

AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Matheus Abreu de Souza¹

Gian Miller Brandão²

Resumo: O processo penal brasileiro, antes caracterizado por seu sistema cautelar bipolar, assim definido pela doutrina, vê-se ganhando novos rumos a partir da reforma trazida pela Lei nº 12.403/11. Por meio do presente trabalho, tem-se o objetivo de realizar uma análise crítica acerca das inovações trazidas pela referida legislação. O conjunto de técnicas e procedimentos utilizado para a construção do artigo pauta-se nos métodos indutivo e bibliográfico, com a adoção de fontes primárias e secundárias, sendo fomentada pela rica contribuição teórica de renomados doutrinadores. Esta metodologia conduziu ao ápice do presente artigo, qual seja a realização de detalhadas pesquisas acerca dos reflexos da Lei nº 12.403/11 sobre a realidade processual penal brasileira. Como resultado, percebe-se que, além da ampliação do leque de cautelares diversas da prisão, assumiu-se a natureza cautelar de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado. Nota-se também uma realidade processual penal passando a ser analisada à luz dos princípios constitucionais, em especial, o da Inocência, por meio do qual se busca a tutela da Liberdade Individual.

Palavras-chave: Medidas Cautelares; Lei 12.403/11; Requisitos; Princípios; Processo Penal Brasileiro.

1 Introdução

Após um longo período de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o projeto de Lei nº 4.208, de 2001, posteriormente transformado na Lei nº 12.403/11, objeto de discussão do presente trabalho.

O referido projeto de lei promoveu uma verdadeira revolução no trato das prisões e da liberdade provisória, assumindo-se a natureza cautelar de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado, sendo assegurada ao magistrado a escolha do caminho mais justo e eficiente com base no caso concreto.

Inúmeras alternativas ao cárcere foram inseridas no Código de Processo Penal, atribuindo-se, assim, uma roupagem nova, especialmente, por meio de seu artigo 319. A prisão, antes vista como regra, fundada em uma presunção de culpabilidade, passou a ser reservada às circunstâncias de extrema necessidade. Tem-se, agora, uma legislação processual analisada à luz dos princípios constitucionais, em especial, o da Presunção de Inocência, trazido pelo art. 5º, inciso LVII da CF/88 e a Tutela da Liberdade Individual, os quais possuem o objetivo comum de garantir que, tanto na fase de investigação quanto no curso do processo,

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN.

a prisão cautelar seja considerada apenas como uma alternativa de exceção (art. 282 § 6º do CPP).

O conjunto de técnicas e procedimentos utilizado para a construção do artigo pauta-se nos métodos indutivo e bibliográfico, com a adoção de fontes primárias e secundárias, sendo fomentado pela rica contribuição teórica de renomados doutrinadores. Como resultado, percebe-se que o legislador preocupou-se em resguardar o direito à liberdade do indivíduo, momento em que ganham destaque às garantias constitucionais, fazendo valer o princípio da última *ratio*.

Ao longo do presente trabalho será realizada uma análise sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, abordando questões como o cabimento, requisitos e aplicabilidade, reforçando a ideia de que o cerceamento da liberdade do indivíduo só deve ocorrer em casos extremos, visto que a prisão, a partir da nova lei, se constituiu como sendo a última *ratio*, criando-se em seu lugar diversas outras medidas cautelares alternativas não previstas anteriormente no ordenamento processual penal.

2 Das Medidas Cautelares no Processo Penal: aplicabilidade e requisitos gerais.

Até 2011, ocorria o que Renato Brasileiro (2015) denominava de “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”. Segundo Brasileiro (2015), ao magistrado eram disponibilizados apenas dois caminhos: decretar a prisão preventiva, caso em que o acusado responderia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou conceder Liberdade Provisória, esta, por sua vez, encontrando sua legitimidade na prisão em flagrante e sujeita a algumas condições, como por exemplo, o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse o acusado intimado para os atos do inquérito, da instrução criminal ou para o julgamento.

É evidente que, com o fim da bipolaridade cautelar, diante da inserção do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, objetivou-se evitar o excesso de encarcerização provisória, passando a Liberdade a ser adotada como regra.

Agora, mesmo após a condenação transitada em julgado, a prisão não será perpétua, assumindo seu caráter provisório, fato que levou doutrinadores a tecerem críticas quanto à expressão “liberdade provisória”, trazida em nosso texto

constitucional em seu artigo 5º LXVI, o qual dispõe que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". Logo, como defende Pacelli (2014), provisória é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, visto que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos.

Quanto à aplicabilidade das medidas cautelares, estas não podem ser decretadas pelo magistrado de forma indiscriminada, banalizando-se o uso de tais medidas. Devem ser respeitados alguns requisitos gerais, que podem ser encontrados no artigo 282, I e II, CPP. Estes, por sua vez, exigem, para que se opere a restrição de Direitos Individuais do indiciado ou acusado, ordem escrita e fundamentada dada pelo juiz, além da análise dos vetores da necessidade e adequação, somados ao postulado da proporcionalidade.

