

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL DE SOUZA CERDEIRA

**ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DO REGIME DAS MEDIDAS CAUTELARES
PESSOAIS DO PROCESSO PENAL À CONSTITUIÇÃO**

Rio de Janeiro,
novembro de 2014.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL DE SOUZA CERDEIRA

**ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DO REGIME DAS MEDIDAS CAUTELARES
PESSOAIS DO PROCESSO PENAL À CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob
Orientação da professora Silvana Batini
Cesar Goes, apresentado à FGV
DIREITO RIO como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Rio de Janeiro,
novembro de 2014.

GABRIEL DE SOUZA CERDEIRA

**ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO DO REGIME DAS MEDIDAS CAUTELARES
PESSOAIS DO PROCESSO PENAL À CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 20 ____

Dedico as próximas páginas (e tudo o mais) à pessoa que transformou meu viver em antes e depois, minha amada filha Alice.

Agradeço aos meus pais pelo apoio e amor incondicionais.

*Agradeço, ainda, aos meus professores por me ensinarem o valor da
dúvida.*

RESUMO

Pretende-se analisar a adequação do regime das medidas cautelares pessoais, introduzido pela lei 12.403/11 à Constituição por meio de uma abordagem abstrata, debruçando-se puramente sobre o texto introduzido pela referida norma, e de outra empírica, tendo-se como base uma pesquisa sobre prisões em flagrantes ocorridas no município de São Paulo. O referencial para a análise da adequação será os princípios constitucionais regentes das medidas cautelares pessoais, notadamente o da presunção de inocência e da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: medidas cautelares pessoais, prisão, liberdade, presunção de inocência, adequação, constituição, processo penal, pesquisa empírica.

ABSTRACT

We intend to analyze the adequacy of the system of personal protective measures, introduced by Law 12.403 / 11 to the Constitution by means of an abstract approach, leaning purely on the text introduced by that standard, and other empirical, taking as base research on prisons in flagrant occurred the city of São Paulo. The reference for the review of the adequacy will be the governing constitutional principles of personal protective measures, notably the presumption of innocence and proportionality.

KEYWORDS: personal protective measures, prison, freedom, presumption of innocence, adequacy, constitution, criminal proceedings, empirical research.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	3
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS PENAIS – O MOVIMENTO DE ADEQUAÇÃO DO INSTITUTO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	6
CAPÍTULO II - REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL – AVANÇO OU ESTAGNAÇÃO DO SISTEMA?.....	16
1.1 Definição das Cautelares no Processo Penal	16
1.2. Finalidade fundamento e requisitos.....	17
1.2.1 <i>Periculum in libertatis</i>	18
1.2.3. <i>Fumus comissi delicti</i>	20
1.2.3 Da presunção de inocência e instrumentalidade das medidas cautelares.....	21
1.2.4 Jurisdicionalidade e motivação das medidas cautelares: vedação à sua decretação por ato normativo abstrato ou com base em fundamentação genérica	24
1.2.5 Contraditório.....	27
1.2.6 Provisionalidade	30
1.2.7 Provisoriade.....	31
1.2.8 Excepcionalidade	33
1.2.9 Princípio da legalidade, poder geral de cautela e princípio acusatório.....	35
1.2.10.Princípio da proporcionalidade: as medidas devem ser adequadas, necessárias e proporcionais para atingir que fim?	37
CAPÍTULO III – ANÁLISE DA PESQUISA “O IMPACTO DA LEI DAS CAUTELARES”: QUAIS FINS FORAM ATINGIDOS?.....	43
3.1. Introdução à pesquisa.....	43
3.2. Descrição da base de dados e dos pontos de análise da pesquisa	44
3.3. Crítica à pesquisa e aos resultados obtidos	52
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Tema dos mais controversos são as medidas cautelares no processo penal. Sua aplicação esbarra em um sem número de princípios constitucionais e depende de uma complexa conjunção de fatores. Justamente por isso, aborda-las é tão relevante.

O sistema cautelar é um excelente parâmetro do grau de efetividade das garantias constitucionais relativas ao processo penal. A Lei 12.403/11, nesse sentido, representou relevante iniciativa, pois reconheceu a precariedade do antigo regime de medidas cautelares em se adequar a ordem constitucional estabelecida em 1988, inaugurando uma nova fase. Diversos institutos flagrantemente inconstitucionais foram revogados e outros inovadores passaram a integrar o texto normativo.

Trata-se de mais uma reforma pontual ao Código de Processo Penal (CPP) – dentre outras que serviram de paliativo – cuja eficácia, pelos motivos acima, deve ser mais bem avaliada. A proposta, portanto, deste trabalho é essa de analisar o desempenho da Lei 12.403/11 na atribuição de maior congruência do sistema de cautelares à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

O desenvolvimento do tema será iniciado por uma abordagem da evolução histórica do sistema de medidas cautelares no processo penal. Esta parte servirá para a contextualização dessa última reforma no processo de expansão das garantias e de direitos fundamentais, inaugurado pela Constituição e acompanhado, paulatinamente, pela lei e pela jurisprudência.

