

O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal

Angélica dos Santos Costa¹

Considerando a entrada em vigor da Lei 12.403/11, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro ofereceu aos magistrados o Curso "O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal", sob a coordenação dos juízes Rubens Roberto Rebello Casara e André Luiz Nicolitti, realizado nos dias 04, 11, 18 e 25 de julho e 1º de agosto do corrente ano.

Foram ministradas diversas palestras sobre o tema tratado pela nova lei, com o objetivo de aprimorar o conhecimento, apurar e debater dúvidas trazidas com a introdução das novas cautelares no Direito Processual Penal Brasileiro.

Publicada em 05 de maio deste ano, a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, com início de vigência previsto para o dia 04 de julho de 2011, ou seja, sessenta dias após a sua publicação (Lei Complementar 95/98), já trouxe diversas discussões entre as carreiras jurídicas.

A mencionada lei inova ao acrescentar um conjunto de medidas cautelares alternativas à prisão, o que está totalmente de acordo com o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto na Constituição da República.

Não podemos olvidar que o artigo 5º, LVII, da Constituição prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (princípio da não culpabilidade).

Desse modo, deve-se ter sempre em mente que qualquer restrição à liberdade de locomoção, direito fundamental do indivíduo, deve ser sempre exceção, sendo sua supressão justificada apenas quando em conflito com outro direito fundamental de maior valor.

¹ Juíza de Direito da 25ª Vara Criminal - Capital.

Como consectário dessa determinação constitucional, pode-se afirmar que todo aquele que estiver submetido à persecução penal terá preservado o seu estado de inocência.

A adoção de qualquer medida cautelar pessoal atinge um direito fundamental do indivíduo e, dessa forma, também está vinculada ao princípio da presunção de não culpabilidade, sendo que sua imposição exigirá, sempre, fundamentação escrita da Autoridade Judiciária competente, com base nos critérios de necessidade e adequação, inerentes a todos os tipos de medidas dessa natureza.

Merece destaque o fato de que, nas medidas cautelares em geral, devem estar sempre presentes o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Do mesmo modo, a adoção de medidas cautelares deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, isto é, na imposição de uma medida cautelar, deve ser feito um juízo de ponderação para definir qual das medidas é a mais adequada e necessária de acordo com a gravidade do caso concreto.

De acordo com a nova lei, a prisão preventiva, também de natureza cautelar, deve ser sempre a última opção do juiz, sendo cabível apenas quando as outras medidas se mostrarem ineficazes para a garantia da persecução penal.

Sempre que possível, deve ser adotada medida cautelar que menos interfira nos direitos fundamentais do indivíduo, desde que, suficiente e adequada à preservação do processo, o que nada mais é o objetivo de uma medida cautelar.

Ressalte-se que, ficando demonstrada a necessidade de uma cautelar mais gravosa ao indiciado ou réu, não só poderá como deverá ser realizada a substituição da medida.

Frise-se, ainda, que restou devidamente debatido durante o curso ministrado que é possível, até mesmo no caso de fundamentada necessidade para a preservação do resultado do processo penal, a cumulação das medidas.

As medidas cautelares serão regidas pela cláusula *rebus sic stanti-*

bus, ou seja, condicionadas às circunstâncias em que foram impostas, podendo o juiz substituí-las, revogá-las ou aplicá-las novamente caso seja necessário. É o que se convencionou chamar de fungibilidade das medidas cautelares.

No primeiro dia do curso, participaram vários Delegados de Polícia, seja como palestrantes, seja como destinatários da palestra, se encontrando presente, inclusive, a Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Marta Rocha. Não era para menos, uma vez que a modificação processual penal trazida pela Lei 12.403/11 afeta em muito o trabalho da polícia judiciária, principalmente o da Autoridade Policial.

A nova lei deixa clara a capacidade postulatória do Delegado de Polícia, na medida em que o coloca como um dos legitimados a demandar a imposição de medidas cautelares durante a fase do Inquérito Policial por meio de representação.

