

Prisão Cautelar no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Alterações da Lei 12.403/2011. Novas Perspectivas

Luiz Augusto Coutinho

Depois de uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, transformado agora na Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 do mesmo mês de maio. É notório que o legislador brasileiro se encontra sempre em estado de plantão com o escopo de forma açodada editar textos legais, feitos por partes e que nem sempre se acomodam a outras legislações existentes, isto quando não colidem de forma frontal com a Carta Política.

Temos assistido que o CPP vem sendo alterado de forma pontual, com modificações mais relevantes a partir de 2008, sendo alterados inicialmente o procedimento comum (ordinário e sumário), o procedimento especial do júri e o capítulo da prova.

Embora tramite no Congresso Nacional o PLS 156, contendo um Projeto de Lei de um Novo Código de Processo Penal, parece estarmos cada vez mais nos distanciando deste sonho, pois a comissão presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover, tem conseguido, em doses homeopáticas, reformas pontuais, restando ainda sem votação o projeto PL nº 4.209/01 que cuida da investigação criminal; o PL nº 4.204/01, concernente à interrogatório e à defesa; e também o PL nº 4.206/01, que versa sobre recursos e ações de impugnação;

Prisão – Conceito e Finalidade

A expressão prisão tem origem no latim *prensione*, ou seja, ato de capturar, prender. Embora seja passível de discussão a ideia de prisão como forma de apenamento ser ou não relativamente recente, diversos autores indicam como termo inicial o final do século XVI, fulcrados na ideia de prisão como pena, como reflexo da penitência do direito eclesiástico, daí a construção das penitenciárias. Seu objetivo primeiro foi determinar o encarceramento como forma de reflexão e como objetivo distante purificar a alma do eventual pecador, contando uma relação direta entre o crime e o pecado. A prisão judiciária teria surgido por sua vez nos fins do século XVIII.

Lado a lado com a ideia da prisão pena, temos a prisão preventiva, esta sim, tão antiga quanto a história da humanidade, com a finalidade de manter os acusados no distrito da culpa para, posteriormente, processá-los e aplicar-lhes as punições, que quase sempre eram desumanas, como a morte, o açoite, mutilações, o arrastamento e outras. Situação que só veio a ser revista no século das luzes, sendo referência a obra do Marquês de Beccaria, "Dos Delitos e das Penas", como elemento limitador dos excessos.

Sobre as origens da prisão preventiva, Ary Franco 1 comenta: "*A prisão preventiva era conhecida desde a antiguidade, sendo que, em Atenas, aplicava-se nos crimes de conspiração contra a pátria e a ordem política, além do peculato. Em Roma, a*

princípio, a prisão preventiva ocorria quando se tratasse de crime que, por sua natureza, exigisse julgamento público e o acusado o confessasse perante o pretor, pois declarando falsa a acusação que lhe era feita, tinha o direito de ficar em liberdade sob caução, e, depois, admitiu-se ao magistrado – procônsul – conforme a gravidade do crime e a condição do acusado, a prisão, ou a vigilância de guardas, ou a liberdade sob fiança, ou mesmo, sob palavra."

De fato vemos que a legislação processual foi editada na vigência do Estado Novo em meio ao governo de Getúlio Vargas, inspirado claramente no modelo inquisitivo com influências concretas do Código de Processo Penal italiano, datado de 30 (Código Rocco), modelado por ideias fascistas.

Digno de nota é que o Código de Processo Penal originalmente instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, cuja matiz de princípios fundamenta-se no sistema processual penal inquisitório, coloca o julgador separado da figura do acusador, mas determina que estes dividam a responsabilidade da busca da verdade real. Criando-se um abismo epistemológico de duas duplas de atores: uma do BEM: PROMOTOR e JULGADOR, que muitas vezes se confundem, a propósito, por força de lei exigem igualdade tratamento e uma segunda do MAL: ACUSADO e DEFENSOR, quantas vezes colocados como os grandes vilões da justiça criminal.

Objetivos da Lei. Definidos e Implícitos

A Lei nº 12.403/2011 descreve como objetivos declarados alterar o Código de Processo Penal no que concerne a prisão, fiança, liberdade provisória e criando as medidas cautelares.

