



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares como Alternativa à Prisão
Cautelar

Willa Rogério Bizinotto

Rio de Janeiro
2014

WILLA ROGÉRIO BIZINOTTO

**O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares como Alternativa à
Prisão Cautelar**

Artigo Científico apresentando como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª. Mônica Areal

Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2014

O NOVO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES COMO ALTERNATIVA A PRISÃO CAUTELAR

Willa Rogério Bizinotto
Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: Como parte das reformas que tem como objetivo aprimorar o processo penal e oferecer maior efetividade à realização da justiça entrou em vigor a Lei n. 12.403 de 2011, que trouxe como principal modificação a ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão, uma vez que o sistema anterior resumia-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. O que se propõe nesse trabalho é uma análise do instituto em comento, passando pelas discussões entorno do princípio constitucional da inocência, e poder geral de cautela, objetivando as principais alterações.

Palavras-chave: Processo Penal. Medidas Cautelares. Prisão Cautelar. Lei n. 12.403 de 2011. Princípio da Inocência. Devido Processo Legal. Poder Geral de Cautela. Medidas Cautelares Inominadas.

Sumário: Introdução. 1. Presunção de Inocência e Prisões Cautelares: a difícil coexistência. 2. Poder Geral de Cautela e a Tipicidade Processual. 3. Novas Medidas Cautelares Alternativas à Prisão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o tema proposto tem sido alvo de discussão nos mais diversos meios de comunicação, diante da sabida precariedade existente no atual sistema prisional brasileiro.

Nesse sentido, o índice de presos provisórios, no Brasil é alarmante. O problema ganhou tamanha repercussão que levou o Congresso Nacional de Justiça a promover um mutirão carcerário, demonstrando que o judiciário tem capacidade de prender muito maior do que capacidade de soltar¹.

Busca-se despertar a atenção para o fato de que no Brasil o número de presos bate o número recorde de mais 550 mil, sendo mais de 200 mil presos provisórios, dentro dos quais muitos poderiam estar em liberdade, mas continuam sob a custódia do Estado, antes mesmo de encerrada a ação penal e de formado o juízo de culpa². Assim,

¹ NICOLITT, André. *Lei n° 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 1.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 54.

o que se demanda é uma análise crítica sobre essas prisões serem realmente necessárias e adequadas ou se houve uma banalização da medida cautelar privativa de liberdade.

O Brasil, que experimentou uma nova ordem constitucional em 1988, continua com um ordenamento processual penal infraconstitucional muito anterior à Constituição. Trata-se do Dec-Lei n. 3689 de 1941, mais conhecido como Código de Processo Penal, inspirado nitidamente no fascismo italiano.

Com o Brasil neste cenário, a Lei n. 12.403 de 2011 trouxe para o processo penal pátrio um alargamento das medidas cautelares, pois no direito brasileiro convivíamos basicamente com as prisões cautelares ou liberdade provisória.

Para tentar adequar a realidade do Brasil com futuras e necessárias mudanças é necessário uma solução, qual seja, as medidas cautelares alternativas à prisão. A nova lei, nesse sentido, sinaliza com respeito aos princípios da tipicidade da prisão cautelar, da duração razoável da prisão cautelar, da dignidade humana dos presos, da duração razoável do processo e da presunção constitucional de inocência, adequando assim o Processo Penal a Constituição Federal.

A pesquisa sobre o tema surgiu da ideia de compreender os objetivos da busca por aplicação de medidas alternativas à prisão, em virtude do falido sistema prisional e respeito aos princípios e garantias fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988.

Com isso, o trabalho ira trazer uma reflexão sobre a tentativa em adequar o processo penal à Constituição Federal de 1988 com relação à possibilidade de aplicação de novas medidas, em especial às medidas cautelares pessoais que devem preceder a aplicação da prisão preventiva, trazidas pela Lei n. 12.403 de 2011, a fim de evitar a utilização desenfreada das prisões cautelares.

Além de analisar se pode cogitar em matéria criminal de um “poder geral de cautela”, através do qual possa o juiz impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador (cautelares atípicas), como sucede no âmbito da jurisdição civil e ao final traz a proposta de alargamento das medidas cautelares como forma de solução para o crescente índice das prisões cautelares.