Em seguida, passaremos à análise específica das alterações operadas pela Lei 12.403/11 no texto normativo do CPP. Será, assim, avaliada a adequação abstrata do regime de medidas cautelares aos princípios constitucionais que regem a matéria, indicando-se se houve algum avanço, estagnação ou retrocesso, e de que modo isso ocorreu.

É de se reconhecer, contudo, que essa abordagem é limitada, pois não é capaz de acessar os efeitos do texto na realidade. Desse modo, ainda que a conclusão seja a de que, à luz da referida análise, despidos de defeitos, é possível que haja dificuldades para o seu integral aproveitamento na prática. Sobram críticas nesse sentido para a Lei de Execução

Penal, que, em seu texto, avançou em diversos aspectos, mas que, infelizmente, não se verificaram na realidade.

Desse modo, é de se ressaltar a relevância da realização de pesquisas empíricas nas pesquisas de direito e, principalmente, na área penal. A tradição jurídica é em demasiado carente neste aspecto, fazendo com que muitas das soluções propostas para os problemas identificados na realidade sejam feitas com base ilações, e subjetividade.

O professor de Harvard, Cass R. Sustein, em seu artigo, *Regulatory Moneyball*¹, aponta para a revolução, retratada no livro *Moneyball: The Art Of Winning Naunfair Game*², perpetrada no baseball americano por Billy Beane, e seu assistente Paul DePodesta no comando do *Oakland Athletics*. Por meio do uso de dados estatísticos e bases empíricas, foi possível criar um time de custo muito baixo, mas que rendeu excelentes resultados, como o recorde de vinte vitórias seguidas em cem anos de existência da liga de baseball.

Sustenta o renomado jurista que o mérito dessa nova estratégia foi o afastamento do uso de dogmas e de pura intuição nas decisões, passando a adotar, em seu lugar, dados empíricos. Conclui, nesse sentido que, “*All over the world, regulatory systems need their own Billy Beanes and Paul DePodestas, carefully assessing what rules will do before the fact and testing them after the fact*”.

De fato, o processo penal não é, em estrito senso, um sistema regulatório, mas isso não impede que ele seja também tão positivamente impactado pelo uso de dados e análises empíricas. Especificamente no tema das medidas cautelares, em razão da citada multiplicidade de finalidades que tem como função atender, haveria uma grande margem para análises de eficiência empírica de determinados institutos.

Como, em sede de realização de um trabalho de conclusão de curso para a graduação, as limitações de tempo e de recursos dificultam a construção de uma base empírica própria, por meio da colheita direta de dados, a utilização de uma fonte secundária foi a opção viável.

Esse foi o motivo do encerramento deste trabalho pela análise crítica feita à pesquisa empírica realizada pela ONG Sou da Paz, que avaliou os impactos da Lei 12.403/11 nos casos de flagrante no município de São Paulo, cuja competência para o julgamento era do Departamento de Inquérito Policial e Corregedoria da Polícia Judiciária da Capital (DIPO). Com ele será verificado se há um contraste entre a legislação em abstrato e a sua aplicação.

Essas, portanto, são as propostas metodológicas da pesquisa, que, em resumo, são a contextualização histórica do instituto das medidas cautelares, a verificação do texto da lei aos princípios constitucionais que regem esse instituto e, por fim, a análise da base empírica para verificação do impacto na nova lei à prática forense. Buscar-se-á com isso responder se a Lei 12.403/11 atende ao fim a que se propôs tanto no plano jurídico, quanto no plano dos fatos.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS PENAIS – O MOVIMENTO DE ADEQUAÇÃO DO INSTITUTO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

O Código de Processo Penal foi promulgado durante o período ditatorial do Estado Novo, no ano de 1941. Inspirado fortemente no CPP italiano (*Codice Rocco*), cuja edição se deu em 1930, quando vigia o regime fascista, possuía um caráter repressivo e antidemocrático.

A maior das preocupações do Código de 1941 era o fortalecimento do aparato repressor do Estado contra aqueles que delinquiram, dando-se o privilégio ao interesse coletivo de proteção social. As garantias individuais, da forma como estavam sendo aplicadas até a edição do Decreto-Lei nº 3.689, eram vistas como exacerbadas, sobrepondo-se indevidamente à realização da justiça.

Conforme a exposição de motivos do referido diploma legal, não se tratava de abolir, mas de equilibrá-las e adequá-las à necessidade de realização da justiça e da proteção social eficiente. Estas, conforme o referido documento, se viam frustradas por excessos de formalismo, assim como pelo uso abusivo de institutos como as nulidades.