Implicitamente temos que a lei vem com uma proposta de corrigir e a ajustar alguns pontos que ficaram fora de contexto com as reformas de 2008; pretendendo, ainda, a quebra da bipolaridade do binômio: prisão x liberdade, além de criar mecanismos que podem eventualmente colaborar com a diminuição da população carcerária.

Dados de agosto de 2011, atualizados de acordo com o portal do CNJ, estabelecem que existe um déficit de aproximadamente 140 mil vagas para uma população carcerária de quase meio milhão de indivíduos, distribuídos em cerca de 3.785 estabelecimentos prisionais. 2

Novo Paradigma do Processo Penal

Um dos conceitos que influenciam de forma determinante a ciência moderna é a ênfase nos paradigmas. O Paradigma, do grego *parádeigma* literalmente traduz a ideia de modelo, com a representação de um padrão a ser seguido. Trata-se de um pressuposto filosófico, matriz, ou seja, uma teoria ou conhecimento que origina o estudo de um campo científico; partindo de métodos e valores e que em um determinado momento serão pensados como um modelo para estudos e pesquisas, mas que já nascem com a proposta de quebra a partir da evolução dos tempos.

Note-se que o paradigma do processo penal estabelecido na quarta década do século passado, construiu-se a partir de uma concepção simbólica da prisão como regra e a liberdade como exceção, passadas mais de sete décadas é proposta a quebra deste modelo e criação de um paradigma emergente que se funda em premissas mais libertárias, ou ao menos, que não admitem a prisão como forma única de solução do problema penal.

Fim do Caráter Coercitivo da Prisão em Flagrante

Na evolução deste paradigma foram afastados os efeitos constritivos do auto de prisão em flagrante passando a considerar este tipo de providência como uma medida pré-cautelares ou subcautelares, objetivando precipuamente a captura do indivíduo apanhado nas condições objetivas de flagrância.

A rigor a novel legislação apenas veio explicar uma norma já vigente desde a edição da Carta Política, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a Lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVI). Devendo ser lida na conformidade com a regra que se a prisão for ilegal ou inconstitucional, deve o juiz a relaxar por "*decisão*" motivada, mandando expedir o alvará de soltura (Constituição, art. 5º, LXV), dispensando inclusive a prévia manifestação do Ministério Público. Nesta toada não podemos afirmar que a lei trouxe avanços tão significativos se entendermos a noção de sistema penal à luz da constitucionalidade.

Não é sem razão que o professor Fernando da Costa Tourinho Filho, com sua incontável autoridade, antes mesmo da lei já lecionava: "Com o passar dos anos, houve acentuada mitigação. Convolou-se a prisão em flagrante na obrigação do indiciado comparecer a todos os atos do processo, sem embargo da imediata recepção da prova quanto à materialidade e autoria, salvo se demonstrada a necessidade da prisão (parágrafo único do art. 310 do CPP)." 3 e desde então, já advertia: "Observe-se que se o cidadão for preso em flagrante, pouco importando a natureza da infração, se o encarceramento não for necessário para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para preservação da instrução criminal ou para garantir a execução da pena, o detido fará jus à liberdade provisória, apenas com a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, nos precisos termos do parágrafo único do art. 310 do CPP." 4

Nova Sistemática da Prisão Preventiva

A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial, por requerimento das partes, ou na ação penal, até mesmo *ex officio*, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. Com a nova redação dada ao art. 282 do Código de Processo Penal temos que: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar." Fica evidente que o texto novo não deixa dúvidas quanto à excepcionalidade da prisão preventiva buscando aclarar que o julgador deve buscar nas medidas cautelares a solução primeira para o problema penal posto em apreciação, todavia em sendo incabível qualquer das providências previstas no art. 319, fica possibilitada a decretação da medida extrema.

O art. 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que servem a fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica; b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

Com as novas regras, entretanto, não será decretada a prisão preventiva aos crimes punidos com pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, excetuando-se, portanto, delitos como: o furto, maus tratos, lesão corporal grave, formação de quadrilha, autoaborto, falso testemunho, abandono de incapaz, resistência, desobediência e desacato. Fica mantida, também, a vedação da aplicação de prisão preventiva a quem tiver cometido o fato típico sob o manto protetor de alguma excludente de ilicitude (art. 23, CP).

