índole social.

Assim, essa forma *light* de resposta processual penal para o violador do contrato social instituída pela nova lei, ao que tudo indica, será incapaz de dissuadir a *spinta* criminosa ou de reafirmar no seio da sociedade o respeito aos direitos fundamentais e o senso de justiça. Ou seja, em algumas hipóteses, a impossibilidade de decretação de prisão preventiva, a concessão de prisão domiciliar ou a imposição de medidas cautelares serão desagregadoras do tecido social, em franca desproteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.

Uma vez compreendido isso, é forçoso reconhecer a necessidade de controle de constitucionalidade da Lei n.º 12.403/2011, com o escopo de proteger a contento os direitos fundamentais em ambas as vertentes do garantismo penal, sob pena de proteção insuficiente dos direitos à vida, incolumidade física, liberdade, segurança, propriedade etc.

Referência Bibliográfica:

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. Ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Site Consultado:

<http://promotordejustica.blogspot.com/2011/06/o-juri-reformado-edilson-mougenot.html>, acessado em 29.06.2011.

*Antonio Sérgio Cordeiro Piedade é
Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso,
Mestre e Doutorando em Direito Penal pela PUC-SP.*

*César Danilo Ribeiro de Novais é Promotor de Justiça no
Estado de Mato Grosso, especialista em Direito Constitucional
e Direito Penal e Processual Penal pela FESMP-MT.*

Prisão e medidas cautelares: Inovações promovidas pela Lei 12.403/2011

Cleber Rogério Masson

1. Introdução

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, promoveu substanciais modificações no processo penal brasileiro, especialmente no tocante aos institutos da prisão e da liberdade provisória, sem prejuízo da criação das medidas cautelares.

Seu objetivo é claro, e consiste na adaptação das regras processuais penais ao perfil democrático desenhado pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, o Código de Processo Penal foi idealizado no início da década de 1940, e concretizado pelo Decreto-lei 3.689/1941. Destarte, sua criação se deu sob a égide da Carta Magna de 1937, imposta por Getúlio Vargas, de índole autoritária e conhecida como “Constituição Polaca”.

Nos dias atuais, muitas disposições consagradas no Código de Processo Penal, nada obstante as várias reformas pelas quais já passou, não podiam subsistir, em face da incompatibilidade vertical com os mandamentos da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontravam-se pacificadas nessa direção.

Esta é, portanto, a finalidade precípua da Lei 12.403/2011: adaptar o Código de Processo Penal, concebido em um regime autoritário de poder, à sistemática instituída pela Constituição Federal de 1988, centrada na dignidade da pessoa humana.

2. Cabimento das medidas cautelares e da prisão preventiva

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, é possível vislumbrar o seguinte panorama: existe uma regra geral, com exceções e, finalmente, uma situação extrema.

A regra geral é a liberdade do acusado. Seu fundamento de validade repousa no princípio da presunção de inocência, versado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em caráter excepcional, podem incidir as medidas cautelares, de natureza pessoal, a teor das exigências veiculadas pelos incs. I e II do art. 282 do Código de Processo Penal.

Finalmente, nas situações em que não for cabível qualquer das medidas cautelares, ou no caso de descumprimento injustificado destas, terá espaço a prisão preventiva, a teor das regras contidas nos §§ 4º e 6º do art. 282 do Código

de Processo Penal. Destarte, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em hipóteses extremas, ou seja, quando não se recomendar a liberdade do acusado e não se admitir alguma das medidas cautelares, bem como no caso de comprovação prática da insuficiência destas.

Regra geral	Casos excepcionais	Situações extremas
Liberdade do acusado	Medidas cautelares (natureza pessoal)	Prisão preventiva

3. O campo de incidência da prisão preventiva

Com as reformas processuais operadas a partir de 2008, a prisão preventiva assumiu relevante espaço, pois também passou a ser decretada nas hipóteses anteriormente reservadas à prisão resultante da pronúncia e à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Restaram somente 3 (três) espécies de custódia cautelar: prisão em flagrante, prisão temporária (exclusivamente na fase investigatória) e prisão preventiva.

Se não bastasse, com a edição da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva ocupou quase todo o espaço da prisão em flagrante. De fato, estatui o art. 310 do Código de Processo Penal:

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.

Portanto, doravante a prisão em flagrante terá vida curta. A autoridade policial, logo após lavrar o auto de prisão em flagrante, deverá encaminhá-lo ao Poder Judiciário. E a autoridade judicial, se a situação concreta exigir, reclamando a manutenção segregação provisória da liberdade, decretará a prisão preventiva. Tudo isso em prazo extremamente exíguo, tornado a prisão em flagrante uma figura breve e fadada a ser relegada a plano secundário no ordenamento processual penal.

4. Cabimento e requisitos da prisão preventiva

A prisão preventiva, como já mencionado, é medida extrema. Somente pode ser aplicada quando não se recomendar qualquer das medidas cautelares, isoladas ou cumulativamente, ou então em caso de descumprimento injustificado destas.

Sua decretação é tarefa reservada unicamente ao Poder Judiciário. E há de ser destacada uma importante inovação. No curso da ação penal, a prisão

preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz, ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Na fase investigatória, é imprescindível a provocação de qualquer dos interessados, não podendo o magistrado agir de ofício (CPP, art. 311).

Inicialmente, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando presente indício suficiente de autoria e prova da existência do crime. A justa causa, compreendida como suporte probatório mínimo, é indispensável.

A fala em indício suficiente de autoria e prova da existência do crime. De qual crime? Vale destacar que nem todos os crimes admitem esta modalidade de prisão processual. Com efeito, a prisão preventiva será admitida nas seguintes hipóteses, elencadas pelo art. 313 do Código de Processo Penal:

- a) crimes dolosos, com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- b) para o reincidente em crime doloso, salvo se transcorrido o período depurador da reincidência (CP, art. 64, inc. I), independentemente da pena privativa de liberdade cominada;
- c) para os crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Exigem-se, nesse caso, dois requisitos: (1) crime envolvendo violência doméstica e familiar contra tais pessoas; (2) objetivo de assegurar as medidas protetivas de urgência;
- d) 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.

Fácil notar, portanto, a inadmissibilidade da prisão preventiva nos crimes culposos. Trata-se de medida extrema, razão pela qual não incide relativamente a delitos com menor desvalor da conduta, sujeitos a penas sensivelmente mais brandas.

E preservando as disposições já consagradas no Código de Processo Penal, 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 (CPP, art. 312, caput).

5. Prisão preventiva e descumprimento das medidas cautelares

Um dos pontos mais polêmicos da Lei 12.403/2011 reside na nova redação conferida ao art. 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”.

Cuida-se de simples repetição da norma contida no art. 282, § 4º, do Estatuto Processual Penal.

Surge a seguinte indagação: Em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares, a decretação da prisão preventiva será automática? Em outras palavras, não haverá necessidade de observância das exigências previstas nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal?

Sem dúvida alguma, surgirão duas posições sobre o assunto. Parece-nos, contudo, ser prescindível atentar para os arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. E a razão desta afirmação é simples. Se o acusado descumpre injustificadamente a medida cautelar, precisa suportar a sanção inerente à sua desídia perante a decisão judicial, com a decretação da prisão preventiva. Ademais, se não fosse assim nada poderia ser feito pelo magistrado, que ficaria sem autoridade para a condução da ação penal, tornando meramente simbólica a atuação da legislação processual.

6. Conclusão

Muitas vezes têm apregoado a benevolência da Lei 12.403/2011. Com o merecido respeito, ousamos discordar.

Em nossa opinião, os acusados que já mereciam responder presos aos processos, em face de suas condições pessoais ou da gravidade concreta dos crimes praticados (homicídios, estupros, tráfico de drogas, latrocínios, extorsões, roubos, etc.), continuarão privados da liberdade.

E os réus em relação aos quais a prisão processual se mostrava exagerada, e permaneciam em liberdade plena, agora serão atingidos pelas medidas cautelares. Um avanço, sem dúvida. E como já apontamos, se as obrigações decorrentes das medidas cautelares não forem cumpridas, será possível a decretação da prisão preventiva.

Em síntese, pessoas que ficavam alheias à incidência das regras processuais penais estarão submetidas às medidas cautelares. E, caso optem pelo descaso frente à ordem judicial, responderão presos à ação penal.

Cleber Rogério Masson
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Doutorando
e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito Penal
do Complexo Educacional Damásio de Jesus e da
Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.
Autor de livros jurídicos.

Lei n. 12.403/2011 e prisão provisória: Questões polêmicas

Fernando Capez

No próximo dia 04 de julho¹, entrarão em vigor as novas regras da prisão processual, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares alternativas, previstas na Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, editada com o escopo de evitar o encarceramento do indiciado ou acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

Antes da sentença final, é imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar. Além da prisão temporária, cabível nas restritas hipóteses da Lei n. 7.960/89 e somente quando imprescindível para a investigação policial de alguns crimes elencados em rol taxativo, só existe a prisão preventiva, como modalidade de prisão provisória. Mesmo assim, quando couberem outras medidas coercitivas menos drásticas, como, por exemplo, obrigação de comparecer ao fórum mensalmente, proibição de se ausentar da comarca, submeter-se ao monitoramento eletrônico etc., não se imporá a prisão preventiva, a qual passa a ser medida excepcional, ou como se costuma dizer, a ultima ratio.

