

# **BREVES IMPRESSÕES ACERCA DA NOVEL LEI N. 12.403/2011 (LEI DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS).**

**CARLOS ALBERTO GARCETE**

Juiz Auxiliar da Vice-Presidência do TJMS

Juiz titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri da comarca de Campo Grande

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 PRISÃO EM FLAGRANTE. 3 PRISÃO PREVENTIVA. 4 MEDIDAS CAUTELARES PENAIS. 4.1 DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS. 4.2 MEDIDA CAUTELAR PENAL DE FIANÇA. CONCLUSÕES.

## **1 INTRODUÇÃO.**

No último 4 de julho do corrente ano, iniciou-se a vigência da nova Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, alcinhada de “lei das prisões”.

Não se trata de legislação exurgida de afogadilho, de chofre, por decorrência de algum acontecimento que tenha trazido indignação à sociedade brasileira, como, lamentavelmente, sói acontecer.

Esta lei, ao contrário da regra sobredita, procede de projeto antigo, fruto de reflexões e debates de notáveis juristas. Em EDILSON MOUGENOT BONFIM extrai-se: *“Excepcionando a regra, a Lei n. 12.403 (...) não seguiu o ‘standard’ ou padrão mencionado, já que o projeto de lei vem sendo debatido há pelo menos 10 (dez) anos, sendo simples parte de um todo consistente numa sequência de projetos que visavam transformar o Código de Processo Penal (CPP) e, por conseguinte, adaptá-lo às modificações ocorridas. (...)”*<sup>1</sup>

Cuida-se de projeto oriundo de comissão formada pela Portaria n. 61, de 20 de janeiro de 2000, composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e (posteriormente) Rui Stoco.

Um dos maiores destaques da Lei n. 12.403 foi o aumento das medidas cautelares penais até então consubstanciadas, principalmente, na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança contida no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP).

Preocupante foi o enfoque dado pela imprensa nacional, a provocar verdadeiro alvoroço desnecessário da população, no sentido de que inúmeros “bandidos” seriam colocados imediatamente em liberdade (cerca de 80.000), o que só contribuiu para, em última razão, instalar, indevidamente, temor da sociedade brasileira.

---

<sup>1</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 16.

De qualquer forma, importa consignar que a Lei 12.403 representa avanço do sistema processual penal porque oferece ao juiz, além da vetusta prisão provisória, nove medidas cautelares penais que poderão ser aplicadas de acordo com o contexto particular de cada caso concreto. Dessarte, a lei em comento fortalece os poderes judiciais voltados à garantia da efetividade processual. Sentencia GUILHERME NUCCI que a Lei 12.403 “*trouxe mais vantagens que pontos negativos*”<sup>2</sup>.

A bem da verdade, indubitável dizer que inexistente qualquer impacto imediato no mundo fático, visto que, de há muito, os juízes criminais têm analisado criteriosamente os autos de prisões em flagrante, *ex vi* da Resolução n. 66 do Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup> (CNJ).

O que animou o trabalho da comissão legislativa foi buscar a mudança da cultura da prisão processual, reservando-a aos casos realmente necessários (princípio da proporcionalidade).

Ainda que a população brasileira, de fato, seja favorável à prisão provisória de forma irrestrita, sobretudo aos casos veiculados pelo imprensa e que, por isso, causam indignação geral, deve ter-se em conta que a sociedade brasileira elegeu um modelo constitucional altamente democrático.

Com a Constituição cidadã de 1988, nosso país é regido por garantias processuais, nomeadamente do devido processo legal (*due process of law*), da ampla defesa e contraditório e, no processo penal, pelo princípio da presunção da inocência (ou da não-culpabilidade) até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Como tem sido afirmado em várias ocasiões pelo Ministro Marco Aurélio de

---

<sup>2</sup>NUCCI, Guilherme de Sousa. *Prisão e liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT. Introdução.

<sup>3</sup>**Art. 1º** Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:

I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;

II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada

a legislação pertinente; ou

III - o relaxamento da prisão ilegal.

§1º Em até quarenta e oito horas da comunicação da prisão, não sendo juntados documentos e certidões que o juiz entender

imprescindíveis à decisão e, não havendo advogado constituído, será nomeado um dativo ou comunicada a Defensoria Pública para que

regularize, em prazo que não pode exceder a 5 dias.