A inspiração policialesca era escancarada, apresentada como panaceia à estrutura anterior que, por dar garantias e direitos aos processados ou indiciados, tornava-se um estímulo indireto à expansão da criminalidade. Veja-se o seguinte trecho:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, **impunha-se ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem.** As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, **decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.** Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.”³

³ Exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689/1941

Destacaram-se, nesse sentido, as alterações no tratamento das nulidades, das medidas cautelares reais e da prisão provisória.

As nulidades, enquanto relevantíssimo instituto de defesa, que visa a sancionar atos que vão de encontro às garantias fundamentais e outros bens jurídicos processuais, foram tratadas como “meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça”⁴. Em razão disso, adotou-se a teoria do prejuízo para que, na hipótese de o ato contra *legem* não ter influído na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial, fosse possível ignorar a forma legal, que, na verdade, mais do que formalidade, consiste tanto em garantia do réu, quanto em limite de legitimação do uso do poder punitivo.

As cautelares diversas da prisão, por sua vez, limitavam-se às de natureza real, sendo, portanto, o objetivo do Decreto-Lei 3.689 apenas a futura reparação de danos na ação *ex delicto*. É o que se extrai de outro trecho da exposição de motivos:

“O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (sequestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo (...) Ficaré, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei.”⁵

Diante da completa inexistência de cautelares pessoais alternativas, a prisão provisória tinha seu uso amplamente franqueado e até incentivado. A prisão em flagrante ganhou novas modalidades: o flagrante impróprio, em que o agente é perseguido logo após o cometimento do fato criminoso, e o flagrante presumido, em que é encontrado em circunstância que faça presumir a sua autoria.

Novamente, defendia-se que o sacrifício ao interesse da organização da justiça não podia continuar em função de “obsoletos escrúpulos formalísticos”. Estes seriam direcionados a tornar intangíveis os criminosos que eram encontrados pela polícia na “atualidade palpitante do crime”.

⁴ Idem.

⁵ Idem

A preocupação com a máxima eficácia da lei penal e do seu aparelho repressor repetia-se no instituto da prisão preventiva. Em diversas hipóteses, o CPP de 1941 a tornou obrigatória, sendo que em crimes cuja pena máxima fosse superior a 10 (dez) anos, exigia-se para a sua confirmação o requisito único de uma prova indiciária.

Embora haja tantos outros, tais exemplos já são suficientes para que três aspectos marcantes do sistema instaurado pelo CPP de 1941 afluíssem. O primeiro deles é, como define Eugênio Pacelli⁶, a “cultura confessadamente autoritária”, cuja orientação era reduzir no limite do possível e a qualquer custo a impunidade dos agentes criminosos.

O segundo consistiu no intuito de flexibilização das formas processuais, já que elas passaram a ser vistas como empecilhos injustificáveis à consecução do objetivo descrito no parágrafo anterior. Conforme apontado, isso restou patente na disciplina dispensada às nulidades.

O terceiro aspecto é a aceleração do direito penal, pela facilitação do manejo da prisão preventiva – além da sua própria obrigatoriedade –, assim como pelo fortalecimento e incentivo das cautelares reais. Trata-se, claramente, da antecipação dos efeitos da pena sobre o investigado ou acusado, que deverá aguardar uma eventual absolvição para ter seus direitos fundamentais restituídos.

Essas características em destaque representam mais do que a técnica processual adotada, uma política criminal que reflete a ideologia do poder em exercício. Como já abordado, o Estado Novo varguista e o regime fascista da Itália de Mussolini – fonte inspiradora –, comportavam adequadamente esse Código de Processo Penal. Não é o caso, contudo, da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 1988.

Justamente o contrário, a CRFB rompe, categoricamente, com a ideologia repressora. A relevância de que dispõem as garantias fundamentais pode ser dimensionada pelo caráter

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 1.

pétreo a elas atribuído. O indivíduo volta a ocupar o centro do sistema, sendo sua proteção e a inviolabilidade de seus direitos as maiores prioridades do ordenamento jurídico.

Se a *ratio* do Decreto-Lei 3.689/41 era, conforme tratado, a eficiência do sistema repressor, buscando-se a menor impunidade possível a qualquer custo, a da CRFB é a de, justamente, garantir que, em nenhuma hipótese, um inocente seja condenado, mesmo que o preço a ser pago seja o de que alguns culpados livres-se impunes.

Invariavelmente, qualquer ordenamento jurídico se vê forçado, em determinado momento, a posicionar-se quanto a esta questão: interessa arcar com o custo de justiça de se punir um inocente para garantir o menor nível de impunidade possível, admitindo-se ser, dessa forma, viável sacrificar o indivíduo, fazendo-o de meio para a consecução da eficiente proteção coletiva, ou o interesse social é o de que o cidadão não se torne um meio, mas seja sempre o fim inviolável do ordenamento jurídico, de forma que a proteção coletiva seja, na verdade, a garantia de que todos terão respeitados os seus direitos individuais?

