



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão no CPP

Bruno Augusto de Resende Louzada

Rio de Janeiro
2014

BRUNO AUGUSTO DE RESENDE LOUZADA

Medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão no CPP

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO NO CPP

Bruno Augusto de Resende Louzada

Graduado pelo Instituto Vianna Júnior.
Advogado.

Resumo: Com o advento da Lei 12.403/2011, foram inseridas no Código de Processo Penal significativas mudanças. Uma delas é a previsão de medidas cautelares diversas da prisão. Enquanto a legislação anterior previa apenas as prisões processuais como meio de coerção pessoal, a nova legislação prevê vias alternativas a prisão que se adequem a gravidade do delito praticado. Trata assim, de verdadeira proporcionalidade da medida ao fato criminoso.

Palavras-chave: Medida cautelar. Prisão. Lei 12.403/11. Processo Penal.

Sumário: Introdução. 1. Disposições Gerais. 2. As medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão. 3. Detração. 4. Aplicação das medidas. 5. Poder geral de cautela no processo penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão no CPP, bem como as inovações trazidas com a adoção de tais medidas. Um dos objetivos do presente estudo é identificar quais as medidas cautelares introduzidas no ordenamento processual penal brasileiro com a Lei 12.403/11 e sua efetividade.

Embora não se possa admitir a existência de um processo cautelar autônomo, a adoção de medidas cautelares de maneira incidental no processo penal é de fundamental importância para a efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, a tutela cautelar no processo penal é prestada independente do manejo de uma ação dessa natureza, que daria surgimento a um processo cautelar com procedimento próprio, mas sim por meio de medidas cautelares que podem ser concedidas no decorrer da persecução criminal.

Em razão da possível ausência de celeridade no processo, as medidas cautelares visam a evitar os possíveis efeitos irreparáveis do tempo sobre a tutela que se pretende obter através do processo.

Apesar de não existir uma sistematização das cautelares no Código de processo Penal, bem como um processo cautelar autônomo, isso não acarreta dizer que os provimentos cautelares possam ser determinados sem a observância de requisitos e fundamentos do processo cautelar.

Quanto às medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão no Código de Processo Penal, visam restringir direitos e garantias fundamentais em razão do exercício do Poder de Polícia, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, a Lei nº 12.403/11 ampliou de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, trazendo ao juiz diante do caso concreto a escolha da providência mais acertada.

Da adoção de qualquer providência cautelar de natureza pessoal, há verdadeira limitação da liberdade individual. Assim, sua aplicação deve ser feita com observância de alguns princípios e normas.

1. DISPOSIÇÕES GERAIS

As medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão foram introduzidas com o advento da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, a qual previu verdadeira inovação ao

ordenamento. Tal inovação justifica-se pelo rol de medidas ofertadas e sua decretação a qualquer momento durante a persecução.

A Lei nº 12.403 foi promulgada em 04 de maio de 2011 pelo Chefe do Poder Executivo federal, que correspondia ao Projeto de Lei nº 4.208, de 2001. Passou a valer somente com a sua publicação, que ocorreu em 05 de maio de 2011 no Diário Oficial da União. Ocorre que existiu um período de *vacatio legis* para adaptação de 60 dias. Para a contagem de tal período de *vacatio legis*, utiliza-se o art. 8º da Lei Complementar nº 95/1998, que prevê em seu art. 8º, § 1º, que “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. A data da publicação foi 23 de junho de 2.011. Contando 60 dias, o último dia é dia 03 de julho de 2011. E o dia subsequente é dia 04 de julho de 2.011. É esta a data da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11.

Previstas no Código de Processo Penal, as medidas cautelares podem ser classificadas em reais, quando visam garantir satisfação de um direito sobre a coisa (do Estado ou do ofendido), em probatórias, quando objetivam obter uma prova no processo penal e pessoais, quando recaem sobre o indiciado ou acusado, como forma de garantir sua participação no processo.

Diversamente da bilateralidade do sistema anterior que previa ao julgador a imposição de prisão preventiva ou liberdade, a atual legislação dá ao juiz certa maleabilidade para poder adaptar a situação do autor do delito à situação fática, quando a prisão processual não for necessária, mantendo-o, no entanto, vinculado aos efeitos do processo penal que está submetido.

