

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE ACTING TOWARDS THE NEW
PROTECTIVE MEASURES ON BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDING

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Ceará, Brasil
jbsrf3@yahoo.com.br

RESUMO: Partindo de uma abordagem eminentemente analítica, com enfoque nos aspectos mais relevantes que a novel Lei nº 12.403/2011 trouxe para o processo penal brasileiro, este trabalho analisa, em breves linhas, as principais mudanças operadas no Código de Processo Penal brasileiro pela reforma introduzida pela supracitada lei, destacando especialmente a influência de tais modificações na atuação do Ministério Público brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Lei nº 12.403/2011; Ministério Público.

ABSTRACT: From an approach eminently analytical, focusing the most relevant aspects that the new 12.403/2011 Act brings to Brazilian criminal procedure, this work analyses, in short lines, the main changes operated on Brazilian Criminal Procedure Code by the reform introduced from the previously cited law, specially emphasizing such modification influence in Brazilian Public Prosecution Service acting.

KEY WORDS: Criminal Procedure; 12.403/2011 Act; Public Prosecution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções gerais acerca das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011. 2.1 Da nova sistemática relativa à prisão preventiva. 3. Da proporcionalidade na imposição de qualquer medida cautelar. 3.1. Da vedação à proteção deficiente. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

Na data de 04 de julho do ano de 2011, após tramitação de uma década nas casas congressuais nacionais do Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, entrou em vigor a Lei nº 12.403/2011, promovendo profundas alterações na sistemática das prisões e da liberdade provisória. Entre outras modificações, cuidou de institucionalizar diversas alternativas ao cárcere,

conforme se pode perceber pela modificada redação dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP).

Qualquer análise minimamente razoável da reforma introduzida pela novel legislação deve partir da premissa de que nosso Estatuto Processual Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, foi editado em pleno período do assim denominado Estado Novo, período de governo ditatorial de Getúlio Vargas, caracterizado pela excessiva centralização de poderes, circunstância que se refletia na Constituição Federal da época (1937), cognominada de “Polaca”, de inspiração marcadamente fascista, outorgada e de cunho autoritário e policialesco, atributos que acabaram se espraiando pelo CPP elaborado à época. Nestes mais de 70 anos desde sua promulgação, já passamos por três ordenamentos jurídico-constitucionais (1946, 1967 e 1969) até alcançarmos a atual Constituição Federal de 1988, razão por que vários artigos do vigente Código de Processo Penal foram revogados, explícita ou implicitamente. Outrossim, o CPP passou por mais de 40 alterações no decorrer desse período e, não obstante a aplicação do princípio da supremacia da Constituição e as diversas modificações legislativas levadas a efeito, ainda se podiam constatar várias falhas e incoerências na sistemática processual penal, especialmente na disciplina da prisão cautelar e da liberdade provisória.

Por essa razão, em janeiro do ano de 2001, foram apresentados ao Congresso Nacional 08 Projetos de Lei pelo Poder Executivo, com o intuito de modernizar e racionalizar a prestação jurisdicional no âmbito processual penal. Tais propostas foram elaboradas por Comissão de Juristas constituída pelo então Ministro da Justiça José Carlos Dias no ano de 2000, que contava, em sua composição, com nomes como Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrónio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Sca-

rance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.

As mudanças legais iniciaram-se com a vigência da Lei nº 10.258/2001, oriunda do Projeto de Lei nº 4.210/2001, que alterou o art. 295 do CPP, passando este a prescrever que, entre outras coisas, na hipótese de não haver estabelecimento específico para o preso especial, este deverá ser recolhido em cela em separado do mesmo estabelecimento destinado aos presos comuns (art. 295, § 2º, CPP). Depois, entrou em vigor a Lei nº 10.792/2003, originária do Projeto de Lei nº 4.204/2001, que trouxe importantes modificações no tocante ao interrogatório do acusado. Cinco anos mais tarde, com a promulgação das Leis nºs 11.689/2008 (advinda do PL nº 4.203/2001), 11.690/2008 (oriunda do PL nº 4.205/2001) e 11.719/2008 (originária do PL nº 4.207/2001), novas alterações foram introduzidas no tocante ao procedimento do Tribunal do Júri, no título concernente às provas e em relação ao procedimento comum, respectivamente. Após a publicação das mencionadas leis, quando já se pensava que as reformas pontuais findariam, em face da aprovação, no Senado Federal, do Projeto de Lei de um novo CPP (Projeto de Lei do Senado Federal - PLS 156/2009), veio a lume a Lei nº 12.403/2011, originária do Projeto de Lei nº 4.208/2001 (posteriormente renumerado, no Senado Federal, para Projeto nº 111/2008), advindo dos trabalhos daquela Comissão citada no parágrafo anterior.

Tal diploma legal veio para dar nova disciplina, especialmente, ao título referente às prisões e à liberdade provisória, institucionalizando a criação de diversas alternativas cautelares ao cárcere. Importante ressaltar que, não obstante tenham sido modificados apenas 32 (trinta e dois) dispositivos do CPP pela Lei nº 12.403/2011, pode-se verdadeiramente afirmar que,

a partir da entrada em vigor da novel normatização, há um novo sistema de medidas cautelares pessoais no processo penal, com impactos significativos na atividade dos operadores do Direito que militam na área penal, em especial o membro do Ministério Público, *dominus litis*, com monopólio constitucionalmente assegurado da ação penal de iniciativa pública. A ideia era, de fato, remodelar por completo a regulação da prisão e da liberdade, tão prejudicada, no tocante à sistemática, por conta das diversas alterações por que passou o CPP, em seus mais de 70 anos de existência.

O presente trabalho tece breves comentários acerca de como deverá ser a atuação do Ministério Público diante desse novo sistema, inaugurado pela Lei nº 12.403/2011, que teve como um dos seus principais objetivos a redução do número de presos provisórios no Brasil (que conta com aproximadamente 200 mil presos cautelares), afastando o que midiaticamente se denominou de “cultura da prisão” para instituir e reforçar a prevalência da liberdade do acusado no curso do processo. A par das inegáveis melhorias que a novel legislação trouxe no que concerne ao tratamento sistemático das prisões e da liberdade no sistema processual penal pátrio, o Ministério Público, mais do que qualquer outra carreira jurídica (pois a ele incumbe não apenas a prevalência da titularidade da ação penal de iniciativa pública, mas também a fiscalização da eficácia e da jurisdicionalidade de todo e qualquer tipo de procedimento tendente a efetivar o *jus puniendi* estatal) deve ser vigilante para que a nova lei não sirva (indevida e injustamente, pois não veio a lume com esse intuito) de veículo para fomentar a impunidade, mas sim para dar maior efetividade e dinamicidade ao processo penal.

A partir dessas premissas, iniciamos a seção 2, analisando, da forma mais detalhada possível para os objetivos da presente obra, as diversas alterações levadas a efeito pela no-

vel legislação, com seus principais reflexos na atuação dos operadores do Direito em geral e, em especial, no trabalho realizado pelos membros do Ministério Público. Ainda na referida seção (subseção 2.1), em face das relevantes modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011 no tocante à sistemática das infrações passíveis de prisão preventiva, algumas considerações mais específicas acerca desse tipo de prisão cautelar também não passaram despercebidas.

Na seção seguinte (3), analisamos a aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve nortear a imposição das medidas cautelares agora regulamentadas pela nova normatização, com especial destaque para a vertente positiva de referido preceito, a saber, a vedação da proteção deficiente (*Ünterma verbot*, para a doutrina alemã, da qual deita raízes tal concepção), a impedir uma atuação estatal que não ampare eficazmente os bens jurídicos protegidos pelos novos institutos recém-regulamentados. Na seção 4, encontram-se as considerações finais da presente obra, esperando-se contribuir para uma melhor compreensão acerca das diversas modificações introduzidas no sistema jurídico-processual penal pátrio pela aludida lei.

A correta aplicação dos princípios trazidos a lume pela Lei nº 12.403/2011 não será automática e dependerá muito da vigilância não apenas do Ministério Público, mas de todos os operadores do Direito, na busca de um ponto de equilíbrio entre a exigência constitucional de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade (também fundamentada na Constituição Federal de 1988) de proteção eficiente da sociedade, fomentando-se maior efetividade do sistema persecutório em prol da segurança da coletividade.

2. Noções gerais acerca das modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011

No regramento abordado pelo Código de Processo Penal de 1941, havia uma dicotomia no tocante à situação a que poderia estar sujeito o investigado/acusado no curso da investigação criminal e/ou no decorrer do processo judicial penal: prisão provisória ou em liberdade. Com a reforma introduzida pela Lei nº 12.403/2011, esse sistema maniqueísta foi superado, dando lugar a um outro, polimorfo, no dizer de Norberto Avena (2011, p. 5), que se distingue pela multi-cautela, visto que submete o agente imputado a um terceiro *status*, que não o priva de sua liberdade, mas também não a permite irrestritamente. Estamos nos referindo à sujeição do indivíduo às medidas cautelares diversas da prisão, agora previstas nos artigos 319 e 320 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do 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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - 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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 1941).

