

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA
Organizador

ANTONIO VIEIRA
AURY LOPES JR.
CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO
CÉSAR DE FARIA JÚNIOR
CIBELLE BARRETTO ALMEIDA
CRISTINA DI GESU
ELMIR DUCLERC RAMALHO JUNIOR
FABIANO CAVALCANTE PIMENTEL
FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO
GEDER LUIZ ROCHA GOMES
ISAAC SABBÁ GUIMARÃES
JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI
JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS
LUIZ FLÁVIO GOMES
MARIA LÚCIA KARAM
NESTOR TÁVORA
PAULO QUEIROZ
RENÉ ARIEL DOTTI
RICARDO AUGUSTO SCHMITT
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROGÉRIO SANCHES CUNHA
ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ
RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA
RONALDO BATISTA PINTO
ROSMAR ANTONNI R. CAVALCANTI DE ALENCAR
SAULO JOSÉ CASALI BAHIA
VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO
VLADIMIR ARAS

LEITURAS
COMPLEMENTARES
DE PROCESSO PENAL

2008



EDITORA
*Jus***PODIVM**

341.43
L537
LCP

SUMÁRIO

Apresentação	13
Capítulo I	
HABEAS CORPUS: CONSIDERAÇÕES PARA USO TÓPICO	15
<i>Aury Lopes Jr. e Cristina di Gesu</i>	
1. Uma (re)leitura histórica do <i>habeas corpus</i> : os antecedentes do direito aragonês	15
2. Antecedentes históricos no Brasil e considerações prévias	19
3. Natureza jurídica	20
4. Objeto	21
5. A coação ilegal: excesso de prazo da prisão cautelar à luz do direito de ser julgado em um prazo razoável	22
5.1. Sumárias considerações sobre a dilação indevida	22
5.2. (De)Moça jurisdicional e prisão cautelar.....	28
6. Prisão em flagrante como medida pré-cautelar: <i>habeas corpus</i> contra a manutenção da prisão.....	32
7. <i>Habeas corpus</i> contra prisão preventiva para garantia da ordem pública e/ou econômica: ausência de cautelaridade da prisão	36
8. O <i>habeas corpus</i> como instrumento de <i>collateral attack</i>	42
9. O <i>habeas corpus</i> contra ato de um particular.....	44
10. Considerações finais.....	45
11. Bibliografia.....	46
Capítulo II	
LIMITES DO “IUS PUNIENDI” E BASES PRINCIPIOLÓGICAS DO GARANTISMO PENAL	49
<i>Luiz Flávio Gomes</i>	
1. Importância do problema dos “limites” do <i>ius puniendi</i>	49
2. Enfoque do tema na doutrina penal.....	49
3. Princípios, regras, normas, preceitos, valores e garantias do ECHD.....	50
4. Enumeração dos princípios fundamentais (cardeais) limitadores do <i>ius puniendi</i>	53
5. Minimalismo e garantismo.....	54
6. Sistema (penal) minimalista garantista	55
7. Para que serve o sistema (penal) minimalista garantista?.....	56
8. O sistema penal minimalista garantista como paradigma reitor da função jurisdicional	57
Capítulo III	
A SUBSIDIARIEDADE PROCESSUAL PENAL E ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR	63
<i>Rogério Schiatti Machado Cruz</i>	

1. Novas tendências do sistema cautelar penal	63
2. A bipolaridade cautelar do sistema brasileiro	65
3. A perspectiva de um novo sistema cautelar	67
4. A mudança de paradigma	68
5. As alternativas do juiz, conforme a proposta do pl nº 4.208/01	73

Capítulo IV

NULIDADES NO PROCESSO PENAL: DO TRADICIONAL

“INFERNO” TEÓRICO A UMA RACIONALIDADE GARANTISTA	77
---	-----------

Elmir Duclerc Ramalho Junior e Cibelle Barretto Almeida

1. Introdução	77
2. Forma como garantia.....	79
3. Por uma revisão das categorias conceituais	81
4. O sistema de controle de invalidades e os interesses do acusado	83
5. O sistema de controle da invalidade processual e os interesses da acusação.....	87
6. Modificações legislativas e suas implicações na disciplina da invalidade processual	89
7. A invalidade processual e as normas de competência.....	91
9. Conclusões	93
10. Bibliografia.....	96

Capítulo V

AGENTE PROVOCADOR, AGENTE INFILTRADO

E O NOVO PARADIGMA DE PROCESSO PENAL	97
---	-----------

Isaac Sabbá Guimarães

Capítulo VI

DO ILUMINISMO AO “DIREITO PENAL” DO INIMIGO	117
--	------------

Roberto Delmanto Junior

1. Introdução	117
2. A Escola Clássica.....	118
3. Escola Positiva	121
4. A Escola Crítica.....	122
5. A Escola Sociológica Alemã	122
6. A <i>Terza Scuola</i>	124
7. A Escola Técnico-jurídica	124
8. A Escola da Defesa Social e a Escola de Kiel.....	126
9. O Finalismo	127
10. A Teoria Social da Ação e o Funcionalismo	128
11. O “Direito Penal” do Inimigo	130

