

As medidas cautelares no projeto do novo CPP

Rogério Schietti Machado Cruz

Sumário

I. Introdução. II. Principais inovações do projeto, relativamente às medidas cautelares pessoais. III. A ideia central do novo sistema. IV. Requisitos comuns a todas as cautelares. V. Prisão para garantia da ordem pública. VI. A fiança. VII. A liberdade provisória. VIII. Considerações finais.

I. Introdução

Bem observou Augusto Thompson (1976, p. 115) que

“Nem sempre, ou quase nunca, os projetos de código espelham as convicções e o grau de desenvolvimento científico de seu(s) autor(es). A legislação positiva tem de conformar-se ao sentimento médio da sociedade a que se destina, às ideias que o senso comum elege à categoria de postulados intocáveis. Diante dessa barreira reacionária, várias opções abrem-se para o jurista: orgulhosamente agredir tais sentimentos, redigindo em diploma fiel às suas convicções, sabendo, de antemão, que nenhum resultado prático obterá com seu trabalho; renunciar, comodamente, à confecção da obra; submeter-se, servilmente, à *communis opinio*, traíndo-se a si mesmo; ou agindo com engenho, articular de tal forma a proposta que, cedendo em tudo que importe mais aparência

Rogério Schietti Machado Cruz é Procurador de Justiça do MPDFT, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do DF e Territórios.

que substância, e desta sorte evitando um conflito ostensivo com os padrões defendidos pela ideologia dominante, conseguir habilmente a introdução de princípios representativos das ideias novas, os quais disfarçados, escondidos, camuflados, dão condições à lei futura de fomentar transformações revolucionárias. Esta última postura é, sem dúvida, a única cônica para quem deseja, realmente, concretamente, servir ao semelhantes”.

Imagina-se que tenha sido esta uma das tantas dificuldades enfrentadas pela Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, ao elaborar o Anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, convertido no Projeto de Lei do Senado (PLC) nº 156, de 2009, que se augura venha a converter-se em lei, dentro de um prazo razoável, dando ao país um novo código, moderno e republicano.

Um dos primeiros desafios a vencer pelos autores do Anteprojeto, supomos, tenha sido o de definir as diretrizes da novel legislação, o seu espírito, algo que, tratando-se de obra coletiva, não é de todo singelo, mormente quando compõem o grupo juristas de variadas origens e carreiras.

Outra provável dificuldade enfrentada pelos membros da Comissão foi superar o dilema referido na advertência de Augusto Thompson, de tal modo a, driblando um conflito ostensivo com o pensamento doutrinário conservador, habilmente introduzir novos paradigmas e conferir nuances a institutos já existentes, o que é indispensável quando se pretender romper com uma tradição vetusta e incompatível com a realidade normativa pós-1988.

E, nesse aspecto, loas ao Anteprojeto, que incorpora, em seu texto, não apenas alguns princípios expressos na Constituição, como, também, faz questão de positivar regras que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm construído, com inspiração na Carta Política de 1988, fazendo coro a Winfried Hassemer, quando diz que “O direito

processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado”.¹

No mais, a tarefa deve ter sido braçal e, sobretudo, intelectual, consistente em construir, por sucessivas reuniões e debates², um texto coeso, moderno e que logre traduzir o ponto de equilíbrio entre a necessidade de punir autores de condutas criminosas, com eficiência e sem dilações indevidas, e a necessidade, por outro lado, de aperfeiçoar mecanismos de proteção do indivíduo, ante as iniciativas estatais que possam interferir em direitos e interesses fundamentais, como a liberdade, a honra, a imagem etc.

II. Principais inovações do projeto, relativamente às medidas cautelares pessoais

A leitura de todo o Projeto induz, sem qualquer dúvida, à ilação de que as mais significativas mudanças propostas pela Comissão se localizam no Livro III, que cuida das Medidas Cautelares pessoais.

A Exposição de Motivos do Projeto enfatiza que foram estabelecidas quatro diretrizes principais, a saber: 1) a prisão e outras formas de intervenção sobre a pessoa humana somente se justificam em face da sua concreta necessidade, indicada mediante fundamentação detalhada, de modo a explicitar a cautelaridade da medida; 2) as

¹ Com a mesma percepção, Claus Roxin (2000, p. 10), ao lecionar que “o processo penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”.

² A Comissão de Juristas do Senado Federal, ao longo do trabalho de elaboração do texto do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, recebeu sugestões e críticas de diversos setores da sociedade civil. No âmbito de Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a Associação do MPDFT constituiu comissão para subsidiar debate legislativo a respeito do PLC 156/09. Integram o grupo, sob nossa coordenação, os seguintes Promotores de Justiça: Alesandra Campos Morato, André Vinicius Espírito Santo de Almeida, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Berenice Maria Scherer, Fausto Rodrigues de Lima, Jefferson Lima Lopes, José Pimentel Neto, José Theodoro Correa de Carvalho, Kedyma Cristiane Almeida Silva, Sérgio Eduardo Correia Costa Gomide, Rodrigo de Abreu Fudoli e Thiago André Pierobom de Ávila.

medidas cautelares dependem da iniciativa da parte quando ainda inexistir relação processual, pois, quando já instaurada a lide, há de reservar-se ao juiz o poder de, excepcionalmente, adotar providência que traduza o seu dever de zelar pela efetividade da jurisdição; 3) as medidas cautelares, por afetarem bens e direitos do acusado, sujeitam-se a critérios de proporcionalidade, vedando-se o uso de medida inadequada, desnecessária e desproporcional ao bem que se pretende proteger com a medida, impondo-se a escolha da medida – ou medidas – que, no caso concreto, se revele menos gravosa para o acusado, dentre as igualmente idôneas a alcançar o objetivo cautelar; 4) a prisão preventiva, bem assim as demais providências cautelares, deve perdurar por um tempo que não ultrapasse o razoável, o que justifica a fixação de prazos máximos de sua duração.