A lei de maneira acertada não prevê qual a medida cautelar cabível a determinado caso, pois a diversidade de situações será analisada pelo julgador que deverá adotar a situação mais adequada.

Para sua aplicação devem obedecer aos requisitos do *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis*. O primeiro significa a presença de prova da existência do crime e indícios de autoria. O segundo se traz no risco que a liberdade do indiciado/acusado possa acarretar, comprometendo o processo penal instaurado ou a futura aplicação da lei penal.

Uma vez que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art.5º, LVII, CF/88), tais medidas cautelares não constituem execução provisória, daí por que sua adoção pressupõe a constatação de que há risco de dano na demora da entrega da prestação jurisdicional e de que há razoável probabilidade de ser acolhida a pretensão autoral.

O trâmite processual geralmente abarca considerável período de tempo, a contar do oferecimento da inicial acusatória, precedida em regra do inquérito policial. Tal lapso persecutório pode gerar a necessidade de decretação de medidas que garantam a utilidade do processo ou a efetividade da decisão transitada em julgado que será proferida.

Logo, não se mostra possível conceber a decretação indiscriminada destas medidas cautelares, que, embora não privativas de liberdade, determinam obrigações ou sérias restrições a direitos constitucionalmente consagrados.

Nesse sentido, não podem ser aplicadas por prazo indeterminado, pois serão ilegais e violadores do princípio da razoável duração do processo. Assim, imperiosa a adoção de mecanismos para que tais medidas não se tornem indefinidamente.

Possuindo natureza eminentemente instrumental e, por não valerem como um fim em si mesmo, devem perdurar se e enquanto mostrarem-se necessárias. Por serem alternativas à

prisão preventiva e serem aplicadas em caráter substitutivo, devem observar os limites e casos que couber àquela.

Tratando-se de medida excepcional, implicadora de violação a direito individual, somente o juiz natural, o juiz competente é que poderá submeter o infrator a tal restrição, cumprindo que assim proceda em decisão convenientemente fundamentada. A decretação de medidas cautelares de ofício pelo magistrado só é possível na fase processual. Desta forma, no transcorrer da investigação criminal, o magistrado devera ser provocado a se manifestar sobre a decretação.

Imprescindível a observância dos critérios cumulativos da necessidade e adequação. Tais critérios são regidos por sua vez pela adoção dos princípios da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), da jurisdicionalidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido, já se pronunciou Guilherme de Souza Nucci¹ que “é preciso conjugar a necessariedade e a adequabilidade, vale dizer, são critérios cumulativos. Porém, dentro de cada um deles, há três hipóteses alternativas, significando que o preenchimento de uma delas é suficiente”.

Quanto à adequação, interessante a síntese de Willis Santiago Guerra Filho², que “resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente proporcional em sentido estrito, se as vantagens superarem as desvantagens”.

Decorrente da cláusula do devido processo legal, a presunção de inocência era prevista de maneira implícita no ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da Carta Magna houve expressa previsão do principio da não culpabilidade em seu art. 5º, LVII da CF/88. Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as novidades trazidas pela Lei 12.403/2011*. Jornal Carta Forense. JUNHO 2011, p. B10. Disponível em < www.cartaforense.com.br> Acesso 10 Mai 2014.

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1989, p. 75.

em julgado, mediante devido processo legal, em que o acusado tenha garantido todos os seus direitos de defesa constitucionalmente garantidos.

A jurisdicionalidade, como já mencionado acima, consiste na decretação de medida cautelar pessoal diversa da prisão, por juiz natural e por decisão fundamentada.

Por fim, a proporcionalidade, impõe ao julgador a observância de ponderada avaliação das consequências geradas pela adoção de determinada medida e a efetividade de sua decretação aos fins pretendidos.

Há previsão nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal das medidas cautelares.

A grave crise de superlotação de carceragens no Brasil teve na Lei nº 12.403/11 sua expectativa de solução, pois o cárcere não mais seria o único meio cautelar disposto ao julgador. Tal avanço legislativo teve o objetivo de combater a banalização da prisão provisória no país.