Capítulo VII

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO:

CRÍTICAS À SUMULA Nº. 696 DO STF	135
---	------------

Vinicius de Toledo Piza Peluso

1. Introdução	135
2. O Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais.....	136
2.1. O Estado Democrático de Direito	136
2.2. Os Direitos Fundamentais	137
3. O Direito Penal e o Processo Penal.....	140
4. A Súmula nº 696 do STF	144
5. A Natureza Jurídica da Suspensão Condicional do Processo.....	147
6. Outras Críticas.....	151
7. Considerações Finais.....	157
8. Bibliografia.....	158

Capítulo VIII

O DEVIDO PROCESSO LEGAL: ESCUDO DE PROTEÇÃO DO ACUSADO E A PRAXIS PRETORIANA

161

José Antonio Paganella Boschi

1. Considerações introdutórias	161
2. As irradiações do devido processo legal	164
2.1 Sistema acusatório de processo.....	165
2.2. A presunção de inocência.....	166
2.3. Direito à tramitação do processo em tempo razoável	171
2.4. A acusação por fato certo e explícito	174
2.5. Juízo natural	178
2.6. Proibição de uso de provas ilícitas e ilegítimas	180
2.7. Direito contra a indevida publicidade dos atos do processo.	183
2.8. Direito à Ampla defesa	184
2.9. Direito ao Contraditório	189
2.10. Fundamentação das decisões judiciais	191
2.11. Direito aos Recursos	194
2.12. Intangibilidade da coisa julgada	195
3. À guisa de conclusões	195

Capítulo IX

A CRIAÇÃO DE JUÍZO DO JÚRINO CURSO

DO PROCESSO E O JUIZ NATURAL.....

199

Maria Lúcia Karam

1. A Questão a ser analisada.....	199
2. A competência de foro (ou competência territorial) em processos de natureza penal	199
3. A chamada perpetuação da competência e a regra do artigo 87 do Código de Processo Civil.....	202
4. A não incidência de perpetuação da competência nas hipóteses em que a estabilidade se contradiz com outro interesse público mais relevante	204

5. A perpetuação da competência no processo penal.....	206
6. A particularidade da questão analisada: a competência do júri.....	208
7. Conclusão: A ilegitimidade da atuação do juízo do júri supervenientemente incompetente.....	212

Capítulo X

INTERROGATÓRIO ON-LINE OU VIRTUAL – CONSTITUCIONALIDADE DO ATO E VANTAGENS EM SUA APLICAÇÃO.....	213
---	------------

Ronaldo Batista Pinto

1. Críticas.....	213
2. Pontos favoráveis.....	215
3. Nossa posição.....	217

Capítulo XI

O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL E A QUESTÃO RECORRENTE ACERCA DA SUA NATUREZA JURÍDICA.....	225
---	------------

Geder Luiz Rocha Gomes

1. Introdução.....	225
2. Desenvolvimento.....	227
2.1. Execução Penal: Breve Histórico.....	227
2.2. Da Evolução Histórica da Pena.....	228
2.3. Novo Movimento pela Administracionalização da Execução Penal.....	237
2.4. Considerações contrárias à iniciativa de Admimistracionalização da Execução Penal.....	239
2.5. Da Jurisdicionalidade da Execução Penal e seus princípios norteadores....	241
3. Conclusões e Proposições.....	247
4. Referências.....	249

Capítulo XII

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS SÚMULAS 267 DO STJ E 721 DO STF.....	253
--	------------

Fernando da Costa Tourinho Filho

Capítulo XIII

JEAN CHARLES DE MENEZES E O PROCESSO PENAL DO AMIGO.....	265
---	------------

César de Faria Júnior

Capítulo XIV

VIDEOCONFERÊNCIA, PERSECUÇÃO CRIMINAL E DIREITOS HUMANOS.....	269
--	------------

Vladimir Aras

1. Introdução.....	269
--------------------	-----

2. Sistemas de videoconferência criminal.....	271
3. Os prós e os contras do sistema.....	272
3.1. A videoconferência como mecanismo que propicia economia para o réu, para o advogado e para o Estado.....	273
3.2. Videoconferência como mecanismo garantidor da segurança da sociedade e dos agentes estatais	274
3.3. Videoconferência como mecanismo efetivador do princípio da celeridade e da duração razoável do processo	275
3.4. Videoconferência como meio de ampliação do acesso à justiça: o fórum no ciberespaço	275
3.5. Videoconferência como mecanismo de amplificação do princípio do juiz natural	276
3.6. A videoconferência e a plena devolução da causa aos tribunais de apelação e como mecanismo que favorece a busca da verdade real ...	277
3.7. A videoconferência como mecanismo para acelerar os incidentes de execução penal.....	277
3.8. A videoconferência como mecanismo de proteção a vítimas, testemunhas e peritos.....	278
3.9. A videoconferência como mecanismo que amplia o princípio da publicidade	278
3.10. A videoconferência como mecanismo facilitador da cooperação internacional penal	279
3.10.1. A videoconferência no direito norte-americano e no direito europeu.....	281
3.10.2. A videoconferência no MLAT Brasil/Suíça	285
3.11. Videoconferência: audiência virtual, partes reais, contraditório total.....	286
4. O pomo da discórdia: o uso de videoconferência e as garantias do acusado no processo penal	288
4.1. O teleinterrogatório e o direito à ampla defesa	287
4.2. O teledepoimento e o direito ao contraditório.....	293
5. A videoconferência na jurisprudência brasileira	296
6. A videoconferência no projeto de reforma do CPP e a teleaudiência criminal no Brasil	301
7. Conclusão.....	305