Aury Lopes Jr., de forma precisa declina a resposta que aparenta ser a adotada pela ordem constitucional:

“Entendemos que sociedade – base do discurso de prevalência do ‘público’ – deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior de que dependem os homens que o integram”.

Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, onde os homens são meras células, que lhe de vem cega obediência.

Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e **não toleram tal submissão do homem ao ente superior**, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário. Na mesma linha, BOBBIO explica que, atualmente, **impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, de modo que primeiro vem o indivíduo e, depois, o Estado, que não é um fim em si mesmo. O Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais**, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos.”⁷

⁷ Lopes Jr., Aury. Direito processualpenal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 32.

É falacioso o argumento de que o bem de todos se constrói pela prevenção geral de cometimento de atos delituosos, mesmo que isso implique na eventual punição de quem não cometeu nenhuma infração. O poder punitivo do Estado, por vários motivos, é a violência mais grave de todas, superando a de qualquer crime. Trata-se do uso força de todos contra o indivíduo de forma estruturada. Contra a sua injustiça não se admite, sequer, a defesa individual por meio da legítima defesa ou do estado de necessidade, sendo, por conseguinte, inexorável. Desse modo, em um Estado democrático de direito, não há crime maior do que a punição de um inocente.

A escolha constitucional foi clara: quem pode ser sujeito ativo de tipos penais é o indivíduo, nunca o Estado, caso contrário, não haveria como legitimar a punição de daquele por este. A entidade que reclama para si o poder de punir com fim de evitar a vingança entre particulares só pode o fazer se estiver em uma posição moralmente superior. Somente essa postura legitimaria a perda ou a cessão do poder individual de violência para aquele, devendo ser exercida com vistas ao processo e às demais garantias individuais, uma vez que, como já dito, o indivíduo é a finalidade máxima do ordenamento jurídico.

A estrutura de proteção individual contida na CRFB exacerba o que foi anteriormente sustentado. Os direitos e garantias fundamentais estão elevados à categoria de cláusulas pétreas, não podendo haver sequer proposta de emenda tendente a as abolir. A própria posição topográfica do título que as contém denota a relevância a elas dada, visto que está disposto logo após os “Princípios Fundamentais”, sendo a primeira matéria especial tratada na Constituição.

Há, especificamente, a previsão de garantias processuais penais, que gozam do status pétreo mencionado, destacando-se a tutela da inocência, o contraditório, a ampla defesa, a vedação de provas ilícitas, o princípio do juiz natural e o devido processo legal. Destacam-se, ainda, os remédios constitucionais, cuja função é, puramente, proteger o indivíduo de violações estatais, v.g., o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

Não há dúvida, desse modo, quanto à primazia da individualidade sobre a coletividade e sobre o caráter garantista da CRFB. Marca-se, com essa constatação, um enorme contraste – ou incompatibilidade – entre a nova ordem constitucional e o antigo CPP, ainda vigente. A

necessidade de alteração e de releitura de diversos institutos neste contidos à época da promulgação da CRFB era urgente, e nesse sentido, tanto o judiciário quanto o legislativo atuaram.

O Poder Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF), atuou, mormente, na identificação de diversos institutos que não foram recepcionados pela CRFB e na conformação da interpretação de outros a ela. Como exemplo, temos a obrigatoriedade do recolhimento prisional para admissibilidade e processamento do recurso de apelação, dos já revogados arts. 594 e 595 do CPP.

A jurisprudência do STF, reiteradamente, afastou esse esdrúxulo requisito recursal, negando receptividade aos referidos dispositivos, como se viu no HC 92.008/SP, julgado pela Segunda Turma, cuja relatoria foi de Joaquim Barbosa. Essa posição restou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado nº 347.

O Poder Legislativo, por seu turno, embora devesse priorizar a edição de um novo código de processo penal, atuou por meio de reformas pontuais ao antigo Decreto-Lei 3.689. De todo modo, há de se reconhecer elas representaram importante progresso.

Das diversas alterações, destacam-se como as mais relevantes as perpetradas pelas leis 11.689/08 e 11.719/08, que ao alterar o procedimento do júri e o ordinário, revogaram, finalmente, a decretação de prisão preventiva por ocasião da pronúncia ou de sentença condenatória recorrível. Esta última ainda modificou a ordem dos atos da audiência de instrução e julgamento, tornando o interrogatório o último ato, substituindo seu caráter probatório para o de meio de exercício do direito de defesa.

Esses movimentos marcam esse processo de adequação da lei ordinária à Constituição. A dinâmica, novamente, é bem descrita por Aury Lopes Jr.:

“Partimos da mesma premissa de PRADO: a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, **forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma.**

Então, não basta qualquer processo, ou a mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do

jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta.

Feito isso, é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

A maior das alterações que concorre para esse fim, há de se reconhecer, foi a promovida pela Lei 12.403/11. Ao alterar o regime das medidas cautelares pessoais, ela tocou no ponto mais nevrálgico do processo penal, pois pensar à luz da Constituição da República em restrições processuais anteriores ao trânsito em julgado, ainda mais a liberdade, é tarefa árdua.