Perdeu-se uma boa oportunidade de definir exatamente o que seria a garantia da ordem pública. Também, poder-se-ia ter avançado para a reavaliação temporal da necessidade da permanência da custódia prévia, tempo a tempo, revogando-a quando eventualmente pudesse se tornar desnecessária. Um bom momento, também, para ter sido extinta a prisão especial, e também de se determinar o prazo máximo da prisão processual.

Merece ainda reparo a não correção da inconstitucionalidade na permanência da expressão Liberdade Provisória, contratadamente violadora da presunção de inocência, na medida que a liberdade é regra e a prisão exceção, daí correto não se tratar a liberdade com a ideia de provisoriedade, até porque a prisão só estará legitimada com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sobre o tema leia-se a lição de Pacelli 5: "Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada não será perpétua, isto é, será sempre provisória."

E segue para afirmar 6: "O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita ação penal."

Adoção das Medidas Cautelares

Muito se discute sobre a existência de um específico processo cautelar no processo penal ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução.

O art. 798 do Código de Processo Civil traz uma autorização que afirma a legitimidade do juiz para ordenar providências assecuratórias previstas expressamente em lei e outras que, embora não especificadas normativamente, sejam necessárias à proteção do direito provável contra o dano iminente.

Vicente Greco Filho 7 anota sobre o tema que "o poder geral de cautela atua como poder integrativo de eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser

dotada de instrumentos para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito".

Logicamente que este poder encontra limitação no âmbito do Direito Processual Penal, guardando respeito aos princípios da Legalidade e Taxatividade. Demais disto, eventuais medidas cautelares no processo penal só se justificam no sentido de garantir a credibilidade e respeitabilidade da justiça, considerando como premissa primeira a proporcionalidade que se fundamenta na necessidade e adequação.

Guilherme Dezem 8, anota que: "o art. 282 estabelece os critérios de aplicação das medidas cautelares pessoais, fixando dois dos elementos da proporcionalidade, ou seja, necessidade e adequação: 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; e b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou do acusado. A *proporcionalidade* é o critério básico para a aplicação das medidas cautelares pessoais. Proporcionalidade que não é vista tão somente pelo critério do caso concreto, uma vez que a própria legislação estabeleceu alguns critérios já definidos de proporcionalidade".

Assim se para o juiz cível as medidas cautelares se fundamentam na existência do *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, para o juiz criminal o fundamento é outro qual seja: o *periculum libertatis* (consistente no perigo concreto que a permanência do acusado em liberdade representa para a investigação do fato delituoso, a efetividade da sentença penal ou a própria segurança da coletividade) e o *fumus commissi delicti* (invocado na plausibilidade do direito de punir, caracterizada pela prova da existência do crime – juízo de certeza – e de indícios de autoria – juízo de probabilidade) tornando-se notadamente diminuído o poder de cautela do magistrado penal.

Pelas regras estabelecidas na novel legislação o Juiz agora possui elementos legais para determinar a aplicação das medidas cautelares segundo as diretivas do art. 319 9 do CPP.

Nucci 10 sobre os motivos da criação da medida cautelar e suas espécies afirma: "As novas medidas cautelares foram criadas, com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuando os rigores da prisão em flagrante, dentre as quais o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; a proibição de frequência a determinados lugares, desde que relacionados ao fato, evitando-se o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa certa, mantendo-se distante; a vedação de se ausentar da Comarca, conforme a conveniência da investigação ou da instrução; o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, conforme o caso concreto; a internação provisória do enfermo ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; a fiança, com novos valores e parâmetros e a monitoração eletrônica".