Capítulo XV

NOTAS SOBRE A BIGAMIA.....	311
<i>José Carlos Teixeira Giorgis</i>	
1. A família e o direito penal.....	311
2. A parte especial e sua natureza jurídica	313
3. A bigamia	314
3.1. Notas iniciais.....	314

3.2. Sujeitos do crime.....	320
3.3. Elemento subjetivo.....	321
3.4. Consumação e tentativa.....	322
3.5. Prescrição.....	324
3.6. Ação e processo.....	324

Capítulo XVI

PRISÕES PROVISÓRIAS: ESPÉCIES, NATUREZA E ALCANCE..... 327

Ricardo Augusto Schmitt

1. O princípio da presunção de inocência e seu reflexo infraconstitucional.....	327
2. Diferenciação substancial entre <i>juízo de mérito</i> e <i>juízo cautelar</i>	330
3. Espécies de prisões provisórias.....	331
4. Prisão em flagrante: <i>provisória, mas não cautelar</i>	331
5. Prisão temporária: <i>política criminal da "lei e ordem"</i>	334
6. Prisão preventiva: <i>proporcionalidade da medida</i>	336
7. Prisão decorrente de sentença penal condenatória e de pronúncia: <i>prisão preventiva "lato sensu"</i>	337
8. Considerações finais.....	340
9. Referências bibliográficas.....	341

Capítulo XVII

A LEI MARIA DA PENHA E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES..... 343

Rômulo de Andrade Moreira

1. Introdução.....	344
2. A retratação da representação.....	347
3. A aplicação da pena de prestação pecuniária.....	349
4. As medidas protetivas de urgência.....	352
5. Os juizados de violência doméstica e familiar.....	354
6. A aplicação da lei nº. 9.099/95.....	355
7. A prisão preventiva.....	363
8. As alterações no Código Penal e na lei de execução penal.....	366
9. Conclusão.....	367

Capítulo XVIII

TRANSAÇÃO PENAL: DIVERGÊNCIAS

SOBRE SUA NATUREZA JURÍDICA..... 371

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar e Nestor Távora

1. Introdução.....	371
2. Síntese histórica.....	373
3. Sobre a natureza jurídica da transação penal.....	375
3.1. Noção.....	375
3.2. <i>Plea bargaining</i>	376
3.3. <i>Guilty plea</i>	377

3.4. Transação penal na Lei Federal 9.099/1995.....	377
4. Efeitos decorrentes do entendimento adotado.....	382
5. Conclusão.....	384
6. Referências.....	385

Capítulo XIX

TUTELA ANTECIPADA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL.

ASPECTOS GERAIS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	389
--	------------

Fabiano Cavalcante Pimentel

1. As lacunas e o ordenamento jurídico	392
2. Forma de integração do sistema – a analogia.....	394
3. O problema da lacuna em sede de revisão criminal e o uso inadequado do <i>habeas corpus</i> e das medidas cautelares inominadas.....	398
4. O uso da tutela antecipada para obter efeito suspensivo em ação rescisória – o paradigma para a revisão criminal.....	401
5. Dos requisitos para a concessão da tutela antecipada em sede de revisão criminal	404
6. Conclusão.....	413
7. Referências.....	416

Capítulo XX

A COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL	423
--	------------

Saulo José Casali Bahia

1. Introdução	423
2. A competência cível da Justiça Federal	423
3. A competência cível em razão da pessoa	423
4. A competência cível em razão da matéria.....	424
5. A competência cível em razão da função.....	424
6. A competência cível em razão do território ou de foro.....	425
7. A competência criminal da Justiça Federal.....	425
8. Causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil.....	426
9. Crimes políticos e infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.....	427
10. Crimes previstos em tratado ou convenção internacional.....	428
11. Causas relativas a direitos humanos.....	430
12. Crimes contra a organização do trabalho, o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira	432
13. <i>Habeas corpus</i>	433
14. Mandados de segurança criminais	433
15. Crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves	436
16. Crimes de ingresso ou permanência irregular do estrangeiro no país.....	438

17. Execução de carta rogatória	438
18. Execução de sentença estrangeira	439
19. Prisão para fins de deportação e de expulsão	439
20. Crime-meio de competência da Justiça Federal.....	440

Capítulo XXI

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PRISÃO PROVISÓRIA.....	443
--	------------

Antônio Vieira

1. Introdução	443
2. O conteúdo do princípio da proporcionalidade.....	444
3. Proporcionalidade e prisão provisória.....	445

Capítulo XXII

ABSOLVIÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	453
--	------------

Falta de justa causa, trancamento da ação penal sem decisão de mérito.