1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÕES CAUTELARES: A DIFÍCIL COEXISTÊNCIA

Os ideais e o contexto histórico em que foram instituídos a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941 são diametralmente opostos.

Enquanto o Código de Processo Penal de 1941 foi instituído no Estado Novo, Era Vargas, sob a vigência da Constituição outorgada de 1937, em plena ditadura, diante de uma perspectiva nitidamente autoritária, visto que influenciada diretamente pela legislação processual penal italiana vigente à época, conhecido como Código Rocco (diploma processual fascista editado por Mussolini)³, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada e constituída sobre o ideal democrático, trazendo inúmeros princípios e garantias fundamentais.

Diante deste cenário, sob a promulgação de uma nova ordem Constitucional, a legislação existente se incompatível com esta, será não recepcionada pela nova Constituição e, caso contrário, sendo compatível, será recepcionada, mas deverá, obrigatoriamente, ser interpretada em conformidade com os novos parâmetros traçados pela Carta Magna, é o caso do Código de Processo Penal de 1941.

Dessa maneira, a relação processual penal deve necessariamente surgir e desenvolver-se em consonância com a estrutura democrática estabelecida pela Constituição. Em consequência, toda a legislação processual penal deve estar em harmonia com os preceitos previstos na Carta Constitucional.

Assim, é evidente que muitos dispositivos constantes no Código de Processo Penal de 1941 destoam do ideal democrático adotado na Constituição Federal de 1988. Destarte, o Código de Processo Penal precisa ser interpretado a partir dos princípios e garantias estabelecidos na Carta Constitucional, ou seja, deve adaptar-se e conformar-se com a Constituição, fundamento de validade de todas as leis.

A antecipação da culpabilidade e da periculosidade era característica do Código de Processo Penal de 1941, que se utilizava do Direito Penal como instrumento de políticas públicas.⁴ Contudo, com o advento da Constituição da República de 1988 foi instituído um sistema de amplas garantias e direitos individuais, a começar pela excepcionalidade da imputação de qualquer penalidade, principalmente daquelas que privam o indivíduo de sua liberdade antes de condenação.

³ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 122-123.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.8.

Nesse contexto, caso haja conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá utilizar do princípio da razoabilidade e do princípio da concordância prática para solução das antinomias, buscando combinar os bens jurídicos conflitantes e evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, mediante realização da redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual.

É exatamente o que ocorre entre o princípio constitucional da inocência e a possibilidade de alguém ser preso cautelarmente, tendo em vista que, para isso, deverão estar presentes os requisitos legais da regra constitucional que possibilita tal ocorrência, previsto no art. 5º, inciso LXI da CRFB de 1988.

Fruto da evolução civilizatória, o princípio da inocência, passou a ser o princípio reitor do processo penal, onde o direito a liberdade passou a ser tão importante quanto o direito a vida, fruto de uma opção protetora do indivíduo pelo Estado.

Previsto no art. 5º, inciso LVII da CRFB de 1988 o princípio da inocência, ou melhor, princípio da não culpabilidade, pois a Constituição Federal não presume a inocência, mas sim considera que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, possui três dimensões⁵ a seguir explicitadas.

A primeira delas é a regra probatória, onde o princípio da presunção de inocência, desdobramento do princípio do devido processo legal, atua no sentido de que a distribuição do ônus da prova deverá ser atribuído todo a acusação, devendo ter como regra de julgamento o *in dubio pro reo*, desdobramento dessa regra, onde a dúvida, seja sobre a tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou outra circunstância, deverá favorecer ao réu.

A presunção de inocência também afugura-se como regra de garantia, onde o ônus não é apenas de provar, mas também de provar legalmente, atuando como garantia de legalidade e do devido processo legal.

Já a terceira dimensão, a presunção de inocência atua como regra de tratamento, sendo de extrema importância para a concessão das cautelares, onde caso recaiam sobre o imputado suspeitas de ser ele quem praticou a conduta criminosa deve ser ele tratado como inocente.

Aury⁶ trata as duas primeiras faces do princípio da presunção de inocência como dimensão interna do dever de tratamento do réu, e a última como dimensão externa ao

⁵ NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 59.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 786.

processo onde se exige uma proteção do imputado em face da publicidade abusiva e da estigmatização precoce do réu, evitando assim uma antecipação de pena.