Sob essas diretrizes, o Projeto aporta algumas novidades, como as seguintes:

“1. Possibilidade de adoção de medidas cautelares ex officio somente na fase processual da persecução penal (art. 513).

2. Explicitação do princípio da taxatividade das medidas cautelares, dos objetivos que devem permear qualquer cautela (assegurar os fins da persecução criminal e a reparação civil) e da própria idéia de cautelariedade das medidas, com a verificação da permanência dos motivos (artigos 514 e 518).

3. Indicação do critério de proporcionalidade como norte na adoção das cautelares, impedindo a aplicação de medida mais gravosa que a pena decorrente de eventual condenação (art. 515).

4. Possibilidade de aplicação cumulativa das cautelares, por critérios de necessidade, adequação e vedação de excesso, sempre presentes as exigências cautelares do caso concreto (art. 517).

5. Possibilidade de prévia oitiva do sujeito passivo da medida cautelar, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o que positiva a regra da bilateralidade de audiência (contraditório) sobre tão importante decisão (art. 519).

6. Reafirmação do dever de fundamentar a decisão cautelar, com indicação expressa de seu fundamento legal, da presença de justa causa, das circunstâncias fáticas (concretas) que justificam a medida, da indicação da sua necessidade e das razões para a escolha da (s) específica (s) medida (s), exigindo-se, ainda, a indicação dos motivos (insuficiência e inadequação) para não aplicar medidas cautelares menos gravosas (art. 520). No mesmo artigo se reforça a necessidade de fixar-se data para reexame da medida.

7. Extenso elenco de medidas cautelares pessoais (15 modalidades), que podem ser aplicadas cumulativamente, desde que se preveja, em relação à infração objeto do processo, pena privativa de liberdade (artigos 521 e 522).

8. Regulamentação do uso de algemas e da força, em moldes similares ao da Súmula 11 do STF (art. 525).

9. Elenco dos direitos do preso que devem ser a ele informados: silêncio, identificação dos responsáveis por sua prisão, cópia do mandado, contato telefônico com familiar ou pessoa indicada, assistência de advogado e recolhimento em cela separada dos presos condenados (art. 534).

10. Simplificação das hipóteses de flagrante, fundindo as hipóteses, antes distintas, de quem é encontrado e de quem é perseguido, logo após, à prática do crime, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art. 538).

11. Vedação à incomunicabilidade do preso (art. 540, § 1º).

12. Possibilidade de não lavratura do auto de prisão em flagrante em caso de verificação de causa excludente de ilicitude na conduta do conduzido (art. 540, § 6º).

13. Previsão das providências que o juiz deverá adotar ao receber o auto flagrancial: relaxar a prisão ilegal, convertê-la em preventiva, arbitrar fiança ou conceder liberdade provisória (art. 543).

14. Possibilidade de decretação da prisão preventiva sob os mesmos fundamentos e com a mesma terminologia atuais, explicitando-se, porém, que não pode ser utilizada como antecipação da pena ou tendo como móvel a gravidade abstrata do crime; além disso, somente poderá ser aplicada quando outras medidas cautelares se revelarem inadequadas ou insuficientes (art. 544).

15. Limitação da prisão preventiva para crimes dolosos punidos com mais de 4 anos, salvo se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Se houver razões humanitárias (idade, gestação ou prole pequena), somente será possível a prisão em casos de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais ou, na última hipótese (razões humanitárias), se as exigências cautelares de extraordinária relevância e a insuficiência de outras medidas tornarem necessária a cautela extrema (art. 545).

16. Estabelecimento de prazos máximos de duração da prisão, por fases processuais, com limite máximo de 600 dias (art. 546), ou de 3 anos, se contados de forma interrupta, em caso de fuga e recaptura (art. 547), sem prejuízo de outras medidas cautelares (art. 548).

17. Possibilidade de decretação de prisão preventiva com prazo certo de duração (como se dá em relação

à temporária), observados os limites máximos previstos (art. 549).

18. Obrigatoriedade de reexame judicial a cada 3 meses, quanto à persistência dos motivos da prisão preventiva, incorporando-se ao direito positivo o princípio da provisoriedade da medida cautelar (art. 550).

19. Reforço da exigência de que a prisão temporária deve ser decretada apenas quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação, não se prestando para o fim de interrogar o investigado (art. 551).

20. Cabimento da Prisão Temporária para qualquer crime punido com pena máxima igual ou superior a 12 anos, ou de quadrilha (art. 551, § 1º), abandonando-se o sistema atual, que elenca, de modo taxativo, os crimes sujeitos a tal espécie de prisão provisória.

21. Indicação de que o prazo da Prisão Temporária não excederá 5 (cinco) dias, com possibilidade de uma prorrogação, restando claro, portanto, que o prazo poderá ser menor do que 5 dias, porém não maior do que 10, sempre condicionado o decreto à persistência da sua necessidade para a realização do ato investigativo (art. 552).