Em resumo, pode-se afirmar que, após a reforma inaugurada pela Lei nº 12.403/2011, existem três tratamentos diferentes possíveis ao agente que está sob investigação criminal ou respondendo a processo judicial penal, a saber:

- a) permanecer em liberdade pura e simples (com o compromisso apenas de comparecer aos atos do processo para os quais for convocado);
- b) submeter-se a quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão elencadas nos supratranscritos arts. 319 e 320 do CPP, alterados pela Lei nº 12.403/2011, que restringirão diversos aspectos de seu direito à liberdade, embora não o suspendam totalmente, como nas prisões cautelares;
- c) sujeitar-se a quaisquer das modalidades de prisão provisória existentes no ordenamento processual penal (prisão preventiva ou prisão temporária).

Assim nos ensina Andrey Borges de Mendonça:

Em síntese, houve uma diversificação das medidas cautelares passíveis de serem aplicadas, afastando-se, assim, do modelo bipolar até então vigente, em que, diante do *periculum libertatis*, o juiz somente poderia ou manter o réu preso ou conceder-lhe liberdade provisória, com tênues vínculos. Para superar essa lógica maniqueísta, de tudo ou nada, foram previstas medidas alternativas à prisão, que poderão ser aplicadas quando forem suficientes para neutralizar o *periculum in mora*, ou seja, o risco à ordem pública, à conveniência da instrução criminal e o risco de fuga (art. 282, inc. I). Assim, evita-se a decretação da prisão preventiva, que fica resguardada realmente como *ultima ratio*. Sem a existência destas outras medidas cautelares alternativas seria praticamente inviável estabelecer a excepcionalidade da prisão preventiva (um dos maiores objetivos da reforma introduzida pela Lei 12.403/2011).

Estas medidas estão disciplinadas no Capítulo V, intitulado “Das outras medidas cautelares” e estipuladas especialmente no art. 319 do CPP, que estabelece as medidas cautelares diversas da prisão. (MENDONÇA, 2011, p. 426).

Vale ressaltar que, ao elencar as nove medidas cautelares, o CPP, em sua nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, nomeou-as de “medidas cautelares diversas da prisão”, em claro indicativo de que a reforma determinada pela lei institucionalizou a natureza de medida cautelar da prisão processual, ratificando posicionamento há muito referendado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Isso é particularmente relevante em virtude de representar uma confirmação de que devem ser respeitados, para a perfeita caracterização da prisão cautelar, os requisitos inerentes às medidas cautelares pessoais em geral, a saber:

- a) *periculum libertatis* (ou *periculum in mora*): perigo que a liberdade plena do investigado/acusado traz para a efetividade do processo penal, em face da ordem pública e da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal;
- b) *fumus comissi delicti* (ou *fumus boni juris*): existência de indícios suficientes de autoria e a prova da existência do delito.

Outro aspecto importante a ser destacado, ainda no tocante à prisão provisória, é o fato de não mais subsistir de maneira autônoma, após a reforma pela Lei nº 12.403/2011, a possibilidade de alguém ser mantido preso em virtude de flagrante delito. Assim, para que permaneça o agente sob segregação, deve o magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos necessários à decretação desta, insertos nos arts. 312 e 313 do CPP, e não seja suficiente ou adequada, no caso concreto, a aplicação de quaisquer das demais medidas cautelares diversas da prisão previstas na novel redação dos arts. 319 e 320 do Estatuto Processual Penal pátrio (art. 310, II, do CPP).

Desta feita, se a prisão em flagrante prende, mas não é hábil para manter o indivíduo encarcerado, então a interpretação lógica a que se chega é que tal instituto perdeu sua natureza jurí-

dica de prisão cautelar, subsistindo como tal, no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro, apenas a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP, entre outros que a ela fazem menção no Código) e a prisão temporária (prevista na Lei nº 7.960/89). A primeira possibilita a segregação do indivíduo antes do advento da sentença penal condenatória, com o intuito amplo de garantir o resultado final da demanda processual penal; já a segunda também pode ser classificada como de natureza cautelar em virtude de seu intuito de tutela das investigações criminais, quando se constatar que a prisão do investigado é imprescindível para a realização de diligências consideradas necessárias ao sucesso do inquérito instaurado.

É por essa razão que entendemos correto o posicionamento de que o membro do Ministério Público, ao deparar com um comunicado de prisão em flagrante (que deve obrigatoriamente lhe ser remetido pela autoridade policial, com as informações previstas no art. 306, *caput*, do CPP), deve analisar se estão presentes os requisitos ensejadores da decretação da prisão preventiva do flagrado (previstos nos arts. 312 e 313) e, em caso positivo (se não for suficiente e adequada a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão), desde já requerer a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Não sendo cabível a conversão do flagrante em prisão preventiva, seja porque suficiente e adequada para tutelar os interesses da sociedade no processo penal a imposição de uma (ou algumas) das medidas cautelares diversas da prisão (nos termos do art. 282, I e II, do CPP), seja porque se verifique, sem necessidade de maiores incursões probatórias, que o agente praticou o fato sob o pálio de alguma excludente de ilicitude (art. 310, § único do CPP), deve o Ministério Público pugnar, respectivamente, pela liberdade provisória do infringente, condicionada ao cumprimento de uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão, ou pela liberdade provisória vinculada apenas

ao comparecimento do agente aos atos do processo, quando intimado/citado para tanto.

O Ministério Público do Estado do Ceará, inclusive, já institucionalizou referido entendimento, por meio da Recomendação nº 011/2011/PGJ/GAB, de 7 de julho de 2011, nos seguintes termos:

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTICA

RECOMENDACAO N. 011/2011/PGJ/GAB

A PROCURADORA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, com observância no art. 129, inciso III, da Constituição Federal e no uso de suas atribuições legais, previstas nos arts. 10, inciso XII, 27, parágrafo único, inciso IV, da lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (LONMP) e art. 26, inciso XXII, da Lei Complementar Estadual nº 72/2008, publicada no DOE nº 240, de 16 de dezembro de 2003 (LOEMPCE), formula aos membros do Ministério Público do Estado do Ceará, com atuação na área criminal, a presente RECOMENDAÇÃO,

CONSIDERANDO a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares até então inexistentes;

CONSIDERANDO que o Ministério Público, além de titular da ação penal pública, é responsável pela fiscalização da lei, conforme disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal e artigo 257 do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que a Lei 12.403/2011 tem natureza processual e, por isso, aplicação imediata, alcançando inclusive aos processos e aos inquéritos que já estão em andamento, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que a prisão preventiva só poderá ser decretada, de regra, nos crimes dolosos apenados com reclusão e que tenham pena máxima abstrata cominada superior

a 04 (quatro) anos, conforme dispõe o artigo 313, I, do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que o efeito coercitivo do flagrante não mais se prolonga no tempo, conforme dispõe o artigo 310 do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO que o cumprimento das medidas cautelares necessita de fiscalização, posto que só assim se assegura a efetividade das mesmas;

RECOMENDA:

1) ao Promotor de Justiça com atuação na área criminal que solicite, mediante ofício, vistas dos autos dos processos que apresentam réus presos, seja por força de prisão preventiva, seja decorrente de prisão em flagrante delito;

2) uma vez de posse do processo, o Promotor de Justiça, percebendo que o réu se encontra preso por força de flagrante delito ou prisão preventiva, por crime cuja pena máxima abstrata cominada seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos e não sendo o caso das situações previstas nos incisos II e III do artigo 313 do Código de Processo Penal, deve requerer, se for o caso, a conversão do flagrante ou da preventiva em medida(s) cautelar(es) prevista(s) no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou solicitar o imediato relaxamento da prisão;

3) uma vez de posse do processo, estando o réu preso por força de flagrante delito, por crime cuja pena máxima abstrata cominada seja superior a 04 (quatro) anos, o Promotor de Justiça deve requerer, se for o caso, a conversão do flagrante em prisão preventiva, ou a sua substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es) prevista(s) no artigo 319 do Código de Processo Penal;

4) uma vez de posse do processo, estando o réu preso por força de prisão preventiva, por crime cuja pena máxima abstrata cominada seja superior a 04 (quatro) anos, o Promotor de Justiça deve analisar se é o caso de requerer a conversão em outra(s) medida(s) cautelar(es) prevista(s) no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou a manutenção da preventiva;

5) ao receber o auto de prisão em flagrante, entendendo ser o caso de imposição de medida(s) cautelar(es) ou prisão preventiva, o Promotor de Justiça deve, de logo, apresentar o requerimento;

6) ao requestar pela imposição de medida(s) cautelar(es) urgente(s) ou, vislumbrando que o contraditório possa trazer perigo de ineficácia da medida, o Promotor de Justiça deverá requerer ao juiz a imposição da(s) mesma(s) *inaldita altera pars*;

7) o CAOCRIM deverá encaminhar ao Delegado-Geral, a todas as delegacias de polícia da capital e aos membros do Ministério Público, a RECOMENDAÇÃO no 05/CAOCRIM/2011, cabendo aos Promotores de Justiça, como Órgãos de Execução, fiscalizar o seu cumprimento;

8) o Promotor de Justiça com atuação nas comarcas do interior deverá encaminhar ao delegado de polícia da comarca onde oficia a RECOMENDAÇÃO nº 05/CAOCRIM/2011, bem como fiscalizar o seu cumprimento.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

Dado e passado no Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará, nesta cidade de Fortaleza, aos 07 de julho de 2011 (CEARÁ, 2011).