§ 2º Quando a certidão e o esclarecimento de eventuais antecedentes estiverem ao alcance do próprio juízo, por meio do sistema

informatizado, fica dispensada a juntada e o esclarecimento pela defesa.

§ 3º Em qualquer caso o juiz zelará pelo cumprimento do disposto do artigo 5º, LXII, da Constituição Federal, e do disposto no artigo

306, §1º e § 2º, do Código de Processo Penal, especialmente quanto à comunicação à família do preso e à Defensoria Pública, quanto ao prazo

para encaminhamento ao juiz do auto de prisão

Mello, do Supremo Tribunal Federal: “*Paga-se um preço por se viver em uma Democracia. E esse preço é módico: é o respeito ao balizamento legal*”<sup>4</sup>.”

Assim, para efeito da necessidade e da adequação da prisão provisória, não basta simplesmente a observância ao *princípio da proporcionalidade*, que se encerra na *proibição de excesso*, porque, sobretudo, deve ser dada efetividade ao *princípio da proibição de proteção deficiente*, ainda mais em se tratando de direitos fundamentais, a exigir uma dimensão que reclama maior densidade.

Neste viés, a prisão provisória deve ser colocada em seu devido lugar, ou seja, como uma exceção, sem que, com isso, haja qualquer interesse em fomentar a impunidade, porquanto as prisões processuais serão sempre aplicadas pelo Poder Judiciário, quando, é claro, se fizerem necessárias.

Tem-se aqui a grande diferença desta nova lei para o sistema do CPP de 1941. Esclarecem LUIZ FLAVIO GOMES e IVAN LUÍS MARQUES:

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (CPP, art. 310, na sua redação original)<sup>5</sup>.

A nova lei encerra uma fase do sistema processual penal brasileiro, qual seja o *sistema binário* (ou bipolar), para inaugurar a fase do *sistema multicautelar*.

A prisão provisória, a despeito de sua utilidade, passa a coexistir com as demais medidas cautelares penais, porém de forma excepcional ou, na lição de LUIZ FLÁVIO GOMES, como a *extrema ratio da ultima ratio*.

Com esta nova lei, roborar-se o princípio da proporcionalidade às medidas cautelares penais, tal como se denota, *ad exemplum*, do novel art. 282 do CPP, segundo o qual as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: 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; a *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas cautelares penais, assim, haverão de atender ao binômio “necessidade + adequação”.

---

<sup>4</sup> Vide entrevista concedida à Revista Isto É. Edição n. 1923. 30-8-2006. [http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/5378\\_ACABOU+O+FAZ+DE+CONTA+Acesso em 11-7-2011](http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/5378_ACABOU+O+FAZ+DE+CONTA+Acesso em 11-7-2011).

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 24.

Tenha-se presente que, consoante dados levantados até o final de 2010, do total aproximado de 500.000 presos no sistema carcerário brasileiro, 44% referem-se a presos provisórios<sup>6</sup>.

Assim, a mudança legislativa se fazia necessária.

Atualmente, antes da condenação transitada em julgado, só é possível cogitar da (i) prisão em flagrante, (ii) prisão preventiva e (iii) e prisão temporária (Lei n. 7.960/1989). Nada obstante, a primeira hipótese passa a ter um tempo diminuto, ou seja, até a comunicação formal ao juiz criminal. Daí por que a doutrina a tem denominado de prisão pré-cautelar.

Pelo novo texto, surgem três espécies de prisões preventivas no sistema processual penal: a prisão *preventiva originária* (decretada pelo juiz); a *prisão preventiva derivada* (convertida da prisão em flagrante); e a *prisão preventiva substitutiva* (decorrente do descumprimento de medidas cautelares penais).

Neste singelo ensaio, trazemos à baila os primeiros questionamentos havidos desde a publicação da Lei n. 12.403/2011 e que, certamente, haverão de render, doravante, muitos debates. *Ipsa facto*, nossa pretensão é difundir a reflexão sobre essas temáticas, pelo método da “problematização”, de tal arte a provocar, em última razão, o amadurecimento da atividade hermenêutica a ser aplicada sobre este texto legislativo.