Apesar da redução no crescimento do número de prisões processuais, não houve ainda uma diminuição na população carcerária brasileira. Para defensores públicos, a razão é a má aplicação da lei. Há o entendimento que os juízes preferem a aplicação da fiança a outras medidas, assim, quem não tem dinheiro permanece preso.

Por fim, para que as medidas cautelares sejam efetivamente cumpridas, necessário se faz que os órgãos responsáveis pela garantia da segurança pública se aparelhem com instrumentos que garantam a fiscalização do cumprimento das medidas.

Inegável a evolução trazida pela legislação brasileira com a adoção de meios diversos da prisão processual que garantam a efetividade da tutela estatal, fortificando o princípio da presunção da não culpa. Contudo, para que o Estado alcance a eficácia das medidas previstas, indispensável será o fornecimento de instrumentos indispensáveis que garantam sua real aplicação.

2. AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO

Assim como a legislação portuguesa e italiana, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 inovou ao criar medidas cautelares diversas da prisão cautelar considerando a disposição do art. 282 do CPP.

São medidas menos danosas ao indivíduo, conforme o delito cometido, suas circunstâncias e as condições pessoais do agente. Foram previstas as seguintes medidas cautelares não prisionais:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar 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 da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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

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

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

IX – monitoração eletrônica.

A disposição prevista no art. 319 sugere uma gradação das medidas conforme o grau de intensidade de restrição de direito, variando de uma medida menos rigorosa para alternativas mais restritivas e contundentes.

Tal previsão legal proporcionará ao juiz os critérios de aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva de acordo com a necessidade, suficiência e gravidade da infração penal apurada.

As cautelares previstas nos incisos I e IV do art. 319 do CPP são conhecidas obrigações do sursis e da suspensão condicional do processo, previstas também nos dispositivos correspondentes a tais benesses processuais.

A cautelar do inciso I tem como objetivo precípuo verificar que o acusado permanece à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual, mas também pode ser usada para se obter informações acerca das atividades que o acusado está exercendo.

Quanto à proibição de ausentar-se da Comarca, a aplicação dessa cautelar decorre da possibilidade de fuga do infrator. No entanto, havendo a certeza da evasão, necessária a decretação da prisão preventiva.

A medida disposta no inciso II do referido dispositivo também é aplicável ao sursis, mas o texto legal é diverso, fazendo referência expressa que os lugares cujo acesso ou frequência são proibidos ao agente são relacionados ao fato e tem o fim de evitar a prática de novas infrações.

É sabido que determinados locais, por sua natureza, finalidade, localização ou tipo de frequência, favorecem a prática de infrações penais. Trata-se, portanto, de medida cautelar que se afigura adequada para os casos em que a vedação se mostra necessária para prevenir a prática de novos ilícitos. Por ocasião de sua adoção, deve o magistrado especificar quais os lugares que o acusado não pode frequentar, sendo inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos, sem especificá-los.

A fim de assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, devem ser pensados instrumentos idôneos para a fiscalização dessa medida. Apesar do silêncio da lei, tal

medida deve ser comunicada de imediato à Polícia Judiciária e à própria Polícia Militar, a fim de que deem apoio ao seu cumprimento.

A proibição de manter contato com pessoa determinada era prevista como medida protetiva de urgência na Lei 11.340/06. Com a previsão legal do art.319, III, houve ampliação das hipóteses de aplicação, não se restringindo aos delitos de caráter doméstico e familiar.

Tal medida tem pertinência a situações em que existam relações de caráter pessoal, profissional ou de convívio e vítima “determinada”. Tratando-se de criminoso que faz da atividade ilícita seu meio de vida e que, portanto, não visa vítima “determinada”, impossível a aplicação desta medida.

Perceba-se que, ao criar referida medida cautelar, silenciou o legislador quanto à previsão legal de mecanismos hábeis para sua fiscalização. A despeito do silêncio da lei, e de modo a assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, o ideal é que a vítima ou pessoa com quem o investigado ou acusado está proibido de manter contato seja informada acerca da adoção da referida medida, sendo advertidas de que, no caso de eventual violação à determinação judicial, poderão comunicar o fato imediatamente à autoridade policial, ao Ministério Público ou à autoridade judiciária.