22. Manutenção da regra de que a fiança pode ser concedida por requerimento do interessado ou, de ofício, pelo juiz ou pela autoridade policial, independentemente de audiência do Ministério Público (art. 564).

23. Modifica-se a divisão de competência e atribuições para a fiança: ao juiz, permite-se o arbitramento de fiança sem limites qualitativos ou quantitativos da pena; à autoridade policial, permite-se que fixe a fiança

ao preso em crimes punidos com pena de reclusão, limitada a até 5 anos, ou, sem limite quantitativo algum, nos crimes punidos com detenção, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 556).

24. Possibilidade de aumento do valor da fiança, para até o décuplo do valor máximo, que é de 100 salários mínimos, o que resultaria, em valores atuais, na importância máxima de R\$465.000,00 (art. 560).

25. Extenso elenco de medidas cautelares pessoais (15 modalidades), que podem ser aplicadas cumulativamente, desde que se preveja, em relação à infração objeto do processo, pena privativa de liberdade (artigos 521 e 522). Além da Fiança, da Liberdade Provisória e da Prisão Provisória, as outras medidas cautelares pessoais consistem em Recolhimento Domiciliar (artigos 576/578); Monitoramento Eletrônico (artigos 579/582); Suspensão do Exercício de Função Pública ou Atividade Econômica (art. 583); Suspensão das Atividades de Pessoa Jurídica (art. 584); Proibição de Frequentar Determinados Lugares (art. 585); Suspensão da Habilitação para Dirigir (art. 586); Afastamento do Lar ou Outro Local de Convivência Com a Vítima (art. 587); Proibição de Ausentar-se da Comarca ou do País (art. 588); Comparecimento Periódico em Juízo (art. 589); Proibição de se Aproximar ou Manter Contato com Pessoa Determinada (art. 590); Suspensão do Registro de Arma de Fogo e da Autorização para Porte (art. 591) e Suspensão do Poder Familiar (art. 592).

26. Fixação de prazos de duração das medidas cautelares, oscilando entre 180 e 720 dias, salvo em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 593)

27. Possibilidade de decretação de prisão preventiva em caso de des-

cumprimento injustificado de uma das medidas cautelares, podendo haver substituição por outra medida, sempre se ouvindo a defesa (art.596).

28. Previsão ainda de liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, quando não houver fundamento para a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou aplicação de outra medida cautelar pessoal, ou quando cessaram os motivos que justificaram a prisão provisória ou outra medida cautelar pessoal ou, ainda, findo o prazo da medida cautelar pessoal aplicada anteriormente; em caso de não comparecimento injustificado a ato do processo para o qual o réu tenha sido intimado, adotará o juiz a providência do artigo 596, ou seja, buscará o juiz aplicar outra medida cautelar (art. 597)."

Essas e outras modificações propostas no Projeto ora analisado mereceriam longo estudo, mostrando suas nuances e os desdobramentos que cada um dos fecundos temas correlatos suscita. Porém, dadas as limitações e os objetivos deste ensaio, centraremos nossa atenção sobre os aspectos que nos parecem merecedores de maior atenção, nos debates que o PLS 156/09 há de estimular, quer no ambiente político, quer na Academia.

III. A ideia central do novo sistema

O grande mérito do Projeto do novo Código de Processo Penal reside na introdução de um cardápio de medidas, à escolha do juiz criminal, para responder às exigências cautelares que cada caso singular demanda.

Como já tivemos oportunidade de registrar (CRUZ, 2006, *passim*), nosso sistema processual penal ainda trabalha com soluções bipolares, é dizer, ou o acusado responde ao processo com total privação

de sua liberdade, ou, então, lhe é concedido o direito à liberdade “provisória”, quer mediante o simples compromisso de comparecimento aos atos processuais (no caso da liberdade provisória sem fiança), quer, se exigida a fiança, mediante a obrigação de não mudar de residência sem autorização judicial e de não ausentar-se por mais de oito dias sem comunicar ao juiz. Assim, a única medida cautelar alternativa à prisão *ad custodiam* em nosso país é a liberdade provisória, que se qualifica, por ser um substitutivo da prisão em flagrante, como uma contracautela.

Outra característica do sistema vigente é que não se admite submeter alguém ao regime de liberdade provisória sem que esteja previamente preso em flagrante. Em outras palavras, se alguém está em liberdade desde o início da persecução penal, não poderá ser submetido ao regime de liberdade provisória, com ou sem fiança – que importa em obrigações processuais –, pois esta pressupõe que o acusado tenha sido preso em flagrante, ou, quando muito, preso em razão de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, se admitida a autonomia jurídica dessas duas modalidades de prisão.³

O Projeto abandona essa lógica – ainda que não totalmente, como teremos oportunidade de indicar mais adiante – ao seguir a tendência mundial de utilização do encarceramento provisório como *extrema ratio* nos procedimentos penais. Essa, aliás, é uma das Regras das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990, que postula a adoção de medidas substitutivas à prisão provisória “sempre que possível” (item 6.2.).

³ Com a reforma processual de 2008, não mais subsistem as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível, cabendo ao juiz, ao proferir uma ou outra decisão, expressa e fundamentadamente dispor sobre a manutenção ou decretação da prisão do réu, conforme os termos dos artigos 413 § 3º e 387, parágrafo único, respectivamente, c/c 312 do Código de Processo Penal.