A simples concepção das medidas cautelares já pressupõe, de pronto, a relativização dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, cujo status é de cláusula pétrea constitucional. Mais do que isso, constituem a essência do processo penal moderno, garantindo a inviolabilidade do indivíduo até que haja a certeza incontestável – já que dúvida está a favor do réu – da responsabilidade penal.

A antecipação dos efeitos da pena, tanto na esfera da liberdade, quanto na patrimonial, por si já prejudica a legitimidade do sistema punitivo. Na medida em que o Estado, enquanto ente abstrato evoca para si o monopólio do uso da força, ele o faz concomitantemente à institucionalização de limites e pressupostos legitimadores para o seu exercício.

Aury Lopes Jr., nesse sentido, aponta que a pena não decorre apenas da existência de um delito, mas, invariavelmente, depende do prévio desenrolar de um processo. Trata-se do princípio da necessidade do processo penal em relação à pena⁸, ou do genérico uso da força punitiva estatal contra o indivíduo. Privilegiar o processo consiste tanto em trata-lo, de fato, como pressuposto de qualquer restrição à esfera de liberdade individual, como, por meio dele, conferir a maior efetividade possível às garantias fundamentais. É o que se pode extrair das lições do referido:

⁸ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 32.

“Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.

Como aponta J. GOLDSCHMIDT, os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. **A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.**

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).⁹

Ainda assim, mesmo diante do arrazoado que põe em xeque a legitimação das constrições processuais aos acusados ou indiciados, que são as medidas cautelares, elas ainda vigem no ordenamento jurídico pátrio, em função da reconhecida – ou tolerável – necessidade de se proteger os bens jurídicos ínsitos à efetividade do processo, qual a seja a mencionada proteção social operacionalizada pela eficácia dos instrumentos de repressão às infrações penais.

É, justamente, por esse motivo que a Lei 12.403/11 deve ser considerada a mais relevante alteração trazida ao CPP desde a promulgação da CRFB. Anteriormente à sua edição, o regime das cautelares, já na vigência da Constituição, era precário. Ele pautava-se pela grotesca dualidade de regimes processuais de liberdade do réu, que se resumia ao seu total gozo ou a sua perda integral.

A única medida cautelar pessoal utilizada (já que o instituto da fiança estava em total desuso) era a prisão provisória, que se dividia em prisão temporária, que era aplicada somente

⁹ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 32.

durante a instrução criminal, possuindo prazo de duração determinado, e em prisão preventiva, aplicável em qualquer fase da persecução penal, não dispondo de qualquer limite temporal. As demais medidas cautelares se relacionavam à prova ou eram reais.

Diante desse quadro, se o juízo tivesse interesse, v.g., em proteger a efetividade do processo, mas não quisesse se valer da prisão preventiva, não poderia dessa forma proceder. Houve diversos esforços, nesse sentido, por parte de julgadores que se apoiavam no suposto poder geral de cautela e aplicavam medida cautelar não prevista. Esses, contudo, não prosperaram, por força do princípio da legalidade, que rege todo o processo penal e limita qualquer medida constritiva. As medidas cautelares eram e são taxativas, fazendo qualquer ausência de previsão importe na sua ilegalidade.

Com a vinda da Lei 12.403/11, outras medidas cautelares de caráter pessoal foram previstas, tornando possível a superação da dicotomia do sistema. Mais do que isso, elas passaram a constituir, por expressa determinação legal, um óbice a ser superado para eventual decretação de prisão preventiva.

A liberdade e a tutela da inocência, desse modo, passaram a dispor de maior efetividade, visto que, com a possibilidade de manejo de outras cautelares pessoais, os bens jurídicos que elas visam acautelar podem ser protegidos com um reduzidíssimo custo, caracterizado pela excepcionalidade da prisão preventiva.

Em abstrato, reduziu-se o problema anteriormente descrito de antecipação dos efeitos da pena, supressão do processo e carência de legitimidade punitiva, já que a violência sofrida pelo réu, que necessariamente deve ser considerado inocente, pode (e deve) ser, na maioria dos casos, consideravelmente menor.

É por essa razão que este estudo considera relevante analisar de modo aprofundado os avanços galgados pela promulgação da referida lei. A proposta é realizar uma dupla abordagem, que consiste, **primeiro**, no próximo capítulo, na análise do texto em abstrato, verificando o seu avanço para adequação do instituto das medidas cautelares à CRFB, assim como em que medida ele deixou de progredir, e, **segundo**, no Capítulo 3, tendo como base uma pesquisa empírica realizada pela ONG Sou da Paz, avaliar se estes avanços identificados foram incorporados pelos operadores do direito na prática forense.

CAPÍTULO II - REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL – AVANÇO OU ESTAGNAÇÃO DO SISTEMA?

