

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Leila Santos Lopes¹

INTRODUÇÃO

A Lei 12.403/2011 trouxe alteração do Código de Processo Penal quanto às regras legais da prisão processual e liberdade, bem como instituiu novas medidas cautelares. Em verdade, se cuida da continuidade de reformas que o referido diploma legal vem sofrendo, as quais visam a atender e se adequar às vicissitudes e reclamos próprios da sociedade.

Ao que parece em um primeiro exame, se mostra a intenção do legislador em trazer um elenco de medidas alternativas à prisão processual, vale dizer, prisão em flagrante, a qual deverá ser mantida/convertida em custódia preventiva somente nas situações extraordinárias: delitos mais graves e agentes de acentuada periculosidade, quando a antecipação da restrição da liberdade se apresenta adequada e necessária.

Com efeito, notório é o problema da superpopulação carcerária decorrente em grande parte de prisões preventivas, medida excepcional que, de modo gradativo, vem sendo largamente utilizada, resultado de um somatório de fatores, dentre os quais crescimento da violência e judicialização dos conflitos.

Se por um lado traz um resultado paliativo ao problema da superpopulação carcerária, uma vez que pelo menos metade desta é de presos cautelares, de outro flanco, evita que o agente de delitos menores e de periculosidade mínima venha a ser inserido nesse universo e, conseqüentemente, contaminado pelas mazelas correlatas.

¹Juíza Titular da 41ª Vara Criminal da Capital.

De toda sorte, a grande novidade da legislação é a ampliação da ingerência estatal na liberdade individual, mediante instrumentos adequados e proporcionais ao caso concreto, elenco do art. 319 do CPP. Portanto, o rigor da tradicional prisão preventiva se reservaria às hipóteses extremas e quando não couber outra medida, conforme disposto no parágrafo 6º do artigo 282, mesmo diploma legal.

ALGUNS COMENTÁRIOS DE ARTIGOS DA LEI E CITAÇÕES DE CASOS CONCRETOS

O novel texto do art. 282 do CPP alterado pela legislação em comento, em seus incisos I e II, revela o binômio “necessidade x adequação” do qual o magistrado deverá se valer para aplicação das medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva.

Portanto, somente para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e, nos casos previstos, para evitar a prática de infrações penais, à luz do que vai do art. 312 do CPP, caberão as medidas cautelares. Outrossim, deverão estar adequadas à gravidade do crime circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Vale dizer, há de se pautar por uma proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, cabível a análise de cada hipótese com base no princípio da menor onerosidade. A inadequação da aplicação de medida menos gravosa, culminando com a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ocorre diante das hipóteses elencadas nos incisos do art. 313 do CPP.

Em leitura ao novo texto legal, é possível se verificar a manutenção da prisão preventiva clássica, com os requisitos conhecidos do ordenamento anterior. Todavia, aparece um novo tipo de custódia cautelar, decorrente de descumprimento de obrigação de uma das novas medidas impostas ao acusado.

É o que se extrai dos textos do parágrafo 4º do art. 282, combinado com o *caput* do art. 312 e parágrafo único, *verbis*:

Art. 282 (...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

*Parágrafo único. A prisão preventiva **também** poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).*

Deste modo, o *caput* do art. 312 do CP estabelece os requisitos tradicionais da prisão preventiva de natureza autônoma, enquanto o parágrafo único estabelece um requisito alternativo e em resposta ao descumprimento de obrigação, o que configura caráter subsidiário desta prisão cautelar.

Conforme preceitua o art. 310 do CPP, o julgador deverá se manifestar acerca da eventual medida cautelar quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, devendo de modo fundamentado: 1) relaxar a prisão ilegal, 2) converter em prisão preventiva se presentes requisitos do art. 312 e ausentes os do art. 313, ambos do mesmo diploma legal, 3) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Nada obstante, preceitua o novel texto do art. 282 em seu parágrafo 2º que, na fase investigatória, não poderá o magistrado de ofício decretar medida cautelar, somente por provocação externa, isto é, requerimento do MP ou representação da autoridade policial. Contudo, certo é que se admite a manifestação de ofício somente nas hipóteses do art. 310, inciso II, mesmo diploma legal, vale dizer, quando da prisão oriunda de situação flagrancial.

O texto anterior do *caput* do art. 306 dizia que o juiz competente seria comunicado imediatamente da prisão de qualquer pessoa, bem como do local onde se encontra, além da ciência à família do preso ou a quem este indicar. A atual redação foi modificada para incluir tão somente o *Parquet*, eis que, apesar de autor da ação penal, também exerce a função de fiscal da lei, e poderá analisar a legalidade da prisão ou pedir substituição da medida, inclusive a liberdade.