Estas medidas cautelares apresentam as seguintes características:

Devem ser sempre *acessórias*, pois estão ligadas a existência e subordinação de um processo criminal que se associa ao processo cautelar através de um vínculo lógico de caráter excepcional e prévio. Notadamente têm a característica de *prevenção*, pois apenas se justificam para evitar potenciais danos, dado ao caráter emergencial e provisório. Deve estar presente um juízo de *probabilidade*, que conhecemos como *instrumentalidade hipotética* 11 e eventual *revogabilidade* ante a presença de circunstâncias novas que impliquem na desnecessidade seja porque cessou o seu fundamento ou porque restou ineficaz a sua utilização que determina a adoção de providência mais gravosa. Considere-se que a possibilidade de revogação a qualquer tempo, indica um caráter de *não definitividade*, na medida em que implica na existência de uma coisa julgada formal (modificável). Finalmente podemos afirmar que as cautelares têm como característica a *referibilidade* 12, demonstrada pela relação entre a situação de perigo e a proteção cautelar solicitada, sendo certo que só poderá ser deferida através do poder judiciário através do Estado JUIZ.

Descumprimento das Medidas Cautelares

A imposição das medidas cautelares implica necessariamente na quebra do binômio prisão x liberdade, mas exige do imputado o respeito expresso as condições determinadas pelo juiz sob pena de em uma ordem crescente, a medida ser substituída por outra mais gravosa, ser cumulada com outra providencia cautelar e em último caso, substituída pela prisão preventiva.

Em se tratando de uma legislação nova, necessariamente teremos que aguardar a pacificação do entendimento jurisprudencial, embora já se forme doutrinariamente dissenso sobre as consequências do não cumprimento da medida cautelar, para Eugênio Pacelli o descumprimento das cautelares, implica na decretação automática, ainda que não preenchidos os requisitos do art. 313 do CPP. Numa visão mais garantista a legitimação da decretação da custódia cautelar deve estar sempre amparada na regra expressa do art. 313 mesmo no caso de anterior descumprimento das cautelares-Pierpaolo Cruz Bottini.

Inovações Legislativas

Embora as medidas cautelares sejam novidade enquanto dispositivos do Código de Processo Penal temos que muitas delas já estavam presentes na legislação periférica e apenas tiveram seus conceitos trazidos como alternativas à custódia cautelar sem grande interesse nos seus aspectos doutrinários, e nesta senda nos prenderemos a analisar apenas as reais modificações.

Nova Disciplina Legal da Fiança

Pelo novo paralelo traçado pelo CPP para a fiança revigorou sua importância na condição de medida alternativa ao encarceramento cautelar. Temos que a fiança é uma garantia prestada pelo acusado ou por terceiro para que este seja posto em liberdade, considerando a afiançabilidade da infração. Durante muito tempo o instituto da fiança, esteve desmoralizado, mormente quando a prisão preventiva deixou de ser obrigatória, notadamente com a edição da Lei Fleury (Lei nº 5.941/73).

Anote-se que "Distinguem-se fiança e liberdade provisória. A fiança é um direito do réu. A liberdade provisória pode ser concedida ou não pelo juiz; não é, pois, direito

do réu, mas faculdade do julgador. Assim, pode ser que o réu, que não tem direito à fiança, seja favorecido pela liberdade provisória (RT 518/382)".

Todavia com os novos contornos trazidos e desde que o instituto seja bem aplicado passa a exercer um papel importante como forma de liberação provisória, pois impede a continuidade da custódia cautelar desnecessária, deixando de outra banda um numerário que eventualmente poderá ser abatido dos eventuais efeitos pecuniários da sentença criminal.

De início foi ampliado o limite máximo das penas para a concessão da fiança pelo Delegado de Polícia, passando de dois para quatro anos, acabando a distinção de ser crime punido ou não com detenção ou reclusão para que a autoridade policial pudesse deferir o benefício.

Avanço importante foi a retirada do óbice da vadiagem prevista como contravenção penal para a concessão do benefício. Restou fixado o limite de 100 salários mínimos para o deferimento da fiança pela autoridade policial e 200 salários para o deferimento judicial, que pode multiplicar este valor por 1000 no caso de parecer insuficiente a garantia diante das condições pessoais do acusado, chegando a um patamar atualizado de 109 milhões de reais.

A primeira vista tal posicionamento pode parecer salutar, provavelmente inspirado no modelo norte americano que comumente atinge valores estratosféricos na casa de um milhão de dólares 13, correndo o risco de eventuais fianças elevadas ativarem o crime organizado para buscar os valores que serão entregues como garantia.