Essa declaração oficial das Nações Unidas refletiu a percepção, já incorporada ao direito positivo de alguns países ocidentais, de que as medidas cautelares, principalmente as de natureza pessoal, por privarem o sujeito passivo da persecução penal de um de seus mais preciosos bens – a liberdade –, quando ainda não houve decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal pelo fato que lhe é imputado, devem ser utilizadas apenas quando não for possível a adoção de outra medida menos gravosa, porém de igual eficácia.

Tal é o significado do princípio da proporcionalidade no processo penal, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade ou subsidiariedade (chamado, também, de princípio da intervenção mínima, da indispensabilidade, ou da proibição de excesso) que se encontra materializado, *inter alia*, nos Códigos de Processo Penal da Itália (art. 275), de Portugal (art. 193), da Espanha (art. 502.2.), da Alemanha (art. 116) e da França (art. 137).

A propósito, no âmbito direito europeu, berço e fonte de toda a nossa legislação, tem sido fértil a produção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o assunto (VILAR, 1988, p. 160). Sem embargo, o documento mais importante a tratar da matéria, na Europa continental, é a Recomendação R (80) 11, do Conselho de Ministros, de 27 de junho de 1980, na qual se enfatiza a necessidade de reduzir-se, por razões humanitárias e sociais, o uso das prisões provisórias nos países ao mínimo compatível com os interesses da Justiça, mediante os seguintes princípios:

“1. A detenção provisória somente pode ser decretada contra os que legitimamente sejam suspeitos de haver cometido um delito e existam razões sérias para crer-se na ocorrência de perigo de fuga, de obstrução do curso da justiça ou do cometimento de uma infração grave;

2. Ainda que existam, esses perigos somente justificam a prisão provisória

ria de modo excepcional, para responder a situações particularmente graves.

3. Para decretar a prisão provisória o juiz deverá levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, particularmente as circunstâncias relativas à natureza da infração penal, a importância dos indícios que pesem sobre o sujeito passivo da medida, a pena susceptível de ser-lhe imposta em caso de condenação, a personalidade, os antecedentes judiciais do réu, sua situação pessoal e social e seus vínculos sociais, e, por último, o comportamento do réu, sobretudo em relação às obrigações que lhe foram impostas em processo penal anterior.

4. A prisão provisória não deve ser ordenada se a privação da liberdade é desproporcional em relação à natureza do crime atribuído ao réu e à pena a ele correspondente.

5. Toda decisão que decrete a prisão provisória deve indicar o mais precisamente possível o seu objeto, e ser especialmente motivada.”

E, naquilo que mais diz respeito ao tema ora em exame, a Recomendação R (80) 11 afirma a ideia de que a autoridade judiciária, para poder decretar a prisão cautelar (provisória), deve examinar se alguma medida alternativa pode ser aplicada no lugar da prisão.

Assim, reverberando o que já dissemos (CRUZ, 2006, p. 132), se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que também se restringir a utilização da privação da liberdade do réu antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a prisão como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos aflictiva e agressiva, a privação da liberdade como medida cautelar também

somente há de ser utilizada quando nenhuma outra medida menos gravosa puder alcançar o mesmo objetivo preventivo.

Essas recomendações, que já fazem parte da inteligência doutrinária mais qualificada, foram incorporadas ao texto do Projeto, dando-lhe cariz moderno e situando-o bem à frente do direito vigente.

Bem percebeu a Comissão de Juristas que, em tema de intervenção estatal na liberdade humana, uma das mais fiéis balanças a pesar os interesses conflitantes é a regra-princípio da proporcionalidade, que, na linguagem da Exposição de Motivos, significa «que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade». Em termos práticos, e entre outros efeitos derivados da observância desse princípio, cumpre ao aplicador da lei penal confrontar as medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, para se aferir eventual «excesso na dose», com a aplicação de medida cautelar mais grave que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória. Ademais, como dito no texto introdutório ao Projeto, “o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes.”

Cabe, aqui, um pequeno reparo. Afirma-se que “entre as possibilidades de escolha, cabe ao juiz eleger aquela mais adequada ao caso concreto, atento aos parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso.” Na verdade, o princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios ou máximas, quais sejam, a adequação ou idoneidade (da medida cautelar, *in casu*), a necessidade (subsidiariedade ou proibição de excesso), e a proporcionalidade em sentido estrito, termos que estão sobrepostos tanto na Exposição de Motivos quanto na redação do artigo 517, parágrafo único, do Projeto.

De todo modo, tendo essas diretrizes explicitamente como norte, o Projeto induz o juiz da causa a elaborar um criterioso exame da situação concreta que lhe

é apresentada, com vistas a decidir, ante a exigência de providência cautelar voltada a proteger interesse ou direito ameaçado pela total liberdade jurídica do investigado ou acusado, qual ou quais das medidas postas à sua disposição deverá fazer incidir à espécie.

Não há hierarquia entre as 15 (quinze) medidas cautelares elencadas no artigo 521 do Projeto, mas, ineludivelmente, a prisão provisória (em qualquer de suas espécies) ocupa posição de destaque, pelo elevado grau de intervenção que produz na liberdade física do sujeito passivo da cautela.