Ocorre que, o direito a liberdade não é absoluto podendo ser relativizado quando em confronto com outro direito ou garantia fundamental, a fim de que haja equilíbrio e respeito aos direitos de cada membro da sociedade.

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo para prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Sobre o assunto é importante destacar a conclusão de Alexandre de Moraes⁷, *verbis*:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*.

Assim, no tocante ao princípio da presunção de inocência, muitas vezes invocado em nome da dignidade da pessoa humana do acusado, não pode ser elevado ao nível de princípio intransponível porque isso pode gerar impunidades, comprometendo o princípio da segurança jurídica, e até o princípio da motivação jurisdicional.

Com efeito, o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do direito. Esta influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado, que é o seu titular absoluto, e o *jus libertatis* do cidadão, bem intangível, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana, devendo o aplicador, no caso concreto, decidir qual deles deve prevalecer.

Assim, ao legislador, representante dos anseios do povo, incumbe à tarefa de criar normas destinadas a limitar o direito à liberdade pessoal do cidadão, legitimando e

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 117.

possibilitando a ação forte do Estado nessa seara, já que tal direito tem seu exercício condicionado às exigências da sociedade pelos interesses do bem comum.

O Estado tem na pena privativa de liberdade, o seu instrumento maior de restrição da liberdade individual do cidadão, impondo àquele que descumpra as regras a perda do seu estado de liberdade.

No entanto, além de prevenir e proteger bens e interesses da sociedade é fundamental que a prisão tenha ainda por finalidade maior a ressocialização do indivíduo, tornando-o novamente um cidadão apto ao convívio social, fiel cumpridor das regras.

Ocorre que, *jus puniendi* Estatal tem sido aplicado de forma distorcida, aumentando e muito nos últimos anos o crescimento da população carcerária, que quase sextuplicou, o que em comparação com o crescimento da população nacional, que não passou de 30%, é incompreensível.

Outra taxa alarmante e que continua em ascensão em 2012 foi o número de presos provisórios, pois dos mais de quinhentos mil detentos custodiados no sistema penitenciário, quase duzentos mil eram presos provisórios, sendo que destes quase 40% não tem sentença definitiva, estando distribuídos em menos de cem mil vagas, cerca de dois detentos para cada vaga, ou seja, um déficit de mais de cem mil vagas.

Houve um crescimento de 25,1% no número de presos provisórios entre 2008 e 2012 em contrapartida, a construção de presídios ficou aquém da necessidade, com isso, o Brasil entrou no *ranking* do quarto país do mundo em relação à população carcerária, só ficando atrás dos Estados Unidos da América, China e Rússia⁸.

Nesse sentido, por força dos altos índices de prisões cautelares buscou-se um meio termo, surgindo no ordenamento jurídico às medidas cautelares alternativas à prisão sendo elas mais eficientes no sentido de garantir a efetividade do processo, e ainda possuir reflexos jurídicos e sociais, uma vez que, reforçam a ideia de excepcionalidade da prisão em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Ocorre que, as medidas cautelares são excepcionais e por isso deve-se tomar cuidado para que as novas medidas cautelares não se tornem em um instrumento de

⁸ GOMES, Luiz Flávio. Evolução da população carcerária brasileira de 1990 a 2012: o Brasil é o quarto país do mundo em população carcerária. Disponível em: < <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/mapa-da-violencia-carceraria/evolucao-da-populacao-carceraria-brasileira-de-1990-a-2012/> >. Acesso em: 22 out. 2013.

expansão do direito penal, colocando mais restrições sobre aqueles que não se enquadram nos requisitos legais, servindo assim para aumentar o número de presos provisórios.

Sendo assim, tal prisão é medida excepcional, como muito bem explica Aury Lopes Júnior⁹:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de algum inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Assim toda a principiologia que norteia o sistema cautelar gera condições de coexistência das prisões cautelares com o princípio constitucional da presunção de inocência, se bem aplicados, e por isso, atualmente, têm-se buscado formas alternativas à pena de prisão, evitando sempre que possível o encarceramento do indivíduo. É exatamente com essa função que foi editado a Lei n. 12.403 de 2011.

