

# O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal

**Admara Falante Schneider<sup>1</sup>**

O presente trabalho tem o propósito de expor algumas reflexões sobre o regime das medidas cautelares no processo penal, inauguradas com a Lei n. 12.403/2011. Diante da diversidade de abordagens relativas à segregação penal e suas repercussões frente ao ordenamento jurídico pátrio, bem como às correntes filosóficas, sociológicas, jurídicas que versam sobre o tema, o mesmo constitui ponto crucial de discussão entre os operadores do direito em matéria criminal.

## **1. ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.403/2011**

Com o passar dos anos, os desafios em matéria criminal estimularam a produção de um caudal de textos legais, não raro, beirando à configuração de aberrações legislativas que não favoreceram a prática da justiça nessa área. Para superar o problema, fez-se necessária a produção doutrinária e jurisprudencial profícua, subsídios muito relevantes para promover uma interpretação sistemática constitucional viável.

No outro polo, sem embargo, cumpre reconhecer uma realidade tristíssima no tocante ao sistema prisional. Numa vaga de modernização da legislação e tentativa de minimizar os efeitos maléficos de aprisionamento do cidadão em masmorras de tortura, par e passo buscando efetiva sanção a alguns comportamentos delitivos, que, pela entropia do sistema judiciário jaziam impuníveis, veio a primeira grande modernização: a Lei

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Comarca de Paraty.

nº 9.099/95. A seguir, merecem relevo outras, na esteira do que se observava necessário para aprimorar sua existência e aplicação.

A segunda grande marca de inovação no direito penal decorreu do art. 44 do Código Penal, com o sistema de penas alternativas aplicadas a condenações de até 04 anos, ou até um pouco mais, desde que não cometido delito com violência contra a pessoa.

Tal iniciativa trouxe subjacente a intenção de adequar as sanções ao comportamento social destoante e ainda minimizar o gravíssimo problema de superlotação dos presídios, problema cuja repercussão extrapolou os limites do território nacional.

Ocorre que, apesar de previsão legal vinculante ao magistrado fixando direito ao cidadão condenado de cumprir pena não privativa de liberdade, o tempo do processo lhe servia como pena, porque era sistemática a prisão cautelar até a instrução acusatória, quando então se analisava eventual direito à liberdade provisória. Ou seja, criou-se situação por demais injusta, pois aquele que, após sentença penal condenatória, poderia cumprir pena restritiva de direitos permanecia acautelado pelo Estado, com a liberdade cerceada, ainda que após, mesmo com sentença penal condenatória, fosse libertado.

A jurisprudência avançou e o entendimento que prevaleceu era o de que, após analisados os antecedentes, se o julgador verificasse que ao fim faria jus o réu a uma pena substitutiva, deveria ser posto em liberdade desde logo.

Aí surgiu outro aspecto paradoxal: enquanto o magistrado deveria analisar os requisitos e, se fosse o caso, deferir a liberdade ao requerido, o delegado de polícia, face à classificação jurídica conferida ao delito, mantinha o indivíduo em cárcere por até 30 dias, em momento prévio à análise profunda por parte do órgão julgador.

Em paralelo, não se pode esquecer que, enquanto se travam essas discussões, a crise do sistema prisional só tende ao agravamento...

Por seu turno, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 66, cujo teor obriga o julgador a analisar os requisitos legais da prisão provisória, ao receber a comunicação do flagrante. No entanto,

apesar do profícuo trabalho no intuito de homogeneizar o Judiciário e melhorar a prestação jurisdicional, meta que vem paulatinamente alcançando, o CNJ não é órgão legislador e não pode editar regras legais penais ou processuais penais a vincular os Juízes...

A comunicação da prisão em flagrante então deixou apenas de ser homologada pelo Juiz e passou a ter uma decisão padrão, um pouco mais longa e rebuscada, porém igualmente mecânica.

Veio então a Lei nº 12.403/2011 a vincular o julgador a seus ditames e o principal é que, se o réu, ao final, fizer jus a uma pena substitutiva, não poderá/deverá esperar a duração do processo para ser libertado: ele não pode ficar preso!