Eis porque se determina o dever judicial de somente fazer uso da prisão *ante tempus* quando “outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.” (§ 3º do artigo 544, sendo a regra repetida no § 2º do artigo 545, no *caput* do artigo 550, no § 1º do artigo 551, bem assim, ainda, no inciso VI do § 2º do artigo 520, do Projeto).

IV. *Requisitos comuns a todas as cautelares*

Desse modo, é plenamente possível que estejam presentes os motivos ou requisitos que justificariam a prisão preventiva, mas, sob a influência do princípio da proporcionalidade e à luz das novas opções fornecidas pelo legislador, deverá valer-se o juiz de uma ou mais das medidas alternativas à prisão cautelar, desde que considere sua opção suficiente e idônea para obter o mesmo resultado – a proteção do bem sob ameaça – de forma menos gravosa.

Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares propostas pelo Projeto destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a concreta imposição da pena), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais.

O que varia, portanto, não é a justificativa ou a causa final da cautela, mas o grau de lesividade e a dose de sacrifício decorrente de cada uma delas. Decretar a prisão preventiva ou determinar o recolhimento domiciliar noturno tem, na sua *ratio essendi*, igual preocupação em proteger o processo, a jurisdição ou a sociedade, variando apenas a *quantidade* – se é que assim podemos nos referir – da liberdade retirada do âmbito de disponibilidade do investigado ou acusado.

Isso equivale a dizer que os motivos justificadores da prisão preventiva são os mesmos que legitimam a adoção de qualquer outra das medidas cautelares a que alude o art. 521 do Projeto, sendo equivocado condicionar a escolha de uma dessas últimas – no caso, a fiança – ao não cabimento da prisão preventiva, como o faz o inciso I do artigo 558.

Igual raciocínio orienta, indevidamente, a medida cautelar da liberdade provisória, cuja posição topográfica – destacada em capítulo próprio, assim como a fiança, após todas as outras quatorze medidas – não autoriza o intérprete e aplicador da lei processual penal a acreditar, mesmo com a dicção do artigo 597, que se trate de providência que dispensa a verificação da presença das exigências cautelares ou motivos que, em maior ou menor grau, conferem lastro a qualquer medida que interfira na liberdade humana.

Essa subsidiariedade inerente ao sistema das cautelares já é consagrada em outros diplomas processuais. No direito alemão, por exemplo, há dispositivo a indicar o uso da medida cautelar alternativa à prisão como uma medida de “suspensão” da execução da ordem de prisão. Eis o que diz o § 116 da StPO: “O juiz suspende a execução de uma ordem de detenção que somente está justificada por perigo de fuga quando medidas menos radicais atendam suficientemente o prognóstico de que o fim da prisão preventiva poderá também ser alcançado por elas.”

Mais adiante, no item 4 desse mesmo preceito, reforça-se essa ideia, ao estabelecer-se que o juiz pode suspender a execução de uma ordem de prisão quando está fundado suficientemente no prognóstico de que o imputado seguirá determinadas instruções e que por isso se alcançará o fim da prisão.

A leitura desses dispositivos legais torna evidente no direito alemão o que, para nós, ainda é fruto de uma proposta de interpretação lógica e teleológica da futura normatização: que a liberdade obtida por meio da aplicação de uma medida alternativa à prisão preventiva deixa subsistente a decisão que serve de lastro a tal providência mais extrema, “suspendendo somente seu efeito, o encarceramento, que é substituído por um estado de liberdade corporal, porém submetido a vínculos especiais” (MAIER, 1982, p. 88).

Não é por outro fundamento que se prevê, no Projeto, a possibilidade de decretação de prisão preventiva, ante o descumprimento injustificado de qualquer das demais medidas cautelares (artigo 596 c/c 598 e 572).

V. Prisão para garantia da ordem pública

Questão bem problemática, na doutrina e na jurisprudência pátrias, diz respeito à possibilidade de decretação de prisão preventiva, para fins de garantir a ordem pública, um dos três fundamentos possíveis para tal medida cautelar pessoal. Há toda uma crítica ao caráter generalizante e abstrato dessa expressão, mercê da qual tem grassado o encarceramento provisório sob tal justificativa, ligada a alegações de necessidade de preservar a paz social, de manter a credibilidade da justiça, de restabelecer a confiança no Poder Judiciário etc.

Em verdade, como bem acentuado por João Gualberto Ramos, “A prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública não é cautelar nem antecipatória, mas medida judiciária de polícia, justificada e

legitimada pelos altos valores sociais em jogo. A magistratura, formada por agentes políticos do Estado, tem papel suficientemente importante na defesa social que a legitima politicamente para decretar a medida, não referente, todavia, à atividade concreta que desenvolve no processo penal condenatório.” (RAMOS, 1998, p. 43)⁴

O Projeto mantém a mesma redação do atual artigo 312 do Código de Processo Penal, preferindo não inovar na matéria.

Parece transparecer um receio, da Comissão de Juristas, de que qualquer outra redação possa dificultar a aprovação do Projeto, tendo em vista que o tema é muito sensível perante a comunidade jurídica e a sociedade em geral.

Vale mencionar que o Projeto de Lei nº 4.208/01, um dos vários que compuseram as reformas pontuais do Código de Processo Penal, previa, em sua redação original, outra dicção ao seu artigo 312. Deveras, aquele PL substituía “ordem pública (e econômica)”, por “existência de fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrava ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.”