2. PODER GERAL DE CAUTELA E A TIPICIDADE PROCESSUAL

A Lei n. 12.403 de 2011 promoveu profundas mudanças no regime das medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal, tendo como principal mudança o fim do sistema bipolar, onde acabou a restrição até então existente entre a aplicação da prisão preventiva ou liberdade provisória, tendo agora à disposição novas medidas cautelares.

Com a mudança legislativa, o artigo 319 do Código de Processo Penal passou a prever entre os extremos acima citados, nove medidas cautelares diversas da prisão, quais sejam: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar, suspensão do exercício de função pública, internação provisória do acusado, fiança e monitoração eletrônica.

⁹ LOPES JÚNIOR, op. cit., 2013, p. 784.

A nova lei ao trazer medidas cautelares menos gravosas do que a prisão reavivou a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do poder geral de cautela no processo penal.

Com o advento legislativo dessas inúmeras cautelares diversas da prisão e tendo em vista a previsão do art. 3º do Código de Processo Penal (“Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”) e do art. 798 do Código de Processo Civil (“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”) surgiu o questionamento se o juiz pode criar outras medidas ou se o rol passou a ser taxativo.

Antes da mudança legislativa, quando vigorava o sistema bipolar, argumentava-se, ante a inaceitável omissão legislativa, a possibilidade de o juiz penal, aplicando por analogia (art.3º do CPP) o poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil (art. 798), decretar medidas cautelares processuais atípicas. Levava-se por base o fundamento de que havia uma necessidade de se socorrer de medidas não previstas em lei para beneficiar o acusado, pois, caso contrário, teria o juiz que decretar a sua prisão preventiva ou mantê-lo preso em flagrante delito.

Agora que passou a existir um rol de medidas intermediárias entre a prisão cautelar e a liberdade provisória, e tendo em vista que o Código de Processo Penal não previa e nem vem a prever com a atual reforma esse chamado “Poder Geral de Cautela”, poderia se chegar à conclusão de que estaria de uma vez por todas, sepultada a discussão sobre a possibilidade de utilização do poder geral de cautela no processo penal, visto que a falta de previsão já apontaria, “ab initio” para a vedação de sua aplicação nessa sede.

Todavia como explica Badaró¹⁰ a questão exige uma análise mais atenta, pois mesmo diante do novo catálogo de medidas alternativas, poder-se-á argumentar que o rol não está completo, que sempre poderão surgir novas necessidades de outras medidas alternativas, ou mesmo de ampliar a finalidade das novas medidas alternativas. Ele explica que não é necessário, sequer, recorrer ao direito comparado. Basta comparar as

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Disponível em: < <http://www.badaroadvogados.com.br/?p=329>>. Acesso em: 23 abril 2014.

novas medidas criadas nos artigos 319 e 320 do CPP pela Lei n. 12.403 de 2011 com o conjunto das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no Projeto de Lei n. 156 de 2009, para concluir que o legislador poderia ter ido além, estipulando outras medidas ou mesmo finalidades mais amplas às medidas recém-criadas.

É nesse diapasão que surge a necessidade de averiguarmos a existência do poder geral de cautela no Processo Penal após a edição da Lei n. 12.403 de 2011, ou seja, a validade daquele poder do juiz de criar medidas cautelares inominadas atípicas.

Antes da mudança legislativa a posição favorável as cautelares inominadas tinha como base a teoria dos poderes implícitos, onde quem pode o mais, também poderia o menos, ou seja, já que o juiz pode prender cautelarmente poderia também decretar qualquer medida que entendesse cabível.

Assim, se o nosso ordenamento prevê expressamente a prisão preventiva que seria uma constrição cautelar da liberdade no seu grau máximo, nada impediria que o juiz pudesse impor ao réu outras restrições cautelares a sua liberdade, desde que tão eficazes e menos gravosas que a prisão.

Essa era a posição adotada pelo STF¹¹ e pela 5ª turma do STJ¹², como pode se verificar abaixo:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94147. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROCESSUAL+PENAL+PODER+GERAL+DE+CAUTELA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kmzjtuo>>. Acesso em: 22 abril. 2014.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgado. Relator Felix Fischer. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=PROCESSUAL+PENAL+POSSIBILIDADE+PODER+GERAL+DE+CAUTELA+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC5>. Acesso em: 22 abril. 2014.