## 2. COMENTÁRIOS A LEI Nº 12.403/2011

A nova lei que disciplina prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, indica a vinculação do magistrado, que deve decidir, já ao receber a comunicação de prisão em flagrante, pela presença ou não dos requisitos para segregação.

Um ponto nodal da reforma é que, a partir da vigência da nova lei, não se pode mais manter qualquer prisão, por vontade ou determinação da autoridade policial. O Juiz precisa analisar se aquela prisão decorrente de flagrante deverá ser chancelada ou se é indicada a soltura do indiciado.

Constitui grave violação ao raciocínio lógico jurídico e à dignidade da pessoa humana manter um cidadão acautelado sem provimento jurisdicional de mérito quando, ao fim, ainda que proferida sentença penal condenatória, será ele obrigatoriamente posto em liberdade...

Resta, pois, patente que, ao receber a comunicação de prisão, deverá o Juiz analisar e, se concluir que, após a sentença penal condenatória fará jus o réu à fruição de pena alternativa, estará vinculado ao deferimento da liberdade provisória. O entendimento prevalente nesse assunto diz respeito à obrigatoriedade de manifestação ministerial.

Como se tornou a tese dominante, venho adotando essa sistemática. No entanto, pela leitura do disposto no art. 306 do CPP com a nova reda-

ção, constata-se a previsão de remessa da comunicação da prisão ao Ministério Público e à Defensoria Pública, caso o réu não informe ter advogado. A rigor, quis o legislador tornar obrigatória a ciência de todos os agentes necessários à formação completa da relação processual.

No entanto, não parece necessária atuação ministerial, no momento da comunicação para que o Juiz possa, ao jurisdicionalizar aquela prisão, mantê-la. Não se trata de violação ao princípio do *ne procedat iudex ex officio* porque, em verdade, a demanda processual penal somente será proposta após o recebimento do inquérito policial decorrente da prisão em flagrante, que acontecerá dentro de até 10 dias ou até 30 dias, caso se trate de crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Ao receber a denúncia, no entanto, estará o magistrado vinculado à *opinio delicti* ministerial e somente poderá decretar a prisão preventiva, se houver requerimento.

O Juiz, desde que não aplique medida mais severa do que o requerido pelo Ministério Público, poderá aplicar medida cautelar, em substituição à prisão, ainda que somente essa última tenha sido requerida pelo *parquet*; da mesma forma, poderá aplicar outra que não a por ele indicada. Por fim, penso que existam medidas não elencadas pela lei, mas que, revelando segurança ao processo e sendo adequadas ao caso e circunstância, poderá o julgador aplicar, segundo critérios de razoabilidade.

### 3. CONCLUSÃO

Se, por um lado, a lei vinculou o julgador, dando efetividade ao que já era construção jurisprudencial, vedando a possibilidade de prisão cautelar para os crimes que, ao fim, constituam pena substitutiva, deu ao julgador a liberdade de aplicar medidas cautelares diversas e adequar a medida ao caso em concreto. Quanto às polêmicas acerca do tema, creio ser possível articular a preocupação com a segurança geral da sociedade, com as garantias constitucionais do réu. Não existe liberdade, sem cumprimento das leis, sejam cíveis, sejam penais e o Estado existe para coibir e vetar a *barbárie*.

O que vemos hoje é um estado de coisas em tal ruptura social que parece que a violência decorre de luta social. Mas nós, juízes, não podemos deixar de cumprir a lei e o reclamo da sociedade, que estabeleceu o Estado e clama por segurança. De outro lado, não haverá paz social e segurança, se não houver efetivação de políticas sociais sérias, com diminuição de desigualdades sociais, moradia digna, saúde, dentre outros, e também distribuição da Justiça. A sociedade clama em todas as áreas, para que o Estado ocupe seu lugar, exerça seu dever e realize a função de julgar, máxime no âmbito criminal. Então somente resta a nós, Juízes, trabalhar com afinco e fazer cumprir a lei. ◆