A proposta recebeu críticas consistentes, porquanto implicava a impossibilidade de reger, com a medida extrema, situações de notória gravidade, deixando sem proteção legal situações que efetivamente perturbam gravemente a paz e a ordem públicas, a exigir a pronta e eficaz atuação estatal.

Por isso, ao final da tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados, por meio de uma Emenda Substitutiva Global, optou-se pelo retorno à redação atual do CPP. Em outras palavras, abriu-se mão de construir uma alternativa, que, de um lado, não desprotegesse em demasia a sociedade ante o risco de que a liberdade do acusado

⁴ Em defesa da legitimidade da prisão preventiva como instrumento de defesa social, consulte-se BECHARA, 2005, p. 161 - 176.

pudesse gerar-lhe algum risco de dano, mas que, de outro lado, não perpetuasse a situação de incerteza e abstração que a atual redação do artigo 312 propicia.

Há que se encontrar, então, um ponto de equilíbrio, ou seja, uma redação que atenda tanto aos interesses do indivíduo contra excessos do poder coercitivo estatal, quanto aos interesses igualmente legítimos da sociedade contra comportamentos que colocam sob risco grave e concreto o pacífico e ordeiro convívio social.

Nesse particular, cremos devamos nos valer da experiência de outros países – evidentemente com sua adaptação à realidade brasileira – no trato jurídico dessa delicada questão.

Os países centrais com que temos maior vínculo e afinidade jurídica assim positiavam a matéria:

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, com as alterações promovidas recentemente (2003), prevê, em seu artigo 503, a decretação da *prisión provisional*, desde que se persigam algum dos seguintes objetivos:

“(a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; (b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; e (c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.”

No item 2 desse mesmo dispositivo, o legislador prevê que também será cabível a decretação da prisão provisória “para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”, acrescentando que, para valorar a existência desse risco, se atenderá “a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.”

Na França, o *Code de Procedure Penal*, também recentemente alterado (2000), declaradamente permite, no artigo 137, a detenção provisória – ou outras medidas cautelares, ali chamadas de *contrôle judiciaire* – como uma necessidade para a instrução ou “a título de medida de segurança” (*à titre de mesure de sûreté*), seguindo tradição que vem desde Faustin Hélié, no Século XIX. Para a decretação da prisão cautelar, o artigo 144 do Código exige, entre outros requisitos, que se demonstre, com apoio na prova dos autos, que a prisão constitui o único meio para cessar a infração ou prevenir sua reiteração (*Mettre fin à l’infraction ou prévenir son renouvellement*), ou para cessar a perturbação excepcional e persistente à ordem pública, provocada pela gravidade da infração, as circunstâncias em que foi cometida ou a importância do dano causado (*Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l’ordre public provoqué par la gravité de l’infraction, les circonstances de sa commission ou l’importance du préjudice qu’elle a causé*).

Por sua vez, o *Codice di Procedura Penale*, de 1988, da Itália, é mais detalhado na indicação, no artigo 274, dos requisitos que justificam as medidas cautelares, no curso do processo. Com efeito, prevê que tais medidas são dispostas quando, pela modalidade e circunstâncias do fato e pela personalidade do investigado ou acusado, revelada por comportamentos ou atos concretos ou por seus antecedentes penais, “subsiste o concreto perigo de que cometa delitos graves com o uso de armas ou de outros meios de violência pessoal, ou dirigidos contra a ordem constitucional ou, ainda, delitos de criminalidade organizada ou da mesma espécie do que é objeto do processo”. (...*sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l’ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede*).

O Código que, a meu aviso, se mostra mais claro e preciso na indicação dos

requisitos para a decretação da custódia preventiva é o Código de Processo Penal de Portugal, de 1987 e reformado em 1998, cujo artigo 204 dispõe que “Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”.

Pode-se claramente perceber, portanto, que a prisão cautelar também se utiliza em outros ordenamentos com funções de medida de segurança ou de defesa social, o que é compreensível ante a necessidade de proteger a sociedade contra investidas criminosas que perturbam a paz e a ordem públicas.

Com efeito, em tema de prisões cautelares, ao Estado caberá apreciar qual dos interesses aparentemente contrapostos, a saber, o poder punitivo e o de coerção, de um lado, e o direito à liberdade, de outro, há de prevalecer na situação concreta que lhe é colocada a decidir. Esse dilema se resolverá, por conseguinte, ora a favor da protecção do direito subjetivo do acusado, fundamental à liberdade, ora a favor do dever fundamental de prestar segurança à vítima, a terceira pessoa ou à comunidade como um todo, eventualmente ameaçadas pelo comportamento do acusado.

É dizer, será tanto ilegítima a omissão estatal do dever de protecção da sociedade, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, quanto o excesso eventualmente cometido em desfavor do imputado, ao argumento de ser devida a protecção penal efetiva de toda a coletividade, visto que ao Estado incumbe “zelar, inclusive preventivamente, pela protecção dos direitos

fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados” (SARLET, 2001, p. 150).

Daí a razão pela qual seria de melhor alvitre que o Projeto avançasse na previsão de requisitos mais precisos e claros para a decretação da segregação *ad custodiam*, abandonando a tão criticada expressão “garantia da ordem pública”. Seria, portanto, conveniente dispor, de modo explícito, que a prisão cautelar, além de servir para impedir a fuga do réu (assegurando a aplicação da lei penal) e para proteger a instrução criminal (cautela instrumental), somente pode ser utilizada, sempre em caráter excepcional, quando for o único meio adequado e necessário para evitar que a liberdade do indiciado ou acusado perturbe gravemente a ordem pública ou econômica, quer pela probabilidade de reiteração criminosa, quer pelas circunstâncias da prática ilícita ou, ainda, pela gravidade de suas consequências.