Faz-se mister admitir que, entre o instante em que o indivíduo recebe a voz de prisão em flagrante e o recebimento, pelo magistrado, do respectivo auto de prisão, existe uma segregação do agente, que decorre da prisão em flagrante. No intuito de esclarecer a natureza jurídica da prisão em flagrante, correntes opostas surgiram na doutrina. A primeira delas, defendida, entre outros, por Norberto Avena (2011, p. 8-9) e Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 182), afirma que a prisão em flagrante tem natureza de medida pré-cautelar, com duração limitada no tempo a um evento expressamente previsto em lei que, na hipótese, é o recebimento do respectivo auto pelo juiz e a adoção de alguma das medidas previstas no art. 310 do CPP, entre elas, a prisão preventiva (esta sim, de natureza tipicamente cautelar).

Outra linha de pensamento diz-nos que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de mero ato administrativo (sendo, por conseguinte, uma prisão administrativa); não pode, assim, ser classificada como prisão processual acautelatória, dado que seu objetivo seria apenas garantir a detenção do agente a fim de que o magistrado, posteriormente, decida se é o caso de se decretar a prisão preventiva. Assevera Walter Nunes da Silva Júnior:

O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 880, *apud* LIMA, 2011, p. 182).

Há também aqueles que defendem a natureza jurídica da prisão em flagrante como modalidade de medida cautelar, ao lado da prisão preventiva e da prisão temporária. Argumentam que, com a comunicação do flagrante ao magistrado, a prisão em flagrante já cumpriu suas finalidades e deverá, para subsistir como prisão, ser necessariamente convertida em outra espécie de prisão cautelar, na dicção da novel redação do art. 310, II, do CPP, sendo, desta feita, uma espécie de medida cautelar como as demais prisões cautelares, independentemente até de sua homologação judicial. É a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência¹ pátrias, defendida, entre outros, por Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 464) e Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 134).

1 Vejam-se, *verbi gratia*, no Supremo Tribunal Federal (STF), os seguintes precedentes: *Habeas Corpus* (HC) nº 98.862/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/06/2009, DJe de 22/10/2009; HC nº 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/12/2008, DJe de 14/05/2009; e HC nº 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006, DJU de 16/03/2007, p. 43.

De nossa parte, entendemos que, não obstante a prisão em flagrante, em virtude de exceção prevista na própria dicção constitucional (art. 5º, LXI, da CF/1988), dispensar a submissão ao princípio da reserva de jurisdição, podendo ser efetuada até por qualquer do povo (art. 301 do CPP), o que a caracteriza como prisão de natureza administrativa, não se pode negar o seu caráter cautelar (e não apenas pré-cautelar), dado que projeta, necessariamente, consequências na relação processual que posteriormente se formará no juízo criminal. Por isso, em verdade, é perfeitamente cabível afirmar-se que a prisão em flagrante, embora possua inicialmente natureza administrativa, transmuda-se, após o seu recebimento pelo magistrado, em prisão de natureza processual (podendo ser classificada, inicialmente, como uma prisão penal cautelar administrativa, levando-se em consideração a sua origem extrajudicial). Tal entendimento comunga parcialmente com as conclusões da tese explicitada no parágrafo anterior e é defendida também, especificamente, por José Frederico Marques (2000, p. 25).

Outra modificação trazida pela novel normação foi a expressa previsão (art. 282, § 6º, do CPP) da excepcionalidade da decretação da prisão preventiva em face das demais medidas cautelares restritivas que não impliquem privação de liberdade. Desta feita, deve o membro do Ministério Público, antes de requerer a prisão preventiva, e o magistrado, antes de decretá-la, verificarem, à luz dos princípios da necessidade e da adequação previstos no art. 282, I e II, se não é cabível a aplicação ao caso de nenhuma das demais medidas cautelares diversas da prisão previstas nos arts. 319 e 320.

Uma alteração também importante levada a efeito pela Lei nº 12.403/2011 foi a prescrição de que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida requerida e/ou imposta, deve-se respeitar o princípio do contraditório como requisito prévio à imposição de medidas cautelares de nature-

za pessoal pelo Poder Judiciário. Obviamente que tal exigência deve respeitar o postulado da razoabilidade e ser compatível com a medida a ser imposta, não sendo cabível, por exemplo, como condição para decretação de uma prisão temporária ou preventiva (art. 282, § 3º, do CPP). É por essa razão que o membro do Ministério Público, ao deparar com a necessidade de se requestar ao Judiciário uma medida cautelar restritiva de natureza pessoal, deverá analisar detidamente se a exigência do contraditório prévio é compatível, não representando perigo de ineficácia da medida, se obedecido, hipótese na qual deve o promotor de Justiça ou o procurador da República requerer expressamente (com a devida fundamentação, por óbvio) ao magistrado a imposição da medida sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*).

Outra inovação trazida a lume pela Lei nº 12.403/2011 foi a vedação ao magistrado de, *ex officio*, decretar a imposição de quaisquer medidas cautelares na fase inquisitorial (investigativa), seja a prisão preventiva, seja qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, que somente serão possíveis nessa fase mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Segundo a nova redação dada ao art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP, somente quando já existir processo judicial poderá o juiz decretar, de ofício, quaisquer medidas cautelares restritivas de caráter pessoal.

Tal norma vem ao encontro do princípio acusatório adotado expressamente pela Constituição Federal de 1988, que no art. 129, I, tornou privativa do Ministério Público a interposição das ações penais de iniciativa pública, que exige que a relação processual penal somente pode ser iniciada por meio de provocação de pessoa competente para deduzir a pretensão punitiva em Juízo (*ne procedat iudex ex officio*). De fato, a característica essencial do princípio acusatório é a nítida separação entre os órgãos encarregados da acusação, da defesa e do julgamento.

Com base nessa premissa, deve o magistrado, portanto, abster-se de praticar atos de ofício no período em que se compreende a fase inquisitorial, sob pena de sérios prejuízos ao princípio da imparcialidade que deve nortear os atos emanados do Poder Judiciário. Desta feita, antes do começo do processo, não cabe ao juiz exercer qualquer função, de ofício, que possa ser compreendida como uma colaboração à acusação. Reservado ao magistrado está, nesse momento, a atuação apenas quando provocado e para tutelar liberdades fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio, a intimidade, a vida privada, bem como a liberdade de ir, vir e permanecer. Não obstante, uma vez acionada a jurisdição por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do indivíduo ofendido, a autoridade judiciária competente mune-se de poderes inerentes à jurisdição criminal mesma, estando autorizado, assim, a impor medidas cautelares até mesmo de ofício, na hipótese de verificar a necessidade e adequação da tutela para salvaguardar a prova, o resultado útil do processo penal ou a própria segurança da coletividade.

Como se percebe, a atuação do Ministério Público durante a fase investigativa criminal foi fortalecida pela reforma efetuada pela Lei 12.403/2011, pois somente a partir de seu requerimento ou da autoridade policial (ou do ofendido, no caso de ação penal de iniciativa privada), estará autorizado o Poder Judiciário a decretar quaisquer medidas cautelares restritivas de natureza pessoal (dentre elas, as prisões cautelares). E, mesmo no caso em que a medida supra seja requerida em representação da autoridade policial dirigida diretamente ao juiz, deve o membro do Ministério Público ser obrigatória e previamente ouvido antes da apreciação judicial, face à sua condição de titular exclusivo da ação penal pública e de fiscal da eficácia e jurisdicionalidade de todo e qualquer procedimento que vise a efetivar o *jus puniendi* estatal. E mais: nas ações penais de iniciativa pública, na hipótese de o Ministério Público manifestar-se contrário à efetivação da(s) medida(s) cautelar(es)

pleiteada(s) pela autoridade policial, ela(s) não deverá(ão) ser deferida(s) pelo Poder Judiciário. Tal ordem de ideias recebe o apoio, na doutrina pátria, dentre outros, de Renato Brasileiro de Lima, nos seguintes termos:

Questão pouco debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, aí incluída a prisão cautelar, durante a fase investigatória, em virtude de representação da autoridade policial, porém sem a prévia oitiva do Ministério Público.

