

# O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

**Cristina de Araujo Góes Lajchter<sup>1</sup>**

Após longa tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, tratando acerca de prisões e liberdade provisória e prevendo expressamente medidas cautelares como opção ao cárcere.

A nova lei prevê duas modalidades diversas de cautelares: as prisões e as medidas cautelares, diversas da prisão, passando a liberdade provisória a ser considerada a explicitação das hipóteses de medidas cautelares por ocasião da restituição da liberdade, a partir da prisão em flagrante.

Para todas as medidas cautelares, se faz presente a necessidade de ordem escrita e fundamentada, que levará em conta a necessidade e adequação da medida, a ser aferida a partir da garantia de aplicação da lei penal e da conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Com a nova regra, a adequação da providência cautelar deve ser sempre observada pelo Magistrado, passando as medidas cautelares a apresentar preferência sobre a prisão preventiva, que passará a ser decretada apenas nas hipóteses em que nenhuma das medidas cautelares previstas na nova legislação se mostre pertinente para o acusado. A lógica da nova ordem é que o cárcere seja evitado, sempre que possível.

É certo que a prisão preventiva se justifica para a tutela da persecução penal, pois eventuais condutas do acusado poderiam colocar em risco a efetividade do processo. Mas esta deverá ser decretada apenas quando se mostrar a única maneira possível de o processo se tornar efetivo, devendo

---

<sup>1</sup> Juíza da Vara da Infância e Juventude - Capital.

tal justificativa estar devidamente fundamentada na decisão judicial.

Nesse aspecto, deve ser ressaltado que o art. 282, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal, estabeleceu que a prisão preventiva igualmente pode ser decretada na hipótese de descumprimento injustificado das cautelares anteriormente impostas.

Questão tormentosa, que gera frequentes debates, é saber se o Magistrado pode, de ofício, sem a prévia oitiva do Ministério Público, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ainda antes do oferecimento da denúncia por parte desse órgão.

Isso porque a própria lei é contraditória ao afirmar, no artigo 212, Parágrafo 2º, que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público”, enquanto o artigo 310, II, dispõe que, não sendo o caso de relaxamento da prisão ilegal, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.”

Se, por um lado, o artigo 212, §2º, veda a decretação de ofício da prisão preventiva no curso da investigação criminal, por outro, o artigo 310, II, parece permitir a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante pelo magistrado.

Nesse aspecto, diversos posicionamentos foram brilhantemente expostos ao longo do curso, cabendo a análise pormenorizada de cada um deles.

De início, deve-se ressaltar que, evidentemente, apresentando a prisão qualquer tipo de ilegalidade, deve ser a mesma relaxada, consoante dispõe a Constituição Federal, art. 5º, LXV, que assim dispõe: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, não havendo qualquer tipo de questionamento a este respeito.

No tocante à decretação de ofício da prisão preventiva, inicialmente,

a lei prevê a possibilidade de o Magistrado agir de plano, concedendo a liberdade provisória ao preso em flagrante ou, sendo o caso, convertendo a mesma em prisão preventiva, por tal determinação estar expressa no texto legal em comento.

Entretanto, questões de ordem prática trariam uma série de inconvenientes na aplicação de tal posicionamento, vez que o Ministério Público, sendo o titular da ação penal, teria que ser previamente ouvido. Assim, o órgão Ministerial poderia, por exemplo, deixar de propor a ação penal, postulando por seu arquivamento, ou até mesmo requerer novas diligências antes da propositura da ação penal, dentre diversas outras medidas. Nessas hipóteses, se verifica facilmente que o Magistrado, agindo de ofício, estaria usurpando função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público.

Posicionamento intermediário poderia prever a possibilidade de concessão da liberdade provisória de ofício, com ou sem as medidas cautelares previstas na legislação, mas o Magistrado não poderia converter a prisão em flagrante em prisão provisória sem a prévia oitiva do Ministério Público.

Por fim, defende-se que a decisão sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em liberdade provisória, ou em qualquer outra medida cautelar imposta, deveria ser necessariamente precedida de oitiva do Ministério Público, sob pena de violação do princípio acusatório.

Entretanto, não se pode perder de vista o disposto no art. 311, atualizado pela legislação em comento, que assim dispõe: “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Portanto, a interpretação desses dispositivos levaria à conclusão de que antes da propositura da ação penal, ou seja, antes do oferecimento da denúncia, ao Magistrado estaria vedada a decretação da prisão preventiva de ofício, podendo decretá-la apenas quando houvesse requerimento expresso do Ministério Público ou da autoridade Policial.

Tal posicionamento se consubstancia no fato de que o processo penal pátrio adotou o sistema acusatório e, portanto, a imposição de qualquer medida restritiva de liberdade apenas tem lugar quando demonstrada sua necessidade para a tutela do processo penal.

Agindo o Magistrado de ofício, decretando a prisão, estaria este violando o princípio da inércia, e, principalmente, o sistema adotado pela Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal, cabendo a este a análise acerca da necessidade da decretação da prisão.

Nesse sentido, o professor Eugênio Pacelli de Oliveira entende que quando se tratar de medidas destinadas a assegurar a aplicabilidade do direito penal, na fase de investigação, o que vem a ser as hipóteses cautelares, prisões preventivas e temporárias, caberá a seus destinatários, isto é, destinatários da missão de promoção da ação penal, a iniciativa para o exame de sua necessidade.

Ademais, como já ressaltado, haveria verdadeiro contrassenso nas hipóteses de o Magistrado, agindo de ofício, decretar a prisão preventiva e de, posteriormente, o Ministério Público postular, por exemplo, o arquivamento do inquérito, sendo o titular da ação penal.

É certo que nada impede a reconsideração da decisão, mas a prévia oitiva do órgão acusatório nessas hipóteses se mostra prudente e legalmente aceitável, não havendo qualquer óbice à mesma.

Por fim, deve ser ressaltado que a mesma discussão não prevalece nas hipóteses em que a ação penal já foi proposta, ou seja, quando já houve o oferecimento da denúncia, pois, além de haver expressa previsão legal, consoante se depreende do art. 311 do Código de Processo Penal, deve-se ter em mira que, no curso da ação penal, cabe ao Magistrado dispor dos instrumentos necessários para a garantia da efetividade do processo, representada na própria prisão preventiva.

A aplicação da nova legislação processual penal aos casos concretos decerto trará novas luzes e também novos questionamentos sobre o tema, sendo sempre pertinente o levantamento e estudo de posicionamentos atuais para que os Magistrados possam melhor se pautar ao efetivarem as medidas previstas nessa legislação. ◆