VI. A fiança

Uma das boas modificações propostas na legislação processual penal pela Comissão de Juristas do Senado diz respeito ao instituto da fiança, que é retirada do ostracismo a que foi relegada com as sucessivas reformas do Código de Processo Penal de 1941, nomeadamente com a reforma introduzida com a Lei nº 6.416/77, que passou a permitir a concessão de liberdade provisória quando o juiz, pelo exame do auto de prisão em flagrante, não identifique a necessidade da cautela.

Assim, a fiança, que já era considerada uma medida de contracautela, substitutiva da prisão em flagrante, ficou relegada a um segundo plano, visto que, a partir daquele momento histórico, a liberdade provisória passou a ser obtida sem o pagamento de fiança, mesmo quando afiançável o crime.

O Projeto tenta, em um primeiro olhar, resgatar a importância da fiança, inclusive

com a elevação de seus valores e o alargamento de seu cabimento, permitindo o uso dessa providência para quaisquer crimes, ressalvados aqueles que a Constituição qualifica como inafiançáveis.

No entanto, embora seja fiança incluída entre as medidas *cautelares*, parece ainda ser tratada como um instituto com função *contra-cautelar*, ou seja, como *substituto da prisão em flagrante*, como se depreende da redação dada ao artigo 555, onde está escrito que a fiança continua a servir para tão-somente “permitir que o preso, após o pagamento e assinatura do termo de compromisso, seja imediatamente posto em liberdade.”

Na verdade, a fiança é, ou deveria ser, mais do que isso, pois nada impede que sirva ela, também, para manter o *status libertatis* do investigado ou acusado que responde solto ao processo, e não apenas para restituí-la, como sugere o referido preceito. O que importa é analisar se, no caso concreto, há ou não exigência de providências cautelares, é dizer, se, uma vez presente o *fumus comissi delicti*, afigura-se necessário restringir, total ou parcialmente, o direito de ir e vir do investigado ou acusado. Se a conclusão é a de que existe, sim, o *periculum libertatis*, resta saber qual ou quais das providências elencadas no artigo 521 do Projeto atenderá à exigência cautelar.

Deveras, ante situação concreta que, no sistema original, permitiria a decretação da prisão preventiva, poderá o magistrado optar por outra (s) medida (s) cautelar (es), com igual idoneidade/eficácia para a proteção do bem jurídico ameaçado, com menor afetação da liberdade individual. Isso está claro, entre outros dispositivos, na dicção dos artigos 517 e 544, § 3º do Projeto.

Porém, faltou ao reformador completar esse intento, não deixando resquícios de uma lógica que se pretende abandonar – a referida “bipolaridade cautelar” atual – quando se vê, no artigo 558, ainda a vinculação de uma das cautelares alternativas – a fiança – à ausência de requisitos autorizadores da preventiva, *verbis*:

“Art. 558. Não será concedida fiança:

I – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva;”

Há outro aspecto que não pode passar em branco na crítica construtiva que se faz ao texto do Projeto: a manutenção da regra que permite à autoridade policial, no ambiente de uma Delegacia de Polícia, arbitrar a fiança, “nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, qualquer que seja o limite máximo da pena cominada, ou reclusão, com pena fixada em limite não superior a 5 (cinco) anos, exceto se praticados com violência ou grave ameaça à pessoa” (art. 556, § 1º)

Vê-se que a proposta confere ainda mais poder à autoridade policial do que a redação atual do CPP, a qual autoriza a fiança em Delegacia apenas aos crimes punidos com pena de detenção ou prisão simples (art. 322).

Entendemos que o Fórum é o ambiente mais adequado e seguro para a prática de tão importante ato processual, como o é a concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante. Essa tarefa há de cumprir um Juiz de Direito, garante dos direitos do preso, e não quem exerce suas funções em local destinado à investigação de crimes, nem sempre compatível com a missão de tutelar a liberdade humana.

Para obviar eventual e justa crítica de que tal medida redundaria em atraso na soltura do autuado, quando cabível, bastaria que se estabelecesse o direito do réu em ser conduzido, tão logo lavrado o auto de prisão em flagrante, à presença da autoridade judicial, para ser ouvido informalmente e para avaliar-se o cabimento, ou não, de liberdade provisória, com ou sem fiança, providência, aliás, já passível de ser colocada em prática, bastando aos juízes dar cumprimento ao disposto no art. 7º, item 5 do Decreto 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Tal providência, aliás, resultaria ainda em outro benefício para a salutar ativida-

de persecutória estatal, qual seja, inibir a prática de tortura, tendo em vista o natural receio, por parte de agentes de segurança pública, de que a visualização do preso pela autoridade judiciária revele a violência empregada, além do necessário, para a efetivação da prisão do suspeito.

Sem embargo, é de reconhecer-se que, pela extensão continental do território brasileiro, a atribuição, com exclusividade, a uma autoridade judiciária do poder de arbitrar fiança poderia resultar em grave prejuízo para o preso, naquelas hipóteses em que, pela sistemática atual, ou mesmo pela defendida no Projeto, fosse possível, pela menor gravidade da conduta, ser solto por iniciativa da própria autoridade policial.