Sem necessidade e urgência, nenhuma medida restritiva será imposta, devendo o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança; Pena igual ou inferior a 04 anos, delegado de polícia arbitra a fiança (no valor de 01 a 100 salários mínimos). Pena máxima superior a 04 anos, só o juiz pode fixar (no valor de 10 a 200 salários mínimos). O valor pode ser aumentado em até mil vezes, dependendo da situação econômica da pessoa investigada ou acusada.

Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas etc., não havendo necessidade de prisão preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória.

¹ Consoante seu art. 3º, a Lei n° 12.403/2011 entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação oficial, tendo esta ocorrido no dia 05.05.2011. O prazo é contado de acordo com a Lei complementar 95/98, alterada pela Lei complementar 107/2001.

Só que aqui, não existe a possibilidade de o juiz optar pela fiança, já que esta é vedada para tais crimes. Em vez de gravame, ao que parece, estamos diante de um benefício: mesmo que o juiz queira impor uma fiança de 200 mil salários mínimos para um traficante, a lei o impedirá, pois se trata de crime inafiançável. Com efeito, essa estranha figura da liberdade provisória sem fiança (criada pela Lei n. 6.416/77), torna mais vantajoso responder por um crime inafiançável do que por crime afiançável, já que a liberdade provisória, quando for o caso, jamais poderá ser concedida acompanhada pela incômoda fiança.

A prisão preventiva não será imposta nas infrações de menor potencial ofensivo e naquelas em que a lei não prevê pena privativa de liberdade.

No caso de prisão em flagrante, o auto lavrado deverá ser encaminhado ao juiz no prazo máximo de 24 horas, sob pena de abuso de autoridade. O magistrado terá então, três possibilidades: (a) relaxar a prisão, quando ilegal; (b) conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou (c) converter o flagrante em prisão preventiva. Assim, ou está demonstrada a necessidade e a urgência da prisão provisória, ou a pessoa deverá ser imediatamente colocada em liberdade.

1ª Questão polêmica: segundo a nova lei, só cabe prisão preventiva para crimes punidos com pena máxima superior a 04 anos (CPP, art. 313). Nos demais, mesmo que demonstrada a necessidade e urgência, a medida não poderá ser imposta². Imaginemos a hipótese, por exemplo, de um sujeito preso em flagrante por praticar na presença de uma criança de 09 anos, ato libidinoso a fim de satisfazer lascívia própria (CP, art. 218-A). Há indícios de ameaça à vítima e testemunhas, pondo em risco a produção da prova. O juiz constata a necessidade de decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a 04 anos. E agora? Entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que presente um dos motivos previstos na lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo. É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a 04 anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do CPP. Conforme se denota da redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, basta a demonstração da presença de um dos requisitos ensejadores do periculum in mora (CPP, art. 312), bem como a insuficiência de qualquer outra providência acautelatória prevista no art. 319. Não se exige esteja o crime no rol daqueles que permitem tal prisão.

² Exceto se, por exemplo, o investigado ou acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso; ou se o delito envolver violência doméstica e familiar; ou houver dúvida sobre sua identidade civil (cf. CPP, art. 313).

Devemos distinguir a prisão preventiva decretada autonomamente, no curso da investigação policial ou do processo penal, que é a prisão preventiva genuína, a qual exige necessidade e urgência, e só pode ser ordenada para crimes com pena máxima superior a 04 anos, da prisão preventiva imposta devido à conversão do flagrante, a qual se contenta com a existência do periculum in mora. Neste último caso, a lei só exige dois requisitos: uma das situações de urgência previstas no art. 312 do CPP + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (cf. redação do art. 310, II, do CPP). O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de periculum in mora, porque o crime imputado não se encontra dentre as hipóteses autorizadoras da prisão. Seria uma liberdade provisória obrigatória a quem provavelmente frustrará os fins do processo. Já na decretação autônoma da custódia cautelar preventiva, o réu ou indiciado se encontra solto e o seu recolhimento ao cárcere deve se cercar de outras exigências. Não se cuida de soltar quem não pode ser solto, mas de recolher ao cárcere quem vinha respondendo solto ao processo ou inquérito. Daí o tratamento legal diferenciado.

2ª Questão polêmica: com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, poderá surgir posição no sentido de que o prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito policial no caso de indiciado preso, não se conta mais a partir da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas de sua conversão em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP. Isto porque, agora, como já analisado acima, toda prisão em flagrante deverá ser comunicada ao juiz no prazo máximo de 24 horas com a seguinte finalidade: (a) seu relaxamento, quando ilegal; (b) concessão da liberdade provisória com ou sem fiança; (c) conversão do flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos (CPP, art. 312). Não há mais prisão provisória decorrente exclusivamente do fato de alguém ter sido preso em flagrante. Sem urgência e necessidade, não existe segregação cautelar. Ou é caso de prisão temporária, ou o flagrante é convertido em prisão preventiva, por estar presente um dos seus requisitos, ou não existe prisão antes da condenação transitar em julgado. A prisão em flagrante passou, assim, a ser uma mera detenção cautelar provisória pelo prazo de 24 horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal. Desprovida do periculum in mora (cf. CPP, art. 312), a prisão em flagrante não será nada após o prazo de 24 horas, não podendo, portanto, ser considerada prisão provisória. A pessoa poderá “ser presa”, como diz o art. 283 do CPP, mas não poderá permanecer presa durante a persecução penal, exclusivamente com base na prisão em flagrante. Assim, somente há inquérito policial com indiciado preso, após a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de maneira que, a partir daí é que deve iniciar a contagem dos 10 dias para a conclusão das investigações, sob pena de relaxamento por excesso de prazo.

3ª Questão polêmica: aberta vista do respectivo auto ao MP, caso este requeira a conversão do flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 312, deverá imediatamente oferecer a denúncia? Isto porque referido dispositivo é expresso ao dizer: “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 indícios suficientes de autoria” (destacamos). Ora, se há prova do crime e indícios de autoria, a hipótese é de oferecimento da denúncia. E se não há, não cabe a conversão do flagrante em preventiva, mas concessão de liberdade provisória.

Na verdade, está-se diante de uma autêntica gradação progressiva na valoração da prova indiciária sob o influxo do princípio *in dubio pro societate*. Os indícios para a conversão do flagrante em preventiva não são tão rigorosos quanto os exigidos para o oferecimento da denúncia, mesmo porque, a prisão cautelar decretada no curso das investigações, pode ser imposta inclusive para assegurar a sua eficácia e garantir novos acréscimos indiciários e indispensáveis à peça acusatória. Do mesmo modo, tomando-se como exemplo, os crimes dolosos contra a vida, os indícios necessários para a denúncia são menos aprofundados do que os da pronúncia, caso contrário, não haveria necessidade da instrução sumária da primeira fase do procedimento do júri. Há casos de denúncia recebida e réu impronunciado, o que revela que há uma diferente exigência quantitativa de prova indiciária para uma e outra fase. Tudo caminha dentro da marcha da persecução penal, em uma escala progressiva, até se chegar à exigência máxima do *in dubio pro reo* para a sentença definitiva de condenação. Deste modo, nada impede que o Ministério Público requeira a conversão do flagrante em preventiva, diante da urgência e necessidade da medida, bem como dos indícios de autoria, mas ainda não reúna todos os elementos para dar início, no prazo máximo de 10 dias, sob pena de relaxamento daquela prisão, à persecução penal em juízo.

Mas não é só. Muito mais polêmica está a caminho e outros pontos da lei são nebulosos e vão gerar dúvida. Há de se indagar, por que as leis no Brasil geram tanta confusão?

*Fernando Capez é Procurador de Justiça licenciado e
Deputado Estadual. Presidente da Comissão de
Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do
Estado de São Paulo (2007-2010).
Mestre em Direito pela USP e Doutor pela PUC/SP.
Professor da Escola Superior do Ministério Público e de
Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas.
Autor de obras jurídicas.
www.fernandocapez.com.br*

Comentários à Lei n. 12.403/2011 – medidas cautelares no Processo Penal

Gianpaolo Poggio Smanio

Tendo em vista a recente promulgação da Lei n. 12.403/11 que alterou o Código de Processo Penal e que entrará em vigor em 04 de julho de 2011, passamos a tecer comentários iniciais sobre alguns dos aspectos que nos pareceram mais relevantes das novas disposições legais.

1 - Da aplicabilidade da Lei

A Lei n. 12.403/11 que alterou os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais cautelares, possui natureza mista, tendo em vista trazer dispositivos que acarretam cerceamento da liberdade do cidadão, dentre outras medidas coercitivas, razão pela qual se aplicam os princípios penais da retroatividade da lei mais benigna (*Lex mitior*) e da irretroatividade da lei mais severa ao réu (*Lex gravior*).