2.2 Regras Gerais de aplicação

Faz-se importante destacar que, as medidas cautelares não podem ser superiores aos resultados finais do processo, devendo o Juiz, no momento de imposição, orientar-se pelo regramento geral de aplicação de tais medidas. De um lado a 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; de outro, adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, CPP).

Em análise ao Título IX do Código de Processo Penal, é possível identificar situações em que, independente da prova da necessidade, tornam-se inviáveis a imposição de tais medidas.

Casos específicos que merecem destaque podem ser encontrados no artigo 283 §1º do Código de Processo Penal. O referido artigo traz em si uma proibição quanto à aplicabilidade das cautelares aos casos em que não for cominada pena privativa de liberdade para infração em apuração ou já sob processo. Uma exceção a tal regramento pode ser encontrada nos casos de Violência Doméstica e nas infrações praticadas contra criança e adolescente, bem como contra idosos e incapazes, casos em que será admitida a imposição de cautelares independente da pena prevista nos respectivos tipos penais

De forma semelhante, não se faz necessária a decretação pelo magistrado das cautelares pessoais àquelas infrações de menor potencial ofensivo, cuja competência é do Juizado Especial Criminal, casos em que está previsto o processo conciliatório da transação penal. As cautelares também são dispensáveis nos casos de proposta e aceitação da suspensão condicional do processo (art.89 da lei nº 9099/95) e em regra, se tratando de delitos culposos.

Segundo Pacelli (2014), as medidas cautelares, tal como ocorre com a prisão preventiva, podem ser impostas de modo autônomo ou em substituição à prisão em flagrante. Poderão até substituir a prisão preventiva, quando esta não mais se mostrar necessária.

É preciso atentar-se para o fato de que, as exigências para aplicação tanto das medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP) quanto para decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), são muito próximas. A grande diferença reside na disposição trazida pelo artigo 282 II do CPP, no que tange à adequação da medida.

3 Princípios fundamentais das medidas cautelares

O Direito Processual Penal Brasileiro sofreu profundas transformações ao longo do tempo, sendo fortemente influenciado pelos princípios trazidos pela nossa Carta Magna de 1988, dado o devido valor às profundas alterações na matéria também operadas pela lei nº 11.719, de 2008.

O Código de Processo Penal antes caracterizado por um juízo de antecipação de culpabilidade, esta entendida em seu sentido lato – responsabilidade penal – agora, com base nos dizeres do artigo 5º LVII e LXI da Constituição Federal, toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ressaltando-se que ninguém será considerado culpado, senão em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, ressalvados os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei.

É certo que o Flagrante se põe como exceção à regra do artigo 5º LXI da Constituição Federal, podendo aquele ser efetuado por qualquer pessoa (art. 301 da

CF), porém, a sua manutenção deverá atender a regra do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Percebe-se, a partir de então, a consagração do Princípio da Presunção de Inocência ou da não Culpabilidade, este que, por sua vez, recebeu tratamento diferenciado em nosso texto constitucional. A nossa Carta Magna não dispõe acerca de nenhuma presunção de inocência, muito pelo contrário, vem tratar de sua afirmação. O festejado princípio é tido como um valor normativo afirmativo da situação de inocência do indivíduo, que deve ser considerado tanto na fase pré-processual (investigatória), quanto na fase processual propriamente dita (ação penal).

Sendo assim e como já mencionado, para que se opere a restrição de Direitos Individuais do indiciado ou acusado, além da exigência de ordem escrita e fundamentada dada pelo juiz, deverão ser analisados os vetores da necessidade e da adequação, somados ao postulado da proporcionalidade, fato que reserva a prisão para as situações extremas, as quais não comportam a possibilidade de decretação de qualquer outra medida cautelar e desde que preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Quanto ao postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Carta Magna, este exerce duas funções muito importantes em nosso ordenamento, sendo, primeiramente, a proibição do excesso, exercendo um controle quanto à validade e alcance das normas constitucionais, e, em segundo, a importante técnica da ponderação, a qual deverá ser aplicada àqueles casos em que, havendo um conflito aparente de normas igualmente constitucionais, aplicar-se-á aquela que melhor atender às necessidades do caso concreto.

3.2 Medidas Cautelares pessoais diversas da prisão

Antes mesmo das inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11 já existiam hipóteses de medidas cautelares previstas em leis esparsas, como por exemplo, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) e a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Com o surgimento da Lei 12.403/11 promoveu-se uma verdadeira revolução no trato das prisões e da liberdade provisória, assumindo-se a natureza cautelar de

toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado, além de ter inserido no Código de Processo Penal inúmeras alternativas ao cárcere, especificamente em seu artigo 319.