O art. 319 do CPP, V, prevê o recolhimento domiciliar do agente no período noturno e nos dias de folga, quando tenha residência e trabalho fixos.

Verificando que não é necessário privar o agente de sua liberdade de locomoção em absoluto, e que seu mero recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga já será suficiente e necessário para tutelar a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais', deve o magistrado optar pela medida cautelar do art. 319, inc. V, do CPP.

Esta medida baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do acusado, que, de modo a não perder seu emprego e poder manter sua rotina de vida praticamente

inalterada, se sujeita à obrigação de não se ausentar de sua casa no período noturno e nos dias de folga.

Tal cautelar assemelha-se à previsão contida na Lei de Execuções Penais, quanto ao regime de prisão-albergue domiciliar. Assim, por se tratar de medida que implica na restrição da liberdade de ir e vir da pessoa, sua adoção deve seguir os mesmos critérios da prisão preventiva.

Há ainda a autorização para suspensão cautelar do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art.319, VI, CPP).

Quanto à suspensão do exercício da função pública, como se trata de suspensão do exercício da função pública, e não de perda do cargo, deve o funcionário afastado continuar percebendo mensalmente seu subsídio, até mesmo em face do princípio da presunção de não culpabilidade. Ademais, caso o indivíduo seja absolvido em primeira instância, deve o magistrado afastar a medida cautelar, retornando o servidor ao exercício normal de suas funções. E isso por força de uma interpretação analógica com o disposto no art. 386, parágrafo único, inc.II, do CPP, que prevê que, na sentença absolutória, o juiz ordenará a cessação das medidas cautelares provisoriamente aplicadas.

De outro lado, se o agente for condenado, prevê o art. 92, inc. I, alínea "a", do Código Penal, que um dos efeitos da condenação é exatamente a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, efeito este que só poderá incidir após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal previsão legal só se aplica às hipóteses de crimes praticados por agentes públicos no exercício da função ou de crimes executados na atividade econômico-financeira.

A lei de drogas (Lei 11.343/06) prevê a possibilidade da decretação do afastamento cautelar do funcionário público denunciado por tráfico de entorpecente quando do recebimento da denúncia pelo juiz. Com a atual redação no Código de Processo Penal, tal providência pode ser adotada mesmo na fase investigatória.

A possibilidade de internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, após a realização de uma perícia específica e conclusiva da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado torna-se possível, em face do disposto no art. 319, VII, do CPP, quando houver risco de reiteração. Ao prever a aplicação da medida ao acusado, torna-se impossibilitada sua decretação em fase de inquérito policial.

Além do caráter de manutenção da ordem pública, a internação também visa à recuperação do agente, já que este será colocado à disposição médica. Esse tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio e será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros.

Assim como dispõe o art. 99 da LEP e o art. 96, I, do CP, a internação provisória deve ocorrer em um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. A previsão legal tem por objetivo sanar situação de inadequação da prisão conforme as condições pessoais do acusado, quando a periculosidade do agente não permitia a manutenção de sua liberdade e era determinada a sua prisão preventiva, com o seu recolhimento em estabelecimentos impróprios para o seu tratamento e em celas ocupadas com presos comuns.

Por fim, o art. 319 prevê a monitoração eletrônica do investigado/ acusado, regulamentada pelo Decreto n. 7.627/11 e que consiste no uso da telemática e de meios tecnológicos, geralmente por meio da afixação ao corpo do indivíduo de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica, permitindo que, à distância, e com respeito à dignidade

da pessoa a ele sujeito, seja possível observar sua presença ou ausência em determinado local e período em que ali deva ou não possa estar, cuja utilização deve ser feita mediante condições fixadas por determinação judicial. Antes prevista apenas no curso da execução penal, pode ser determinada por ordem judicial no curso da investigação ou da ação penal.

A utilização do monitoramento eletrônico é capaz de, a um só tempo, diminuir a massa carcerária, o que, inevitavelmente, proporcionará a melhora das condições daqueles que permanecerem encarcerados, mas também de facilitar a reintegração do agente, sem a perda da capacidade de vigilância do Estado sobre os presos, permitindo que este possa trabalhar, manter seus vínculos familiares assim como a participação em cursos e atividades educativas.