Entretanto, há que se verificar em cada caso os limites da aplicação retroativa de leis desta natureza, posto que o processo pode estar em fase onde não é mais admissível a retroatividade de determinados benefícios, ou por inexistir a hipótese de aplicação ou porque já não mais incide a finalidade do dispositivo.

Por exemplo, caso esteja o processo em segunda instância após sentença processual não mais será possível discutir eventual conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos do atual artigo 310, inciso II, do CPP, uma vez que a fase processual não comporta tal questão.

Poderão ser decididas e apreciadas apenas as questões pertinentes à fase processual em que se encontra o feito.

2 - Das disposições gerais previstas no atual artigo 282, do CPP

Um dos aspectos positivos da lei em debate é a sistematização das cautelares no processo penal, havendo dispositivos gerais que podem ser aplicados a todas as cautelares previstas, notadamente o artigo 282 do CPP, com nova redação.

Os requisitos trazidos pelo referido artigo para a aplicação das medidas cautelares são de duas naturezas: necessidade e adequação.

A necessidade da medida pode ser para a aplicação da lei penal, para a investigação penal ou para a instrução criminal, além da necessidade de evitar a prática de infrações penais por parte do indiciado/acusado.

Destacamos no inciso I, do referido artigo 282, do CPP, quando refere a necessidade da aplicação da lei penal, como requisito de aplicação das cautelares, a possibilidade de aplicação das medidas para evitar a prática de infrações penais

por parte do indiciado/acusado, o que pode ser verificado por seus antecedentes, ou através de sua personalidade voltada para o crime e atos de violência, por exemplo, podendo inclusive ser decretada sua prisão cautelar.

Também verificamos que o segundo requisito para aplicação das cautelares, previsto no inciso II, do referido artigo 282 do CPP, é a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, o que exigirá análise do caso concreto para decretação de medidas cautelares, inclusive a prisão cautelar, não bastando a afirmação da gravidade abstrata do crime praticado, como já vinha sendo decidido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O juiz poderá aplicar as medidas cautelares de ofício ou mediante requerimento das partes, sendo que na fase da investigação criminal somente poderá aplicar as medidas cautelares mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (parágrafo segundo do artigo 282).

Este dispositivo também se repete no artigo 311, do CPP, no que se refere à prisão preventiva, dando a entender que o juiz poderá decretar também a preventiva de ofício ou a requerimento das partes na fase processual, mas dependerá de requisição da autoridade policial, ou requerimento do Ministério Público ou querelante, na fase de investigação.

As cautelares poderão ser cumuladas, substituídas, inclusive por prisão preventiva, quando não for cabível a substituição por outra medida (parágrafos primeiro, quarto, quinto e sexto, do artigo 282, do CPP).

A Lei 12.403/11 instituiu uma espécie de contraditório para a decretação de medidas cautelares pelo juiz, que deverá intimar a parte contrária, ao receber o pedido de aplicação de medida cautelar, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 282, do CPP, salvo nas hipóteses de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Desta forma, nos casos de prisão cautelar, onde a urgência e perigo de ineficácia da medida são presumidos, não há necessidade de intimação prévia do indiciado/acusado.

Em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas pelo juiz, na aplicação das medidas cautelares, poderá haver a substituição pela prisão preventiva, caso necessário e adequado ao caso concreto (parágrafo quarto, do artigo 282, do CPP e artigo 312, parágrafo único, do CPP).

Nesta hipótese de substituição das medidas cautelares pela prisão preventiva, não precisa ser observado o limite da pena prevista no artigo 313, inciso I, do CPP (crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos), podendo ocorrer para qualquer crime que comporte as medidas cautelares, para os quais seja cominada ao menos alternativamente a pena privativa de liberdade, desde que necessária e adequada a medida prisional.

Primeiramente porque não se trata de decretação de preventiva como dispõe o artigo 313, mas sim de substituição de uma medida cautelar por outra. Em segundo lugar porque o descumprimento das medidas cautelares ficaria sem sanção adequada, perdendo a sua finalidade processual de ser medida alternativa à prisão e à liberdade provisória.

3 - Das modificações referentes à Prisão em Flagrante

O artigo 306 e seu parágrafo primeiro, do CPP determinam que a prisão de qualquer pessoa será objeto de comunicação imediata ao juiz competente, ao Ministério Público, à família do preso ou à pessoa por ele indicada e que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente em até 24 horas da realização da prisão.

Caso o preso não indique advogado também será remetida cópia integral do flagrante para a Defensoria Pública.

O artigo 310 do CPP sofreu modificações no sistema da prisão em flagrante, efetuadas pela Lei n. 12.403/11.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o que deverá ocorrer em até 24 horas da prisão (cf. artigo 306, parágrafo primeiro, CPP), o juiz deverá decidir por três possíveis conseqüências, nos termos do referido artigo 310:

1^a) relaxar a prisão ilegal;

2^a) converter o flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

3^a) conceder liberdade provisória com ou sem fiança.

Desta forma, a prisão em flagrante teve diminuída a sua duração possível, pois se em 24 horas o auto será encaminhado ao juiz e este ao receber o auto deverá relaxar a prisão, converter a prisão em preventiva ou conceder a liberdade provisória, o flagrante não mais poderá subsistir após a decisão judicial.

Em princípio entendemos que, embora a lei não faça referência expressa, nada impede que o juiz dê oportunidade de manifestação ao Ministério Público antes de decidir, posto ser também função ministerial a análise da legalidade da prisão e a necessidade de sua conversão em outra medida cautelar que melhor atenda aos interesses processuais de aplicação da lei.

Também reputamos que a análise para conversão do flagrante em preventiva deverá ocorrer dentro da possibilidade fática do momento, posto que em pouco mais de 24 horas não são possíveis produção de prova e indícios sobre autoria e materialidade que seriam exigidas para a oferta e recebimento da denúncia, por exemplo.

Não nos parece que andou bem o legislador ao exigir a referida decisão judicial em tempo tão exíguo, podendo acarretar prejuízos ao investigado e à sociedade, uma vez que as provas e indícios não poderão ser produzidos a contento em tão curto espaço temporal.

De toda forma, entendemos que a interpretação dos dispositivos legais deve ser aquela que permita ao juiz verificar os elementos produzidos até então, deixando para análise futura a questão da prisão quando maior profundidade for possível diante dos elementos colhidos no curso do inquérito policial.

Também anotamos que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva exige a presença dos requisitos constantes do artigo 312 do CPP, conforme o texto do referido inciso II, do artigo 310, do CPP. Os limites estabelecidos no artigo

313 do CPP (crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima de quatro anos, condenação anterior por outro crime doloso ou o fato envolver violência doméstica ou familiar) não são exigidos neste momento para a decisão judicial.

O legislador levou em consideração que a conversão do flagrante em preventiva difere da decretação da preventiva durante a investigação ou processo penal, cujos requisitos são mais rigorosos.

4 - Das modificações referentes à Prisão Temporária

A prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito ou processo, 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 (cf. artigos 311 e 312, do CPP).

O artigo 312, parágrafo único, do CPP, também permite a decretação da preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

O artigo 313 do CPP, por sua vez, admite a decretação da preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, ou se o indiciado/acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, por sentença transitado em julgado, ou ainda, 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.

Ainda, o parágrafo único do artigo 313, do CPP, admite a decretação da 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 em liberdade após sua identificação a não ser que outra hipótese recomende a manutenção de sua prisão.

Da análise dos dispositivos legais referentes à prisão preventiva entendemos que são três as suas espécies trazidas pela nova legislação:

1ª) prisão preventiva derivada da conversão da prisão em flagrante (artigo 310, inciso II, c.c. artigo 312, “caput”, do CPP) – vamos chamá-la de **prisão preventiva por conversão**, apenas para facilitar o seu reconhecimento;

2ª) prisão preventiva derivada da substituição de outras medidas cautelares em virtude do descumprimento das obrigações impostas pelo juiz (artigo 282, parágrafo 4º, e artigo 312, parágrafo único, c.c. artigo 312, “caput”, do CPP) – vamos chamá-la de **prisão preventiva por substituição**;

3ª) prisão preventiva derivada de decretação em virtude das hipóteses previstas na lei processual penal (artigo 313, c.c. artigo 312, “caput”, do CPP) – vamos chamá-la de **prisão preventiva por decretação**.

*Gianpaolo Poggio Smanio, Procurador de Justiça,
Coordenador do CAOCRIM, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP,
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, do Complexo Jurídico
Damásio de Jesus e da Escola Superior do Ministério Público.*

A prisão preventiva no regramento da Lei 12.403/2011

Gilson Sidney Amâncio de Souza

I – Introdução

A Lei 12.403/2011, fruto de um projeto de lei já com dez anos de idade (PL 4.208/2001) e cujo texto original sofreu, durante esse decênio, várias alterações, introduziu significativas alterações no Código de Processo Penal, na esteira das minirreformas processuais iniciadas em 2008, trazendo modificações e inovações no tratamento da prisão processual e outras medidas cautelares pessoais.