De acordo com o art. 129, inc. I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Essa titularidade também diz respeito a todas as demais medidas de natureza cautelar. Com efeito, devido ao caráter instrumental das medidas cautelares em relação à ação principal, devem elas ser pleiteadas pelo próprio titular da ação de acordo com a estratégia processual considerada eficiente e adequada para viabilizar a ação principal. Assim, a nosso ver, só pode se admitir o manejo das medidas cautelares por parte daquele que esteja na legítima condição de parte para o processo principal.

(...)

Com a titularidade privativa da ação penal pública por parte do Ministério Público e a consequente adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inc. I), nenhuma outra autoridade detém legitimidade para postular medida cautelar para fins de instrumentalizar futura ação penal pública. Assim, no caso de representações da autoridade policial noticiando a necessidade de adoção de medidas cautelares para viabilizar a apuração de infração penal, ou até mesmo para assegurar a eficácia de futuro e eventual processo penal, é cogente a manifestação do órgão ministerial, a fim de que seja avaliado se a medida sugerida é (ou não) necessária e adequada aos fins da apuração da infração (LIMA, 2011, pp. 45-46)².

2 Ver também, no mesmo sentido: MENDONÇA, 2011, pp. 67-68; OLIVEIRA, 2011, pp. 501-502.

Prosseguindo o estudo acerca das modificações ao sistema processual penal brasileiro trazidas pela Lei 12.403/2011, percebemos que esta permitiu ao assistente de acusação a elaboração de requerimento pela imposição de medidas cautelares de natureza pessoal, no curso do processo judicial. De fato, em consonância com a jurisprudência assente dos Tribunais Superiores (em especial STF e STJ), os poderes outorgados ao assistente de acusação, na ação penal de iniciativa pública, eram restritos àqueles previstos no art. 271 do CPP. Assim, não lhe era permitido, na sistemática anterior à Lei 12.403/2011, requerer a prisão preventiva. Não obstante, agora tal possibilidade está prevista expressamente no art. 311 do CPP, sendo extensiva às outras medidas cautelares diversas da prisão em virtude do disposto no art. 282, § 2º. Embora esse parágrafo não faça menção expressa à figura do assistente jurídico ao tratar da legitimidade para requerer a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal (pois se refere textualmente apenas a “requerimento das partes”), o mesmo art. 282, § 4º, prescreve expressamente a legitimidade do assistente para, nas hipóteses de descumprimento de medida cautelar de natureza pessoal diversa da prisão, requerer a sua substituição, cumulação com outra medida ou conversão em prisão preventiva. Logicamente que, sendo assegurada ao assistente de acusação essa faculdade, também lhe é possível manejar requerimento pela imposição de medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão, pois não seria razoável que pudesse pugnar pela prisão preventiva e não pela aplicação das demais medidas cautelares diversas da prisão, quando, por comando legal expreso (art. 282, § 6º, do CPP), a prisão preventiva, via de regra, somente pode ser decretada quando não for cabível a aplicação das demais cautelares alternativas.

Depreende-se, neste azo, que, mais uma vez, o princípio acusatório foi privilegiado pela novel legislação, dado que legitimou, para o requerimento de imposição de medidas cautelares de natureza pessoal, apenas quem detinha interesse jurídico na

efetivação de referidas medidas, a saber, os titulares das ações penais (no caso das de iniciativa pública, o Ministério Público, e nas de iniciativa privada, o querelante), além do assistente de acusação (no caso das ações penais de iniciativa pública) e da autoridade policial (somente na fase investigativa, legitimidade esta, como vimos em linhas anteriores, condicionada à oitiva do Ministério Público previamente à apreciação judicial).

Tal ordem de pensamento recebe o beneplácito, na doutrina pátria, dentre outros, de Andrey Borges de Mendonça, a saber:

Segundo a nova disciplina introduzida pela Lei 12.403/2011, no curso das investigações o juiz não pode decretar a medida de ofício e dependerá sempre de provocação do Ministério Público ou de representação do Delegado. Por sua vez, na fase judicial, poderá ser decretada a medida de ofício, pelo juiz, ou por “requerimento das partes”, ou seja, pelo MP ou, se tratando de ação privada, também pelo querelante. (...)

O assistente da acusação não é mencionado expressamente, mas parece-nos que pode solicitar as medidas cautelares na fase judicial. Realmente, veja que o art. 311 do CPP agora faz menção expressa que o assistente possui legitimidade para solicitar a prisão preventiva. Se possui para a mais grave medida, deve ser concedida a possibilidade para as demais medidas, menos gravosas. Ademais, se o assistente é considerado *parte* acessória do MP na ação pública, enquadra-se na expressão “requerimento das partes”, indicada no art. 282, § 2º (MENDONÇA, 2011, pp. 61-62).³

Outra alteração importante referendada pela Lei 12.403/2011 foi a obrigação, agora expressa, de a autoridade policial comunicar a prisão em flagrante de qualquer pessoa, bem como o local em que esta se encontre, não apenas ao magistrado e à

3 Ver, no mesmo sentido: AVENA, 2011, p. 10; LIMA, 2011, p. 45.

família do preso ou a pessoa por este indicada, conforme já se previa na redação anterior à novel legislação, mas também ao Ministério Público (art. 306 do CPP). Referida comunicação já era levada a efeito em vários Estados da Federação (inclusive no Ceará), por força de leis locais, e justifica-se em virtude de o Ministério Público ser o *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública e, com mais razão, por ser o órgão encarregado constitucional e legalmente da fiscalização da jurisdicionalidade dos atos estatais, dentre eles, os tendentes a efetivar o *jus puniendi* do Estado.

No tocante ao instituto da liberdade provisória, a novel legislação trouxe a expressa possibilidade de ser condicionada ao cumprimento de uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão previstas no alterado art. 319 do CPP (art. 321 do CPP). Ressalte-se que, não obstante a referência, no aludido art. 321, ao art. 319 do Código de Processo Penal, obviamente que a medida cautelar de proibição de afastamento do país, prevista no art. 320, também pode ser condicionante da liberdade provisória, face a sua similitude com a medida cautelar prevista no art. 319, IV, do CPP (proibição de afastar-se da Comarca). Ora, se é possível ao magistrado condicionar a concessão da liberdade provisória ao cumprimento da medida cautelar de proibição de ausentar-se da Comarca, com mais razão é cabível condicionar referida benesse legal à não ausência do indivíduo do país.

Em virtude disso, o membro do Ministério Público, vislumbrando, a partir de um juízo de necessidade/adequação (art. 282, I e II, do CPP), que é o caso de se condicionar a liberdade provisória do indivíduo a uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão, deve requerê-lo de imediato ao Poder Judiciário, especialmente na fase inquisitorial (notadamente quando o promotor de Justiça ou procurador da República for comunicado da prisão em flagrante), quando é vedado ao magistrado impor tais medidas cautelares de ofício.

A Lei 12.403/2011 também modificou os critérios a serem utilizados para se caracterizar uma infração como afiançável ou inafiançável (arts. 323 e 324 do CPP). De fato, sob o pálio da redação legislativa anterior, entendia-se que eram afiançáveis, em uma interpretação *a contrario sensu* do disposto no art. 323, I, do CPP, os delitos cujas penas mínimas cominadas fossem iguais ou inferiores a dois anos. Com a novel redação dada aos arts. 323 e 324 do Digesto Processual Penal pátrio, a quantidade de pena cominada ao delito deixa de ser parâmetro para se estabelecer a afiançabilidade ou inafiançabilidade de um crime, podendo-se concluir que, em tese, poderá ser concedida fiança independentemente da pena mínima atribuída no tipo penal incriminador. Desta feita, tomando-se como norte aspectos relacionados ao delito em si, temos que não é cabível fiança apenas nos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, bem como nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323 do CPP). Também não é possível a concessão de fiança (nos termos do art. 324 do CPP): para aqueles que, no mesmo processo, houverem quebrado fiança anteriormente concedida ou desobedecido, sem justo motivo, quaisquer das condicionantes a que se reportam os arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal; os que se encontrarem sob prisão civil ou militar; na hipótese de se encontrarem presentes os pressupostos autorizadores da decretação de prisão preventiva (art. 312 do CPP). Mais uma vez, em atenção ao princípio acusatório insculpido na Carta Magna de 1988 (art. 129, I), deve o membro do Ministério Público ser previamente ouvido quando houver requerimento para a concessão de fiança (se não for o próprio Ministério Público seu autor), exceção feita aos casos em que é facultada a concessão de fiança pela autoridade policial (delegado de Polícia).