## 2 PRISÃO EM FLAGRANTE

De acordo com o § 1º do art. 306 do CPP, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral à Defensoria Pública.

De novidade, a comunicação da prisão em flagrante deve, doravante, ser comunicada não só ao juiz, mas ao Ministério Público, à família do preso ou à pessoa por ele indicada e, caso não informe o nome de seu advogado, à Defensoria Pública.

No tocante ao procedimento a ser adotado pelo Poder Judiciário, o parágrafo único do art. 310 do CPP passa a prescrever que o juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, deverá (i) relaxá-la, se ilegal; (ii) convertê-la em prisão preventiva, quando presentes os fundamentos legais, (iii) substituí-la por medidas cautelares penais.

Desse modo, a autoridade policial continua a ter poderes para lavrar o auto de prisão em flagrante, exceto nos casos legais que se refiram a delitos de competência dos juizados especiais criminais, de menor potencial ofensivo, quando, via de regra, o envolvido é colocado em liberdade, sob o compromisso de comparecer em juízo quando chamado a tanto.

O que de substancial se altera é que a prisão em flagrante passa a ter natureza pré-cautelar ou passa a ser uma *mera detenção cautelar provisória pelo prazo de 24 horas* (Capez).

---

<sup>6</sup> Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Ressalta EDILSON MOUGENOT BONFIM que:

Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em prisão<sup>7</sup>.

Importante dispor que, com a vigência da nova lei, o magistrado não pode permitir a ultra-atividade das anteriores prisões em flagrante. Deve analisar se é o caso de colocar o preso provisório em liberdade, se deve decretar-lhe a prisão preventiva ou se deve aplicar as medidas cautelares penais alternativas, o que deverá fazê-lo de forma criteriosa com relação aos processos que se encontram em andamento e que envolvam presos provisórios apenas por força de prisão em flagrante. De bom alvitre que, a partir de 4 de julho, o juiz determine ao seu cartório que recolha os eventuais processos nessas condições e determine a manifestação do Ministério Público para, em seguida, reavaliar essas prisões cautelares.

De qualquer sorte, a partir de uma primeira impressão, quer nos parecer que serão raros os casos em que o preso provisório venha ser colocado em liberdade. Primeiro, porquanto, desde a Resolução n. 66 do CNJ, os juízes têm feito o exame pontual de todas as comunicações de prisões em flagrante. Segundo, porque, na praxe forense, o defensor constituído pelo preso provisório ou os membros da laboriosa Defensoria Pública invariavelmente requerem liberdade provisória em todos os casos de prisão em flagrante. Isso significa dizer que, a princípio, todos os presos provisórios atuais passaram pelo crivo da análise judicial.

### 3 PRISÃO PREVENTIVA

Até a entrada em vigor da lei em comento, o sistema processual penal brasileiro contemplava apenas a chamada *prisão preventiva decretada*, visto que apenas ocorria quando o juiz vislumbrava, no caso concreto, a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*.

O novel sistema materializa três espécies de prisão preventiva, a saber: ***prisão preventiva originária***, decretada pelo juiz, nos termos do art. 312 do CPP<sup>8</sup>; a ***prisão preventiva derivada***, convertida da prisão em flagrante, a teor do art. 310, inciso II, do CPP<sup>9</sup>; e a ***prisão preventiva substitutiva***, decorrente do descumprimento de medidas cautelares penais, na forma do § 4º do art. 282 do CPP<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Op.cit.*, p. 76.

<sup>8</sup> Art. 312. 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 indício suficiente de autoria.

<sup>9</sup> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I (*omissis*); 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;

<sup>10</sup> § 4º do art. 282: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a

Outra novidade é o art. 311 do CPP. O magistrado, agora, só pode decretar prisão preventiva *ex officio* durante o curso do processo criminal, e não mais durante o inquérito policial, pois, nesta hipótese, é exigida a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público Estadual.

A primeira dúvida que assalta é que, na Lei Maria da Penha, há previsão da decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo juiz na fase extrajudicial (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, art. 20<sup>11</sup>). Assim, a partir de agora, pode o juiz, nos casos da Lei Maria da Penha, decretar, de ofício, a prisão preventiva?