As inovações introduzidas pela nova legislação deixam entrever, desde logo, uma aproximação ao sistema acusatório acolhido na Constituição da República, malgrado a evidente contaminação por marcados resquícios inquisitórios (como, v.g., a possibilidade de decretação, durante o curso da ação penal, de prisão preventiva e outras medidas cautelares ex officio pelo juiz), e a sedimentação da ideia, também radicada no espírito da ordem constitucional, da prisão cautelar como *ultima ratio*, medida excepcional, a ser evitada sempre que possível, e só justificada em razões de extrema necessidade (o que se infere de dispositivos como os dos §§ 4º e 6º, do novo art. 282 do CPP), conforme deve ser num ambiente democrático.

A nova regulação da prisão processual, assim considerada toda e qualquer privação da liberdade, no processo penal, que não decorra de sentença condenatória transitada em julgado, é expressão de um sistema constitucional que condiciona e limita as estruturas do poder consoante a medida do direito, para usar expressão de Canotilho,¹ e qualquer exegese dessas novas normas deve partir de tal premissa.

Dentre as diversas inovações merecedoras de estudo e considerações, está o novo regramento do instituto da prisão preventiva *stricto sensu*.

II – Modificações na Prisão Preventiva *STRICTO SENSU*

1. Adoção do contraditório prévio

A prisão preventiva, com o advento da Lei 12.403/2011, passa a ser acompanhada de outras providências acautelatórias pessoais, apresentando-se, doravante como uma das espécies do gênero medidas cautelares. Nesse passo, no que não houver norma especial, a prisão preventiva deverá se sujeitar às regras gerais aplicáveis às medidas cautelares.

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 358.

Assim, tendo o § 3º do art. 282, introduzido pela nova lei, instituído o necessário contraditório para a decretação das medidas cautelares, o primeiro aspecto a merecer atenção, no que concerne à prisão preventiva, é a questão sobre a necessidade, ou não, de prévio contraditório antes da sua decretação.

De início, cumpre ressaltar que a exigência de prévio contraditório para decretação das medidas cautelares, genericamente consideradas, é hialina diante da redação do referido dispositivo, adiante transcrito:

“Art. 282...

§ 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.”

Portanto, a regra é a intimação prévia da parte contrária, que receberá cópia do pedido e demais peças “necessárias”. A exceção será a hipótese de urgência ou de risco de ineficácia da medida.

É claro que a prévia comunicação à “parte contrária” – expressão que abarca o averiguado, o indiciado ou o réu, vez que a medida pode ser decretada não só na fase processual, mas já na fase inquisitória – com envio de cópias de peças só terá sentido se tal providência significar a possibilidade de oposição do requerido. Aliás, o termo “necessárias” só faz sentido se entendido como “necessárias à defesa”.

Desse modo, antes de decretar uma medida cautelar, v. g., a proibição de ausência da comarca (art. 319, inc. IV, do CPP) ou a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica (art. 319, inc. VI, do CPP), o juiz deverá, salvo quando haja urgência, demonstrada in concreto, ou disso decorra o risco de tornar-se ineficaz a medida, oportunizar ao indiciado ou acusado o exercício do contraditório e defesa.

Naturalmente, emerge a indagação: se a cautelar a ser objeto de decisão for a prisão preventiva, ainda assim haverá necessidade de prévio contraditório?

E a resposta é positiva, sem embargo, evidentemente, da mesma ressalva válida para toda e qualquer cautelar: em casos de urgência, ou quando haja perigo de malogro da medida, fica dispensado o contraditório prévio.

Poder-se-ia, numa leitura açodada, imaginar-se que em toda hipótese na qual é cabível a prisão preventiva haverá urgência ou será ineficaz a medida se alertado antes o réu ou investigado. Tal raciocínio, porém, não se sustenta.

Haverá muitos casos, sem dúvida, em que facultar a prévia resposta do requerido ao pedido de prisão preventiva significará frustrar a execução da medida. E, assim, em tais casos, o contraditório deverá ser diferido para momento posterior à execução da prisão, facultando-se ao preso o questionamento a posteriori da legalidade ou da necessidade do ato privativo de sua liberdade.

Mas, de outro vértice, haverá hipóteses em que não se justifica olvidar o prévio contraditório antes da decretação da prisão preventiva.

E isso se dará, notadamente, nas hipóteses em que a prisão preventiva delinea-se como garante de outra(s) medida(s) previamente decretadas.

Cabe, neste ponto, ressaltar que, no novo sistema das cautelares pessoais, a prisão preventiva apresenta-se com tríplice perfil: a) como sucedâneo da prisão em flagrante (art. 310, inc. II, do CPP); b) como medida autônoma, resultante da presença dos motivos que a ensejam (art. 312, caput, do CPP) mais os requisitos objetivos do art. 313 do mesmo código, quando independe de anterior imposição de alguma outra medida cautelar; e c) como meio de coerção ou garante da efetividade de outra medida cautelar, não detentiva, ou de medida protetiva de urgência (art. 282, § 4º, e 313, inc. III).

Assim, especialmente quando a prisão preventiva for requerida porque o investigado ou réu descumpriu quaisquer medidas cautelares não detentivas relacionadas no art. 319 do CPP, ou frustrou quaisquer das medidas protetivas de urgência elencadas no art. 22 da Lei Maria da Penha, o juiz deverá, como regra, proceder à prévia intimação do requerido para, depois de sua defesa ou de transcorrido o prazo razoável que o juiz assinar – à minguia de prazo fixado na lei – para apresentá-la, e só então decidir sobre o pedido de prisão.

Nessa defesa o réu poderá alegar e apresentar provas que demonstrem, por exemplo, a inexistência dos fatos elencados como causa de pedir da prisão preventiva, ou a desnecessidade da medida, pela suficiência de uma providência menos gravosa.

E mesmo nos casos em que a urgência ou o risco de ineficácia da medida propiciem a dispensa do prévio contraditório, este não poderá ser olvidado, mas tão só diferido, ou seja, exercido após a efetivação da medida constritiva da liberdade. Nessas hipóteses, uma vez executado o mandado de prisão preventiva, dever-se-á conceder ao réu ou investigado oportunidade para manifestar-se nos autos, ou até, como solução alternativa, convocá-lo para audiência perante o juiz, consoante sugestão de Aury Lopes Jr.,² assegurando-se, assim, a dialética processual e o exercício da ampla defesa.

Por fim, e como corolário lógico desse indispensável contraditório, a decisão que decretar a medida cautelar, inclusive e principalmente a prisão, há de ser fundamentada, não bastando, por óbvio, mera repetição dos dizeres abstratos da lei, que Antonio Magalhães Gomes Filho rotula muito bem de “motivações tautológicas”,³ mas referência expressa aos concretos fundamentos autorizadores da prisão, após ponderação dos argumentos do requerente (ou do representante, se for a autoridade policial) e da contrariedade do requerido, e respectivos elementos informativos apresentados, para que reste assegurada a garantia da natureza cognitiva e não puramente potestativa da decisão, e satisfeita a exigência do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

2 LOPES JÚNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRM*. São Paulo, ano 19, nº 223, pp. 5-6, jun/2011.

3 Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001. p. 186.

2. Vedação de decretação EX-OFFICIO da fase policial

Outro dos aspectos do novo tratamento da prisão preventiva – e demais cautelares pessoais, agora instituídas pela nova legislação – que chama atenção é a impossibilidade de sua decretação de ofício pelo juiz quando ainda não instaurada ação penal.

Como deflui da dicção do § 2º do art. 282, com a redação atribuída pela Lei 12.403/2011, no curso da investigação criminal as medidas cautelares pessoais só podem ser decretadas por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Vedada, pois, a medida cautelar por ato de ofício do juiz.

Essa regra se aplica, também, à prisão preventiva; a uma, porque ela é uma das espécies do gênero medidas cautelares tratadas no Título IX do Livro I, do CPP, sujeita, nessa condição, ao regramento geral destas, consoante disposto no art. 282 do Código; a duas, porque a nova redação do art. 311 do estatuto processual deixa isso claro, ao dispor que ... caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento...”

Essa inovação representa um tímido, mas válido, avanço do legislador na direção do sistema acusatório consagrado na Constituição da República, sinalizando uma cada vez mais marcada tendência de desgarrar o processo de seu viés inquisitorial, e de há muito já vinha sendo reclamada pela doutrina.⁴

Mais consentâneo com o sistema acusatório, e melhor adequado à garantia de um juiz imparcial e equidistante seria a exigência de requerimento ou representação em quaisquer hipóteses, já que não se concebe, em um processo de partes, que o juiz, sem que o autor da ação o pleiteie, conceda qualquer tutela, seja definitiva, seja cautelar. Ademais, a decisão de decretar a prisão preventiva, tomada sponte própria pelo juiz, revela, inegavelmente, uma predisposição deste ao reconhecimento da culpa do acusado.