Direitos Humanos e os princípios *nulla culpa sine iudicio e nullum iudicium*

<i>sine accusazione</i> , frente a um Poder Judiciário moderno no Estado Democrático	453
---	-----

Cândido Furtado Maia Neto

Capítulo XXIII

SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL	469
---	------------

Antonio Vieira e Paulo Queiroz

1. Introdução	469
2. Sistema integral de direito e processo penal?	471
3. Devido processo como condição objetiva de punibilidade – interação entre princípios penais e processuais.....	473
4. Legalidade e processo penal.....	473
5. Proporcionalidade e processo penal	476

Capítulo XXIV

A LEI MARIA DA PENHA E A NÃO-APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	479
---	------------

Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches Cunha

Capítulo XXV

O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO RÉU.....	485
---	------------

René Ariel Dotti

CAPÍTULO III

A SUBSIDIARIEDADE PROCESSUAL PENAL E ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR¹

Rogério Schietti Machado Cruz²

SUMÁRIO: 1. novas tendências do sistema cautelar penal – 2. A bipolaridade cautelar do sistema brasileiro – 3. A perspectiva de um novo sistema cautelar – 4. A mudança de paradigma – 5. As alternativas do juiz, conforme a proposta do pl n° 4.208/01.

1. NOVAS TENDÊNCIAS DO SISTEMA CAUTELAR PENAL

Principalmente a partir do último quarto do Século XX consolidou-se tendência mundial em adotarem-se formas alternativas de punição, não mais adstritas ou centradas na pena privativa de liberdade.

Os malefícios causados pelo encarceramento penal – assunto já abordado no início deste trabalho – forçaram a adoção de alternativas punitivas, principalmente por meio de medidas restritivas de direitos que não o da liberdade humana.

As diretrizes estabelecidas nas Regras das Nações Unidas sobre Medidas não-privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990, condensaram o que já se previra em outros textos internacionais relativos aos direitos humanos. Nos *consideranda* do documento, afirma-se a convicção “de que as penas substitutivas da prisão podem constituir um meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da coletividade, tanto no interesse do delincente quanto no da sociedade” e de que “as penas restritivas de liberdade só são justificáveis do ponto de vista da segurança pública, da prevenção do crime, da necessidade de uma sanção justa e da dissuasão e que o objetivo último da justiça penal é a reinserção social do delincente”.

Já no que toca ao objeto deste estudo, o encarceramento provisório, as Regras de Tóquio firmaram a convicção de ser tal medida cautelar o último recurso a ser adotado nos procedimentos penais, propondo a adoção de medidas substitutivas, “sempre que possível” (item 6.2.).

Essa declaração oficial das nações unidas refletiu a percepção, já incorporada ao direito positivo de alguns países ocidentais, de que as medidas cautelares,

1. Este estudo é reprodução, com pequenas adaptações, de um dos capítulos do livro, de nossa autora: *PRI-SÃO CAUTELAR: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

2. Procurador de Justiça (MPDFT); Doutor e Mestre em Direito Processual Penal (USP).

principalmente as de natureza pessoal, por privarem o indivíduo 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 possuir um caráter de excepcionalidade e, outrossim, 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 subsidiaridade (chamado, também, de princípio da intervenção mínima, da indispensabilidade, ou da proibição de excesso) que, conforme já adiantamos no capítulo anterior, encontra-se 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).

Trata-se, assim, de um fenômeno normativo irreversível, que paulatinamente se estende a outros países, inclusive ao Brasil, onde o Projeto de Lei nº 4.208/01, de que iremos cuidar logo adiante, introduz outras medidas cautelares diversas da prisão, abrindo-se um leque de alternativas ao juiz natural da causa para, de acordo com as peculiaridades e necessidades de cada caso examinado, escolher a medida adequada e suficiente para responder aos fins colimados pela cautela.

Releva destacar que, no âmbito do 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. Sem embargo, o documento mais importante a tratar da matéria, no âmbito da Comunidade Européia, 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 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 decreta 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 idéia 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 (Capítulo II, item 9).

Parece, enfim, haver um consenso de que a prisão-cautela possui os inconvenientes e malefícios da prisão-pena, com o agravante de que nem mesmo pode servir como meio de ressocialização ou reeducação do preso, se é que isso pode ainda ser defendido como um dos objetivos da pena em sistemas penitenciários com perfil similar ao do brasileiro.

Logo, 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 o uso de medidas homólogas (não deveriam ser) à prisão-pena, antes da sentença condenatória definitiva. É dizer, se a privação da liberdade como pena somente deve ser aplicada aos casos mais graves, em que não se mostra possível e igualmente funcional outra forma menos afliitiva 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.

A tal conclusão se chega com maior facilidade quando se relembra que a prisão cautelar é aplicada a quem ainda é considerado inocente, ou, pelo menos, deve ser tratado como tal. Ora, se mesmo em relação a quem já foi considerado culpado a prisão é vista como um mal, um mal necessário, o que dizer de aplicar-se igual privação de liberdade a quem não foi julgado? No mínimo, que se trata de um mal, necessário que seja, ainda maior.