A doutrina que se dedicou ao tema até o momento tem dissentido neste aspecto.

Para alguns, o enfoque a ser dado à Lei Maria da Penha é distinto da norma geral em comento. Referida especialidade dessa norma — tuteladora da mulher porque se trata de lei que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal — deve prevalecer sobre a novel lei (princípio da especialidade da norma). Desse entender está ALICE BIANCHINI:

Nas medidas protetivas o magistrado pode agir de ofício, em razão da natureza da medida; elas não têm por objetivo a tutela do processo ou da eficácia da Justiça criminal, mas, sim, propiciar garantia de eficácia aos direitos reconhecidos na Lei Maria da Penha, sempre que eles forem ameaçados ou violados (art. 19, § 2º)<sup>12</sup>.

Para outros, não se trata de prevalecer a norma especial sobre a geral, mas de uniformização do sistema processual penal.

Preferimos filiar-nos à segunda corrente. A moderna tendência processual está a caminhar para a perfeita identificação do sistema acusatório, de tal arte a manter o juiz afastado da fase investigativa (policial) e da produção de provas, cujo ônus deve ficar a cargo das partes, sobretudo do órgão que tem ônus de provar a acusação. Nessa ordem de ideias, o sistema deve uniformizar-se de um modo geral, o que, *mutatis mutandi*, será tendência de toda a produção legislativa

A segunda polêmica diz com a interpretação a ser dada ao art. 313 do CPP, ao prever que a prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes com pena superior a 4 anos. Assim, é de refletir se, *de lege lata*, é defeso ao juiz decretar prisão preventiva em delitos que tenham penas abaixo desse patamar?

Nossa visão é que o art. 313 do CPP estabelece uma adequação ao sistema penal, porquanto, em linhas gerais, a própria sentença penal condenatória passada em julgado, para crimes com pena máxima inferior a 4 anos, inflige a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito (CP, art. 44).

---

medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

<sup>11</sup> Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

<sup>12</sup> *Op.cit.*, p. 233.

Logo, não se cuida de fomentar a impunidade, mas de levar em conta o resultado mais extremado que haveria em caso de condenação, ainda que, como cediço, a natureza da prisão provisória seja distinta da prisão decorrente da execução da pena.

Por essa razão, eis o notável questionamento de GUILHERME NUCCI: “***Ora, se o condenado fica solto, qual a razão de ser para manter o acusado preso?***”<sup>13</sup>.

Malgrado essa visão, pensamos que isso não quer dizer que, em nenhuma hipótese, possa o juiz decretar a prisão preventiva.

Continua o magistrado a ser a figura proeminente no processo, responsável pela eficaz e regular tramitação do processo, na elevada missão de entregar a prestação jurisdicional.

Dessarte, excepcionalmente, pode (e deve) o juiz decretar a prisão preventiva, ainda que em crimes com pena máxima inferior a 4 anos, quando estiver comprovadamente demonstrado qualquer dos fundamentos necessários à prisão preventiva.

Imagine-se, *verbi gratia*, o caso de um acusado que esteja a responder pela prática do crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*) em relação ao qual, iniludivelmente, tem ameaçado testemunhas que hão de depor em juízo. Não poderá o magistrado omitir-se de decretar-lhe a prisão preventiva, sob pena de colocar em risco o próprio resultado da prestação jurisdicional.

No mesmo sentir, observa FERNANDO CAPEZ 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*”.

Quanto ao questionamento sobre a conversão automática, ou não, da medida cautelar penal em prisão preventiva, em caso de descumprimento, o exame é feito em tópico separado deste ensaio.

Por fim, surge a *prisão preventiva utilitária* (art. 313, parágrafo único) quando for desconhecida a identidade do investigado ou do acusado. Entretanto, uma vez obtida a identificação, deverá ser colocado em liberdade incontinenti.

#### **4 MEDIDAS CAUTELARES PENAIS**

As medidas cautelares, como sabido, são providências adotadas pelo Estado-juiz com o fito, de, em última razão, assegurar o resultado útil do processo. São medidas instrumentais que servem a manter incólume a entrega efetiva e concreta da prestação jurisdicional.