De todo modo, a nova regra já representa um avanço bem-vindo.

Entretanto, não se justifica a inclusão, pelo legislador, do assistente de acusação entre os legitimados para o requerimento da prisão preventiva, conforme de lê no art. 311 do Código, com a redação conferida pela Lei 12.403/2011.

O assistente de acusação tem sua interveniência no processo radicada no interesse privado do lesado pelo crime, notadamente nos reflexos patrimoniais do ilícito. Não é incumbência sua qualquer iniciativa processual destinada a garantir a ordem pública ou assegurar a instrução ou futura aplicação da lei penal. Atribuir tal legitimidade ao assistente de acusação implica verdadeiro desvirtuamento das razões da intervenção deste no processo penal, e cria o risco de pleitos inspirados em espírito de vingança ou de perversidade, distantes dos nobres propósitos de ordem pública que devem nortear os seus institutos e suas finalidades.

4 Por todos: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 442-444.

Bibliografia

- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1993.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano19, n° 223, pp. 5-6, jun/2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 10^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Gilson Sidney Amâncio de Souza é Promotor de Justiça em Presidente Prudente-SP. Mestre em Direito Penal pela UEM – Univ. Estadual de Maringá. Especialista em Direitos Difusos pela Univ. de Castilla – La Mancha – Espanha Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal

22.06.2011

A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei nº 12.403, de 2011

*Jorge Assaf Maluly
Pedro Henrique Demercian*

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, trouxe profunda alteração nas hipóteses da prisão preventiva tratadas no art. 313 do CPP. A decretação da prisão preventiva, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (qualquer das circunstâncias autorizadoras do art. 312 do CPP: garantia da ordem pública, da ordem econômica, como garantia da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, descumprimento de outra medida cautelar), somente é admitida (art. 313, CPP):

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 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”.

A primeira situação que admite a prisão preventiva ocorre quando o crime imputado ao investigado/acusado é doloso e punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos (p. ex. roubo). A anterior redação do dispositivo admitia a decretação da prisão preventiva em qualquer crime punido com reclusão ou detenção (quando se tratava de indicado vadio ou quando existia dúvida sobre a sua identidade e ele não fornecia elementos para esclarecê-la). Agora, independentemente da espécie de pena (reclusiva ou detentiva) é possível a restrição da liberdade, desde que o delito seja doloso e punido com uma sanção superior a quatro anos. Muitas críticas são feitas ao inciso I do art. 313 do CPP. A atual redação exclui infrações penais relevantes, como o furto (art. 155, caput, do CP), a receptação (art. 180, caput, do CP), a quadrilha ou bando (art. 288, CP), a coação no curso do processo (art. 344 do CP) e diversos crimes da Lei nº 7.716/89, que reprime os preconceitos de raça ou de cor. A decretação da prisão preventiva, contudo, sempre será possível se houver o concurso de crimes, material ou formal, ou a continuidade delitiva, e a soma das penas máximas exceder a quatro anos, como ocorria com uma das situações de impossibilidade

de concessão de fiança. De fato, a anterior redação do art. 323, inciso I, do CPP não admitia a fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada era superior a dois anos (p. ex. concurso material). Nesse sentido, o STJ editou a Súmula nº 81, com o seguinte teor: “não se concederá a fiança quando a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. O STF, da mesma forma, sempre decidiu que se devia levar em conta a soma das penas para a não concessão da fiança (RTJ 193/036, 102/624; RT 847/496-501; STF, 1ª Turma, AGRAG 156544/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ, 02.12.94, p. 33.207). Este critério pode ser empregado na interpretação do art. 313, I, do CPP, mostrando-se compatível com a periculosidade de quem pratica diversos crimes no mesmo contexto ou em continuidade.

O inciso II do art. 313 do CPP, por sua vez, preocupa-se com a periculosidade do agente, que deve ser reincidente na prática de um crime doloso e que vem a cometer igual espécie de delito. Nesse caso, é irrelevante a pena cominada na nova infração penal. O dispositivo ressalta que a condenação anterior, transitada em julgada, não pode ser considerada, para fins de decretação da prisão cautelar, se alcançada pela prescrição da reincidência (art. 64, I, do CP).

Como se vê, a prisão preventiva não é admitida nas contravenções penais e nos crimes culposos, como se depreende da simples leitura do art. 313, incisos I e II, do CPP.

Na última hipótese de prisão preventiva (violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência) somente é possível a decretação da prisão, se esta for imprescindível para a realização de uma medida protetiva de urgência, ou seja, se por qualquer motivo a liberdade do agressor representar uma séria ameaça ao seu cumprimento. Consequentemente, a prisão somente deverá durar o tempo necessário para garantir a execução da medida protetiva.

A nosso ver, essa espécie de prisão preventiva, prevista no inciso III do art. 313, CPP, não revoga aquela tratada no art. 20 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 07.08.2006), como medida protetiva de urgência da mulher, vítima de violência doméstica. Prevê esse dispositivo que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do agressor, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Nessa última hipótese, a prisão do agressor não está relacionada com a execução de uma medida protetiva de urgência. O encarceramento provisório do investigado ou acusado constitui a própria medida destinada a proteger a ofendida, que ainda será notificada do ingresso e da saída da prisão do seu agressor (art. 21).

A última hipótese legal de prisão preventiva, introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, ocorre 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 (ar. 313, parágrafo único, do CPP).

A previsão legal dessa espécie de prisão preventiva era desnecessária. Seu fundamento, a dúvida sobre a identidade civil da pessoa, já sustentava uma hipótese da prisão temporária, descrita no art. 1º, inciso II, da Lei nº 7.960/89. Esse dispositivo assenta que caberá prisão temporária quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Entretanto, essa possibilidade de prisão preventiva tem de ser conjugada com as demais hipóteses previstas no art. 313 do CPP. Não teria cabimento, por exemplo, admitir-se o encarceramento de alguém pela prática de um crime culposo ou uma contravenção penal por não ter se identificado à autoridade policial, se o delito, em princípio, não permite essa espécie de prisão cautelar.

Se a dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou sua inércia em fornecer elementos suficientes para esclarecê-la não constituir um obstáculo imprescindível à investigação criminal, não estará presente o *periculum in mora*, requisito cautelar dessa espécie de prisão.

Convém destacar que a reforma implementada pela Lei 12.403/2011 esvaziou o conteúdo da prisão temporária, ao cuidar da mesma matéria como uma das finalidades e hipótese de prisão preventiva.

Com efeito, o art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, estabelece que as medidas cautelares estabelecidas neste título (dentre as quais, a prisão preventiva) são aplicadas tendo em vista a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou a instrução criminal. Mais à frente, ao cuidar da prisão preventiva o legislador a admite quando houver dúvida sobre a identidade ou quando não forem fornecidos elementos suficientes para esclarecê-la (art. 313, parágrafo único, do CPP). Por seu lado, a prisão temporária só se justifica quando for imprescindível para a investigação criminal. Em outras palavras, as hipóteses que ensejam a prisão temporária estão contidas naquelas que admitem a prisão preventiva por necessidade de investigação criminal.

É bem verdade que na parte final do art. 283 do CPP o legislador refere-se especificamente a prisão temporária. Cremos, contudo, que se tratou de uma expressão genérica e, portanto, inócua.

No mais, esta última hipótese de prisão preventiva é uma medida essencial para o eficaz desempenho da investigação criminal. Como se sabe, a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou qualificação não impede o exercício da ação penal (art. 259, CPP). Todavia, a dúvida sobre a identificação do autor pode causar um prejuízo à aplicação da lei penal, que pode, inclusive, recair sobre pessoa errada, posteriormente, em caso de condenação. Medida semelhante é conhecida no direito processual penal português, quando

se admite a detenção do cidadão por algumas horas (art. 250 do CPP português) para viabilizar a sua identificação.

A constitucionalidade da medida repousa no art. 5º, inciso LXI, da CF, que permite a prisão de alguém por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, e no art. 144 da CF, que atribui a todos, e não apenas ao Estado, a responsabilidade pela segurança pública, que é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Essa hipótese de prisão, portanto, tem seu fundamento no dever de toda pessoa na colaboração da segurança pública e na administração da justiça.

Concluindo, para o Juiz poder decretar a prisão preventiva é necessária uma tríplice análise, se estão presentes, no caso concreto, (I) as hipóteses legais do art. 313 do CPP, (II) o *fumus boni juris*; (III) e o *periculum in mora*. A decretação, por conseguinte, deve ser feita por despacho do juiz, fundamentado nessas três exigências.

Jorge Assaf Maluly é
Procurador de Justiça do Estado de São Paulo

Pedro Henrique Demercian é
Procurador de Justiça do Estado de São Paulo

Alterações no sistema processual em razão da Lei 12.403/11 e algumas consequências práticas

Nadir de Campos Júnior

Seguindo com uma política de reformas pontuais do sistema processual brasileiro, o legislador infraconstitucional houve por bem em levar à sanção Presidencial o Projeto n. 4.208-F, promovendo alterações, entre elas algumas supressivas como dos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, bem como, modificando o tratamento conferido à prisão processual, medidas cautelares e liberdade provisória.