Quanto à redação dos parágrafos 1º e 2º do referido artigo não se percebe nenhuma alteração relevante da regra anterior. Tão somente o novo texto do parágrafo primeiro usou a expressão “**em até 24** (vinte e quatro) horas **após a realização** da prisão” em substituição da anterior “**dentro em 24h** (vinte e quatro horas) **depois** da prisão”, para se referir ao prazo do encaminhamento do auto de prisão em flagrante.

Por conta da supressão da expressão “**acompanhado de todas as oitivas colhidas**”, surgiram algumas interpretações de que haveria de modo tácito a revogação do art. 10 do CPP, quando a conclusão do inquérito policial passaria a ter o prazo de vinte e quatro horas, na hipótese de réu preso. Parece equivocado o entendimento, até porque se fosse a intenção do legislador, a revogação do citado texto seria de forma expressa, como consta do art. 4º da Lei 12.403/2011.

CASO CONCRETO: Na 41ª Vara Criminal, a autoridade policial tem encaminhado o ofício de comunicação da prisão de igual modo, acompanhado da cópia do APF, termos de declarações, quando estas foram colhidas em apartado do corpo do referido documento, e também instruindo com o relatório da vida pregressa. O cartório faz juntada da FAC, em observância a determinação do juízo e, por fim, após manifestação do *Parquet*, segue a análise do julgador para conversão da prisão administrativa em processual, em sendo legal o flagrante e frente à ausência do binômio ‘necessidade X adequação’ da substituição por outra medida cautelar.

Note-se que o CNJ sinalizava no sentido de antecipar esse “procedimento” com a Resolução nº 87, em cuja orientação o juízo da 41ª Vara Criminal já se pautava. In *verbis*, o art.1º do referido ato, o qual trouxe nova redação ao artigo 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009:

“art. 1º- Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:

I – a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;

II – a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou

III – o relaxamento da prisão ilegal.

§1º Em até quarenta e oito horas da comunicação da prisão, não sendo juntados documentos e certidões que o juiz entende imprescindíveis à decisão e, não havendo advogado constituído, será nomeado um dativo ou comunicada a Defensoria Pública para que regularize, em prazo que não pode exceder a 5 dias.

§ 2º Quando a certidão e o esclarecimento de eventuais antecedentes estiverem ao alcance do próprio juízo, por meio do sistema informatizado, fica dispensada a juntada e o esclarecimento pela defesa.

3º Em qualquer caso, o juiz zelará pelo cumprimento do disposto no artigo 5º, LXII, da Constituição Federal, e do disposto no artigo 306, §1º e § 2º, do Código de Processo Penal, especialmente quanto à comunicação à família do preso e à Defensoria Pública, quanto ao prazo para encaminhamento ao juiz do auto de prisão em flagrante e quanto às demais formalidades da prisão, devendo ser oficiado ao Ministério Público, quando constatadas irregularidades.”

Com relação às medidas cautelares alternativas à prisão, trouxe o legislador um elenco descrito no atual art. 319 do CPP, cuja aplicação pode se dar de modo autônomo ou combinado com eventual liberdade provisória, conforme previsto no art. 312 do mesmo diploma legal, sem olvidar da necessidade e adequação desta ao caso sob análise.

CASO CONCRETO: (Pr. 0032289-95.2011) Tão logo da vigência da Lei 12.403/2011, o juízo da 41ª Vara Criminal deparou-se com a hipótese de exame do binômio “necessidade X adequação” da medida cautelar

da prisão imposta a uma dupla de acusados. Estes foram denunciados por tentativa de latrocínio contra duas vítimas, sendo que a segunda vítima, um policial civil, logrou êxito em evitar o delito patrimonial praticado contra a primeira vítima. Aquela não teve dúvidas em reconhecer o acusado que efetuou a abordagem para a subtração, uma vez que empreendeu perseguição ao mesmo, o qual se evadiu do local na garupa de uma motocicleta. Contudo, não só toda a ação criminosa foi filmada por câmera de segurança, ainda o roubador deixou cair uma mochila contendo seus documentos pessoais. Quanto ao segundo réu, nada obstante menção de que chegou ao local em um carro de sua propriedade, porém a imagem das câmaras de segurança não mostra o veículo, tampouco outro envolvido além daquele antes referido, não sendo, em consequência, reconhecido por alguma testemunha.