2. A BIPOLARIDADE CAUTELAR DO SISTEMA BRASILEIRO

O Brasil, como sói ocorrer, continua atrasado na modernização de seu sistema punitivo, que ainda é permeado, de um modo geral, pela mesma carga científica e ideológica dos longínquos anos 40, década em que estávamos mergulhados em uma visão-de-mundo absolutamente distinta da atual, com costumes bem diversos, com uma economia de mercado ainda inexistente e uma sociedade regida por valores e condicionamentos que o tempo cuidou de modificar radicalmente.

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.

Saliente-se, a propósito, que nosso sistema não 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 – 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.

É importante enfatizar que a liberdade provisória, no sistema vigente, não substitui a prisão preventiva (ou mesmo a temporária), já que são medidas inconciliáveis entre si. Quem está preso a título de prisão preventiva *stricto sensu* ou a título de prisão temporária poderá ser posto em liberdade, quer por revogação da cautela, por não mais ser necessária tal medida, quer por relaxamento da prisão ou concessão de ordem de Habeas Corpus, em face da ilegalidade da custódia. Em ambas as hipóteses o réu é posto em liberdade sem assumir qualquer dever processual. Não se sujeita às obrigações a que aludem os artigos 310, 327 e 328 do Código de Processo Penal porque, repita-se, não é beneficiário de liberdade *provisória*, mas de liberdade pura e simples.

No Brasil, em suma, pode-se falar na existência de uma única medida alternativa à prisão cautelar – a liberdade provisória – ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos, onde a liberdade provisória é uma de tantas outras medidas cautelares *autônomas*, que podem, destarte, ser impostas mesmo a quem se encontra em liberdade total, conforme examinaremos mais adiante.

A liberdade provisória, por conseguinte, é considerada, no sistema pátrio, uma medida de *contracautela*, que traduz uma situação intermediária entre a liberdade total, sem qualquer vínculo, e a prisão cautelar. Isso implica dizer que o acusado pode responder ao processo em uma das seguintes situações pessoais:

- 1ª. em regime de liberdade sem vínculo ou total, o que ocorre quando o acusado ou não foi preso em flagrante, ou, tendo sido cautelarmente preso

(não importa qual a modalidade de prisão), adveio revogação da prisão ou concessão de Habeas Corpus ou relaxamento da prisão, hipóteses em que nenhuma obrigação lhe é impingida;

2ª. em regime de liberdade vinculada, o que se dá nas hipóteses em que o acusado (ou, mesmo antes, o indiciado) é posto em liberdade, aceitando certos compromissos e obrigações, que configuram a provisoriedade dessa contracautela, que poderá importar no retorno ao *status quo ante* (prisão) se descumprida alguma dessas obrigações;

3ª. em regime de prisão cautelar, que poderá convolar-se em alguma das situações anteriores, a depender da análise judicial.

3. A PERSPECTIVA DE UM NOVO SISTEMA CAUTELAR

Diante desse quadro de ausência de opções, o Governo apresentou ao Congresso Nacional, dentro de pacote de reformas da legislação processual (civil e penal), o Projeto 4.208/01, que cuida «da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória», dispondo, em seu art. 319 de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Pretende-se, com a nova legislação, “proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal” (Exposição de Motivos do Anteprojeto encaminhado ao Parlamento pelo Ministro da Justiça).

O texto está assim redigido:

CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses:

I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos ;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Além dessas alternativas à prisão preventiva, o Projeto prevê a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva cumprida em estabelecimento prisional, por prisão domiciliar, em situações bem restritas, indicadoras da inconveniência e da desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere. Correspondem, como diz a exposição de motivos do Anteprojeto, às hipóteses que autorizam prisão albergue no regime aberto (art. 117 da Lei 7.210/84), relacionadas no artigo 318: pessoa maior de 70 (setenta anos); pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave; pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de 7 (sete) anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Com essa nova realidade normativa, passa o juiz da causa a dispor de maiores opções – que não apenas a liberdade provisória – para a proteção dos bens e interesses que estejam sob ameaça em razão da existência de um processo penal, sem, necessariamente, sacrificar a liberdade do acusado, a quem se impõem obrigações adequadas às peculiaridades do caso concreto, de modo proporcional à gravidade do crime e às exigências cautelares.

4. A MUDANÇA DE PARADIGMA

Em que pese o avanço da novel legislação, há imperfeições a sanar. A mais relevante delas é de cunho científico e denota, a nosso juízo, a falta de percepção quanto à mudança de paradigma decorrente do abandono do sistema ainda vigente. Com efeito, o art. 321, na redação que lhe dá o Projeto, assevera que “inexistindo os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas

no artigo 319 e observados os critérios do art. 282”. Por sua vez, o § 2º do art. 283 dispõe que “quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319)”.

Ora, as medidas alternativas à prisão preventiva não pressupõem, ou não deveriam pressupor, a inexistência de motivos ou de requisitos, como indica o texto legal, que autorizam a decretação da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz para o fim colimado com a medida cautelar principal, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo.