Neste capítulo, a proposta é analisar o texto introduzido pela Lei 12.403/11 abstratamente. Será feita uma breve introdução sobre as medidas cautelares, indicando-se o que elas são, a que fim atendem e quais são os requisitos comuns a todas elas.

Em seguida, iniciaremos a análise da adequação do texto da lei aos princípios do processo penal a que as medidas cautelares devem se submeter. Será colocado em evidência se a nova redação dá eficácia ao respectivo princípio, como isso ocorre e se ela representou algum avanço em relação ao regime anterior.

1.1 Definição das Cautelares no Processo Penal

Na persecução penal, as medidas cautelares são todas as restrições a direitos pessoais e à liberdade de locomoção, passíveis de ser impostas antes do trânsito em julgado. A prisão é mais conhecida de todas elas, mas o ordenamento prevê diversas outras, que serão a seguir analisadas.

Cumprе destacar de forma antecipada que, equivocadamente, considera-se que, somente com a inovação da lei 12.403/11, outras cautelares além do encarceramento processual surgiram. Eugênio Pacelli esclarece que tal afirmação não procede, sendo que outras cautelares já integravam o ordenamento jurídico e apenas não tinham esta nomenclatura. Vide trecho abaixo:

“(...) todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da Lei nº 12.403/11, recebem a alcunha ou a designação de *medidas cautelares*. Outras cautelares já existiam, desde o início do Código de Processo Penal, sem, porém, carregar esse nome. São exemplos de medidas cautelares, de natureza *patrimonial*, aquelas relativas à *restituição de bens*, ao arresto, ao sequestro e à instituição de hipoteca legal, consoante as regras das medidas assecuratórias. São também providências cautelares, já agora de natureza probatória, aquelas relativas à quebra das inviolabilidades pessoais

previstas em Lei ou na Constituição (interceptações, busca e apreensão etc. – art. 5º, X e XII, CF)”¹⁰.

Andrey Borges de Mendonça classifica as medidas em a) reais, b) relativas à prova e c) pessoais¹¹.

As **reais** visam à proteção dos efeitos patrimoniais da pena, notadamente o perdimento do bem, a obrigação de reparar o dano, assim como o pagamento de eventual pena, multa e custas processuais. O CPP prevê, para tanto, o sequestro, o arresto e a hipoteca, respectivamente, em seus arts. 125, 136 e 134. A busca e apreensão também poderia servir a esta finalidade, contudo a sistemática do CPP a situou em seu Título VII “Da Prova”, sendo dessa forma considerada neste estudo.

As relativas à **prova**, por sua vez, atuam contra o perecimento ou perdimento dessa e na sua própria colheita. Eugênio Pacelli lista como exemplo as “quebra das inviolabilidades pessoais previstas na Lei ou na constituição”¹² como a citada busca e apreensão (art. 240 do CPP), a quebra do sigilo das comunicações e do bancário (art. 5º, X e XII da Constituição”).

Quanto às **pessoais**, elas constituem proteções contra o agir do réu em detrimento da efetividade da persecução penal. Atuam na restrição da liberdade do acusado – quando o privam do seu direito de locomoção –, ou na limitação de outro direito seu – ao submetê-lo a certas privações, obrigações ou interdições. Conforme Carnelutti¹³, se a medida impõe uma sujeição ao agente, ela é “coercitiva”; se impõe uma obrigação, é “obrigatória”; e se priva o seu sujeito de algum poder, é “interditiva”.

1.2. Finalidade fundamento e requisitos

A restrição de um direito ocorre, em regra, para se preservar outro de valor equivalente ou superior. É por essa razão que se faz necessário por em evidência o que se

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 496.

¹¹ Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011, p. 24.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 496.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. *El Proceso Penal*, p. 47/53.

busca tutelar com a aplicação das cautelares, tendo em vista a grandeza dos bens jurídicos sacrificados com base em um juízo cognitivo incompleto.

1.2.1 *Periculum in libertatis*

O art. 282 do CPP, em seu inciso I, traz de forma expressa os objetos de tutela das cautelares:

“Art. 282. (...)

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**”

Como visto, são eles (i) a aplicação da lei penal, (ii) a investigação ou a instrução criminal e (iii) a prevenção contra a prática de infrações penais. Sempre que for provável o prejuízo a um deles, em determinada situação no inquérito ou no processo, está presente um dos requisitos para a aplicação das cautelares: o *periculum in libertatis*.

Nesse aspecto, diferencia-se o processo penal da teoria das cautelares do processo civil, que tem como requisito o *periculum in mora*. As medidas cautelares previstas no CPP não são aplicadas, em regra, em função do risco ou do perigo provocado pela demora na prestação jurisdicional, mas pelo estado de liberdade do indiciado ou acusado.