De fato, a despeito da redação do art. 333⁴ do CPP, que preceitua a desnecessidade de o Ministério Público ser previamente ouvido acerca da concessão de liberdade provisória com fiança, entendemos que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico-processual penal leva-nos a uma outra conclusão. Sim, pois se, por um lado, a dispensa de prévia oitiva do Ministério Público justifica-se na hipótese de fiança concedida pela autoridade policial, pela necessidade de celeridade na concessão da liberdade, por outro lado, nada justifica a prescindibilidade da prévia oitiva do órgão acusador no caso de fiança concedida pela autoridade judiciária. Se este tem 48 (quarenta e oito) horas para se manifestar acerca da concessão da liberdade provisória com fiança (art. 322, § único, c/c art. 335, ambos do CPP), deve abrir vista ao Órgão Ministerial para se manifestar em 24 (vinte e quatro) horas. A oitiva do promotor de Justiça ou procurador da República em nada prejudicará a agilidade na concessão da fiança, pois deve ser ouvido dentro do prazo legal de 48 horas.

Além disso, desde a fase inquisitorial até a prolação da sentença, a classificação provisória do crime objeto das investigações e posterior processo criminal é prerrogativa do Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública, pela sua condição de *dominus litis* nesses casos, o que poderá ter influência direta na determinação do valor da fiança. Imaginemos, seguindo exemplo ventilado por Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 356), a hipótese de o juiz fixar uma classificação do delito e, com esteio em tal classificação, fixar o valor a título de fiança. Sem a prévia oitiva do Órgão Ministerial, é possível a existência de divergências na aludi-

4 Art. 333. Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente. (BRASIL, 1941).

da classificação, surgindo a necessidade de reforço da fiança, dado que a classificação do delito que deve prevalecer, para fins de fixação do valor a título de fiança, é, via de regra, aquela indicada pelo Ministério Público (pelo menos até a prolação da sentença). Desta feita, para se evitar incidentes posteriores que provavelmente prejudicariam a celeridade do processo criminal respectivo, melhor abrir vista para oitiva prévia do *Parquet* do que haver a necessidade de alteração do valor da fiança.

Outrossim, a liberdade provisória concedida pelo magistrado não o é somente mediante fiança, ao contrário daquela que pode ser concedida pela autoridade policial. Neste caso, a concessão de fiança pelo delegado de Polícia, mesmo tendo sido ampliado seu leque de abrangência, aplicando-se agora para delitos de até quatro anos de pena cominada (art. 322, *caput*, do CPP), traz em seu bojo uma necessária dicotomia: ou há a concessão da fiança ou se mantém o indivíduo preso. No caso da fiança concedida pelo magistrado, este terá um amplo espectro de situações que poderão ser analisadas, podendo aquele conceder liberdade provisória condicionada à aplicação cumulativa de medidas cautelares (art. 282, § 1º, do CPP). De fato, com esteio no princípio da adequação, ao juiz será facultado conceder liberdade provisória mediante a incidência das mais diversas medidas, aplicando, isolada ou conjuntamente, as medidas cautelares alternativas à prisão previstas no novel art. 319 do CPP, cumulando-as ou não com fiança (art. 319, § 4º, do CPP).

Assim, fácil é depreender-se que excluir o órgão do Ministério Público, *dominus litis* exclusivo da ação penal de iniciativa pública, da participação nessa sistemática de adequação é ferir mortalmente o próprio princípio acusatório e relegar o MP a um papel de simples espectador da persecução criminal, mormente na fase inquisitorial, quando, na verdade,

o *Parquet* é o destinatário último das investigações levadas a efeito no inquérito policial e único legitimado a propor a ação penal de iniciativa pública. Perceba-se que a própria interpretação sistemática também nos leva invariavelmente a essa conclusão, dado que, conforme preceitua o art. 282, § 2º, do CPP, a decretação das medidas cautelares pelo magistrado, na fase de investigações, somente pode ser feita mediante provocação do Ministério Público ou de representação da autoridade policial. Ora, se o juiz deve ouvir o Órgão Ministerial quando da concessão de medida cautelar originária, deve ouvi-lo também no caso da medida cautelar substitutiva. Isto é particularmente importante porque pode haver situações em que o Ministério Público entenda a conduta tida inicialmente por delituosa como atípica ou que seja caso de arquivamento do inquérito policial por outros motivos. Em tais situações, fácil é antever-se os problemas que adviriam da concessão, pelo Poder Judiciário, de medidas cautelares sem a oitiva do *Parquet*.

Assim, repita-se, deve o Ministério Público, até mesmo por sua condição constitucionalmente atribuída de titular único da ação penal de iniciativa pública, ser obrigatória e previamente ouvido quando da concessão de liberdade provisória mediante fiança pelo magistrado, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, permitindo-se, com isso, a decisão do juiz no prazo legal de 48 (quarenta e oito) horas.

A Lei 12.403/2011 também promoveu uma readequação dos parâmetros a serem considerados para a concessão de fiança, bem como dos valores a serem cobrados a esse título, por meio das prescrições insertas nos incisos I e II do art. 325 do CPP. Desta feita, quando a pena máxima cominada ao delito for de até quatro anos de prisão, a fiança deverá ser fixada entre os limites de 01 (um) a 100 (cem) salários mínimos (art. 325, I, do CPP); quando a pena máxima comi-

nada ao delito for superior a quatro anos de prisão, a fiança deverá ser estabelecida entre os limites de 10 (dez) e 200 (duzentos) salários mínimos (art. 325, II, do CPP). Não obstante, circunstâncias concernentes à situação econômica do réu/investigado podem ocasionar a dispensa do pagamento da fiança (art. 325, § 1º, I, do CPP), a redução do seu valor em até 2/3 (art. 325, § 1º, II, do CPP) ou o aumento do respectivo *quantum* em até 1.000 (mil) vezes (art. 325, § 1º, III, do CPP). Interessante observar que essa possibilidade de majoração do valor da fiança em até mil vezes, se incidente sobre o valor máximo de 200 salários mínimos, pode perfazer uma quantia a título de fiança, em valores atuais, de R\$ 144.800.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões e oitocentos mil reais). Esse patamar, embora possa parecer, por um lado, divorciado da realidade nacional, por outro, justifica-se para determinados crimes graves que, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, eram considerados inafiançáveis em virtude de seu apenamento mínimo acima de dois anos, e agora, tornaram-se afiançáveis face à abolição do critério “quantidade de pena cominada” para a definição da afiançabilidade ou não do delito. Ademais, vale ressaltar que não apenas a elevação, mas também a redução do valor da fiança devem ser balizadas pela condição econômica do afiançado (art. 325, § 1º, do CPP). Assim, a cifra de R\$ 144.800.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões e oitocentos mil reais) pode ser exorbitante para a maioria da população brasileira, mas pode não o ser para determinado acusado face a sua condição econômica ou mesmo tendo em consideração o ganho auferido com a atividade criminosa. Outrossim, importantíssimo lembrar que um dos objetivos da fiança é o ressarcimento do dano causado à vítima, para onde deve ser destinado parte do valor pago a esse título, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 336 do CPP).

Essa readequação dos valores que podem ser impostos a título de fiança foi importante, pois deu ao Ministério Público

uma nova ferramenta para combater crimes que envolvem a subtração de grandes cifras (como, *verbi gratia*, os de corrupção ativa e passiva e os denominados crimes do colarinho branco). De fato, um requerimento ministerial pela imposição de fiança bem feito e no momento certo pode significar uma real garantia para o processo criminal, no tocante ao ressarcimento dos danos causados à vítima (que, nestes casos, muitas vezes são os cofres públicos), permitindo a devolução, caso haja condenação, dos valores que lhe foram indevidamente subtraídos. Relevante ressaltar que tal circunstância é particularmente importante se levarmos em consideração que, na maioria dos delitos supracitados, há o envolvimento de agentes com grande poderio econômico e até político (e, por conseguinte, com vastos recursos para dificultar o rastreamento dos lucros do crime) e, se não houver a garantia da fiança, muito provavelmente o *quantum* indevidamente auferido com a atividade delituosa nunca será devolvido a quem de direito.

Ainda no tocante à fiança, percebe-se que a nova Lei 12.403/2011 promoveu uma verdadeira revitalização do instituto no âmbito do processo penal brasileiro. Assim, pode-se afirmar que, nas hipóteses em que se afigura cabível a liberdade provisória, a regra é a concessão desta: com fiança (ou, ao menos, com as condições inerentes insertas nos arts. 327 e 328 do CPP, naqueles casos em que seja impossível ao acusado/indiciado, por razões econômicas, arcar com o ônus financeiro da fiança, nos termos do art. 350, também do Estatuto Processual Penal pátrio); com a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão insertas nos arts. 319 e 320 do CPP, quando necessárias e adequadas ao caso concreto; ou com a incidência de ambas (fiança e outra medida cautelar diversa da prisão), conforme o permite o § 4º do art. 319 do CPP.

