

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Lúcia Regina Esteves de Magalhães¹

INTRODUÇÃO

A escalada da violência e da intensa judicialização dos conflitos, a soma de urgência nos provimentos processuais criminais, aliada à demora na conclusão dos procedimentos policiais e judiciais, foi fazendo da excepcional prisão preventiva uma medida crescentemente utilizada, de molde a incrementar significativamente a massa carcerária do país, posto que assolado por uma das mais nefastas estatísticas criminais do mundo.

A Lei nº 12.403/11 veio a atender as exigências dos direitos constitucionais previstos no artigo 5º da Carta Magna, pois a liberdade é a regra e a prisão provisória é a exceção, alterando substancialmente o Título IX do Livro I do CPP, passando a ter a seguinte epígrafe “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

Pois bem, o CPP partia de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, a qual se tornou absolutamente despropositada com o advento da Constituição de 1988, especialmente no artigo 5º, incisos LVII e LXI.

Esclarecem LUIZ FLAVIO GOMES e IVAN LUÍS MARQUES²:

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava pre-

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal - Capital.

² GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvío. **Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: RT, 2011. p. 24.

sunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (CPP, art. 310, na sua redação original).

Portanto, a referida lei veio a romper paradigmas e minimizar o cárcere provisório, observando o modelo plúrimo, com a previsão de várias espécies de medidas cautelares, ficando a prisão provisória como a última *ratio*, ou, na lição de LUIZ FLÁVIO GOMES, como a *extrema ratio* da *ultima ratio*.

Assim, introduz no processo penal brasileiro uma gama de medidas cautelares específicas, algumas inovadoras, outras importadas de lei diversa como a Lei Maria da Penha ou de outros momentos processuais, antecipadas agora ao limiar da *persecutio criminis*.

Com efeito, propaga-se a ideia de que as inovações destinam-se a reduzir a decretação de prisões preventivas, substituindo esta medida extrema por outras cautelares em casos em que a restrição antecipada da liberdade não se mostre adequada nem necessária.

Ressalte-se que a lei em comento tem sido duramente criticada e por muitos é lamentada, tais como pelas autoridades policiais, integrantes do Ministério Público e magistrados, pois dificultará a decretação da prisão preventiva, impondo-se como alternativa a ser examinada pelo juiz a decretação de outras medidas cautelares menos severas do que o encarceramento preventivo, muitas apontadas de frágil eficácia ou difícil fiscalização.

Igualmente, discute-se que a reforma realizada no CPP favorecerá criminosos do colarinho branco, cujos crimes, não sendo normalmente praticados com violência ou grave ameaça e por se tratar, em geral, de indivíduos primários cujos delitos têm penas inferiores a quatro anos, dificilmente seriam presos provisoriamente.

Na realidade, como veremos a seguir, a reforma em questão, se for interpretada com razoabilidade, não será assim tão perniciosa à segurança

pública, como se tem propalado. Ao contrário, estabelecendo nove medidas cautelares alternativas à prisão preventiva e com menos requisitos autorizadores do que a medida extrema, a Lei 12.403/11 estará cedendo a um pleito de efetividade da justiça penal, aliado à garantia da razoável duração do processo prevista no artigo 5º, LXVIII, da CF.

AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL - PRIMEIRAS IMPRESSÕES

A Lei 12.403/11 trouxe à sistemática do processo penal cautelar diversos princípios que já eram reclamados pela doutrina e jurisprudência pátrias, destacando-se o princípio da proporcionalidade, na sua vertente do binômio necessidade-adequação, já previsto implicitamente na CF e diretamente ligado à garantia dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a proporcionalidade não se restringe à proibição do excesso, mas também é importante aplicar o outro viés do referido princípio, que é a proibição da proteção deficiente.

Nesse passo, a legislação processual penal brasileira passa a contar com as seguintes medidas pessoais: a prisão cautelar (artigo 283 e seguintes), prisão domiciliar (artigos 317 e 318) e outras cautelares diversas da prisão (artigo 319).

Com efeito, defluiu-se do artigo 282, incisos I e II, do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/11, a existência da necessidade e da adequação no momento de decretação da medida, bem como a efetividade do processo.

Nesse sentido, já antecipava AURY LOPES JR³ quando da análise do Projeto de Lei 4.208-C: *“se houver alguma medida que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como ‘ultima ratio’ do sistema”*. Assim, a prisão preventiva passa a ser exceção e, em seu lugar, o juiz criminal deve tentar aplicar outras medidas cautelares.

3 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume II. 3ª edição. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.174.

Analisando-se o inciso I do artigo 282, o mesmo estabelece que os requisitos gerais para a imposição de qualquer medida cautelar, aí incluída a prisão, serão (i) *necessidade para aplicação da lei penal*, (ii) *necessidade para a investigação ou a instrução criminal* e, (iii) *nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais*.