(HC 94147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00921 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 451-459) (grifo nosso).

PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. POSSIBILIDADE.

I - Ainda que reconhecida a ausência de fundamentos concretos para a manutenção da custódia cautelar, é possível ao magistrado, com base no poder geral de cautela disposto no art. 798 do CPC c/c art. 3º do CPP, condicionar a revogação do decreto de prisão preventiva a exigências concretamente pertinentes (Precedentes).

II - Dessa forma, o condicionamento da revogação da custódia cautelar ao comparecimento quinzenal do acusado ao juízo para assinatura de termo, ao acautelamento do passaporte e à proibição de viagens ao exterior não constituem, no presente caso, constrangimento ilegal.

III - Cumpre destacar que em recente decisão liminar o e. Min. Marco Aurélio, do Pretório Excelso, determinou revogação de prisão preventiva com as ressalvas de que "o paciente deverá permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais, e proceder ao depósito do passaporte. Viagem ao exterior ficará na dependência de autorização judicial".(HC 92308/RS, DJ de 13.10.07) Recurso ordinário desprovido.

(RHC 20.124/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 398)

Dessa forma, era majoritariamente aceita cautelares atípicas, como a restrição cautelar do passaporte e a exigência de comparecimento periódico.

Em sentido contrário, os não adeptos à teoria da cautela geral prenunciam os princípios da taxatividade e da legalidade e são imbuídos pela defesa do réu.

No mesmo sentido era o entendimento da 6ª turma do STJ¹³, que amparada no princípio do devido processo legal, avalizava que qualquer medida cautelar constritiva da liberdade deveria ter previsão legal expressa, conforme pode ser verificado abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.

2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, determinada pelo Tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.ª Vara Federal de de Ponta Grossa/PR.

¹³ Id. Superior Tribunal de Justiça. Julgado. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=128599&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3>. Acesso em: 22 abril. 2014.

(HC 128599/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

Essa era a tensão existente no ordenamento processual penal antes da Lei n. 12.403 de 2011. Contudo, o cenário mudou significativamente após sua edição, isso porque os argumentos antes utilizados para a concessão das medidas cautelares atípicas, não possuem mais validade.

Nesse sentido, não há que se falar em um poder geral de cautela do juiz com base no art. 3 do Código de Processo Penal e artigo 798 do Código de Processo Penal, pois não há lacuna no novel texto processual para ser suprimida sendo inadmitida a interpretação extensiva ou a aplicação analógica de normas tomadas, por empréstimo, de ramos diversos do Direito.

É sabido que além do princípio da reserva legal, deve-se atentar à vedação de aplicação do método analógico ou extensivo in malam partem, mormente quando o texto legal que se busca aplicar possui raízes no direito processual civil, totalmente estranhas, por óbvio, ao processo criminal.

Além do que é preciso se ter em mente que existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial, devendo a decretação de qualquer medida cautelar se subsumir a um dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente.

Noutro lado, também é inviável lançar mão de graduações vagas sobre as diversas hipóteses previstas no artigo 319 do CPP, a fim de reconhecer a incidência de medida cautelar inominada, pois essa providência corresponde a inegável arbítrio judicial, conforme ensinam Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, em seu recente livro intitulado *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*¹⁴:

O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma e garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distânciar da forma legal, resulta patente a violação à legalidade. (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011)

¹⁴ GOMES, op. cit., 2011, p. 22.

Portanto, sob todos os aspectos, a aplicação de cautelar genérica no processo criminal, como se viu, enseja a declaração de ilegalidade do ato que a determinou, pois ferida de morte a garantia prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”.

3. NOVAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Conforme analisado no capítulo anterior, a ampliação do espectro das medidas cautelares estabeleceu uma vinculação ao princípio da legalidade, vedando as conhecidas cautelares inominadas.

Sendo assim, não pode o magistrado decretar uma medida cautelar diversa da prevista em lei, mas ao mesmo tempo tais medidas não são suficientes para abarcar todas as hipóteses e necessidades de outras medidas alternativas.