Assim, é contornável tal inconveniente, bastando, em caráter excepcional, permitir o arbitramento da fiança pela autoridade policial, quando não houver, na comarca, juiz competente a quem o preso possa ser conduzido, tão logo efetuada sua prisão em flagrante.

VII. A liberdade provisória

O Projeto mantém a liberdade provisória, um instituto muito criticado pela doutrina, não pelo lúdimo objetivo a que se destina permitir ao réu responder ao processo em liberdade, mas por sugerir, por sua nomenclatura, que a liberdade do investigado ou réu seja algo excepcional⁵. Em verdade, o que se espera, no curso de um processo penal, é que o *status libertatis* seja mantido, sacrificado apenas quando, por razões excepcionais, seja necessário lançar-se mão da prisão, esta sim provisória.

Não se compreende o porquê de haver sido a *Liberdade Provisória* incluída como uma das medidas cautelares arroladas no artigo 521, sendo, portanto, passível de ser

⁵ Francesco Carrara, em meados do Século XIX, já criticava a expressão liberdade 223 provisória pois denotava a idéia de que a prisão é o estado normal (Cf. FERRAJOLI, 2003, p. 503)

usada de forma isolada ou cumulativa, e, logo adiante, receber tratamento em Capítulo próprio (o IV), à parte das demais cautelares pessoais.

Outrossim, reitera-se o já apontado equívoco cometido em relação à fiança, qual seja, o de manter a sistemática atual, em que a fiança e a liberdade funcionam como medida de “contra-cautela”, cabível apenas para situações de réu ou investigado preso, quando ausentes os motivos para a prisão preventiva.

Ora, se há motivos para a prisão preventiva e nenhuma das diversas medidas cautelares, inclusive a fiança e a liberdade provisória, forem suficientes para tutelar o direito ameaçado com a liberdade do autor do ilícito penal, o caso é mesmo de decretação da prisão preventiva, ou da conversão do flagrante, na forma preconizada pelo artigo 543 do Projeto.

Mas, como ali se diz expressamente, deverá o juiz arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso, quando a medida extremada, embora cabível, puder ser substituída por outra, igualmente adequada e eficaz, com carga coativa menor.

Por que, então, prever-se, em inciso próprio (inciso IV), a possibilidade de o juiz “conceder liberdade provisória”, se esta medida já está implicitamente referida no inciso III (outras medidas cautelares)? Parece que a resposta está no fato de que o Projeto não trata a Liberdade Provisória como uma das medidas cautelares (embora arrolada com as demais), mas como uma medida de *contra-cautela*, destinada apenas a dar liberdade a quem foi preso em flagrante, repetindo o anacrônico modelo atual.

A insistência inclusive com a nomenclatura de assim tratar o instituto da liberdade provisória não se justifica, mesmo porque, dentre as medidas cautelares, já existe uma, denominada “comparecimento periódico em juízo”, que se presta à mesma finalidade da “liberdade provisória”, sendo suficiente

apenas acrescentar, à obrigação referida no artigo 589 do Projeto, que o investigado ou acusado também será obrigado a comparecer aos atos processuais.

Sob diversa angulação, vê-se que os incisos do artigo 597 não se sustentam no sistema proposto. Isso porque, se não há fundamento para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou mesmo para aplicação de outra medida cautelar pessoal, o caso é de puro relaxamento da prisão, porque ilegal e porque não há nada a tutelar cautelarmente. E se há necessidade, pelo menos, de assegurar a presença do acusado nos futuros atos processuais, basta que se lhe imponha a obrigação mencionada no parágrafo anterior, com o acréscimo sugerido.

Igual providência a – simples soltura do réu, sem ônus quaisquer – haveria de adotar-se quando cessarem os motivos que justificaram a prisão provisória ou outra medida cautelar pessoal (inciso II), ou o esgotamento do prazo de duração da medida cautelar anteriormente aplicada, ressalvada a possibilidade a que alude o § 2º do artigo 593 do Projeto.

VIII. Considerações finais

Vivemos em um país onde as leis proliferam, muitas delas feitas de modo açodado, fruto de maiorias partidárias momentâneas, nem sempre apoiadas em boa técnica e em consistência científica. Semelhante inflação legislativa, expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, vulgariza a regulação da convivência social e induz a pensar-se que os conflitos humanos podem ser solucionados apenas no plano normativo.

Há, todavia, leis indispensáveis a uma nação. Uma delas é o Código de Processo Penal, instrumento de concretização do direito penal e de proteção do indivíduo contra os abusos estatais. E, infelizmente, o código que temos já caminha para a apo-

sentadoria compulsória, pois completará 70 anos de vida em menos de dois anos, carregando, em sua existência, além de um conteúdo genético enrugado pela ideologia vigente na ambiência política de então, uma sucessão de remendos, qual a criação de Mary Shelley.

Já se observou que conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar (CHOUKR, 2005, p. 2). Anseia-se que tenha chegado o momento de mudar essa nada auspiciosa tradição.

Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti M. *Prisão Cautelar: dramas, princípios, alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Coletiva. São Paulo: RT, 2003.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 5, p. 62, 1994.

MAIER, Julio. *La ordenanza procesal penal alemana*. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1982.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THOMPSON, Augusto. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: RT, 1976.

VILAR, Silvia Barona. *Prision provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.