Assim, apesar da gravidade do delito, ao longo da instrução realizada em audiência, todo o contexto de provas se esmaeceu no que toca ao segundo acusado, enfraquecendo a custódia cautelar. Frente a este novo panorama, em se tratando de réu primário, com base nos princípios que norteiam todo o processo penal e reforçada a *mens legis* de que a prisão provisória se cuida de medida extrema, foi concedida liberdade provisória ao réu em comento, mediante comparecimento semanal em cartório, fins de justificar suas atividades, até ulterior decisão. Resultado da aplicação do art. 319, inciso I, combinado com o art. 321, ambos do CPP. Merece destacar que o acusado deu integral cumprimento à medida imposta e a razão é muito simples: ele próprio é o maior interessado na sua liberdade, para cuja manutenção qualquer obrigação em substituição é válida e imediatamente aceita.

Embora haja algumas imperfeições na nova legislação, não se pode olvidar do ganho que ela trouxe com a possibilidade de se evitar a prisão processual e o deletério contato do acusado de pequena periculosidade com a população carcerária, frise-se mais uma vez.

De outro flanco, denota-se a preocupação com a instrumentalização dos meios para fiscalizar essa liberdade “condicionada” ou “vigiada”. Em verdade, a probabilidade do acerto e sucesso depende da vontade do acu-

sado em se submeter ao cumprimento de algumas dessas “condições” ou medidas, em sendo o principal interessado. Senão, vejamos.

No rol do art. 319 do diploma processual penal, a própria medida de comparecimento periódico, também as proibições de frequentar determinados lugares, manter contato/distância com certa pessoa, ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar noturno ou nos dias de folga, serão de difícil efetividade em havendo desrespeito do réu, ressalvada fiscalização pela própria vítima. Cada magistrado deverá se valer dos instrumentos legais à sua disposição para este fim, *v.g.*, contar com auxílio policial no serviço de patrulhamento, especialmente nas hipóteses dos incisos II a V, retro mencionado.

Ressalta-se que o art. 320 do CPP alterado, consistente na obrigação de entrega do passaporte pelo indiciado e acusado com o fim de evitar sua saída do país, obviamente, constitui instrumento de efetividade da proibição de ausência na comarca, medida cautelar acima mencionada, porém de maior amplitude.

A suspensão de exercício funcional público ou atividade econômico-financeira, internação provisória ou aplicação de fiança são providências que de pronto se concretizam, eis que sujeitas tão somente ao crivo do juiz, incisos VI a VII, mesma regra legal em exame.

Quanto à internação provisória do inimputável ou semi-imputável prevista no inciso VII, aplicada nas situações de crimes praticados com violência ou grave ameaça, em havendo risco de reiteração, já se discute o caráter de verdadeira antecipação de tutela da medida de segurança, o que a afastaria da originária natureza instrumental das medidas cautelares. Bem como, de outro lado, desponta posição pela imprescindibilidade de laudo pericial, uma vez que o magistrado não poderia se valer do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, em aplicação analógica, com a finalidade de decretar a medida. Nada obstante, posicionamento contrário de Guilherme Nucci², em razão da urgência da medida por completo descabimento de se manter o insano mental no cárcere comum, o julgador

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **PRISÃO E LIBERDADE: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

pode substituir o laudo por parecer médico prévio ou documentos de lavra de médico particular.

O inciso VIII estabelece a fiança, instituto que já contava com previsão legal de forma autônoma no texto anterior e que restou mantida e agora admitida sua aplicação em cumulação com outra medida cautelar, parágrafo 4º do art. 319 do CPP.

A grande novidade na legislação pátria é o monitoramento eletrônico como medida alternativa estabelecida no inciso IX do art. 319 do CPP. Note-se que o legislador silenciou por completo acerca de sua instrumentalização e a real efetividade dependerá de entendimento entre os Poderes do Estado, disponibilizando e aplicando recursos financeiros para esse fim.

CONCLUSÃO

Com efeito, a nova lei das “prisões e outras medidas cautelares” traz a inequívoca vantagem de apresentar um leque de opções de medidas alternativas à prisão, já que de toda sorte, antes do advento, o magistrado ficava adstrito ao decreto prisional provisório ou à concessão da liberdade, sem olvidar da fiança, até então em desuso.

É certo que muito ainda há a ser feito para solucionar as questões do sistema processual criminal, sistema carcerário, polícias e outras áreas interligadas diretamente ou por via reflexa ao tema. Entretanto, não se pode negar que a nova legislação é um avanço e deve ser aplicada como meio para conter o nocivo crescimento da massa carcerária do país. Assim, mediante estudos e debates, principalmente julgados, advirá assentamento do regramento legal novo, o qual viabilizará uma mudança real neste cenário. ◆