Dessa forma, não é necessário, sequer, recorrer ao direito comparado, para verificar que outras medidas cautelares poderiam ter sido estipuladas pelo legislador brasileiro, bastando analisar as novas medidas criadas nos artigos 319 e 320 do CPP pela Lei n. 12.403 de 2011 com o conjunto das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no Projeto de Lei n. 156 de 2009, para concluir que o legislador poderia ter ido além, estipulando outras medidas ou mesmo finalidades mais amplas às medidas recém-criadas.

O projeto de lei n. 156 de 2009 previa quinze cautelares pessoais, quais sejam: a) prisão provisória; b) fiança; c) recolhimento domiciliar; d) monitoramento eletrônico; e) suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; f) suspensão das atividades de pessoa jurídica; g) proibição de frequentar determinados lugares; h) suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; i) afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; j) proibição de ausentar-se da comarca ou do País; k) comparecimento periódico em juízo; l) proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; m) suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; n) suspensão do poder familiar e o) liberdade provisória. Enquanto o art. 319 só prevê nove medidas, como já mencionado no capítulo anterior.

Com a mudança proposta, procurar-se-ia ampliar o rol das cautelares, a fim de que alcancem maior gama de crimes (hipóteses de cabimento) e, além disso, prever

situações destinadas à garantia de eficácia do provimento jurisdicional, bem como medidas que possibilitem a reparação do dano, adimplemento de eventual pagamento de multa ou prestação pecuniária, até a localização do acusado para assegurar a aplicação da lei penal.

A expectativa é que, entre prender e soltar, o juiz possa ter soluções intermediárias, conforme vários países que seguiram o mesmo percurso de diversificação, como, por exemplo, Itália, Portugal, Espanha, Chile, entre outros.

No direito comparado além da previsão de outras medidas cautelares, há previsão de prazos de duração das medidas cautelares penais pessoais. A exemplo da Espanha¹⁵, o tempo da custódia provisória é pautado, em regra, pela necessidade e manutenção dos pressupostos que a originaram, mas, para evitar abusos, se estabeleceram períodos máximos, tais como: a) de até 3 (três) meses, quando a pena cominada for de 7 (sete) a 15 (quinze) fins de semana; b) de até 1 (um) ano, quando a pena cominada for de 6 (seis) meses a 3 (três) anos; c) de até 2 (dois) anos, quando a pena cominada for superior a 3 (três) anos.

Na Alemanha¹⁶, a regra geral é a de que a prisão cautelar não possa durar mais de 6 (seis) meses, com exceção quando a especial dificuldade ou a extensão da investigação ou outro motivo atrase a prolação da sentença e justifique a constrição.

Já em Portugal¹⁷, o prazo é menor, a cada 3 (três) meses o juiz tem a obrigação de revisar a cautelar determinada e se ainda permanecem os motivos e pressupostos que autorizam a medida.

E, na Itália¹⁸, o Código de Processo Penal determina o critério de quantidade da pena em abstrato para determinar o tempo máximo de duração da prisão cautelar e para isso existe uma grande variedade de prazos, conforme a gravidade do delito e a fase em que encontra o processo.

Há outras normas ligadas às medidas cautelares no direito comparado deveria servir de espelho para o Brasil.

Nesse sentido, na Alemanha¹⁹ a prisão não poderá exceder um ano, só podendo ser prorrogada pelo tribunal superior diante da necessidade de investigação, mas pelo

¹⁵ SANTOS *apud* FREITAS, p. 115

¹⁶ COLOMER *apud* FREITAS, p. 116.

¹⁷ ALMEIDA *apud* FREITAS, p. 116.

¹⁸ LOPES, *apud* FREITAS, p. 116.

¹⁹ DELMAS-MARTY *apud* FREITAS, p. 113.

prazo de três meses, havendo um controle periódico independente de requerimento da parte.

Já na França²⁰ há previsão de interdição de obras ilegais ou fechamento de estabelecimento em virtude da ocorrência do crime de prostituição.