Insta salientar que, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, seja de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, cumulá-la e, se for o caso, decretar a prisão preventiva.

Ressalte-se que foi discutida durante os dias de palestras a possibilidade de o Delegado de Polícia representar pela decretação da prisão preventiva em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida, embora a lei não tenha feito referência expressa ao mesmo.

Ademais, se o Delegado de Polícia pode representar pela imposição de medida cautelar, não teria sentido a impossibilidade da representação pela prisão preventiva no caso do seu descumprimento, até porque esta também é uma medida cautelar.

Assim, chegou-se à conclusão durante as palestras que, com base em uma interpretação sistemática da nova lei, pode-se afirmar ser possível a representação pela prisão preventiva em substituição à medida cautelar descumprida.

Vale transcrever o dispositivo legal que trouxe as medidas cautelares para o nosso ordenamento jurídico:

“Art. 282 – *As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:*

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1o As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2o 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 mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3o Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 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).

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

Vale citar que críticas não faltaram à nova lei, tendo em vista a tramitação no Congresso Nacional de um Projeto de Lei de um Novo Código de Processo Penal. Ressalte-se que o legislador definitivamente transformou toda e qualquer prisão anterior a uma sentença condenatória com trânsito em julgado em cautelar. Nesse passo, relevante se torna uma crítica à nomenclatura *liberdade provisória*, eis que tecnicamente errônea. Isso porque *provisória* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que de uma forma ou outra sempre acarretarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra.

Após o término do curso ministrado pela EMERJ e após variadas discussões, pode-se dizer que, mesmo após a condenação passada em julgado, a liberdade é sempre a regra porque a pena de prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, será sempre *provisória*.

Por isso, tanto a prisão, quanto as medidas cautelares eventualmente impostas serão sempre *provisórias* diante da regra: a liberdade.

Através dos inúmeros debates e palestras travados durante o conceituado curso da EMERJ, tornou-se claro que prisões, medidas cautelares e a liberdade “provisória” exercem a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal – natureza cautelar.

O ilustre palestrante Eugênio Pacelli de Oliveira, durante o tempo destinado à explanação sobre o tema, trouxe algumas conclusões relevantes, que merecem menção. Disse ele que as medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas *independentemente* de prévia prisão em flagrante, a teor do artigo 282, § 2º, CPP. Acrescentou que as medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também *substituir* a prisão em flagrante, quando não for cabível e adequada a prisão preventiva (art. 310, II e 321, CPP). Frisou igualmente que a liberdade provisória, no atual momento, passa a significar apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante.

Salientou que a prisão preventiva poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar, em *substituição* àquelas previamente impostas e eventualmente descumpridas.

É certo que a prisão preventiva poderá também ser substituída por

medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo, a teor do artigo 282, § 5º, CPP. Quando decretada autonomamente, ou seja, como medida independente do flagrante, ou, ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP.

Sublinhou igualmente o palestrante que, quando a medida cautelar for decretada subsidiariamente, isto é, como substitutiva de outra cautelar descumprida, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP.

Por fim, vale mencionar que restou claro que nenhuma medida cautelar poderá ser imposta quando não for cominada a infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 3º, CPP).

Impossível mencionar todos os excelentes palestrantes participantes do curso, em que pesem todas as divergências e debates travados durante o mesmo. Todavia não há como deixar de mencionar o brilhantismo da explanação do Desembargador Paulo Rangel no dia da abertura dos trabalhos.

Muito sabiamente resumiu, no pouco tempo de explanação disponível, a nova *emboscada* jurídica trazida pelo legislador e os cuidados atinentes àqueles que militam na seara jurídica, principalmente na prática criminal.

Frisou ele a possibilidade de aplicação das cautelares quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo superior a quatro anos de reclusão, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.

Muitas divergências e dúvidas ainda serão debatidas diante da nova lei processual penal, sendo solucionadas com o decorrer da prática jurídica e do tempo. Assim, encerro o presente relatório sobre o curso ministrado. ♦