Permanecem inafiançáveis crimes como a tortura, o tráfico ilícito de drogas e entorpecentes e aqueles tipificados, nos termos da lei, bem como os crimes hediondos.

Comunicação do Flagrante ao Ministério Público

Na nova redação do art. 306 determina 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." cremos que a inovação amplia a responsabilidade do acusador público na condição de *custos legis*, que devendo velar pela correta aplicação da lei processual deve intervir para a adoção das medidas cautelares, inclusive de caráter liberatório verificando a desnecessidade da custódia prévia.

Deve ainda a promotoria verificar eventual ocorrência de abuso de autoridade e desrespeito as prerrogativas constitucionais do preso (direito a imagem, integridade física), velando pela boa aplicação da lei, com as respectivas providências necessárias decorrentes de suas atribuições.

Novos Tempos para a Prisão *Ex Officio* e os Atuais Legitimados para a Prisão Preventiva

Grave retrocesso. O assistente da acusação deveria já ter sido pulverizado do Código de Processo Penal, afinal com os avanços da Constituição Federal de 1988 o órgão do *Parquet* ganhou grandes responsabilidades, importância, prestígio

social, melhorando a cada dia os seus quadros injustificando qualquer natureza de *vindita* privada por parte da vítima ou seus sucessores.

De mais a mais a legislação foi editada com imperfeições técnicas. Explico: Pela redação do art. 311: "Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial."

Bem o fez a lei deixando de fora a prisão decretada pelo juiz de ofício no curso do inquérito, e neste contexto serve a lúcida lição de Fabiano Pimentel 14: "A norma trouxe algumas alterações importantes. A primeira que merece destaque é a vedação do decreto de prisão preventiva pelo Juiz, na fase investigativa, de ofício. Como se vê, a nova lei não inviabilizou o decreto de prisão preventiva na fase policial, mas impossibilitou o decreto *ex officio*. Assim, para que a prisão preventiva seja decretada na fase policial deve haver requerimento do Ministério Público, do Querelante ou do Assistente, ou representação da Autoridade Policial. Essa medida se adéqua perfeitamente ao sistema acusatório atual, principalmente porque o Delegado de Polícia é a autoridade responsável pela investigação e é ele quem percebe a necessidade dos requerimentos pré-processuais. O Juiz deve manter-se equidistante das investigações, apenas decidindo as medidas que lhe forem requeridas pela autoridade responsável pela investigação e isso foi percebido pelo legislador atual."

Anote-se que o acerto termina neste ponto, pois inexistente Assistente da Acusação nesta fase processual, daí imperfeita a lei que prevê uma possibilidade de requerimento por um estranho na relação processual, verdadeira uma alma penada fora da sistemática da investigação preliminar, e mais, dificilmente o querelante, salvo na ação penal subsidiária, poderia enfrentar o óbice temporal da prisão preventiva (pena mínima de 4 anos) para poder requerer tal providência.

Penso que em qualquer dos casos foi infeliz o legislador ao viabilizar que demandas decorrentes de interesses meramente privados pudessem implicar na custódia antecipada.

Interessante ponderação neste particular faz Rômulo Moreira 15: "observa-se que de há muito a intervenção do ofendido no processo penal vem sendo questionada, muitos contestando sob o argumento de que caberia ao Estado exclusivamente exercer as funções persecutórias em matéria penal, pois admitir a intervenção do particular seria aceitar que: *"su papel em El processo parece estar teñido de uma espécie de sentimiento de venganza."*

Inovações na Prisão Domiciliar

Um dos pontos polêmicos da novel legislação concerne aos novos contornos da prisão domiciliar como substitutivo da prisão preventiva.

A prisão domiciliar necessariamente não é uma grande novidade na legislação brasileira, até porque nas hipóteses de prisão especial – a falta de estabelecimento adequado já implicava na adoção do recolhimento domiciliar nos termos da Lei nº 5.256/67, bem como a própria Lei de Execuções Penais já disciplinava a matéria desde que o condenado fosse maior de 70 (setenta) anos; ou portador de doença

grave; e na hipótese de mulher condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; ou condenada gestante.