O Direito Italiano²¹ estabelece ainda medidas cautelares coercitivas não ligadas à custódia. Dentre tais, temos: impossibilidade de deixar o país (art. 281 do Código de Processo Penal - CPP), proibição de deixar ou determinação de pernoitar no domicílio (art. 283 do CPP), obrigação de apresentação periódica à polícia (art. 282 do CPP), a submissão a um tratamento realizado no domicílio ou em local público determinado, e a determinada prisão domiciliar (art. 284 do CPP), suspensão do pátrio poder (art. 288 do CPP), suspensão do exercício do serviço público (art. 289 do CPP), suspensão temporária do exercício de certas profissões ou atividades comerciais (art. 290 do CPP), bem como medidas cautelares patrimoniais para preservação da propriedade e evitar que se desbarate os bens

Assim, o Direito Comparado é o campo jurídico destinado à investigação pelo método comparativo dos vários sistemas vigentes de outros países, num processo de construção, para fins de aprimoramento do direito pátrio.

Para além da problemática existente sobre novas medidas cautelares, se deve atentar para a aplicabilidade das já existentes.

Nesse sentido, o art. 282 do Código de Processo Penal estabelece que as medidas cautelares previstas em todo o Título IX deverão ser aplicadas observando-se um dos seguintes requisitos: 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 (*periculum libertatis*).

Além desses requisitos, a lei estabelece critérios que deverão orientar o juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (*fumus commissi delicti*).

Ressalta-se que tais requisitos não precisam estar presentes cumulativamente, basta a presença de qualquer um deles, ou seja, o critério a ser utilizado é alternativo.

Assim, quaisquer das medidas cautelares estabelecidas neste título só se justificarão quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* e só

²⁰ Ibid., p. 114.

²¹ Ibid., p. 114.

deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção.

Em caso de descumprimento 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, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Insta salientar que a lei é expressa ao considerar a prisão cautelar como ultima ratio. É imposição legal a excepcionalidade da prisão provisória, que somente deverá ser decretada quando não for absolutamente cabível a sua substituição por outra medida cautelar. E, na respectiva decisão, essa imprescindibilidade deve restar claramente demonstrada, nos termos do art. 93, IX da Constituição.

Nesse sentido a redação do art. 310 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz de Direito deve, fundamentadamente, ao receber o auto de prisão em flagrante, tomar uma das seguintes decisões: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

É importante observar que a prisão preventiva ou a conversão da prisão em flagrante em liberdade provisória, não pode ser decretada de ofício pelo juiz de Direito nessa fase pré-processual, logo para a conversão é necessário ter havido a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Ocorre que a praxe processual tem demonstrado que apesar das modificações trazidas pela Lei n. 12.403 de 2011, estas não têm sido efetivamente aplicadas.

Nesse sentido, no dia 31 de janeiro do corrente ano, o ministro Ricardo Lewandowski, apresentou ao ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, uma proposta de reforma do Código de Processo Penal, a fim de contribuir para o fim da superlotação dos presídios.

A presente mudança legislativa teria como escopo obrigar aos juízes a se manifestarem sobre a possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, acabando com o que o ministro resolveu chamar de “cultura do encarceramento” existente no nosso país.

Segundo ele, qualquer pessoa detida, nos dias de hoje, fica presa por meses ou anos, sem maiores indagações, e sem que haja um exame mais apurado da sua situação concreta.²²

Segundo o ministro da Justiça a Lei n. 12.403 de 2011 ao alterar o artigo 319 do Código Penal já teria dado essa alternativa ao magistrado, de aplicar medidas cautelares, "deixando a prisão como uma medida mais extrema – que deve ser aplicada, quando se configura necessária –, a prática judicial tem feito com que o caminho da prisão seja feito sem uma análise da possibilidade da aplicação de outras medidas cautelares", afirmou.²³

Se a alteração for aprovada, a nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal vai passar a prevê que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, devera seguir esta ordem, fundamentadamente: a) relaxar a prisão ilegal; ou b) aplicar quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão (inciso a ser acrescentado caso haja aprovação da proposta); c) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou d) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Assim, diante da escassa aplicação das medidas cautelares pelos magistrados, é necessário que conste do texto da lei, para que os magistrados não se escusem da aplicação da Lei n. 12.403 de 2011.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal não trazia um rigor sistemático no que se refere às medidas acautelatórias, sendo que a única medida que se apresentava na legislação era a prisão cautelar, ocorre que em determinadas situações, a decretação da prisão extrapolava os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, deixando o magistrado sem alternativas diante de limitados mecanismos de proteção processual.