A “vacatio legis” é de 60 dias (art. 3º.), a partir de 05/05/2011, data de sua publicação no D.O.U.. É que de acordo com o art. 8º, parágrafo 1º da LC 95/98 – incluído pela LC 107/01: “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. Os 60 dias, portanto, ao contrário do que sustentam alguns, s.m.j., entendemos, se completam em 03.07.2.011 (domingo). Assim, na prática, a lei entrará em vigor no dia 04.07.2.011 (segunda-feira).

A primeira consideração de relevo diz respeito à extinção do instituto da vedação ao flagrante por apresentação espontânea do agente do crime, posto no mesmo artigo 317-NR o legislador passou a tratar da prisão domiciliar. Na legislação revogada, remansoso o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido da proibição de se efetivar flagrante de quem, tendo praticado um delito, viesse espontaneamente a se apresentar a esta autoridade, salvo quando presentes os requisitos da preventiva (art. 317, CPP).

Essa a razão pela qual, em casos de repercussão na mídia nacional, parte da sociedade não vinha compreendendo os fundamentos pelos quais alguém que espontaneamente confessasse crimes hediondos (Caso Pimenta Neves) ou homicídio culposo de várias pessoas (Caso Edmundo), prestasse seus depoimentos e em seguida fosse candidamente liberado pela autoridade policial, gerando sensação de flagrante impunidade, ainda que, no último caso, o “homem do povo” não soubesse o que é prescrição.

Com o advento da lei 12.403 de 05 de maio de 2011, duas situações pragmáticas poderiam ser suscitadas por aqueles que interpretassem a “novatio legis”, com menor acuidade. A primeira, entender que com a supressão da redação original do artigo 317 do CPP, em casos de apresentação espontânea do autor do delito, agora passa a ser admitido o flagrante. A segunda, não menos ilógica,

com a eliminação da ressalva legal, não teria mais cabimento a prisão preventiva quando o autor do fato criminoso se apresentasse espontaneamente, posto que afastado o fator de “discrimen”.

Entendemos, em relação à última situação colocada, que a própria lei revogadora tratou de disciplinar os novos requisitos da preventiva (arts. 311-NR a 315-NR, CPP), independentemente da forma em que o autor do delito é apresentado à autoridade policial (algemado ou espontaneamente). Na mesma linha de raciocínio, inobstante o afastamento do artigo 317 do CPP, notória a vedação da custódia provisória por flagrante de quem se apresenta espontaneamente à presença da autoridade policial.

É que se nos parece ilógico pudesse haver compatibilidade jurídica entre o instituto do flagrante delito e o fato da apresentação espontânea do acusado. Nesse sentido são os ensinamentos de Bento de Faria, citado por Magalhães Noronha, ao assinalar que: “a apresentação espontânea não é forma legal de prisão” (in, Curso de Direito Processual Penal, 19ª. Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1.989, p. 175).

Qualquer outra interpretação teria como consequência prática, a maior submissão do cidadão perante o aparato repressivo Estatal, com prejuízos severos ao princípio da verdade real, funcionando a possibilidade do flagrante em caso de apresentação espontânea, como forma de recrudescimento do interesse na fuga e ocultação de provas materiais de um delito, sem contar que o instituto da delação premiada, sistema “plea bargaining” (americano) ou “patteggiamento” (italiano), adotados de alguma forma na legislação brasileira, seriam atingidos de morte (exs: art. 159, parágrafo 4º, CP, art. 8º., parágrafo único, da Lei 8.072/90, arts. 13 e 14 da Lei 9.807/98, art. 41 da Lei 11.343/06, entre outras hipóteses jurídicas).

De se considerar, ainda, que a nova redação que se empresta aos incisos I e II, do artigo 282, do CPP, se reporta as cautelares nos “casos expressamente previstos”, além da necessidade de se levar em conta a “adequação da medida de acordo com as circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. Daí a conclusão lógica de quem se apresenta espontaneamente não se enquadra nas hipóteses legais da incidência do flagrante.

Assim, é do princípio da razoabilidade decorrente da interpretação sistemática das hipóteses do inciso LXI, do art. 5º., CF, (flagrante e ordem escrita da autoridade judiciária competente), que se extrai a conclusão lógica de que a revogação do artigo 317 do CPP, por si só, não tem o condão de extirpar da lei processual o instituto da vedação da prisão em flagrante de quem se apresenta espontaneamente, bem como, a possibilidade da decretação, por ordem judicial, da preventiva, quando presentes os novos requisitos exigidos pela “novatio legis”.

Outro aspecto a ser objeto de discussão prática é a consequência da nova redação emprestada ao artigo 313 do CPP aos réus que já se encontravam presos quando da publicação e respectiva vigência da nova lei, a impedir a custódia preventiva quando o crime que ensejou a prisão tiver punição igual ou inferior a 04 (quatro) anos.

Numa análise imediatista, poder-se-ia concluir ser caso de necessidade de relaxamento da prisão, ao passo que esta passa a ser considerada ilegal. Entendemos, entretanto, ser caso de avaliação pelo Juiz, ouvido o MP, de eventual revogação da prisão, ao passo que originalmente era legal, devendo a autoridade judiciária aquilatar, v.g., se o réu não se encontra preso por outro processo (processos com tarja verde).

E nem se diga da inexistência de uma diferença ontológica entre as duas formas de se visualizar a questão jurídica. Relaxamento, a pressupor uma prisão ilegal, sanável por via de HC ou revogação da prisão, legal, mas desnecessária, cujo pedido indeferido possa sugerir a interposição de R.E.S.E.

É que, sem querer “fazer fumaça”, respeitadas as dignas autoridades constituídas na área da Segurança Pública no Brasil, não há como fazer ouvidos moucos à realidade nacional, retratada no sentido de que: “O Brasil tem 473 mil, 626 presos. Desses, 275 mil, 324 são condenados irrecorrivelmente e 219 mil, 274 são presos provisórios. Os dados, advêm de um levantamento feito pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça que objetiva a construção de mais presídios em todos as unidades federativas do Brasil” (in, Brasil Portais – <http://www.180.graus.com> de 29/03/2.011).

Se certo é que 34% (trinta e quatro por cento) dos presos provisórios, segundo a mesma pesquisa, são autores de crimes com pena igual ou inferior a 04 anos, estaríamos a falar de uma verdadeira “alforria coletiva” a abarcar, mediante expedição de alvará de soltura clausulado, aproximadamente 74.553 “cidadãos”, que passariam a se considerar submetidos a um constrangimento ilegal, a partir da nova lei a entrar em vigor (não seria mais caso de emendas parlamentares para construção de novos presídios).

Acrescente-se que segundo dados da APAMAGIS, é possível que somente no Estado de São Paulo, os efeitos nefastos da lei a entrar em vigor poderá ser a soltura de 54.000 (cinquenta e quatro mil) presos provisórios, passando a ser batizada pela organização não-governamental movimento Viva Brasil de lei da impunidade (in, Apamagis – Setor de Pesquisas Jurídicas, 27/06/2011).

Por fim, necessário considerar que é essa política do Direito Penal Mínimo, mantida por correntes ideologicamente liberais na área criminal – há pelo menos uma década em pleno refluxo na Europa e E.U.A., tem se mostrado ineficaz no combate à criminalidade em especial em nosso país “tupiniquim”, materializando-se em várias situações paradoxais, tais como:

- a) Patamar elevado da pena “in abstracto” para decretação da prisão preventiva (art. 313, I, CPP)
- b) Contradição de ordem hermenêutica (arts. 306 x 306 parágrafo único);
- c) Afastamento do órgão do Ministério Público em institutos de interesse público do Estado (arts. 310 e 355), etc.

Caberá à nossa doutrina e jurisprudência, com a cautela que se espera peculiar, dar a interpretação que leve em consideração os anseios de uma sociedade brasileira, ávida de um conceito contemporâneo, moderno, e sereno de JUSTIÇA, assim como de sua distribuição equânime a todos os seus destinatários.

*Nadir de Campos Júnior é Promotor de Justiça da Capital de São Paulo
e Assessor da Procuradoria Geral de Justiça*

Primeiras impressões da Lei 12.403/2011 sobre prisão preventiva e medidas cautelares

Valter Foletto Santin

A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, alterou o Código de Processo Penal na parte relativa à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e outras providências. O diploma de origem processual tem aplicação imediata após o período de *vacatio legis* (60 dias art. 3º), com vigência a partir de 04.07.2011. Os atos processuais realizados são válidos (art. 2º, do Código de Processo Penal), com adaptações necessárias e pertinentes à continuidade da marcha processual.