Realmente, a antiga redação do § único do art. 310 do CPP previa a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, condicionada apenas a termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando o juiz, após oitiva do Ministério Público, não verificasse, a partir do auto de prisão em flagrante, a ocorrência de quaisquer das hipóteses que autorizariam a concessão da prisão preventiva. Com a extinção dessa hipótese, tal espécie de liberdade provisória sem fiança ficou restrita aos casos em que se verifique ter o agente praticado o delito sob o pálio de alguma excludente de ilicitude (art. 310, § único, do CPP, com a redação conferida pela Lei 12.403/2011). A regra é, quando cabível, a concessão de liberdade provisória:

- a) com fiança apenas (ou, ao menos, com as condições inerentes a esta insertas nos arts. 327 e 328 do CPP, nas hipóteses em que o agente não possa arcar com o ônus financeiro da fiança);
- b) sem fiança, mas com alguma outra medida cautelar diversa da prisão; ou
- c) com fiança e outra medida cautelar diversa da prisão, em aplicação cumulativa.

O raciocínio acima defendido encontra eco na melhor doutrina pátria, *in verbis*:

1) A antiga redação do art. 310, parágrafo único, do CPP, tratava de hipótese de liberdade provisória sem fiança, por meio da qual o juiz, após ouvir o Ministério Público, podia conceder ao preso liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando verificasse, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de quaisquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (CPP, art. 312).

Essa hipótese de liberdade provisória sem fiança foi inserida no Código de Processo Penal por meio da Lei 6.416,

de 24 de maio de 1977, e acabou por reduzir o instituto da fiança a uma quase absoluta inutilidade. Como se denota da própria exposição de motivos da Lei 6.416/77, a criação desse regime de liberdade provisória sem fiança não teve qualquer preocupação com direitos e garantias individuais dos acusados, mas sim com os graves problemas de superlotação carcerária já existentes à época. (...).

(...).

Como se percebe, embora a inserção desse parágrafo único ao art. 310 do CPP pela Lei 6.416/77 tenha sido imprescindível em face da nova ordem constitucional, essa alteração fez com que a fiança passasse de instituto central no regime da liberdade provisória a servir apenas para pouquíssimas situações concretas, ficando superada, e para alguns inclusive tacitamente revogada, pela liberdade provisória do antigo parágrafo único da art. 310 do CPP. Essa incongruência e desproporcionalidade fica ainda mais patente quando se verifica que os vínculos a que o agente ficava submetido com tal liberdade provisória eram menores que aqueles a que fica submetido o agente afiançado (CPP, arts. 327 e 328).

Por esses motivos, e objetivando valorizar a fiança, a Lei 12.403/11 pôs fim à liberdade provisória sem fiança do antigo parágrafo único do art. 310 do CPP, outrora cabível quando o juiz verificasse a inocorrência das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. De fato, a nova redação do art. 310, parágrafo único, refere-se à liberdade provisória sem fiança apenas para as hipóteses em que o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições dos incs. I a III do art. 23 do CP.

Fica claro, assim, que houve uma preocupação por parte da Lei 12.403/11 em encerrar a absurda contradição de ser o indiciado por crime menos grave posto em liberdade mediante o pagamento de fiança, enquanto que o acusado por crime mais grave era solto sem fiança, com a única obrigação de comparecer a todos os atos do processo, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Basta ver, nessa linha de revitalização da fiança, que houve uma diminuição das hipóteses de crimes inafiançáveis - nova

redação do art. 323 do CPP-, significando que, doravante, a intenção é fazer da liberdade provisória com fiança, cumulada (ou não) com medida cautelar diversa da prisão, a regra (LIMA, 2011, pp. 395 e 397);

2) Podemos até prosseguir na antiga classificação doutrinária que denomina a aludida liberdade provisória [prevista na novel redação do art. 310, § único, do CPP] de *vinculada* (ao processo), expressão pouco técnica, mas, agora, útil para a distinção da providência com as demais cautelares do art. 319 e art. 320, ambos do CPP, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente, incluindo a fiança.

Então, adotando-se tais diretrizes, poderíamos traçar o seguinte quadro das liberdades provisórias:

a) liberdade provisória *em que é vedada a fiança*: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares do art. 319 e do art. 320, CPP, *com exceção da fiança*, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança- art. 323 e art. 324);

b) liberdade provisória *com* fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz;

c) liberdade provisória *sem* fiança: cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança;

d) liberdade provisória *vinculada*, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único) (OLIVEIRA, 2011, pp. 573-574)⁵.

5 Itálicos do original.

2.1. Da nova sistemática relativa à prisão preventiva

A novel regulação normativa trazida a lume pela Lei 12.403/2011 modificou, ainda que parcialmente, a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal no tocante às infrações que admitem a prisão preventiva. A partir da vigência da nova lei supracitada, admite-se essa forma de prisão cautelar:

- a) Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (art. 313, I, do CPP). A prisão preventiva será cabível em relação aos crimes dolosos aos quais seja cominada pena máxima superior a quatro anos de prisão. Vale ressaltar que não importa, neste caso, se a pena é de reclusão ou de detenção, alterando-se, assim, o sistema anterior à vigência da Lei 12.403/2011, que, ressalvadas exceções legalmente previstas, somente permitia este tipo de custódia cautelar para os delitos apenados com a pena de reclusão. Em virtude de tal inovação legislativa, a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará exarou a Recomendação nº 011/2011/PGJ/GAB, de 07 de julho de 2011, por meio da qual uniformizou o entendimento no sentido de que o membro do Ministério Público, ao se deparar com casos nos quais o agente esteja detido em virtude de prisão em flagrante ou prisão preventiva pela prática de delito cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos, deve analisar, à luz dos arts. 282, I e II, c/c o art. 312 do CPP, se é o caso de manter a prisão preventiva, converter a prisão em flagrante em preventiva ou aplicar quaisquer das demais medidas cautelares alternativas à prisão, apresentando desde já requerimento no tocante a quaisquer dos entendimentos cabíveis.
- b) Nos casos de condenação anterior do agente por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do Código Penal pátrio (art. 313, II, do

CPP). Trata-se de hipótese em que se permite a prisão preventiva do indivíduo reincidente em crime doloso. Nesta situação, como não existe nenhuma restrição no tocante à pena máxima cominada ao crime, conclui-se logicamente que não incide o disposto no art. 313, I, sendo o dispositivo ora sob análise uma exceção à regra legal disposta no inciso anterior. Assim, admite-se, neste caso, a decretação da prisão preventiva mesmo que o crime cometido esteja sujeito à pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos de prisão. Como se trata de crime doloso, irrelevante igualmente, para os fins deste dispositivo, se a pena cominada é de reclusão ou detenção.

- c) Nas hipóteses de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, do CPP). Anteriormente à vigência da Lei 12.403/2011 e das alterações por ela promovidas, esta hipótese estava parcialmente prevista no hoje revogado art. 313, IV, do CPP, que, combinado com a exegese do *caput* do mesmo preceito legal, estatuiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva no tocante aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Na atual disposição do inciso III do artigo 313 (CPP), não há referência expressa ao caráter doloso do delito, e nem o há no *caput* do aludido dispositivo. Com isto, a novel redação distingue-se da normatização anterior e também da textualidade dos incisos I e II, dado que, nestes, existe expressa referência à natureza dolosa dos delitos a que se referem. Surge, então, uma questão: teria o legislador tido a intenção de permitir, nestes casos do inciso III do art. 313 do CPP, a prisão preventiva também no tocante a crimes culposos? A despeito da interpretação que se pode inicialmente extrair deste dispositivo, entendemos que, nas situações elencadas no aludido inciso III, não se coaduna a imposição de prisão

preventiva com a prática de crimes culposos, até mesmo em virtude da referência que o dispositivo legal faz, neste azo, a crime que envolver violência doméstica e familiar contra as pessoas hipossuficientes nele elencadas. De fato, se o art. 313, III, pressupõe a prática de delito envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, sendo a prisão preventiva decretada a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, é óbvio que referido crime só pode ter sido praticado de forma dolosa, pois se estamos tratando de violência de gênero, deve restar caracterizada a consciência e a vontade do agente de atingir uma das vítimas vulneráveis ali discriminadas, bem como sua intenção dolosa de descumprir as medidas protetivas de urgência, o que não se configura nas hipóteses de delitos culposos⁶.