Com a necessária discrição, a fim de que não haja nenhum tipo de estigmatização pela sociedade, o monitorado terá condições de circular com relativa liberdade, exercendo suas atividades regulares, ao mesmo tempo em que o Estado mantém sua vigilância e a possibilidade de recaptura no caso de eventual tentativa de fuga.

O art.320 dispõe como medida cautelar pessoal diversa da prisão, a proibição de ausentar-se do País. Tal medida está restrita às hipóteses em que exista uma mínima suspeita de que o agente possa sair do País para evitar a responsabilização criminal, sem, porém, evidências da intenção de fuga que justifiquem a prisão preventiva.

3. DETRAÇÃO

Assunto divergente na doutrina e que certamente trará discussão nos tribunais diz respeito à incidência ou não da detração no caso de cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão. .

Como se sabe por força do art. 42 do Código Penal, que trata da detração, computa-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no exterior. Portanto, o tempo de custódia cautelar a que foi submetido o agente será descontado da pena de prisão ou da pena restritiva de direitos. Com a criação das medidas cautelares diversas da prisão pela Lei n. 12.403/11, certamente haverá discussão quanto à possibilidade (ou não) de o tempo de cumprimento dessa medida ser descontado da pena definitiva.

Segundo a doutrina,

Caso decretada a cautelar de restrição de direitos, haverá remição se a pena estabelecida consistir em restrição de direitos equivalente. Assim, aplicada a cautelar de proibição de frequência a determinados lugares (art.319, inc. II), haverá desconto no tempo da pena final se esta for da mesma espécie ou menos gravosa. A remição é aplicável para a equivalência entre pena e cautelar ou nos casos em que a pena é menos incisiva. A situação é distinta se a pena aplicada ao final do processo for mais grave que a cautelar aplicada”.³

Há o entendimento doutrinário no sentido de que:

A única medida cautelar restritiva que admite detração é a internação provisória (art. 319, VII, do CPP), e isso por força do disposto no art. 42 do CP, que tem previsão expressa a respeito.

A discussão na doutrina é acirrada e tem valiosos argumentos em sentido contrário, para afirmar a possibilidade de detração também em relação a outras medidas.

Com a devida venia, é imperioso concluir que a única possibilidade lógica autorizada é a acima indicada, e a omissão sintomática do legislador não pode ser suprida pelas variadas proposições que se têm apresentado a respeito do tema, ora para abater na mesma proporção dos dias de medida cautelar restritiva, ora para achar uma equação de proporcionalidade entre a cautelar e a definitiva.

As medidas cautelares restritivas não têm natureza de privação da liberdade — que visam exatamente evitar — daí a impossibilidade de detração”.⁴

³ BOTTINI, Pierpaolo. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 486.

⁴ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.153.

4. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS

Com o advento da Lei nº 12.403/11, o art. 282 do CPP passou a prever regras gerais das medidas cautelares pessoais. Tratando-se de preceito legal de observância obrigatória, a sua não aplicação torna a medida imposta viciada.

4.1 JUSTICATIVA PARA A MEDIDA CAUTELAR

A aplicação pelo magistrado criminal da medida deve ser fundamentada em alguns desses motivos: Necessidade para (1) aplicação da lei penal, (2) investigação ou instrução criminal e (3) evitar a prática de infrações penais (art. 282, I).

Verifica-se o risco em determinado caso concreto, enquanto se aguarda o provimento definitivo por meio do trânsito em julgado da sentença. A necessidade para aplicação da lei penal consiste no risco de fuga daquele que sofre a persecução criminal.

Quanto a necessidade para a investigação ou para a instrução criminal é nítido o objetivo de garantir a efetividade da colheita de provas, seja na fase que antecede a instauração do processo criminal, seja no curso da instrução processual penal.

Por fim, a necessidade para evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos, aplica-se a prisão preventiva que visa a garantia da ordem pública.

4.2 ADEQUAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

A medida cautelar deve se adequar à gravidade do crime, às circunstâncias do fato criminoso e às condições pessoais do indiciado ou acusado. A Lei 12.403/11 pode ser aplicável tanto na fase do inquérito policial como na judicial. Necessária a observância prevista pelo legislador do binômio: necessidade-adequação para a imposição da medida cautelar.