É essa, precisamente, a idéia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade: o juiz somente poderá decretar a medida mais extrema – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais seja possível alcançar os mesmos fins colimados pela prisão cautelar.

Trata-se, como já dito no capítulo anterior, de uma escolha comparativa, entre duas ou mais medidas disponíveis – *in casu*, a prisão preventiva e alguma (s) das outras arroladas no art. 319 do CPP – igualmente idôneas para atingir o objetivo a que se propõe com a providência cautelar.

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 indicadas no art. 319 do CPP, desde que considere sua opção suficiente e idônea para obter o mesmo resultado – a proteção do bem sob ameaça – de forma menos gravosa.

Para tornar essa idéia mais clara, consideremos o exemplo de alguém que, respondendo a um processo por crime de corrupção ativa, sinalize, em virtude de atos concretos como a venda de seus bens, a lavratura de procuração com amplos poderes a terceira pessoa, além da compra de passagem para o exterior, a intenção de fugir do país. Inegavelmente estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, tendo em vista que há prova da existência de um crime punido com pena de reclusão, indícios suficientes de autoria e claros indicadores de que a aplicação da lei penal está ameaçada de não se efetivar com a iminente fuga do acusado. Porém, para evitar a efetiva lesão ao direito ameaçado (o *ius puniendi* do Estado, que se concretiza, em última análise, com a imposição e o cumprimento da sanção penal decorrente da sentença condenatória irrecorrível), o juiz poderá – em avaliação criteriosa – entender suficiente condicionar a manutenção da liberdade do acusado às obrigações constantes dos incisos IV e V do art. 319 do CPP, ou seja, proibição de ausentar-se do país (inc.

IV) e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (inc. V), determinando, outrossim, a fiscalização das fronteiras do país e a entrega, pelo acusado, de seu passaporte (art. 320).

Essa opção judicial produziria o mesmo resultado – evitar a fuga do réu e o conseqüente prejuízo à aplicação da lei penal (“obstáculos ...à execução da sentença”, na linguagem da nova redação proposta para o art. 312 do CPP) – sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade do acusado. Além do menor custo pessoal e familiar da medida, pois o não recolhimento à prisão do réu poupa-o, bem assim seus entes mais próximos, de um sofrimento desnecessário, o Estado também se beneficia com essa escolha, porquanto poupa vultosos recursos, humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém sob custódia, a par de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento (lesões corporais, tortura, ou mesmo homicídio, eventualmente cometidos por outros presos ou por carcereiros, transmissão de doenças infecto-contagiosas, criminalização do preso, estigmatização etc).

No exemplo citado, o acusado estará sob regime de liberdade provisória (embora o Projeto não se valha de tal expressão no art. 319), mediante termo de comparecimento periódico em juízo, tal qual similarmente se dá hoje na hipótese prevista no art. 310 do CPP. Assim, a liberdade provisória – que poderá converter-se em prisão preventiva, como prevê a nova redação dada ao art. 312, parágrafo único, pelo Projeto, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas ao réu – expele um aroma de nítida função cautelar, cumprindo os mesmos propósitos da prisão preventiva, porém com menor gravidade para o imputado, na medida em que lhe garante maior respeito à sua liberdade natural (VILAR, 1988, p.179).

Semelhante ilação nos leva a criticar outro aspecto do texto do Projeto, tanto do art. 283, § 2º, quanto do art. 321: a perda de referência cautelar das medidas diversas da prisão, ao condicionar-se sua decretação à ausência de requisitos para a prisão preventiva.

Explicuemo-nos. O art. 282 do Projeto deixa claro que “as medidas cautelares previstas neste Título [o que inclui, desse modo, tanto a prisão, quanto as outras medidas cautelares e a liberdade provisória] serão aplicadas com base nos seguintes critérios”, os quais são indicados em dois incisos, o primeiro muito claro ao mencionar a “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais”.

Pois bem, esse critério é, conforme melhor detalhado no art. 312, o que justifica a prisão preventiva, ou seja, a necessidade de sacrificar a liberdade do

investigado ou acusado, por representar um perigo (*periculum libertatis*) à investigação ou instrução do processo (cautela instrumental), à aplicação da lei penal (cautela final) ou à ordem pública ou econômica (medida de defesa social, como já dizia Faustin Hélie na metade do Século XIX).

Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares introduzidas pelo Projeto no ordenamento processual penal 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. 319 do Projeto, sendo equivocada condicionar a escolha de uma dessas últimas ao não cabimento da prisão preventiva. Na verdade, a prisão preventiva é cabível, mas a sua decretação não se mostra necessária, porque, em avaliação judicial concreta e razoável, devidamente motivada, considera-se suficiente para produzir o mesmo resultado a adoção de medida cautelar menos gravosa.

A idéia torna-se ainda mais clara em sistemas – como o alemão – em que o dispositivo indica o uso da medida cautelar alternativa à prisão como uma medida de “suspensão” da execução da ordem de prisão. Vejamos o que prevê o § 116 da StPO:

§ 116. 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 artigo, reforça-se essa idéia, ao estabelecer-se que

O juiz pode suspender a execução de uma ordem de prisão que tenha sido emitida de acordo com o § 112a, 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.