Em regra, as medidas cautelares são autônomas, não dependendo de anterior prisão em flagrante para a sua imposição, podendo ainda ser aplicadas de forma substitutiva a esta, quando não for cabível a prisão preventiva (art. 321, CPP). Podem ser decretadas isolada ou cumulativamente, com base no artigo 282 § 1º do Código de Processo Penal, respeitado o regramento geral do artigo 282, I e II, do mesmo diploma processual, que traz em si disposições acerca dos vetores da Necessidade e Adequação.

O Magistrado, à luz dos princípios da adequação e da necessidade, poderá a partir do rol do artigo 319 mais o artigo 320, aplicar isolada, cumulada ou substitutivamente alguma das cautelares processuais, conforme a finalidade/objetivo que se deseja alcançar no processo. São qualificadas como cautelares processuais: o Comparecimento Periódico em Juízo (I); Proibição de acesso ou frequência a certos lugares (II); Proibição de contato com determinada pessoa (III); Proibição de se ausentar da Comarca (IV); Recolhimento domiciliar (V); Suspensão de função ou atividade (VI); Internação provisória (VII); Fiança (VIII); Monitoração eletrônica (IX) e Proibição de se ausentar do país (art. 320, CPP).

Doutrinadores como Pacelli (2014) costumam dividir as cautelares conforme à sua finalidade, sendo uma Genérica – receio quanto à fuga ou para garantir a aplicação da lei penal ou por conveniência da investigação e da instrução criminal – e a outra Específica – para evitar a prática de novas infrações penais. Faz-se importante esclarecer que, seja qual for a finalidade da medida estabelecida pelo legislador, caberá ao Juiz, valendo-se do artigo 282 do Código de Processo Penal, o exame da necessidade/indispensabilidade e adequação da respectiva cautelar, com base nas circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

É possível, pois, que tais medidas sejam aplicadas de modo a se atender a finalidades diversas, por se revelar muito mais útil em determinadas situações do que para aquelas nominadas na lei. Por exemplo, para fins de conveniência da investigação ou da instrução, diante do risco de destruição de provas, de ameaça às testemunhas, bem como de qualquer outro comportamento que venha a atingir a efetividade do processo, as cautelares de suspensão de função pública ou de

atividade econômica ou financeira, presente no artigo 319 VI do Código de Processo Penal, e não pelas hipóteses de proibição de se ausentar da Comarca (IV) ou, muito menos, na de fiança (VIII).

4 Considerações finais acerca das Cautelares Processuais

O artigo 313 do Código de Processo Penal deixa claro que será admitida a prisão preventiva, se e somente se, o crime for doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4(quatro) anos; o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso (salvo hipótese do art. 64, inciso I do Código Penal); ou para garantir a execução de medida protetiva de urgência em crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Além disso, o parágrafo único do art. 312 autoriza a decretação da preventiva quando medidas cautelares do artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal forem eventualmente descumpridas. Mas e os casos em que não estiverem presentes os requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal? Há uma discussão doutrinária com posicionamentos favoráveis e contrários à decretação da preventiva de forma substitutiva, mesmo sem estarem presentes os requisitos do artigo 313. Favoráveis como os de Nucci:

Se o indiciado ou réu deixar de cumprir a cautelar alternativa, termina por desafiar a autoridade estatal, fazendo com que outra medida, mais drástica, deva ser adotada. Assim ocorrendo, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério, do assistente de acusação ou do querelante, pode substituir a medida por outra mais severa, ou aplicar mais uma medida em cumulação, ou, ainda, decretar a prisão preventiva. Sustentamos que, para qualquer situação, em que haja o descumprimento de medida cautelar, o magistrado pode impor a preventiva, mesmo nos casos dos delitos que fujam ao regramento do art. 313, I, do CPP (2014, p.581).

Posicionamentos contrários como o do professor Damásio de Jesus³, citado por Julia Coimbra Starling Barcellos em seu artigo científico apresentado como

³ BARCELOS, s.d, apud JESUS, s.d, s.p.

exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro:

Justifica Damásio de Jesus: Pode ser decretada a prisão preventiva no caso de descumprimento das condições se convertida a prisão em flagrante em medida cautelar alternativa? Suponha-se que o sujeito seja preso em flagrante por crime de furto simples. Substituída a prisão em flagrante por uma medida cautelar alternativa (art. 310, II), ele descumpra suas condições. É possível a prisão preventiva? A lei nova dispõe afirmativamente (arts. 282, § 4.º, e 312, par. ún.). cremos que não, pois essas normas desobedecem ao princípio constitucional da proporcionalidade. Caso contrário, o descumprimento de uma medida cautelar seria de efeito mais grave do que o da infração penal. Ora, no caso indicado, se diante do crime não era permitida a prisão preventiva em face da quantidade da pena, como permiti-la em face do não cumprimento de uma condição, como "comparecimento periódico em juízo", "ausentar-se da comarca", "recolhimento domiciliar noturno" etc., que não são delitos? Como poderia a inobservância das condições do decreto judicial operar efeito mais grave do que a do crime? (BARCELOS, s.d, apud JESUS, s.d, s.p)