Salvo nos casos das medidas cautelares reais, que podem impedir a deterioração ou dilapidação patrimonial, não é o tempo o maior fator de risco para os objetos de tutela daquelas. É, mormente, a conduta do imputado que põe em risco a pretensão punitiva e as atividades instrutórias e que pode vir configurar novos crimes. Aury Lopes Jr. é preciso nessa descrição:

“Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova)”¹⁴

¹⁴ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 806.

Observa-se que os dois primeiros possíveis fundamentos para a decretação das medidas cautelares possuem clara natureza instrumental. Servindo ao desenrolar ou ao resultado do processo, está sendo tutelada a idoneidade da instrução ou a busca judicial pela verdade e o seu respectivo resultado, que é o convencimento do juízo.

É necessário ressaltar que, conforme abordado no primeiro capítulo, o processo penal possui natureza dúplice, sendo o meio pelo qual o Estado pune agentes que ofendem bens jurídicos sociais relevantes, mas, simultaneamente, os direitos e garantias constitucionais para o exercício de sua defesa – que, caso desrespeitados, tornam ilegítima a punição e própria a existência do processo.

É, portanto, a expressão máxima da efetividade do direito penal e das garantias constitucionais, sendo incontestado que há tanto um interesse social quanto individual de se garantir que o seu desenrolar ocorra livre dos riscos gerados pelo decurso do tempo ou pelo comportamento do acusado. A corroborar o exposto, Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Com efeito, nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser descurada ou ter subestimada a sua utilidade, sobretudo quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário. Quaisquer condutas que tendam a impedir ou a embaraçar a sua atuação devem ser coartadas. Obviamente, não se está aqui a defender uma funcionalização desmedida do processo penal, de tal modo que a preocupação com a sua efetividade supere quaisquer das garantias individuais. Em absoluto. A realização cotidiana da Justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do devido processo legal. O que estamos a afirmar é que, quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente coercibilidade.”¹⁵

A investigação e a instrução criminal, por seu turno, são os meios de obtenção do suporte fático em que será baseada a sentença. Integram a persecução penal, servindo, portanto, aos seus mesmos fins de perseguir e punir, conforme a lei e em respeito aos direitos fundamentais, atos que atinjam bens jurídicos socialmente relevantes.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 498.

A coibição de novos crimes é a mais polêmica das finalidades, o que não exime deste estudo a sua análise. É de se salientar que a própria lei, ao prevê-la, ressaltou seu caráter extraordinário, visto que não é função do processo penal a prevenção de atividade criminosa futura, mas da polícia judiciária, conforme art. 144 e seguintes da Constituição da República.

Ademais, a persecução penal atua contra fatos pretéritos, que ostentem mínimos indícios de autoria e materialidade. Desse modo, são estranhos à sua finalidade a apuração e a responsabilização de agentes por fatos ainda não ocorridos e não necessariamente àqueles conexos.

1.2.3. *Fumus comissi delicti*

Outro requisito para a imposição das medidas cautelares é a probabilidade de o crime que ensejou o inquérito ou processo dentro do qual é aplicada a medida cautelar ter ocorrido. O juízo ao analisar elementos processuais deve se convencer da existência de autoria e materialidade da infração penal, de forma que o seu cometimento por aquela pessoa seja provável.

Neste ponto, também se diferencia do processo civil o requisito para o manejo daquelas, já que não se trata de verificar a provável existência de um “bom direito”, mas de um ato ofensivo ao ordenamento – o delito criminal.

A controvérsia que aflora no tocante a este tema é a confusão existente entre o juízo cognitivo cautelar e o definitivo. Ora, se a função do processo penal é justamente apurar a existência de um delito, como que na imposição de medidas cautelares seria possível antecipar este juízo?

Como explica Andrey Borges de Mendonça, ocorre, na verdade, uma cognição não exauriente – semelhante à realizada para o recebimento da denúncia. O juízo não analisa profundamente o material fático, limitando-se a um juízo de probabilidade.

Desnecessário salientar que, em razão da gravidade das possíveis medidas cautelares aplicadas, é imprescindível que os fatores de convencimento não sejam frágeis. Conforme já

apontado, não só os valores e direitos sacrificados são de grande relevância, como também não há ainda condenação definitiva, o que importa no reconhecimento da inocência dos sujeitos passivos daquelas.

Visto isso, passaremos à análise ao objetivo central deste capítulo que é o confrontar a lei com os princípios que regem as medidas cautelares.

1.2.3 Da presunção de inocência e instrumentalidade das medidas cautelares

Feita essa breve análise, revela-se de fácil constatação a natureza *pro societate* dos valores tutelados pelas cautelares. Para se fortalecer o aparato de investigação e punição estatal, são admitidas restrições graves aos indivíduos antes da cognição processual exaustiva.

Ocorre que, como tratado no primeiro capítulo, a constitucionalização do processo penal determinou a mudança do paradigma punitivista e antidemocrático original do CPP, de modo que a tutela da inocência, operacionalizada pelas garantias individuais, ganhou protagonismo.