A sistemática de alterações legais em etapas e partilhas de assuntos trazem alguns contratempos de adaptações aos códigos, feitos em determinadas épocas, com institutos e ideologias políticas e legislativas próprias. Tal qual um brinquedo de montar, algumas peças devem ser desmontadas e remontadas outras em seu lugar, adaptação que nem sempre fica perfeita. Mas os operadores do direito devem desencaixar e reencaixar novas partes dos institutos jurídicos e começar a reinterpretá-los pelo surgimento de nova ordem legal e processual, sendo este trabalho um estudo com as primeiras impressões para o reencaixe, que pode ser temporário, por tramitação legislativa do novo código de processo penal (Projeto de Lei do Senado 156, de 2009, com parecer 1.636, de 2010).

As principais alterações foram em relação à prisão preventiva, agora com maiores dificuldades para a sua decretação, em grau excepcional, diante de crimes de médio e maior potenciais ofensivos ou situações especiais. O legislador pretendeu reduzir o âmbito de aplicação da prisão preventiva. Numa situação de menor risco e exigências similares, o legislador cuidou de implantar a prisão domiciliar nas fases de investigação criminal e de ação penal, instituto que era previsto na execução da pena (art. 117, da Lei 7.210/1984, LEP).

De modo geral, foram instituídos os pressupostos da necessidade e adequação para as medidas cautelares, vale dizer, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em fundamentação específica sobre a sua decretação e que deve guiar todo o sistema de medidas cautelares pessoais restritivas de direito ou de liberdade. Necessidade e adequação são as palavras-chaves para verificação de medida cautelar apropriada, qual, quando, por que e por quanto tempo.

As medidas cautelares de liberdade são possíveis aos crimes com pena privativa de liberdade (art. 283, §1º, do CPP), isolada ou cumulativa, podendo ser alterada em qualquer momento, de acordo com a necessidade e adequação, substituída, modificada e transformada. Em ultimo caso cabe a prisão preventiva, se as demais cautelares forem insuficientes e inadequadas (arts. 282, §§5º e 6º, e 310, II, do CPP), inclusive a prisão domiciliar (indiciado com mais de 80 anos, extremamente debilitado por doença grave, imprescindível para trato de

criança menor de 6 anos ou deficiente e gestante a partir do 7º mês ou de alto risco, art. 318, I a IV, do CPP).

O legislador introduziu como medidas cautelares não privativas de liberdade: comparecimento em juízo, proibição de acesso a determinados lugares, proibição de manter contato, proibição de ausência da Comarca, recolhimento domiciliar noturno e nas folgas, suspensão de função pública ou de atividade, internação provisória em caso de inimizabilidade ou semi-inimizabilidade nas hipóteses de crimes com violência ou grave ameaça e risco de reiteração, fiança e monitoração eletrônica (art. 319, I a IX, do CPP). Algumas medidas já constam do nosso sistema processual como medidas protetivas de urgência em violência doméstica e familiar (arts. 22 a 24, da Lei 11.340/2006), provocando uma certa confusão terminológica. Afinal, o afastamento do agressor da pessoa da vítima ou proibição de manter contato (art. 319, III, CPP e art. 23, III, da Lei 11.340/2006) é medida cautelar ou protetiva? Garante o resultado da demanda ou protege a vítima? Parece-me que esta medida é de proteção, como prevenção ao crime e à incolumidade da vítima, sem garantir propriamente o resultado da demanda criminal, retratada na imposição da pena e obrigação de indenização mínima.

As medidas cautelares não privativas de liberdade são marcadas por acumulabilidade (uma ou mais), temporariedade (a sua precariedade decorre da alteração a qualquer tempo, na cláusula *rebus sic stantibus*, por imprevisão diante da dinâmica social e relacionamento dos envolvidos), e substitutividade ou transmutabilidade (uma pode ser transformada em outra ou substituída de acordo com a necessidade e adequação, efeito Camaleão por sua flexibilidade). Parece-me que as medidas cautelares do art. 319, do CPP, são exemplificativas, podendo o juiz impor outra medida adequada, necessária e suficiente para o caso concreto, seja por analogia com a Lei 11.340/2006 ou no exercício do poder geral de cautela (art. 902, do Código de Processo Civil).

A prisão preventiva é admissível em seis hipóteses: a) para delitos dolosos com pena superior a 4 anos (art. 313, I, CPP); b) a pessoas condenadas definitivamente por crime doloso (art. 313, II, CPP); c) em violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 313, III, 1ª parte, CPP); d) quando a vítima for vulnerável (criança, adolescente, deficiente e enfermo), não apenas em violência familiar, até em violência comum (art. 313, III, 2ª parte, CPP); e) dúvida sobre identidade do indiciado (art. 313, parágrafo único, CPP); f) descumprimento de medida cautelar ou obrigação (art. 282, §4º, CPP). Cada situação de admissibilidade é suficiente para a preventiva, sem necessidade de cumulação.

Os requisitos continuam os mesmos, para garantia da ordem pública ou ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da pena, em presença de prova de existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, caput, CPP).

A análise para a decretação da preventiva deverá passar pela aferição da necessidade e adequação, especialmente pela superação de pertinência de outras medidas cautelares, admissibilidade, requisitos e até mesmo se a prisão domiciliar seria cabível.

As únicas medidas verdadeiramente cautelares são a prisão preventiva, a prisão domiciliar e a internação provisória, que garantem o futuro resultado da aplicação da pena e podem ser abatidas como detração (art. 42, do Código Penal), a suspensão de função ou atividade, restritiva de direito (art. 43, V, CP), também preventiva, e a fiança, utilizável como indenização da vítima, multa pecuniária e pena (arts. 336 e 387, IV, CPP). As demais não têm características de cautelares, são protetivas, em relação à própria vítima (proibição de contato) ou à sociedade na diminuição dos riscos de novos delitos ou de continuidade de comportamento lesivo (comparecimento em juízo, proibição de acesso a determinados lugares e recolhimento noturno em folgas).

As situações inovadoras são a prisão preventiva em caso de dúvida sobre a identidade (já prevista como prisão temporária, art. 1º, II, da Lei 7.960/1989) e por descumprimento de outra medida cautelar. A preventiva por dúvida de identidade tem relação com a própria persecução penal que pode ser dificultada pela falta de características pessoais do indiciado ou acusado ou até ser inócua, mas caracterizada por temporariedade atinente à obtenção da verdadeira identidade do indiciado, seja com ou sem a colaboração dele; é ínsita a presença de conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da pena. Relativamente à prisão preventiva por descumprimento de outra medida cautelar, a garantia é do próprio prestígio da Justiça e da efetivação das medidas cautelares, além da ordem pública e da conveniência da instrução penal. Em tese, tal situação de prisão preventiva poderá ser decretada a crimes independentemente da pena aplicável. O caminho da prisão por descumprimento poderá ser a saída jurídica para situações específicas e necessárias. A coerção à liberdade reprime o teimoso, indolente e rebelde à disciplina imposta pelo Juízo; seria uma sanção por *contempt of court*, por desobediência ou ofensa à ordem do Juízo. Descumpriu a ordem do Juízo, nenhuma outra medida é suficiente e adequada: prisão preventiva nele!

Algo interessante é que a prisão em flagrante delito deixa de ser medida cautelar e passa a ser mera medida de urgência, prisão temporária ou prisão efêmera, com existência fugaz, por algumas horas ou poucos dias, até que o Juiz tome conhecimento da prisão e obrigatoriamente tenha que decidir pela decretação da preventiva ou concessão de liberdade provisória, além do relaxamento em caso de vício da prisão (art. 310, CPP). Seria a prisão em flagrante uma *efemérida jurídica*, de vida curta. Poderia ser comparada à existência curtíssima dos insetos *Ephemérotos*, os populares aleluias ou siriris, que vivem poucas horas ou no máximo um a dois dias.

As prisões em flagrante deverão ser substituídas e transformadas em prisão preventiva ou prisão domiciliar, únicas medidas privativas de liberdade após a Lei 12.403. O juiz deverá decidir especificamente sobre a prisão cautelar, sob pena de passar a ser viciada a manutenção da prisão do indiciado por força da prisão em flagrante. A prisão em flagrante seria uma aproximação com as prisões temporárias estrangeiras, como o *fermo* do direito italiano (prisão por até 48 horas, arts. 384 e 390, do CPP italiano) e a *garde à vue* do direito francês

(prisão por 24 horas, arts. 63 e 77, do CPP francês) de existência efêmera, que também devem ser convalidadas pelo juiz para a manutenção da prisão cautelar.

O contraditório prévio passa a ser regra no procedimento de medidas cautelares, com a obrigatoriedade de intimação da parte contrária (art. 282, §3º, do CPP) para ciência e manifestação nos pedidos de concessão, revogação e substituição de medidas. Entretanto, o contraditório pode ser diferido em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. No caso concreto, o juiz deverá avaliar as peculiaridades para realização do contraditório prévio ou da forma diferida, posteriormente à concessão da medida. Se a premência da situação exigir medida própria de imediato, por urgência será dada ciência à parte contrária posteriormente, como em possível situação de violência doméstica em que o afastamento do lar do agressor é algo essencial para evitar nova agressão à vítima; se o pedido de prisão preventiva fundar-se em risco de fuga do indiciado, a eventual cientificação do pedido certamente seria a verdadeira inutilização da pretensão, motivo a mais para o indiciado concretizar a sua fuga.