Mercê dessa moldura, têm por características a *provisoriedade*, a *revogabilidade*, a *substitutividade* e a *excepcionalidade*.

No caso do processo penal, não são novidades, pois já existiam sob o título de *medidas assecuratórias*, conforme prescritas nos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal.

---

<sup>13</sup> *Op.cit.*, p. 21.

O art. 319 do CPP contemplou o sistema processual penal com nove medidas cautelares penais, que, a nosso ver (sem trazer a lume a discussão acerca da existência, ou não, do poder geral de cautela no processo penal<sup>14</sup>), são exemplificativas, porquanto deve ser possível ao juiz adequá-las, de forma fundamentada, ao caso concreto, com o fito de obter a máxima eficácia do sistema processual penal (*princípio da efetividade das medidas cautelares*)<sup>15</sup>. São elas:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária à investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória de acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Além dessas medidas específicas, o art. 320<sup>16</sup> do CPP também cuida de outra medida, qual seja a proibição de ausentar-se do país.

A alteração legislativa veio em boa hora, modificando o sistema binário existente até então (prisão provisória e liberdade) e criando o sistema multicautelares.

Como dito anteriormente, não se trata de medidas que haverão de fomentar a impunidade. Pelo contrário. As medidas passam a coexistir com o instituto das prisões provisórias, dentro de um sistema que, se bem entendido, tem tudo para aprimorar os mecanismos de efetividade do processo penal.

---

<sup>14</sup> Cabe registrar que há juristas de escol contrários ao poder geral de cautela no processo penal, conforme Antonio Magalhães Gomes Filho (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57) e Aury Lopes Junior (*A [in]existência de poder geral de cautela no processo penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 17, n. 203, p. 8-9, out., 2009). No sentido da existência do poder geral de cautela é de citar-se Marcellus Polastri Lima (*A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen, 2005. p. 128-30).

<sup>15</sup> *A contrario sensu* tem se manifestado o STJ. Vide, v.g., HC n. 85.412/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. J. 22-4-2008.

<sup>16</sup> Art. 320. 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.

Veja-se o equívoco daqueles que estão a vociferar que, agora, o infrator de delitos de baixo potencial ofensivo (crimes com penas máximas abaixo de 4 anos) poderão reiterar a prática criminosa por várias vezes de forma impune. Sabe-se que o direito deve ser interpretado de forma coerente (regra básica de hermenêutica). Esta lei foi engendrada por comissão formada por grandes juristas contemporâneos que bem sabem, obviamente, depreender a visão sistêmica do processo penal brasileiro. Para tanto, basta lembrar que uma das medidas é a própria obrigação de comparecimento regular em juízo para comprovar suas atividades (lícitas). Logo, as novas medidas, de sorte alguma, beneficiam aqueles que são contumazes em atividades ilícitas.

#### 4.1 DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

Outra discussão surgida diz respeito aos casos de descumprimento dessas medidas. Pode o juiz automaticamente convertê-la em prisão preventiva, independente da pena prevista em abstrato?

Para alguns, seja qual a pena para o delito em abstrato, pode o juiz convertê-la em casos tais, sob pena de a nova sistemática cair em descrédito.

Para outros, deve ser respeitado os termos do art. 313, inciso I, do CPP, que admite a prisão preventiva apenas aos crimes que tenham pena máxima superior a 4 anos de prisão, pois, a não ser assim, haveria a permissibilidade de prisão preventiva até em crimes culposos.

Pensamos que a conversão deve ser automática, para que haja eficácia das novas medidas cautelares, independente da pena cominada ao delito. Essas não podem ser entendidas como um mero “convite” formulado pelo juiz a quem a ela está submetido, sob pena de desprestígio de toda a nova sistemática.

Nas palavras de GUILHERME NUCCI:

Acrescentou-se o parágrafo único para consolidar a viabilidade de se utilizar a prisão preventiva como fator intimidativo a quem está sob medida cautelar diversa. Por isso, para que se obtenha êxito na aplicação de medidas provisórias alternativas ao cárcere, torna-se essencial que o indiciado ou réu compreenda a sua relevância e não despreze a chance que lhe é conferida.