Por força dos altos índices de prisões cautelares buscou-se um meio termo, qual seja, às medidas cautelares alternativas à prisão sendo elas mais eficientes no sentido de garantir a efetividade do processo, e ainda possuir reflexos jurídicos e sociais, uma vez

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=259198>>. Acesso em: 7 maio 2014.

²³ Ibid.

que, reforçam a ideia de excepcionalidade da prisão em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Assim, com a edição da Lei n. 12.403 de 2011 foi reforçada a ideia de excepcionalidade da prisão cautelar, tornando-a subsidiária em face das novas medidas cautelares. Os benefícios e vantagens de um sistema, que oferece um maior número de medidas cautelares diversas do encarceramento, se concentram principalmente na efetivação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Há inegável tendência na diminuição ou contenção responsável da pena privativa da liberdade, em razão dos malefícios evidentes de sua aplicação e execução, sobretudo em sistemas penitenciários incapazes de respeitar condições mínimas de existência humanamente digna. Em consequência, passou-se a adotar, aqui e mundo afora, medidas alternativas ao cárcere, quando nada por razões utilitaristas: a redução na reprodução da violência, incontida nos estabelecimentos prisionais.

Ocorre que, as medidas cautelares são excepcionais e por isso deve-se tomar cuidado para que as novas medidas cautelares não se tornem em um instrumento de expansão do direito penal, colocando mais restrições sobre aqueles que não se enquadram nos requisitos legais, servindo assim para aumentar o número de presos provisórios.

Assim, toda a principiologia que norteia o sistema cautelar gera condições de coexistência das prisões cautelares com o princípio constitucional da presunção de inocência, se bem aplicados, e por isso, atualmente, têm-se buscado formas alternativas à pena de prisão, evitando sempre que possível o encarceramento do indivíduo. É exatamente com essa função que foi editado a Lei n. 12.403 de 2011.

A Lei n. 12.403/11 ao alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares veio para melhorar a situação do operador de direito, pois tipificaram medidas cautelares que já eram usadas pelos magistrados atipicamente, como a suspensão da função pública e a retenção de passaporte. Todavia, o rol apresentado pelo art. 319 do Código de Processo Penal, é exaustivo e, portanto o juiz não pode se utilizar do poder geral de cautela para, identificando concretamente um dano à ordem jurídica não prevista pela lei, lançar mão das medidas de urgência inominadas.

Apesar da evolução trazida pela lei em comento, o que se espera do legislador no futuro é a imposição das novas cautelares como resposta penal definitiva, sempre que demonstrada sua adequação e suficiência.

REFERÊNCIAS

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=259198>>. Acesso em: 7 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94147. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROCESSUAL+PENAL+PODER+GERAL+DE+CAUTELA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kmzjtuo>>. Acesso em: 22 abril. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Julgado. Relator Felix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=PROCESSUAL+PENAL+POSSIBILIDADE+PODER+GERAL+DE+CAUTELA+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC5>. Acesso em: 22 abril. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Julgado. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=128599&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC3>. Acesso em: 22 abril. 2014.

COLOMER *apud* FREITAS, Sérgio Henriques Zandona . *Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSH_1.pdf>. Acesso: 07 de maio de 2014.

DELMAS-MARTY *apud* FREITAS, Sérgio Henriques Zandona . *Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no estado democrático de direito*. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSH_1.pdf>. Acesso: 07 de maio de 2014.

FREITAS, Jayme Walmer de. A detração penal à luz da Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2012/01/22/polemica-professores-comentam-a-nova-lei-de-detacao/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Evolução da população carcerária brasileira de 1990 a 2012: o Brasil é o quarto país do mundo em população carcerária. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/iab/mapa-da-violencia-carceraria/evolucao-dapopulacao-carceraria-brasileira-de-1990-a-2012/>>. Acesso em: 22 out. 2013.

LOPES *apud* FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná . *Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no estado democrático de direito*. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSH_1.pdf>. Acesso: 07 de maio de 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 54.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. *As subversões da presunção de inocência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SANTOS *apud* FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná . *Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal: abordagem no estado democrático de direito*. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSH_1.pdf>. Acesso: 07 de maio de 2014.