Assim, concluo:

- 1) A prisão preventiva é excepcional, com base na necessidade e adequação, vale dizer, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devidamente fundamentada, se insuficientes as demais medidas cautelares;
- 2) A prisão preventiva é admissível em seis hipóteses: a) para delitos dolosos com pena superior a 4 anos (art. 313, I, CPP); b) a pessoas condenadas definitivamente por crime doloso (art. 313, II, CPP); c) em violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 313, III, 1ª parte, CPP); d) quando a vítima for vulnerável (criança, adolescente, deficiente e enfermo), não apenas em violência familiar, até em violência comum (art. 313, III, 2ª parte, CPP); e) dúvida sobre identidade do indiciado (art. 313, parágrafo único, CPP); f) descumprimento de medida cautelar ou obrigação (art. 282, §4º, CPP). Cada situação de admissibilidade é suficiente para a preventiva, sem necessidade de cumulação;
- 3) A prisão em flagrante passa a ter existência efêmera, devendo ser necessariamente objeto de análise do Juízo na ocasião do recebimento da comunicação do auto de prisão em flagrante, oportunidade em que deverá fundamentadamente decretar a prisão preventiva ou conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão ilegal.
- 4) As medidas cautelares podem ser concedidas, alteradas e substituídas a qualquer tempo, de acordo com a necessidade e adequação, fundamentadamente, com atendimento ao princípio do contraditório, em regra prévio, e excepcionalmente diferido, em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

Valter Foletto Santin é Doutor em Processo, Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus de Jacarezinho (Paraná), e Promotor de Justiça da Capital de São Paulo. Site: apmp.com.br/juridico/santin. E-mail: valtersantin@apmp.com.br

Considerações em torno da Lei n. 12.403/2011

Victor Eduardo Rios Gonçalves

Interessante notar que sempre que uma nova lei penal ou processual penal entra em vigor boa parte dos operadores do direito procura dar a ela interpretações mirabolantes, algumas baseadas em “construções” em torno da real intenção do legislador, outras em princípios genéricos da Constituição Federal (ampla defesa, individualização da pena, presunção de inocência), para chegar a conclusões que contrariam o texto da nova lei. Parece que, com isso, a finalidade é criar um clima de incerteza jurídica até que o tema seja levado ao Supremo Tribunal Federal que dará a palavra final.

Assim, com a aprovação da Lei n. 12.403/2011, não causa surpresa a grande diversidade de interpretações em relação a temas relevantes.

Pretendo, portanto, apontar alguns desses temas e tentar demonstrar que o texto legal, em verdade, é claro, não permitindo tantas divergências.

Em primeiro lugar, há que se salientar que a nova lei, ao criar institutos como a prisão domiciliar e as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, aumentou consideravelmente o poder discricionário dos juizes. Assim, quando o art. 310, II, do CPP (em sua nova redação), diz que o juiz converterá a prisão em flagrante em preventiva quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares, não se pode imaginar que a intenção do legislador tenha sido deixar soltos criminosos que praticam crimes extremamente graves ou que apresentam alto índice de reincidência. Há, em verdade, uma nova realidade. Não se pode simplesmente concluir que as medidas cautelares tomarão espaço que antes era da preventiva. Tais medidas poderão ser decretadas em casos em que, na legislação antiga, o acusado pura e simplesmente ficava em liberdade, sem qualquer obrigação. Imagine-se pessoa que esteja sendo processada por dois ou três furtos de proporções não muito graves, mas que seja primária. No regime antigo era grande a chance de responder à ação penal solto com o argumento de que, sendo primário, receberia pena restritiva de direitos em caso de condenação, não fazendo sentido sua permanência no cárcere durante a instrução. Tampouco se exigia fiança em tais casos. No novo regime, existe a possibilidade de este acusado permanecer solto, porém, sob monitoração eletrônica por exemplo. De outro lado, nada muda em relação às pessoas que cometam crimes graves já que é evidente a necessidade de se apartar do convívio social aqueles que, v.g., abordam vítimas em via pública, à mão armada, para lhes subtrair pertences. Não há a mínima razão para se supor que, em casos dessa gravidade, se deva decretar medida diversa da prisão, pois é óbvio que as demais cautelares não afastam a pessoa perigosa do convívio social.

Por sua vez, não há razão para se duvidar do significado das palavras escolhidas pelo legislador para indicar quando certo tipo de decisão é obrigatória ou facultativa. Basta uma simples leitura na nova lei para perceber a evidente e intencional diferenciação. Por exemplo, ao tratar da prisão preventiva domiciliar, diz o art. 318 do CPP que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar. É claro, portanto, que se trata de mera faculdade do juiz e não de direito subjetivo do acusado, podendo o magistrado, de forma fundamentada, negar o benefício quando entender que a prisão, na forma domiciliar, não afasta os riscos à coletividade demonstradas pela gravidade diferenciada do fato ou outro motivo qualquer. Com efeito, deve sempre prevalecer a defesa da coletividade em detrimento das pretensões particulares, de modo que não é aceitável que o indiciado ou réu de considerável periculosidade possa usufruir, automaticamente, do benefício em questão, durante o tramitar das investigações ou da ação, apenas pelo fato de ser responsável por menor de 6 anos ou pessoa deficiente. São até questionáveis as benesses que a presença de um estuprador, assassino ou traficante possam trazer ao menor ou deficiente. Se a prisão domiciliar fosse obrigatória em tais casos, o agente teria uma espécie de imunidade, de modo que é evidente, que os juízes devem interpretar tal dispositivo com cautela, recordando-se sempre que é dever do Estado proteger a sociedade uma vez que o constituinte consagrou no art. 5º, caput, da Carta Magna, o direito à vida, à segurança, à liberdade etc.

Por outro lado, no aspecto procedimental, o art. 311 do CPP, em sua nova redação diz que a prisão preventiva não pode ser decretada de ofício pelo juiz durante a fase do inquérito policial. Há de se ressaltar, entretanto, que, no novo regime, além da prisão preventiva autônoma (decretada quando o réu está solto), passou a existir a preventiva por conversão. Trata-se de forma específica de preventiva prevista no art. 310 do CPP e, em relação a esta modalidade, o texto legal diz que o juiz deverá efetuar a conversão do flagrante em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312. A escolha da palavra “deverá” pelo legislador não foi feita de modo aleatório e indica a possibilidade da conversão de ofício em tal caso porque o texto legal o obriga a proferir uma decisão naquele momento. Não faria sentido, ademais, negar esta possibilidade ao juiz, detentor do poder geral de cautela, se o indiciado já está preso (e em situação de flagrância). Suponha-se pessoa presa em flagrante por crime de roubo simples e que o promotor não requeira a conversão em preventiva alegando que o indiciado é primário. O juiz, todavia, verifica que o preso é reincidente. Não faz sentido colocar o indiciado em liberdade.

Saliente-se, por sua vez, que a nova redação do art. 311 do CPP reitera a possibilidade de decretação de prisão preventiva durante o inquérito (preventiva autônoma ou por conversão) e não revogou o art. 10 do mesmo Código que dá à autoridade policial prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito. Por isso,

não faz sentido a interpretação de que, com a decretação da preventiva, a cópia do flagrante deve ser encaminhada ao promotor para imediato oferecimento de denúncia. A Lei n. 12.403/2006 pura e simplesmente não previu este procedimento e exigir o imediato oferecimento de denúncia é “construção” que carece de amparo legal.

Por fim, é importante salientar que existem dois dispositivos originados da nova lei permitindo a decretação da prisão preventiva pelo descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta (art. 282, § 4º e art. 312, parágrafo único). Como o primeiro destes dispositivos encontra-se no capítulo “Das Disposições Gerais” desacompanhado de outros requisitos, parece clara a possibilidade de decretação da preventiva pelo descumprimento de outra cautelar, ainda que a pena máxima do crime seja inferior a 4 anos e até mesmo que se trate de crime de menor potencial ofensivo (cometido com violência ou grave ameaça). Corrige-se, com isso, uma grave lacuna da legislação anterior, na medida em que a pessoa que ameaçava de morte reiteradamente a mesma vítima não podia ser presa preventivamente (crime apenado com detenção) e, como sabemos, em alguns casos, o homicídio acabava se concretizando. O Estado estava de mãos atadas pela falta de ferramenta processual adequada. Agora, em um primeiro momento deverá ser decretada uma medida cautelar diversa da prisão (proibição de aproximar-se da vítima com monitoração eletrônica, por exemplo). Em caso de descumprimento, a solução será a prisão, nos termos do art. 282, § 4º, do CPP.

*Victor Eduardo Rios Gonçalves é
Promotor de Justiça Criminal da Capital/SP*

Composto e Diagramado pela
Associação Paulista do Ministério Público
Rua Riachuelo, 115, 11º andar - Centro - Cep: 01007-000
Site: www.apmp.com.br - E-mail: apmp@apmp.com.br