O artigo 282 passa a cuidar, então, de regras gerais das medidas cautelares pessoais, dentre elas a justificativa para a medida cautelar, ou seja, a aplicação pelo magistrado criminal da medida deve ser fundamentada em alguns dos motivos acima expostos; a cumulatividade, isto é, as medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (artigo 282, § 1º) e, a título de exemplo, pode o juiz decretar a prisão preventiva junto e suspender o acusado da função pública; a iniciativa em que o poder inquisitivo do juiz permanece, admitindo que a medida cautelar possa ser decretada de ofício, podendo ser requerida pela acusação ou pelo querelante e através de representação da autoridade policial (artigo 282, § 2º). Não cabe decretação de ofício de prisão preventiva em sede de inquérito policial.

Igualmente, a regra é de que, salvo urgência, a parte contrária deverá ser ouvida, com cópia do requerimento e das peças (artigo 282, § 3º do CPP). Havendo urgência e sendo a medida aplicada *inaudita altera pars*, o contraditório fica diferido, podendo o indiciado ou réu contestar a medida aplicada.

O novo § 4º do artigo 282 do CPP consagrou a fungibilidade das medidas cautelares, mas sempre respeitando-se o princípio da proporcionalidade por se tratar de uma consequência lógica da busca pela efetiva satisfação da medida almejada.

De outra banda, o § 6º do artigo 282 do CPP reforça a ideia do caráter subsidiário da prisão preventiva.

Em relação ao novo artigo 289 do CPP, maior modificação ocorreu em relação ao antigo parágrafo único e que agora se encontra alocado no § 1º do referido dispositivo, sendo opção legislativa pelos novos meios de comunicação eletrônica, mais ágeis e céleres, em perfeita harmonia com o cenário pós-moderno.

No tocante à prisão em flagrante, o artigo 310 do CPP estabelece que o Juiz deverá, fundamentadamente, ao receber o auto de prisão em flagrante, tomar uma das três seguintes decisões: a) relaxar a prisão ilegal (aquela cujo auto de prisão em flagrante não observou os requisitos legais); b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

O que de substancial se altera é que a prisão em flagrante passa a ter natureza pré-cautelar.

Ressalta EDILSON MOUGENOT BONFIM⁴ que:

Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo o qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em prisão.

Outrossim, o artigo 311 do CPP estabelece que 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.

Também é fácil constatar que o novo texto legal traz dois tipos de prisão preventiva: aquela já tradicional, que vem sendo denominada de autônoma, e uma nova modalidade, destinada a garantir o cumprimento das medidas cautelares, que poderia ser denominada de subsidiária ou substitutiva.

⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

Em relação a tal dispositivo, perflho do entendimento de que caso a prisão preventiva tenha sido determinada ainda na fase investigatória, urge que a peça acusatória seja oferecida em até cinco dias (artigo 46 do CPP), pois se há justa causa para a decretação da prisão preventiva (*fumus commissi delicti*), obviamente que também há para o exercício da ação penal (indícios de autoria e prova da existência do crime), tal como dispõe o artigo 395, inciso III, do CPP. Caso não haja o oferecimento da denúncia no prazo legal, a prisão deverá ser revogada, pois patente o constrangimento ilegal. Se não o for, cabível será a impetração do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Em relação ao artigo 312 do CPP, não houve significativa alteração, tratando-se da prisão preventiva autônoma e permanecendo-se o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, com alterações em seus requisitos alternativos do artigo 313 do CPP, passando-se a exigir que o delito tivesse pena superior a quatro anos ou fosse o acusado reincidente ou o crime fosse praticado em situação de violência doméstica contra a mulher, contra idoso, criança ou adolescente, enfermo ou deficiente. Os primeiros requisitos estão em consonância com aqueles para substituição da pena privativa da liberdade por penas restritivas de direito, previstos no artigo 44 do CP. Desse modo, guarda-se homogeneidade entre as medidas cautelares e o resultado final de eventual condenação, ou seja, nos casos em que a pena privativa da liberdade seria convertida em restritiva de direitos, não há sentido em, cautelarmente, extirpar a liberdade de locomoção com o encarceramento.

A prisão preventiva subsidiária deflui do § 4º do artigo 282 do CPP e o referido dispositivo remete ao artigo 312, parágrafo único, do CPP.

Com efeito, tem sido ventilada a preocupação das autoridades em geral, com o problema de crimes patrimoniais com tendência à reiteração, como o furto e a receptação simples, pois tais delitos são punidos com pena máxima de 04 (quatro) anos de reclusão. Ocorre que há indivíduos tendentes a praticar tais delitos com intensa reiteração, sem que sejam reincidentes no sentido legal (artigo 63 do CP). Em tais casos, estaria o juiz de mãos atadas, não lhe sendo lícito decretar a custódia cautelar, mesmo ante

um intensa reiteração de furtos. É fora de dúvida que, em determinados casos, isso poderia levar a uma perigosa sensação de impunidade, perturbadora da ordem pública.

Cabe ressaltar que, em regra, os juízes não decretavam a prisão preventiva ao ensejo dos primeiros furtos e, dependendo do caso concreto, isso poderia advir somente após vários flagrantes. Agora, já não se justifica a tolerância sob o argumento de que a prisão é medida muito drástica, porque há um rol de nove medidas a serem aplicadas em seu lugar, de modo que, onde inexistia intervenção estatal, agora pode haver diversas, desde que necessárias e adequadas.