4.3 CUMULATIVIDADE

As medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (art. 282, § 1º). Observe-se, contudo, que, deve ser observada a necessidade e adequação das medidas aplicadas em face dos fins pretendidos (art. 282, I e II), bem como a compatibilidade lógica das providências tomadas.

4.4 INICIATIVA

Tratando-se de poder inquisitivo do juiz admite-se que a medida cautelar seja decretada de ofício (art. 282, § 2º). No entanto, o juiz não possui legitimidade para decretar medidas cautelares de ofício no curso das investigações. Nesta fase, a atuação do juiz está condicionada ao requerimento do Ministério Público ou à representação da autoridade policial.

Não se nega a possibilidade de a vítima poder requerer, também, medidas cautelares, diversas da prisão, na fase de investigação, embora o artigo 282, § 2º, do CPP seja omissivo nesse sentido. Isso porque, se pode na fase investigatória pleitear prisão preventiva, nada mais coerente poder requerer a aplicação de medida cautelar, que consiste em aplicação processual menos gravosa.

Há de se observar que não se pode admitir assistente de acusação como legitimado para requerer a providência na fase de investigação (artigo 311, CPP). A razão é simples, pois o assistente somente deve ingressar na fase do processo, após o oferecimento da denúncia, para coadjuvar o Parquet nos atos processuais.

Pelo sistema acusatório, o magistrado não pode, de ofício, sem provocação, cuidar dos atos da efetividade dos atos da investigação. Por sua vez, no curso do processo, não há qualquer impedimento à decretação de cautelares, uma vez justificada pela necessidade de proteção à sua efetividade. Assim, o modelo acusatório não contempla a inércia do magistrado em relação à adoção de medidas tendentes a proteger a efetividade do processo.

Disse Eugênio Pacelli⁵ que “uma coisa é ele substituir, de ofício, uma cautelar descumprida por outra, para fins de evitar a reiteração criminosa ou por garantia da ordem pública; outra é fazê-lo à conta de conveniência da investigação ou da instrução”.

4.5 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Consiste o devido processo legal uma cláusula geral e como tal não determina suas hipóteses de incidência e consequências. Assim, sua aplicação varia ao longo da história, já que cada sociedade que se valha desta cláusula geral dá sentido ao que é devido, motivo pelo qual tal instituto data da idade média e não se encontra obsoleto, se adaptando às peculiaridades de cada sociedade em cada momento histórico.

Com o passar do tempo, o devido processo legal concretizou algumas normas que foram incorporadas aos textos legislativos, como o contraditório, juiz natural, publicidade, duração razoável, igualdade, proibição de prova ilícita, acesso à justiça etc. Mesmo com a previsão de diversas normas oriundas do devido processo legal, elas não lhe exauriram, de forma que, se surgir alguma situação que não esteja ainda prevista, pode, como cláusula geral, criar solução.

Tratando-se de um direito fundamental aplica-se o princípio da proibição de retrocesso, isto é, a pauta dos direitos fundamentais é sempre considerada uma conquista histórica da qual não se pode retroceder.

Prevê o parágrafo terceiro do art. 282 que o rito a ser seguido é o de autuação do pedido e intimação da parte contrária, acompanhada de entrega de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Trata-se da aplicação do contraditório, garantia constitucionalmente prevista.

⁵ OLIVEIRA. op. cit., p. 527

A lei excepciona os casos de “urgência ou de perigo de ineficácia da medida” sem que prejudique o regular trâmite do processo, já que nessas situações haverá a ampla defesa diferida.

4.6 DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

A legislação processual penal prevê 3 (três) opções em caso de descumprimento da medida cautelar imposta: 1) substituir por outra medida; 2) manter a mesma medida e impor mais outra (cumulação); 3) como última *ratio*, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). Tratando-se de medida excepcional, prisão somente deve ser decretada quando a aplicação de medida mais branda não for possível.

Trata-se de característica das cautelares, que consiste em sua substitutividade por outra que melhor se adegue à situação concretamente imposta.