Pela nova redação do art. 318 do CPP fica facultado ao

juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente, for: maior de 80 (oitenta) anos; ampliando em 10 anos o limite de idade, não bastando apenas ser portador de grave enfermidade, devendo estar extremamente debilitado por motivo desta doença; no caso das mulheres não basta que tenha um filho menor, os seus cuidados devem ser imprescindíveis a menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e finalmente, não se trata apenas de gestante, esta deve estar a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo a gestação de alto risco. De logo deve ficar anotada a diferença de nomeação do imputado, na LEP, *condenado*; nas alterações: *agente*, e mais, todas as condições foram agravadas em relação às possibilidades anteriores, devendo ser comprovadas de forma idônea as condições especiais exigidas. Criando-se desta forma uma situação injustificável, pois o *condenado* com sentença firme – trânsito em julgado, tem maior facilidade para a concessão do benefício da prisão domiciliar do que o *agente*, que pode ainda ser absolvido, e deveria ser tratado por força constitucional como presumidamente inocente.

Contraditório ante a Imposição de Medida Cautelar

Na conformidade com o texto constitucional resta consagrado no inciso LV, do art. 5º: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;"

Considerando a possibilidade da determinação da medida cautelar impõe a nova redação do art. 282 do CPP: "§ 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."

O princípio do contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais ou de natureza procedimental devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas. 16

Vicente Greco Filho 17 sintetiza o princípio de maneira bem prática e simples: "O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável."

Assim parece que a intenção do legislador foi deixar claro o respeito à regra do *audiatur et altera pars*, "ouça-se também a outra parte" que funciona como excelente garantia contra o arbítrio, sendo uma questão de ordem pública, essencial a qualquer país que pretenda ser, minimamente, democrático.

O único perigo que nos afigura é exatamente saber o que realmente seriam "os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida", de mais a mais, se este argumento não se tornará regra contra a garantia do contraditório.

Da Formação do Banco de Dados sobre Prisão e Forma de Comunicação

Pela novel legislação a prisão poderá ser deprecada por qualquer meio de comunicação, assinalando que do mandado deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada, sendo de responsabilidade do juízo deprecado averiguar a autenticidade da comunicação.

Interessante providência é o dever imposto ao juízo deprecante que deve providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida, faltando apenas no texto legal uma sanção para a hipótese de descumprimento, quiçá até mesmo a liberação compulsória do custodiado em caso de omissão no prazo assinalado.

Importante, por fim, é a formação de um cadastro no Conselho Nacional de Justiça que deverá receber todos os mandados expedidos no país devendo o magistrado providenciar o imediato registro da ordem em banco de dados, que autorizará a qualquer agente policial efetivar a prisão determinada no mandado, estando a aguardar a regulamentação do mencionado órgão quanto à forma de execução.

Fim da Prisão por Pronúncia e por Sentença Condenatória

Considerando os termos da reforma fica suprimida a possibilidade da prisão decorrente de decisão de admissibilidade da submissão do acusado ao julgamento popular, bem como da sentença penal recorrível, restando a prisão em caráter cautelar, na modalidade preventiva desde que justificada por elementos concretos.

De mais a mais, a reforma de 2008, especificamente a Lei nº 11.689/08, afirmou a necessidade de ratificação do decreto prisional na oportunidade da pronúncia, revelando o dever de fundamentar, ou melhor, de sobrefundamentar a medida excepcional, por elementos concretos.

Entrega do Passaporte

Fica evidente que as medidas cautelares estão expressas no art. 319 do CPP, fora deste artigo ficou determinada a providência de comunicação pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, da eventual proibição do acusado (indiciado) ausentar-se do País, e ainda, a determinação de que este seja intimado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Assim a medida cautelar deve ser a de proibição de se ausentar da Comarca e sua consequência pode ensejar a entrega do passaporte, como medida acessória de cautela para cumprimento da primeira determinação.

Merece registro que o rol das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, constante do art. 319, CPP, não contempla a entrega do passaporte. E ninguém poderá sustentar que tal rol não é taxativo. Ou seja: a entrega do passaporte não é uma medida cautelar alternativa à prisão. É por isso que tal providência está prevista em outro dispositivo – qual seja, o art. 320, CPP.