Se a medida cautelar alternativa foi conferida, é preciso honrá-la, cumprindo-a à risca. Não o fazendo, resta ao Estado a opção pela *ultima ratio* processual: a prisão preventiva<sup>17</sup>.

É claro que, em se tratando de situação na qual, antes, é possível substituir a medida anterior por outra mais eficaz, deve o juiz fazê-lo, deixando a preventiva como *ultima ratio*. É a posição de LUIZ FLÁVIO GOMES:

[...] A prisão preventiva é a última medida cabível. Tudo deve fazer o juiz para não chegar a esse extremo, mesmo quando o acusado descumpriu suas obrigações.

---

<sup>17</sup> *Op.cit.*, p. 66.

O primeiro dever do juiz consiste em substituir a medida descumprida, caso encontre no ordenamento jurídico uma outra que possa atender a finalidade almejada (princípio da adequação). Pode ser que a medida antes imposta tenha sido inadequada (inadequação qualitativa ou subjetiva). Constatada a inadequação da medida anterior, compete ao juiz substituí-la<sup>18</sup>.

Sem embargo, uma vez preso preventivamente, nada impede que o interessado formule o requerimento de revogação de prisão preventiva, sob a demonstração da desnecessidade da medida excepcional.

Impende frisar, conforme NUCCI, que:

[...] o descumprimento de qualquer medida cautelar, analisado o caso concreto, permite ao magistrado substituir a medida por outra mais eficiente, cumular a medida descumprida com outra harmônica ou decretar a prisão preventiva. É importante ressaltar poder o juiz agir de ofício, tanto na fase investigatória, quanto no curso da ação penal<sup>19</sup>.

Ademais, a nosso entendimento, o requisito de crime com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos para a decretação da prisão preventiva não se aplica aos casos de descumprimento das medidas cautelares.

Veja que o art. 312 do CPP trata dos fundamentos que autorizam o juiz a **decretar** a prisão preventiva (ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal). Em seguida, o art. 313 menciona que, nos termos do citado art. 312, será admitida a **decretação** da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos.

Segue-se que o requisito do precitado art. 313 é para os casos de prisão preventiva **decretada**.

No caso de prisão preventiva **derivada** da prisão em flagrante, o inciso II do art. 310 apenas alude aos termos do art. 312, e não ao art. 313, que impõe a observância dos delitos com pena máxima superior a 4 anos.

Outrossim, nos casos da prisão preventiva **substitutiva** do descumprimento de medidas cautelares penais, o § 4º do art. 282 e o parágrafo único do art. 312 também se referem, apenas, à observância do art. 312 do CPP. Em mesmo sentido é o posicionamento de FERNANDO CAPEZ:

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

---

<sup>18</sup> *Op.cit.*, p. 73.

<sup>19</sup> *Op.cit.*, p. 32.

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.

Por corolário, ressalvado o entendimento *a contrario sensu*, apenas para o caso de **prisão preventiva originária**, ou seja, **decretada** pelo juiz, é que deve ser observado o critério de o delito ter pena abstrata superior a 4 anos.

#### **4.2 A MEDIDA CAUTELAR PENAL DE FIANÇA**

Houve um grande destaque da lei em comento ao instituto da fiança, restabelecido com grande força pela nova sistemática. É ressaltado que a fiança perdeu bastante sua utilidade com a então redação do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.

A fiança pode ser concedida pela autoridade policial e pelo juiz.

Conceder-se-á a fiança pela autoridade policial, na fase investigativa, nos casos de infrações punidas com penas privativas de liberdade de até 4 anos (art. 322). No entanto, se houver recusa ou demora pelo delegado, o requerimento poderá ser dirigido ao juiz competente, que deve decidir em 48 horas (art. 335).

Nos casos de crimes com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, a fiança só poderá ser arbitrada pelo juiz, no prazo de 48 horas, sem oitiva do Ministério Público, que deverá ser intimado *a posteriori* (art. 322, parágrafo único).

Doravante, a fiança se robustece para garantir a indenização à família da vítima e, também, como caráter intimidativo do investigado, ou acusado, porque, em caso de descumprimento das medidas cautelares, perderá metade do valor recolhido (art. 343) e, caso não se apresente para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, perder-lo-á por completo (art. 344).