Logo, a prevalecer a dicção normativa sugerida pelo Projeto – “inexistindo os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no art. 319 e observados os critérios do art. 282” – é de perguntar-se, então, com base em quê será autorizada a providência cautelar menos gravosa? Se os requisitos cautelares indicados no art. 282, I, são inerentes a quaisquer das medidas previstas no Título IX do Código, o que restará como fundamento ou supedâneo para justificar, por exemplo, a proibição de o réu manter contato com pessoa determinada (inc. III do art. 319), se a proteção a uma fonte de prova (imaginemos a testemunha ocular do fato, que se sente intimidada pelo rotineiro contato com o acusado), é precisamente o que justifica a cautela instrumental ante o notório *periculum libertatis*? Se não cabe a preventiva, não deverá caber também qualquer outra medida restritiva da liberdade do acusado, igualmente direcionada a proteger aquela fonte de prova.

Decerto que nem todas as medidas cautelares possuem os mesmos requisitos exigidos da prisão preventiva. Tal é o caso, por exemplo, da interceptação das comunicações telefônicas e da busca e apreensão domiciliar, que se destinam, basicamente, a obter provas que permitam o melhor exercício da jurisdição penal, cujo êxito depende da reconstrução histórica do fato objeto da acusação. Sem embargo, as medidas cautelares de natureza pessoal importam em algum grau de sacrifício da liberdade de locomoção do sujeito passivo da cautela, o que condiciona sua validade à existência de motivo concreto que demonstre o perigo de manter-se a liberdade do investigado ou acusado totalmente desimpedida.

Em outras palavras, para privar-se alguém, total ou parcialmente, do direito de ir e vir, em razão de uma acusação penal, é mister que se demonstre, além do pressuposto inerente a qualquer cautela (*fumus comissi delicti*), uma situação que, não houvesse qualquer outra providência cautelar, justificaria a prisão preventiva como instrumento de proteção do bem ameaçado com a liberdade do imputado (*periculum libertatis*).

Resta clara, portanto, a impressão, ao ler o texto integral do Projeto, de que, muito embora se tenha avançado para um outro modelo normativo, o reformador permaneceu com um pé fincado no sistema cautelar ainda em vigor, o qual, repita-se, trabalha apenas com duas hipóteses: prisão cautelar ou liberdade provisória, sendo esta apenas possível de ser deferida, com ou sem fiança, ante a ausência de motivo para a prisão preventiva.

5. AS ALTERNATIVAS DO JUIZ, CONFORME A PROPOSTA DO PL N° 4.208/01

Resumindo o que se disse acima, e procurando empreender-se uma análise global de todo o Projeto, é possível concluir que a reforma abandona o sistema bipolar – prisão e liberdade provisória – e passa a trabalhar com várias alternativas, cada qual adequada a regular o caso concretamente examinado, levando-se em consideração os seguintes fatores: “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (inciso II do art. 282).

O juiz poderá, então, decretar, de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial (art. 282, § 2º) as medidas cautelares previstas no Título IX do CPP, de forma isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º), sempre que possível, mediante audiência da parte afetada pela cautela (art. 282, § 3º).

Poderá, então, o investigado ou acusado constituir-se em sujeito passivo de uma das seguintes medidas cautelares:

1. PRISÃO EM FLAGRANTE, hipótese na qual o Projeto determina que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá (e não, como dito atualmente, poderá) – não sendo caso de *relaxamento* da prisão, por ilegalidade, ou de sua *conversão em preventiva*, quando presentes os requisitos do art. 312 – *conceder* ao autuado LIBERDADE PROVISÓRIA, com ou sem fiança (art. 310, itens I, II e III).
2. PRISÃO PREVENTIVA, se ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença; ou que venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa (art. 312, caput). Cumpre destacar que, restringindo as hipóteses de prisão preventiva atualmente vigentes, o Projeto somente admite tal cautela em relação a crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos ou, independentemente da sanção penal, quando o acusado houver sido definitivamente condenado por outro crime doloso (art. 313). Da conjugação desses dois preceitos, modificados pelo Projeto, condutas relativamente graves, como as de reiteração criminosa na prática de furto a residências, estelionato ou mesmo de receptação de automóveis, ficarão imunes à providência cautelar mais gravosa, o que, convenhamos, poderá significar ausência de proteção penal eficiente à sociedade.
3. PRISÃO DOMICILIAR, consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, de onde somente poderá ausentar-se mediante

autorização judicial (art. 317), nas hipóteses de pessoa maior de setenta anos ou sujeita a severas conseqüências de doença grave; ou de pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; ou, ainda, na hipótese de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, em qualquer dessas situações mediante prova idônea (art. 318).