No que se refere à necessidade de ser instaurado contraditório prévio à substituição, cumulação ou conversão em preventiva da cautelar descumprida, não se torna necessário, pois o agente devidamente admoestado pela imposição da medida, já tem o prévio conhecimento das consequências de sua omissão, cabendo a ele, portanto, o ônus de comunicar ao juízo, a ele comparecer ou fazer-se representar no intuito de justificar situação de impedimento quanto ao cumprimento da situação imposta.

A prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a aplicação de outra medida cautelar (art. 282, § 6º, do CPP), entenda-se: quando as medidas cautelares arroladas nos arts. 319 e 320, adotadas de forma isolada ou cumulativamente, se revelarem inadequadas ou insuficientes (art. 283, § 1º, do CPP).

Determina o parágrafo único do art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de

outras medidas cautelares, situação também referida no § 4º do art. 282 do mesmo diploma legal.

A decretação da prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar anteriormente aplicada poderá ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, contudo, na primeira hipótese (investigação policial) só poderá ser decretada mediante provocação, portanto, se houver requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, ou representação da autoridade policial.

Não se admite a decretação *ex officio* no curso da investigação policial, apesar de o § 4º do art. 282 do CPP permitir que se conclua o contrário.

Neste caso há que se buscar uma interpretação sistêmica, que esteja em harmonia com o § 2º do art. 282 e o art. 311, ambos do CPP, onde há vedação expressa à decretação por iniciativa do juiz no curso da investigação policial.

A decretação da prisão preventiva fundada no parágrafo único do art. 312 do CPP pressupõe a demonstração inequívoca de prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, mas não reclama a presença de qualquer das hipóteses tratadas no art. 313, I e II, do CPP, tampouco das circunstâncias apontadas no art. 312, caput, do mesmo Codex (garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal), daí a possibilidade de sua decretação quando se tratar da prática de crime culposos.

4.1) REVOGAÇÃO

O magistrado poderá revogar a medida quando sua aplicação não for mais necessária. Todavia, retornando as razões que justifiquem sua aplicação, pode voltar a decretá-la.

Assim, se a aplicação da medida cautelar condiciona-se à análise dos princípios da necessidade e adequação consagrados no art. 282,I e II do CPP, e dos requisitos das cautelares em geral, consubstanciados no *periculum in mora* e no *fumus boni juris*, é intuitivo que apenas podem elas subsistir enquanto os mesmos elementos persistirem.

Trata-se da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* que norteia as decisões cautelares. Significa dizer, que a decisão cautelar é reflexo da situação fática e jurídica existente no momento em que proferida, impondo-se a continuidade do comando a ela inserido enquanto esse mesmo contexto se perpetuar.

5. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

A legislação, ao tratar das medidas cautelares, prevê expressamente várias providências. São as medidas cautelares típicas ou nominadas. Todavia, a despeito das diversas medidas cautelares típicas previstas no ordenamento jurídico, o legislador não é capaz de prever medidas cautelares para toda a gama possível de situações fáticas.

Por esse motivo, havendo concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função jurisdicional, em virtude de situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal, deve o magistrado servir-se de medidas cautelares atípicas ou inominadas.

O poder geral de cautela é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas às medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Esse poder geral de cautela deve ser exercido de forma complementar, pois se destina a completar o sistema, evitando que

fiquem carentes de proteção situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica.

De um lado, parte da doutrina, por todos Renato Brasileiro Lima⁶, entende que, no processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. Assim, se tais medidas cautelares não estão previstas em lei, não se pode permitir sua adoção a título de poder geral de cautela, sob pena de evidente afronta ao princípio da legalidade, em sua dimensão da taxatividade.

A taxatividade é um fenômeno que exterioriza o princípio da legalidade, desempenhando dupla função na regulamentação de situações que implicam afetação de direitos fundamentais e liberdades públicas: a uma, assegura que todos os direitos que a Constituição Federal confere aos cidadãos não sejam afetados por ingerências estatais não autorizadas por lei; a duas, que os juízes atuem adstritos ao império da lei.