Acrescenta MOUGENOT BONFIM:

Condenado definitivamente o réu, a fiança servirá para o pagamento das custas processuais, de eventual

indenização obtida em ação civil *ex delicto*, da prestação pecuniária e, se imposta, da pena de multa<sup>20</sup>.

A fiança é cabível em qualquer crime, cujos valores deverão de ser fixados de forma proporcional à gravidade do crime e à situação econômica do infrator.

Outro aspecto relevante é que o juiz pode arbitrar a fiança, ainda que não existam fundamentos à prisão preventiva. Pontua SILVIO MACIEL que “*mesmo que não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva o juiz pode decretar a fiança, como medida cautelar autônoma diversa da prisão. A fiança, portanto, recobrou sua importância como medida cautelar no processo penal*”<sup>21</sup>.

Sobre a fiança, ainda, o art. 350 autoriza o juiz a dispensar a fiança, mas impede que a autoridade policial o faça. De acordo com SILVIO MACIEL, a “*dispensa em razão da pobreza só pode ocorrer por decisão do juiz (art. 350 do CPP); assim sendo, mesmo que a autoridade policial verifique que o preso não tem a mínima condição econômica de prestar a fiança, deverá recolhê-lo a prisão*”<sup>22</sup>.

Assim que, em caso de prisão em flagrante, haverá necessidade de o requerimento de dispensa da fiança arbitrada pela autoridade policial ser formulado ao juiz, o que provocará um atraso no tempo de permanência da prisão provisória.

Vale lembrar que, naturalmente, em qualquer caso de arbitramento de fiança pelo delegado, caberá ao juiz rever o ato e, inclusive, cassar a medida, quando reputar inadequada ao caso.

Ademais, nos casos de crimes considerados inafiançáveis<sup>23</sup>, é possível a liberdade provisória, de acordo com o entendimento jurisprudencial, porém sem o pagamento de fiança. Afigura-se que, neste aspecto, a nova lei causou um disparate.

Nesses crimes, considerados mais graves, o preso provisório acaba por ser beneficiado porque, não havendo fundamentos a autorizar a prisão preventiva, pode pleitear a liberdade provisória sem fiança, enquanto que, nos demais delitos, a regra é, em casos tais, o arbitramento da fiança.

De acordo com FERNANDO CAPEZ, “*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*”.

## 5 CONCLUSÕES

1. A novel Lei 12.403 oferece ao juiz criminal, além da prisão provisória, nove outras medidas cautelares penais que trazem maior efetividade ao processo penal na medida em que permitem a sua fiel adequação a cada caso concreto.

2. As novas medidas cautelares penais estão vinculadas ao binômio “necessidade+adequação”. São elementos da “necessidade”: a) assegurar a aplicação da

---

<sup>20</sup> *Op.cit.*, p. 101.

<sup>21</sup> *Op.cit.*, p. 191.

<sup>22</sup> *Op.cit.*, p. 204.

<sup>23</sup> crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas etc.

lei penal; b) conveniência da investigação ou da instrução criminal; c) evitar a prática de novas infrações penais. São elementos da “adequação”: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições pessoais do indiciado ou acusado.

3. Apenas para o caso de *prisão preventiva originária*, ou seja, para aquela *decretada* pelo juiz, é que deve ser observado o critério de o delito ter pena abstrata superior a 4 anos (CPP, art. 313, I).

4. Ainda que se trate de hipótese de prisão preventiva originária — para cuja decretação deve ser observado tratar-se de delito com pena máxima superior a 4 anos —, é possível, excepcionalmente, que o juiz decrete a prisão preventiva em crimes com penas inferiores quando, de forma assaz fundamentada, demonstrar a evidente necessidade da providência.

5. Em caso de descumprimento da medida cautelar penal pelo beneficiário, deve o juiz substituí-la automaticamente pela prisão preventiva, exceto (i) se não houver fundamentos para tanto e (ii) se não houver outra medida cautelar penal que possa ser empregada de forma mais consentânea.

#### **BIBLIOGRAFIA.**

BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Prisão preventiva na nova lei: polêmica à vista*. [HTTP://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con\\_id+5917](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id+5917). Acesso em 7-7-2011.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.