

# O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

**Cláudio Ferreira Rodrigues<sup>1</sup>**

Com a edição da Lei 12.403/2.011, tenta-se adequar o Código de Processo Penal à Constituição da República Federativa do Brasil, o que ainda encontra alguma resistência de alguns.

Ao refletir sobre o tema, cumpre recordar que a origem de nossa lei processual foi extremamente inquisitória, pois no início permitia-se a deflagração de ação penal por portaria de Autoridade Policial e opunha-se sérios obstáculos à restituição da liberdade antes da Sentença.

Mesmo depois do advento da Constituição Cidadã e ainda nos dias atuais, alguns espíritos menos elevados continuam vendo o sistema processual penal como garantia de direitos coletivos. Nada mais equivocado.

A Constituição da República é o documento jurídico máximo de garantia a minorias e todo o arcabouço legal inferior deve estar em sintonia com a Carta Maior. Deste modo, não temos como fugir da conclusão de que o processo penal deve garantir de forma igualitária os direitos dos sujeitos que sejam parte na relação processual. A igualdade aqui deve ser material e não formal, principalmente se for considerado o aparato complexo e poderoso do Estado.

A lei nova trouxe para o diploma geral institutos que não são novos no direito brasileiro, tendo em vista que várias das medidas previstas pelo novel artigo 319 do Código de Processo Penal já existiam a partir da edição da Lei 11.340/2.006.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do II Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Comarca da Capital.

## MEDIDAS CAUTELARES - HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

Ao contrário do que disciplinou em relação à medida cautelar mais gravosa - a prisão preventiva - com seus pressupostos e requisitos estabelecidos pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, a nova lei não disse quando, de que forma ou modo e em quais crimes seriam cabíveis as medidas cautelares previstas no atual artigo 319.

Sem qualquer susto ou dificuldade, pode-se afirmar que elas incidem em qualquer processo penal, independentemente do crime que tenha motivado a deflagração da relação processual. Foi bastante para essa assertiva a invocação à Lei 11.340/2.006.

O diploma legal em comento previu no seu artigo 19 e nos que o seguiram, várias medidas cuja natureza jurídica em nada difere em relação às novas cautelares. É sabido que, no âmbito da violência doméstica, a maior incidência de criminalidade, segundo as estatísticas, está resumida ou vinculada aos crimes de lesão corporal e ameaça.

Considerando que, para delitos de pouca expressão ou potencialidade lesiva, a lei especial admitiu as medidas cautelares, não haveria motivo justificável para impedir a aplicação das novas cautelares a todo e qualquer delito independentemente de sua gravidade.

Conclui-se que as medidas cautelares adicionadas ao sistema processual brasileiro por força da Lei 11.403/2.011 incidem até mesmo no processo cujo objeto seja a contravenção penal.

### PRISÃO PREVENTIVA

Em um sistema jurídico que objetiva o respeito às liberdades individuais, não se poderia deixar ao arbítrio de órgão distinto do Poder Judiciário a decisão acerca da liberdade do sujeito de direito. Desse modo, muito bem andou o legislador ao determinar que a prisão em flagrante ficasse limitada no tempo em relação à sua eficácia.

Considerando que a custódia em flagrante ostenta natureza de ato administrativo, nada mais correto do que inserir no contexto da atividade

jurisdicional o dever de rever o ato da Autoridade Policial em 24 (vinte e quatro) horas. Assim é que o referido ato poderá ser relaxado – *retius anulado* – se estiver em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente. Poderá ainda, desde que presentes os pressupostos e requisitos respectivos, ser convolado em prisão preventiva ou, se ausentes aqueles, ser deferida a liberdade provisória àquele flagrado na prática de infração penal.

A principal modificação realizada pela Lei 12.403/2.011 foi estabelecer pressupostos diferenciados para autorizar o decreto de prisão preventiva. Note-se que o artigo onde se reuniram esses pressupostos está geograficamente mal instalado. Deveria o mesmo ser posicionado antes do artigo que previu os requisitos da prisão preventiva.

Esquecendo-se do desvio ou equívoco legislativo, temos que agora somente admitir-se-á a prisão preventiva quando se tratar de delito cuja pena máxima abstratamente cominada seja superior a 04 (quatro) anos de privação de liberdade, quando se tratar de sujeito reincidente ou quando se objetivar garantir a execução de medida protetiva de urgência em favor de vulneráveis. Poder-se-á, ainda, decretar prisão preventiva pelo lapso de tempo necessário ao esclarecimento da identidade do sujeito suspeito de ter praticado a infração penal.