Em relação à prisão domiciliar prevista no artigo 317 do CPP, a possibilidade de se recolher o indiciado em sua própria residência já era prevista no artigo 117 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), em caráter de excepcionalidade, em determinados casos de beneficiários em regime aberto.

Com efeito, a lei traz no artigo 319 um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão e as medidas previstas nos incisos I e IV são conhecidas obrigações do *sursis* e da suspensão condicional do processo cuja maior análise é desnecessária, destacando-se apenas a prevista no inciso III, que merece destaque por caracterizar um aprimoramento do que a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) implementou.

Ressalta-se que o rol de medidas previstas no artigo 319 é taxativo, não comportando qualquer exceção. Só se permite a utilização dos instrumentos cautelares previstos expressamente no Código. Portanto, não há que se falar em poder geral de cautela conferido ao juiz da vara criminal, ou mesmo em cautelares inominadas a serem disponibilizadas na seara processual penal.

A medida contida no inciso V do artigo 319 do CPP cuida de uma espécie de prisão domiciliar parcial, tendo em vista que se restringe ao período noturno e aos dias de folga. Essa medida cautelar assemelha-se ao regime de prisão-albergue domiciliar previsto na Lei de Execução Penal.

Por derradeiro, a Lei de Execução Penal, em 2010, passou a prever a possibilidade de monitoração eletrônica nas hipóteses de prisão domiciliar

e de saída temporária em regime semiaberto (artigos 146-B a 146-D). O Código de Processo Penal, agora, ampliou o rol de casos em que a monitoração é permitida e, até mesmo, recomendada. É importante, novamente, destacar que a monitoração eletrônica não se restringe ao uso de pulseiras ou tornozeleiras, mas pode ser feita também através de contatos virtuais em determinados horários, dentre outras hipóteses.

A reforma também resgatou o instituto da fiança (artigo 321 e seguintes do CPP), ampliando os poderes da autoridade policial (artigo 322 do CPP), ressaltando que a Constituição Federal estabelece a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados (artigo 5º, XLIII). Por força dessa cláusula pétrea, advém a redação do artigo 323 do CPP. Assim, tem-se que nos crimes hediondos e equiparados, embora interdita a fiança, seriam possíveis quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.

Ressalte-se que a questão não é pacífica e para alguns estudiosos da matéria, considerando-se que a regra do artigo 323 do CPP veda a fiança nos crimes hediondos e equiparados, seria inconstitucional autorizar outras medidas cautelares em tais casos, cuja vedação estaria implícita na imposição constitucional de inafiançabilidade.

Ainda impende definir qual é o recurso cabível da decisão que decretar a aplicação de uma medida cautelar, que para uns seria o Recurso em Sentido Estrito quanto à aplicação de qualquer das medidas previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Pois bem, não se pode concordar com tal posicionamento, tendo em vista o fato de ser o rol do artigo 581 (que prevê o recurso em sentido estrito) exaustivo, não exemplificativo. Assim, apenas quanto às hipóteses não abarcadas pelo artigo 581, a única solução seria, de fato, a impetração de *habeas corpus*.

Mesmo na hipótese do inciso VI do artigo 319, que trata da suspensão do exercício de atividade ou função, se descumprida a ordem, poderá importar em sua conversão em prisão, motivo pelo qual cabível *habeas corpus* preventivo.

Por fim, há um ponto que exige reflexão, que é a ausência de previsão da *detração* diante da aplicação de medidas cautelares distintas da

prisão, pois o Código Penal dispõe, no artigo 42, que será computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o *tempo de prisão provisória*, no Brasil ou no estrangeiro. Se o réu aguardou preso preventivamente o andar do processo, é natural que esse tempo seja descontado da pena final, ainda que a qualidade e natureza das prisões cautelar e definitiva seja distinta. A supressão do direito de locomoção para salvaguardar o processo será compensado na pena final.

Ocorre que não há previsão legal da *detração* nos processos em que a medida cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou ao monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto.

CONCLUSÃO

O direito processual penal, após a intensa reforma de 2008, conhece nova grande alteração com a Lei nº 12.403/11 e, a par de críticas pontuais, a nova lei é bem-vinda.

Como qualquer novo ato, ainda será debatida e revolvida pelos operadores do direito e pela doutrina e jurisprudência sob todas as perspectivas. No entanto, sua aprovação e sanção demonstra como a articulação entre Poderes e a racionalidade podem produzir normas que contribuam para um processo penal mais eficaz e civilizado, que proteja a segurança pública erigida a valor fundamental, nos moldes do artigo 5º, *caput* e artigo 144, ambos da Carta Republicana de 1988 e, ao mesmo tempo, respeite a dignidade humana e os princípios constitucionais dela decorrentes.

Portanto, concluímos que essa tendência do direito processual brasileiro moderno é irreversível e pode desaguar, num futuro próximo, em um Código de Processo Penal de linhas mais garantistas de direitos fundamentais. ♦