É perceptível por parte do legislador, a partir da análise dos artigos 282, § 4.º e 312, Parágrafo Único, do CPP, uma preocupação em dar efetividade às medidas cautelares. Uma vez respeitado o processo de conversão do Flagrante (artigo 310 I a III CPP), na hipótese de ter sido decretada medida cautelar, por esta se fazer mais adequada àquele caso concreto, o seu eventual descumprimento e consequente conversão em preventiva não fere, em momento algum, o princípio da proporcionalidade, como levantado por Damásio de Jesus. Não sendo suficiente a aplicação de outra medida cautelar em cumulação, a lei autoriza a restrição da liberdade do indivíduo, visto que este não soube gozar do "benefício" que lhe foi concedido com as cautelares alternativas à prisão.

No tocante às cautelares diversas da prisão, os seus requisitos estão previstos nos artigos 282 e 283 do Código de Processual Penal, o qual prevê o seu cabimento para qualquer crime em que for prevista isolada, cumulativa ou alternativamente pena privativa de liberdade. Vale ressaltar que, por mais que não se preencham os requisitos necessários à aplicação da prisão preventiva é possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão de forma autônoma.

Diante do exposto, faz-se pertinente indagar a seguinte questão: em sendo cabível a preventiva e as cautelares diversas da prisão, o juiz pode escolher uma à outra? É preciso que se saiba: as exigências para aplicação tanto das medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP), quanto para decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), são muito próximas. Por um lado, o juízo de necessidade da restrição ao direito (garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação e da instrução criminal); por outro a adequação da providência (art. 282, II, CPP), tendo em vista a gravidade e demais circunstâncias do fato, e as condições pessoais do indiciado ou do acusado.

A atual orientação da legislação processual penal brasileira – como se percebe, por exemplo, a partir do artigo 310, II, CPP – é: imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para os casos de maior gravidade, cujas circunstâncias, segundo Pacelli (2014) sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Sendo assim, havendo a necessidade da cautelar, o primeiro passo do juiz será a análise da adequação da medida frente à concreta situação pessoal do agente, bem como da gravidade e das circunstâncias do fato.

Há casos, porém, em que, a gravidade do fato e as circunstâncias de sua execução, aliadas à natureza da ação e ao fundado receio de reiteração criminosa – seja no âmbito da própria vítima e de seus familiares, seja em relação a terceiros – autorizam a decretação da preventiva desde logo (art. 311, CPP). Aliás, a circunstância de uma anterior prisão em flagrante poderá se juntar aos demais requisitos, justificando a aplicação, por conversão (art. 310, II, CPP), da preventiva.

5 Conclusão

O processo penal brasileiro, antes caracterizado por seu sistema cautelar bipolar, assim definido pela doutrina, vê-se ganhando novos rumos a partir da reforma trazida pela Lei nº 12.403/11.

Buscou-se, por meio do presente trabalho, realizar uma análise crítica acerca das inovações trazidas pela referida legislação. O conjunto de técnicas e procedimentos utilizado para a construção do artigo pauta-se nos métodos indutivo e bibliográfico, com a adoção de fontes primárias e secundárias, sendo fomentado pela rica contribuição teórica de renomados doutrinadores

Como resultado, percebe-se que, além da ampliação do leque de cautelares diversas da prisão, inseridas de forma taxativa nos artigos 319 e 320, ambos do Código de Processo Penal, promoveu-se uma verdadeira revolução no trato das prisões e da liberdade provisória, assumindo-se a natureza cautelar de toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado. Nota-se também uma realidade processual penal passando a ser analisada à luz dos princípios constitucionais, em especial, o da Inocência, por meio do qual se busca a tutela da Liberdade Individual.

Evitou-se, portanto, o encarceramento precoce do indivíduo, devendo o seu direito à liberdade ser restringido somente em casos extremos, quando as demais medidas cautelares não se mostrarem suficientes ou forem eventualmente descumpridas. Sendo assim, a prisão, antes vista como regra, passa a ser encarada como a *última ratio*, criando-se em seu lugar diversas outras medidas cautelares alternativas, não previstas anteriormente no ordenamento processual penal.

Referências

BARCELLOS, Julia Coimbra Starling. *Medidas cautelares no processo penal a partir da Lei n. 12.403/11*. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/juliacoimbrabarcellos.pdf> Acesso em: 11 mai. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.