Ao dispor dessa forma, a lei nada fez de inovação, pois a realidade jurisdicional já sinalizava nesse mesmo sentido. Já não se decretava prisão preventiva quando fosse cabível a suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/1.995, ou quando fosse possível a incidência do artigo 44 do Código Penal, na redação que lhe deu a Lei 9.714/1.998. Na última hipótese, não seria necessário ser “o astro” para prever a necessidade ou não da prisão.

Desse modo, chegando o auto de prisão em flagrante ou o requerimento de algum sujeito processual pela prisão preventiva, será bastante juntar ao procedimento a folha de antecedentes do que já está detido ou daquele que se quer a detenção e avaliar se na definição da infração penal se inseriu violência ou grave ameaça.

Na situação de fato adequada ao atual artigo 313 do Código de Processo Penal, como antes anotado, não mais se decretava o ergástulo

cautelar. A cautela visa a um único objetivo: garantir eficácia de outra situação jurídica.

Por conseguinte, se a outra situação jurídica não implicará em privação de liberdade, desnecessária será a própria cautela.

Questão importante se mostrou a iniciativa da prisão preventiva. Com o novo sistema não mais será admitida a prisão preventiva decretada de ofício pelo órgão judicial antes da relação processual inaugurada com o recebimento da denúncia. A prisão preventiva ostenta natureza de medida cautelar. A prisão temporária também.

Assim, numa como noutra hipótese, somente com o requerimento do órgão de execução do Ministério Público será possível a custódia cautelar antes do início da ação penal.

Veja-se que se o douto Promotor de Justiça não requerer a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, depois de 24 (vinte e quatro) horas da detenção, o detido estará sofrendo contrangimento ilegal. Essa manifestação do Ministério Público deverá ser exclusiva em relação ao flagrante e não quanto ao oferecimento de denúncia, já que para esta última situação de fato e de direito haverá o prazo de 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito pela Autoridade Policial e o de mais 05 (cinco) dias para a deflagração da ação penal, se preso estiver o denunciado.

A lei nova não revogou os referidos prazos. É fato que a lei geral não modifica a especial. Assim, o diploma novo não provocaria qualquer modificação na Lei 7.960/1.989. Não obstante, teremos que resolver um problema de exegese em relação aos delitos previstos nos artigos 148 e 288 do Código Penal.

Para eles, o diploma especial autoriza a prisão temporária, desde que presentes seus pressupostos legais.

Todavia, em razão da pena abstratamente cominada aos referidos delitos, na ausência de reincidência ou de vigência de medida protetiva de urgência em favor de vulnerável, não seria admissível a prisão preventiva.

Prevalecendo o bom senso, ainda que não se trate de revogação expressa ou explícita, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, norte da nova lei, teremos que forçosamente admitir que nessas situações não mais será permitida a prisão temporária.

## DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR E PRISÃO PREVENTIVA

Este tema será muito polêmico, pois desde logo já foram externadas sobre o mesmo posições em sentidos diametralmente distintos. Alguns juristas muito ciosos de tecnicidades, cuja doutrina vem se pautando pela Constituição da República, já afirmaram ser possível a decretação da prisão preventiva em razão do descumprimento da medida cautelar à mesma alternativa, independentemente dos pressupostos previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Contudo, o silêncio no contexto legislativo será sempre eloquente. Como antes afirmado, as medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2.011 não foram inéditas, pois a Lei 11.340/2.006 previu antes medidas com a mesma natureza.

Atento à situação desfavorável à mulher no ambiente doméstico, determinou o legislador o agravamento da situação processual e a exasperação de penas pelo só fato da agressão fundada no gênero. Deste modo, partindo-se da premissa de que, se houver mulher como vítima de infração penal, a situação do suposto agressor será mais grave, a prisão preventiva nessa situação será permitida na eventualidade de haver descumprimento de medida protetiva de urgência ao vulnerável.

Por conseguinte, se para a situação mais grave – violência doméstica - o legislador teve que prever expressamente a possibilidade de prisão no inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, conclui-se que para as outras situações de fato a prisão preventiva somente será admitida se a pena do delito que a motivar for maior do que 04 (quatro) anos de privação de liberdade ou se o sujeito for reincidente. Fora dessa situação de fato e de direito, haverá constrangimento ilegal. ◆