Renato Brasileiro de Lima 18 faz importante observação: "para que a adoção dessa medida [a do art. 319, IV, CPP] não funcione na prática como uma mera advertência ao acusado, e objetivando assegurar sua operacionalidade e eficácia, o art. 320 do CPP prevê que a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas".

Conclusões

A Lei nº 12.403/2011 descreve como objetivos declarados alterar o Código de Processo Penal no que concerne a prisão, fiança, liberdade provisória e criando as medidas cautelares.

Além dos objetivos explícitos descritos pela lei temos que esta pretende corrigir e ajustar alguns pontos que ficaram fora de contexto com as reformas de 2008; propõe a quebra da bipolaridade do binômio: prisão x liberdade e cria mecanismos que podem eventualmente colaborar com a diminuição da população carcerária.

Com a nova redação do texto legal foram afastados os efeitos constritivos do auto de prisão em flagrante passando a considerar este tipo de providência como uma medida pré-cautelar ou subcautelar, objetivando precipuamente a captura do acusado.

A prisão preventiva passa a ter um papel assessório e somente poderá ser determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

As medidas cautelares regem-se em atenção aos princípios da legalidade e taxatividade e somente se justificam no sentido de garantir a credibilidade e respeitabilidade do provimento jurisdicional, considerando como premissa primeira a proporcionalidade que se fundamenta na necessidade e adequação.

A justificativa para a adoção da medida cautelar é o *periculum libertatis* (consistente no perigo concreto que a permanência do acusado em liberdade representa para a investigação do fato delituoso, a efetividade da sentença penal ou a própria segurança da coletividade) e o *fumus commissi delicti* (invocado na plausibilidade do direito de punir, caracterizada pela prova da existência do crime – juízo de certeza – e de indícios de autoria – juízo de probabilidade).

São medidas cautelares: o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; a proibição de frequência a determinados lugares, desde que relacionados ao fato, evitando-se o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa certa, mantendo-se distante; a vedação de se ausentar da Comarca, conforme a conveniência da investigação ou da instrução; o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, conforme o caso concreto; a internação provisória do enfermo ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; a fiança, com novos valores e parâmetros e a monitoração eletrônica.

O eventual descumprimento das medidas cautelares implica na decretação automática, ainda que não preenchidos os requisitos do art. 313 do CPP.

Os novos limites da fiança ampliam o limite máximo das penas para a concessão da fiança pela autoridade policial, passando de dois para quatro anos, sendo passível em *these* para todos os delitos com exceção dos declarados inafiançáveis por força constitucional.

Os valores exigidos foram alterados, sendo o novo limite de 100 salários mínimos para o deferimento da fiança pela autoridade policial e 200 salários para o deferimento judicial, que pode multiplicar este valor por 1000 no caso de parecer insuficiente a garantia diante das condições pessoais do acusado, chegando a um patamar atualizado de 109 milhões de reais.

Na nova redação do art. 306 determina a comunicação do flagrante ao Ministério Público e o 311 determina que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Modificação infeliz, pois cabe ao Estado exclusivamente exercer as funções persecutórias em matéria penal e ao admitir tal providência estimula-se uma espécie de sentimento de vingança.

Pela nova redação do art. 318 do CPP fica facultado ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente, for: maior de 80 (oitenta) anos; estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; quando for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; ou se, gestante, a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Considerando a possibilidade da determinação da medida cautelar se impõe a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, antes do deferimento da medida.

Por determinação legal será criado um banco de dados a ser administrado pelo Conselho Nacional de Justiça, que deverá receber todos os mandados expedidos no país, estando a aguardar a regulamentação do mencionado órgão quanto à forma de execução.

A medida cautelar de proibição de se ausentar da Comarca pode ensejar a consequência do dever do acusado ou indiciado entregar o passaporte, no prazo de 24 horas, após sua intimação, ressaltando não se tratar de uma medida cautelar propriamente dita.

Em linhas gerais, temos que as modificações foram aquém do que poderiam ter ido mantendo ranços de um sistema obsoleto, embora facultem ao juiz possibilidades outras, alternativas à prisão como regra, mas que sobretudo, dependem de uma conscientização dos magistrados da necessidade de sua imediata implementação, sob pena de continuarmos fomentando as misérias assistidas no cárcere brasileiro diariamente.