- d) Quando houver dúvida acerca da identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo, na presente hipótese, o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (art. 313, § único, do CPP). Trata-se, neste passo, de forma de segregação com o intuito de viabilizar a identificação da pessoa investigada. Face ao caráter excepcional desta modalidade de prisão preventiva, ela somente deve ser levada a efeito após o insucesso das diligências efetuadas no intuito de se colherem informações sobre a identificação do detido. Em consonância com o art. 313, § único, *in fine*, do CPP, uma vez efetuada a identificação do indiciado/acusado, este deve ser imediatamente liberado, salvo se por outro motivo se justificar a manutenção de seu cárcere. *Data vênia* as nobres opiniões em contrário, entendemos que, como a lei

⁶ No mesmo sentido: LIMA, 2011, pp. 257-258; AVENA, 2011, p. 11; MENDONÇA, 2011, p. 246.

não faz distinção e pode haver situações excepcionais relativas à falta de identificação do infrator, o que pode acabar acarretando a inviabilização do esclarecimento dos fatos e a própria existência do processo, é possível a decretação da preventiva, na hipótese em apreço, tanto em relação a crimes dolosos quanto culposos⁷.

- e) Em caso de descumprimento injustificado de quaisquer das obrigações impostas em virtude de outras medidas cautelares alternativas à prisão. Como se depreende do disposto nos arts. 312, § único, e 282, § 4º, a desobediência injustificada às medidas cautelares alternativas à prisão autoriza o magistrado a substituí-las por outras medidas, a cumulá-las com outras cautelares e, se isso não for adequado e suficiente para tutelar os bens mencionados no art. 282, I, do CPP, a decretar a prisão preventiva do indiciado ou acusado. Existe certa polêmica na doutrina no tocante à possibilidade dessa conversão em prisão preventiva, nas hipóteses de medidas cautelares impostas em situações que, por não estarem expressamente contempladas no art. 313 do CPP, não ensejariam, em tese, a imposição daquela modalidade de prisão cautelar. Não obstante as nobres opiniões em sentido diverso, entendemos que o descumprimento injustificado das medidas cautelares impostas autoriza, em qualquer caso, a decretação da prisão preventiva, desde que não seja suficiente e adequada, no caso concreto, a substituição da medida descumprida por outra ou sua cumulação com outra ou mais medidas cautelares, mesmo que não se trate de situação prevista expressamente no art. 313, sob pena de, na prática, a imposição das medidas cautelares diversas da prisão resultar inócua, desprestigiando a própria aplicação da lei.⁸

7 No mesmo sentido: MENDONÇA, 2011, p. 250.

8 No mesmo sentido: AVENA, 2011, p. 12; MENDONÇA, 2011, pp. 292-299; OLIVEIRA, 2011, p. 545. Em sentido contrário: LIMA, 2011, pp. 251-252.

Ainda no tocante à prisão preventiva, a novel legislação ainda instituiu a prisão preventiva na modalidade *domiciliar* (arts. 317 e 318 do CPP), consistente no recolhimento do indiciado/acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar mediante autorização judicial. É cabível tal modalidade de cumprimento da prisão preventiva nos seguintes casos: a) quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos de idade; b) quando o indiciado/acusado for extremamente debilitado por motivo de doença grave; c) quando o agente for imprescindível para os cuidados especiais a pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência; d) quando o agente for gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gestação ou sendo esta de alto risco.

3. Da proporcionalidade na imposição de qualquer medida cautelar

No estudo e aplicação das medidas cautelares restritivas, existe uma constante tensão entre os objetivos do processo penal. Por um lado, a criação de garantias em benefício do acusado, estabelecendo-se limitações ao exercício do *jus puniendi* estatal, por intermédio da construção de um sistema normativo que assegure, ao indivíduo, garantias contra o abuso por parte do Poder Público. Por outro lado, há o interesse pela efetividade do processo penal, na busca da proteção adequada a valores também constitucionalmente estabelecidos. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, ou *regra da proporcionalidade*, como o prefere Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, pp. 25-26), deve ser encarado precisamente como “a pedra de toque”, a fim de auxiliar a interpretação ótima a se atingir no equilíbrio entre os bens jurídicos envolvidos.

É de sabença geral que o princípio da proporcionalidade possui assento constitucional, seja em decorrência do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal, em sua acepção substancial (art. 5º, LIV, da CF/1988), seja em

virtude da própria estrutura dos direitos fundamentais, autênticos mandados de otimização, ou, ainda, do caráter objetivo dos direitos humanos.

Tal qual toda medida restritiva de direitos fundamentais, as medidas cautelares de que ora se trata deverão obedecer ao princípio da proporcionalidade. Tal princípio servirá de norte à aplicação de toda e qualquer medida cautelar de cunho pessoal, principalmente as privativas de liberdade. Sendo assim, em toda oportunidade na qual uma medida desse tipo for desproporcional ou desarrazoada, não existirá cautelaridade, mas sim caráter punitivo no tocante ao excesso, tornando-a irrita.

De acordo com a mais hodierna doutrina, o princípio da proporcionalidade deve ser compreendido em dois âmbitos: o negativo, consistente na proteção contra o excesso; e o âmbito positivo, de proibição da ineficiência, também denominado de vedação à proteção deficiente.

Sobre o aspecto da proibição do excesso, é importante afirmar que, no contexto particular das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias, qualquer limitação, levada a efeito por tal norma ou com base nela, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (na medida certa). Em outros termos, a fim de que a medida seja proporcional, faz-se mister que supere a referida “prova”, indicando ser uma medida adequada, necessária e proporcional. Vale ressaltar, desde já, que há uma ordem necessária na apreciação de cada aspecto em que se subdivide a proibição do excesso: primeiramente, a medida deve ser adequada, à vista das finalidades almejadas. Uma vez preenchido tal requisito, deve-se analisar o princípio (ou subprincípio, no caso) da necessidade. E, finalmente, constatada a obediência aos dois princípios anteriormente referidos, parte-se para a aferição da proporcionalidade em sentido estrito.

No subtópico a seguir, faremos uma análise um pouco mais detalhada acerca da vertente positiva do princípio da proporcionalidade (a vedação da proteção deficiente), tema ainda pouco tratado na doutrina pátria, mas de fundamental importância não apenas para a compreensão da correta aplicação das medidas cautelares instituídas no Processo Penal brasileiro pela Lei 12.403/2011, mas também do próprio princípio da proporcionalidade em si.

3.1. Da vedação à proteção deficiente

O princípio da proporcionalidade não está restrito à proteção contra excessos, em uma análise meramente negativa, como mencionado anteriormente. No dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva,

outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de *proibição de excesso*, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por *proibição de insuficiência*. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o *excesso* estatal já é razão suficiente para abandonar o uso

sinônimo de *regra da proporcionalidade e proibição de excesso* (SILVA, 2002, pp. 26-27).⁹

Desta feita, nesse contexto de proteção objetiva dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade passa a ser considerado também como proibição de insuficiência (parafraseando o culto doutrinador acima citado), entendida a expressão como vedação à insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado. Em outros termos, o Poder Público apenas estará obedecendo ao princípio da proporcionalidade quando, além de não estipular limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais (vertente negativa do aludido princípio), também promover o cumprimento e a proteção eficiente e completa dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente (vertente positiva do princípio em questão). Na realidade, são dois lados da moeda do mesmo fenômeno. Ressalte-se que o próprio STF já reconheceu, em várias ocasiões, a proibição à proteção deficiente como vertente positiva do princípio da proporcionalidade.¹⁰ Sendo estreme de dúvidas que referido princípio tem assento na própria Constituição Federal de 1988, faz-se mister que, em atenção ao princípio da supremacia das normas constitucionais e ao princípio da força normativa da Constituição, seja aplicado em sua inteireza, a saber, em seus dois aspectos, por todos os Poderes do Estado na proteção dos direitos fundamentais que devem ser salvaguardados no Processo Penal.