Funcionando o processo penal como instrumento limitador do poder punitivo estatal, não se pode admitir a utilização de medidas cautelares atípicas, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. Qualquer restrição que se queira estabelecer à liberdade de locomoção deve obrigatoriamente constar de texto expresso de lei, não sendo admitida, pois, indevida interpretação extensiva, ou aplicação analógica de dispositivo legal previsto no Código de Processo Civil.

Em que pese tal entendimento, pensa-se que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em

⁶LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1446

lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado.

Assim, em virtude do princípio da proporcionalidade, notadamente por força do subprincípio da necessidade, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, poderá o juiz impor medida cautelar alternativa mais branda não prevista no CPP, caso tal medida também seja idônea a assegurar a eficácia do processo.

Com base no art. 3º do CPP, é cabível a aplicação subsidiária do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, sendo possível, assim, "a alternatividade (imposição de medida cautelar alternativa mais branda não prevista na lei processual penal) e a flexibilidade ou redutibilidade (imposição de medida cautelar mitigada com redução de aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda) das medidas cautelares pessoais do direito processual penal, se a medida alternativa ou mitigada tem idoneidade equivalente (art. 3º do CPP c/c arts. 798,799 e 805 do CPC).

O Supremo Tribunal Federal ⁷ tem admitido a utilização do poder geral de cautela no processo penal, com a consequente imposição de medidas cautelares "inominadas tendentes a garantir a instrução criminal e também a aplicação da lei penal.

Semelhante posição tem sido fumada pelo STJ⁸: "Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado", art. 798 do CPC c.c. art.3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Impostas as medidas de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor e restritiva de direitos consistente em

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94.147/RJ. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=94147&classe=HC>>. Acesso em: 9 Mai 2014.

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.734/ES. Relator Ministro Paulo Gallotti. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4028335/habeas-corpus-hc-114734-es-2008-0194197-2/inteiro-teor-12218187>>. Acesso em: 9 Mai 2014.

deixar de residir e/ou transitar no local dos fatos, revela-se evidenciado o constrangimento se estas perduram por quase dois anos, além do que já se encerrou a instrução processual".

CONCLUSÃO

Diversamente do texto originário do Código de Processo Penal de 1941 que previa duas condições a que poderia ser submetido o agente no curso da persecução criminal, a Lei 12.403/11 inovou ao abandonar o sistema anteriormente previsto, dando lugar a outro, polimorfo, que se caracteriza pela multi cautelares.

Dessa forma, o sujeito objeto de investigação ou processo criminal submete a um terceiro *status* que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, as novas regras das cautelares pessoais, surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória; não podendo ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.

De longa data, doutrina e jurisprudência vêm expondo os excessos na utilização descontrolada de prisões cautelares, quase sempre lastreadas em decisões que não resistem a uma melhor análise, sob o enfoque constitucional. Aos poucos, entretanto, o legislador vem demonstrando alguma predisposição a cuidar melhor do tema, mas infelizmente este olhar político tem se justificado muito mais em critérios econômicos e pela necessidade de evitar investimentos, entenda-se, despesas, do que em fundamentos humanitários e valores albergados no Estado de Direito formal sob o qual nos encontramos desde a Constituição Federal de 1988.

Apesar da inovação legislativa, a adoção das medidas cautelares listadas nos arts. 319 e 320 do CPP sugere a possibilidade de que, no futuro próximo, algumas dentre elas, além de outras que escaparam da regulamentação trazida com a Lei n. 12.403/2011, passem a ser tratadas pelo legislador como pena alternativa, a ser imposta, portanto, no momento da condenação, especialmente quando a aplicação em sede de cautelaridade mostrar sua adequação e suficiência em termos de resposta penal definitiva.

É preciso evoluir na regulamentação do sistema de penas e medidas alternativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.734/ES. Relator Ministro Paulo Gallotti. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4028335/habeas-corporus-hc-114734-es-2008-0194197-2/inteiro-teor-12218187> >. Acesso em: 9 Mai 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94.147/RJ. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=94147&classe=HC>>. Acesso em: 9 Mai 2014.

BOTTINI, Pierpaolo. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1989.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritiva*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as novidades trazidas pela Lei 12.403/2011*. Jornal Carta Forense. Junho 2011, p. B10. Disponível em <www.cartaforense.com.br>. Acesso 10 Mai 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.