4. LIBERDADE PROVISÓRIA, como substituta da prisão em flagrante, com ou sem fiança, quando o juiz considerar que não é necessário manter-se a prisão (inciso III do art. 310) ou quando verificar que o agente praticou o fato em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (parágrafo único do art. 310).
5. LIBERDADE PROVISÓRIA como providência cautelar autônoma, consistente em uma ou mais DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES previstas no art. 319. Perceba-se que tais medidas cautelares são alternativas à prisão, podendo ser impostas – nada indica o contrário – mesmo se estiver o acusado em liberdade desde o início dos atos de persecução penal, como condição para que assim continue. Portanto,
 - 5.1. poderá o juiz tanto condicionar a manutenção da liberdade do acusado ao cumprimento de uma das medidas elencadas no art. 319, sob pena de decretar a prisão preventiva, quer originalmente (art. 311 c/c 312), quer como sanção processual, justificada pela verificada insuficiência da medida menos gravosa para proteção do interesse ameaçado, decorrente do descumprimento da providência cautelar alternativa; como, também,
 - 5.2. poderá o juiz substituir a situação de prisão em flagrante, ou mesmo a prisão preventiva, por uma das medidas menos gravosas arroladas no art. 319, que funcionarão como alternativas para obviar a providência extrema, somente justificada ante a constatação de que outra, supostamente eficaz ou apta para alcançar os mesmos fins, porém com menor custo para a esfera de liberdade do indivíduo, não se mostra concretamente adequada e bastante à espécie.

É possível objetar-se que somente a prisão domiciliar foi concebida para substituir a prisão preventiva, tendo em vista a circunstância de que a letra do caput do art. 319 não repete o adjetivo “preventiva” após o substantivo “prisão”, como o faz o art. 318. Em reforço, será oponível a argumentação, também decorrente da letra dos artigos 283, § 2º e 321, e do art. 324, III, no tocante à fiança.

No que concerne à primeira possível objeção, não cremos se possa restringir o uso de uma das providências cautelares numeradas no art. 319 tão somente à hipótese de prisão em flagrante. Ora, conforme a basilar lição de hermenêutica, *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (restringa-se o odioso; amplie-se o favorável). Deveras, dispondo de modo amplo, sem limitações evidentes, o texto há de ser interpretado a todos os casos passíveis de subsunção à hipótese prevista. Outrossim, em razão da também antiga regra que impõe a prevalência da liberdade, em caso de dúvida (*in dubio pro libertate*, manifestação tópica do *favor rei*), reforça-se outra regra de hermenêutica, segundo a qual descabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue (*ubi lex non distinguit, nec interpretari debet*). No caso em exame, o caput do art. 319 não faz qualquer alusão a modalidade de prisão, cingindo-se a indicar quais são as medidas cautelares diversas da prisão.

Já em relação à segunda objeção que se poderia lançar à possibilidade de conceder uma ou mais das medidas cautelares previstas no art. 319 como providência substitutiva também da prisão preventiva, reforçamos, de modo resumido, o que já foi dito linhas atrás: uma vez que os critérios a serem aplicados na escolha de todas as medidas cautelares previstas no Título IX do Código de Processo Penal são basicamente coincidentes (conforme deixa claro o Projeto na redação dada ao art. 282, incisos I e II), exigindo-se apenas *requisitos complementares* para a medida extrema da prisão preventiva (artigos 312 e 313), nada obsta a que, considerando a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado, opte o magistrado por lhe impingir, por exemplo, duas das medidas previstas no art. 319, quais sejam, a obrigação de comparecer periodicamente a juízo (inc. I) e a proibição de ausentar-se do país (inc. III) juntamente com o recolhimento do passaporte do réu (art. 320).

Vê-se, portanto, que a esperada transformação em lei do PL nº 4.208/01 resultará em substanciais mudanças no sistema cautelar penal.

A prisão preventiva, nesse novo sistema, passa a ser reservada para os casos em que se considere não ser idônea e suficiente à proteção do bem ameaçado pela plena liberdade do réu alguma das providências menos gravosas, as quais poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º), de acordo com a avaliação que o magistrado empreender no caso concreto, de ofício, ou a requerimento das partes ou por representação policial (art. 282, § 2º), devendo, em qualquer das hipóteses, ouvir o Ministério Público, quando não for ele próprio quem postula a providência, e, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, dar oportunidade ao acusado para manifestar-se sobre o pedido (art. 282, § 3º).

Também é importante anotar que as novas medidas cautelares alternativas à prisão preventiva poderão ser, como regra, aplicadas a autores de quaisquer infrações penais a que se cominar pena privativa de liberdade, o que inclui crimes culposos e crimes a que a lei preveja a possibilidade de substituição da pena, respeitada a proporcionalidade da medida.

No novo sistema que se pretende acolher, haverá tão somente duas restrições relativas às modalidades de crimes que comportam tais medidas cautelares: a primeira diz respeito à determinação de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga (inc. V do art. 282), cabível apenas para crimes cuja pena mínima seja superior a dois anos (que se deduz ser de reclusão); a segunda refere-se à internação provisória do acusado, hipótese somente aplicável a autores inimputáveis ou semi-imputáveis de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça (art. 282, inc. VII).

Certamente o sistema processual penal brasileiro estará, com tais inovações – a despeito de suas imperfeições, apontadas neste estudo – melhor equipado para regular situações em que diferentes peculiaridades de cada caso concreto demandarem respostas também diferenciadas do Poder Judiciário.