Isso posto, ao legislador é vedado estabelecer medidas incapazes de tutelar eficazmente os bens jurídicos a serem protegidos pelas medidas cautelares. Devem ser previstas

9 Itálicos do original.

10 Ver, a título de exemplo, os seguintes precedentes: RE nº 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. p/ o Acórdão Min. Joaquim Barbosa), j. em 09/02/2006, DJU de 23/03/2007; ADIn nº 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02/05/2007, DJe de 26/10/2007, p. 28; ADIn nº 1.800/DF, Rel. Min. Nelson Jobim (Rel p/ o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski), j. em 11/06/2007, DJe de 28/09/2007, p. 26; ADIn nº 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. em 29/05/2008, DJe de 28/05/2010, p. 134.

medidas cautelares aptas a bem e efetivamente proteger os bens jurídicos indicados no art. 282, I, do CPP, de modo a evitar que o acusado/investigado atrapalhe a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal e pratique infrações penais. Nesse contexto, ao nos depararmos com a novel redação dada ao art. 313, I, do CPP, percebemos que o legislador descuro, sob certa medida, do princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva, ao vedar, de maneira excessivamente ampla, a prisão preventiva para praticamente todos os delitos cujo apenamento máximo seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos de prisão.¹¹

De igual modo, também o Poder Executivo, em cumprimento à vedação de proteção deficiente, deve envidar todos os esforços no sentido de implementar medidas a fim de que seja factível a proteção adequada aos bens e valores a serem salvaguardados pelas medidas cautelares no Processo Penal. Destarte, deve ser estabelecida uma estrutura eficaz para a correta e efetiva fiscalização do cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, adquirindo-se, *verbi gratia*, equipamentos de monitoração eletrônica, sob pena de se tornar inócua a aplicação de tais medidas.

E, finalmente, também ao Poder Judiciário, ao interpretar e aplicar as medidas cautelares alternativas à prisão no caso concreto, não é facultado desconsiderar a vertente positiva do princípio da proporcionalidade e conferir uma proteção deficiente em face dos riscos a que eventualmente estejam submetidos os bens jurídicos objeto de proteção no art. 282, I, do CPP. Se, porventura, o magistrado impuser uma medida cautelar que se revele absolutamente inócua no caso concreto, estará também descumprindo o princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva. Desta feita, ao concretizar as diversas medidas alternativas à prisão, o Poder Judiciário

11 No mesmo sentido: MENDONÇA, 2011, p. 58.

somente pode (e deve) aplicar medida que seja de molde a proteger eficazmente uma das finalidades indicadas no art. 282, I. *Verbi gratia*, se não houver, no caso concreto, a mínima possibilidade de uma regular fiscalização acerca de uma medida cautelar aplicada, esta será totalmente ineficaz para coibir os perigos elencados no aludido art. 282, I. Nessa situação, o magistrado não deve decretar tal medida, sob pena de impor uma restrição que, na prática, mostrar-se-á absolutamente ineficaz e inadequada para salvaguardar aqueles bens jurídicos supracitados e, além disso, violará o princípio da proporcionalidade em seu aspecto positivo. Face à nova sistemática estabelecida para as medidas cautelares no Processo Penal, o juiz apenas poderá decretar uma medida cautelar quando esta proteger adequada e eficazmente os bens jurídicos que devem ser objeto de tutela pelo Processo Penal. De igual maneira, a vedação à proteção deficiente deve ser uma preocupação diuturna do intérprete, na tentativa de se alcançar o sentido dos vários dispositivos insertos no CPP pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, é de fundamental importância a atuação do Ministério Público, não apenas como *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública, mas também, e especialmente, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988), entre os quais se enquadram os bens jurídicos que o Processo Penal visa a tutelar (art. 282, I, do CPP).

O *Parquet* deve, pois, tomar todas as providências cabíveis dentro de sua esfera de atribuições, judiciais ou extrajudiciais¹², no intuito de evitar e de reprimir qualquer conduta dos Poderes Públicos (especialmente do Executivo e do Ju-

12 Ações civis públicas (ACPs) para obrigar o Poder Executivo a aparelhar melhor seus órgãos de fiscalização das aludidas medidas cautelares; Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) no mesmo sentido; Ações de Improbidade contra os Administradores Públicos que teimem em não efetivar os mecanismos de controle das mencionadas cautelares; recursos no âmbito do processo criminal).

diciário) que fira, no âmbito da aplicação das medidas cautelares no Processo Penal, o princípio da proporcionalidade, não apenas em seu aspecto negativo, mas também (e especialmente), em seu aspecto da vedação de proteção deficiente. Ao contrário, os interesses jurídicos mais caros ao tecido social (e cuja proteção é o objetivo primordial do Processo Penal) serão relegados a uma salvaguarda tão somente formal e, por conseguinte, inefetiva.

4. Conclusão

Não foram poucas as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011 na sistemática das prisões e da liberdade provisória no Direito Processual Penal brasileiro. Com o intuito de modernizar e racionalizar os institutos da prisão cautelar e da liberdade provisória, criaram-se várias outras medidas alternativas à prisão, deixando esta, via de regra, como a *ultima ratio* em termos de medidas cautelares pessoais no Processo Penal pátrio. Institucionalizou-se, como principiologia balizadora da aplicação de tais medidas (dentre elas, a prisão cautelar), a obediência ao princípio da proporcionalidade (art. 282, I e II, do CPP), devendo o aplicador da lei verificar a necessidade e a adequação da medida ao caso concreto. Instituiu ainda a incapacidade de a prisão em flagrante manter a custódia do flagrado, devendo, para tanto, ser necessariamente (se presentes os pressupostos e circunstâncias para tal e sendo insuficientes e inadequadas quaisquer das demais medidas cautelares – art. 312, c/c art. 310, II, e c/ o art. 313, todos do CPP) convertida em prisão preventiva (art. 310, II, do CPP).

A novel legislação instituiu também novos e mais rígidos requisitos para os delitos cuja prática pode ensejar a decretação de prisão preventiva (art. 313, do CPP), bem como atribuiu legitimidade exclusiva ao Ministério Público e à au-

toridade policial para, na fase inquisitorial, requerer ao Poder Judiciário a aplicação das medidas cautelares de cunho pessoal (entre elas, a prisão; vale lembrar que, no caso de representação da autoridade policial diretamente ao Juiz, o MP deve ser obrigatoriamente ouvido antes da apreciação judicial). Durante o processo criminal, a legitimidade para requerer a aplicação de tais medidas é do Ministério Público, do querelante (na hipótese de ação penal de iniciativa privada) e do assistente de acusação, podendo ainda ser impostas de ofício pelo Magistrado (art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP). E nessa toada foram as demais modificações já comentadas no decorrer do presente trabalho.

Tais mudanças certamente causam impacto na atuação dos operadores do Direito, em especial do Ministério Público, pela sua condição de titular exclusivo da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, da CF/1988) e de fiscal da jurisdicionalidade e da efetividade de qualquer ato tendente a efetivar o *jus puniendi* do Estado. Referida instituição restou, sob certos aspectos, fortalecida com a reforma, mas seus membros devem estar em constante atenção, dado que diversos mecanismos alternativos à prisão foram criados (e, em tese, são salutares), mas, na realidade, a estrutura estatal ainda não está (com honrosas exceções) preparada para a fiscalização de tais medidas alternativas, sem o que a eficácia e efetividade destas restarão inviabilizadas na prática, relegando ao desprezo a proteção aos bens jurídicos a que tais medidas se propõem a salvaguardar (art. 282, I, do CPP) e ferindo mortalmente o princípio da proporcionalidade (em sua vertente positiva, de proibição de proteção deficiente) que a própria reforma institucionalizou como baliza para a aplicação das medidas cautelares no Processo Penal.

A correta interpretação e aplicação das diversas mudanças operadas pela Lei 12.403/2011 deve ser uma luta constante da

instituição ministerial, a fim de que as modificações realmente venham para modernizar e dinamizar o Processo Penal pátrio e não sirvam para fomentar uma proteção deficiente da sociedade, já tão carente em termos de segurança pública no Brasil.

5. Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado*. 3. ed. (material suplementar). São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *DOU*, Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 3.689. Institui o Código de Processo Penal. *DOU*, Brasília, 13 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

_____. Lei 12.403. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 04 mai. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.510/DF, Rel.: Min. Carlos Ayres Brito, Brasília, DF, 29 de maio de 2008. *DJe*, 28 maio 2010, p. 134. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 3.112/DF, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 02 de maio de 2007. *DJe*, 26 out. 2007, p. 28. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.800/DF, Rel.: Min. Nelson Jobim (Rel p/ o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski), Brasília, DF, 11 de junho de 2007. *DJe*, 28 set. 2007, p. 26. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* (HC) nº 98.862/SP, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de junho de 2009. *DJe*, 22 out. 2009a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* (HC) nº 93.056/PE, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2008. *DJe*, 14 maio 2009b. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus* (HC) nº 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *DJU*, 16 mar. 2007, p. 43.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. p/ o Acórdão Min. Joaquim Barbosa), Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2006. *DJU*, 23 mar. 2007.

CEARÁ. Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Recomendação nº 011/2011/PGJ/GAB, 07 de julho de 2011. *Diário de Justiça Eletrônico do Estado do Ceará (DJe-CE)*, 08 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/servicos/recomendacoes/recomendacoes.asp>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas, SP: Millennium, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. 1. ed. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, nº 798, 2002, p. 23-50.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Artigo recebido em: 30/01/2014

Artigo aprovado em: 07/01/2015

DOI: 10.5935/1809-8487.20160055