É com base nessa premissa que se reconhece a imperiosa necessidade de se fazer a análise de adequação do texto legal, inicialmente, em face do princípio da presunção de inocência. Em matéria de medidas cautelares processuais penais, isso significa verificar se elas possuem natureza estritamente instrumental, não servindo, na verdade, como um meio de antecipação de uma pena.

A Constituição de 1988 trouxe ao processo penal brasileiro em definitivo a evolução civilizatória do respeito às garantias individuais. Dentre estas, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII e LXI da Constituição:

“Art. 5º [...]:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Trata-se do princípio reitor do processo penal, de forma que seu nível de observância (ou de eficácia) representa a qualidade de um sistema processual¹⁶, situando-se no ponto de maior tensão entre os elementos autoritários e democráticos do processo penal e da própria Constituição. Merece destaque o trecho de Aury Lopes Jr. a respeito:

“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 alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.”

Nesse sentido, segue o autor explicando que assim como a sociedade está ameaçada pela prática de condutas criminosas, da mesma forma o está pela arbitrariedade punitiva do estado, o que torna a presunção de inocência também instrumento de defesa social contra o arbítrio – a ser considerado também como crime em qualquer democracia – e de favorecimento do devido processo legal, que é o pressuposto para imposição de qualquer sanção criminal.

Andrey Borges de Mendonça ensina que a presunção de inocência consiste tanto numa regra de julgamento quanto em um dever tratamento¹⁷. A regra consiste no reconhecimento de que ônus probatório é integral da acusação e de que a dúvida sempre deve resultar em absolvição.

Conforme a Constituição, sobre o réu, em nenhuma hipótese, pode recair o dever de desconstituir uma imputação infundada, mas de contraditar os fatos previamente a ele imputados. Sua atividade probatória está, portanto, restrita às alegações de fatos caracterizadores de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, sendo que o silêncio não importa em prejuízo e a dúvida está ao seu favor.

¹⁶ Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 801.

¹⁷ Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011, p.

O dever de tratamento, por sua vez, como ensina Aury Lopes Jr.¹⁸, se operacionaliza pela afirmação positiva da não culpabilidade do indivíduo em qualquer situação em que não ainda não exista sentença condenatória irrecorrível, abrangendo-se a fase pré-processual e a ação penal. Isso significa que há, portanto, severas restrições à imposição de medidas limitadoras de direito antes do trânsito em julgado.

Veja-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nessa linha:

“A prisão cautelar não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.¹⁹

Trata-se da proibição da antecipação dos efeitos da eventual e futura sentença penal condenatória transita em julgado, fazendo com que o fundamento das medidas cautelares tenha sempre essa linha argumentativa. Abordagens relativas à gravidade do delito ou relacionadas às circunstâncias do crime seriam, dessa forma, desconexas com esta racionalidade, pois estariam tratando de circunstâncias que influenciam somente a pena e não o processo em si.

Verifica-se, contudo, que a lei 12.403/11, franqueou o uso desses pressupostos para a aplicação das cautelares:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁸ O jurista acrescenta que a presunção de inocência também exerce a tutela do réu, em uma esfera extra processual, contra a publicidade abusiva e a sua consequente estigmatização. Embora esse não seja o enfoque do trabalho, trata-se de uma coerente e relevante posição, pois, os danos gerados pelo processo de sensacionalismo da criminalidade são, em muitos casos, piores do que a sanção penal. Nesse sentido, poderia se pensar em medidas cautelares protetivas do indivíduo, principalmente da sua imagem, criando-se portanto uma paridade de instrumentos cautelares, que, atualmente só se aplicam em desfavor do réu.

¹⁹ STF, 2ª Turma, HC 98.821/CE, Rel. Min. Celso de Mello, mar/10, DJ 14/04/10

II - adequação da medida à **gravidade do crime, circunstâncias do fato** e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nesse sentido, segundo as premissas anteriormente levantadas, pecou a lei em dar importância a esses fatores. Como dito, eles, por si só, não justificam as medidas cautelares, mas eventual agravamento da pena.

Aliás, o juízo sobre a gravidade do crime e as circunstâncias do seu cometimento só pode ser feito no momento em que essa é fixada, ou seja, na sentença. Somente neste ato processual é que essa matéria – que é exclusivamente de mérito – deveria ter relevância jurídica.

Ainda, como a gravidade do crime é determinada pela lei, sendo que as circunstâncias do fato, em determinados casos, também integram o tipo penal, a aplicação de medidas cautelares ou até prisões preventivas em razão daquelas poderia ser considerado como voltar a permitir as prisões automáticas, decorrentes de atos normativos abstratos. Ou seja, se o crime for grave, a prisão seria obrigatória, pois qualquer outra medida alternativa ou até a liberdade não atenderia ao juízo de “adequação à gravidade da medida”.

O dispositivo em comento (art. 282, II do CPP) será objeto de análise no tópico referente ao princípio da proporcionalidade – que, já se adiante, é de grande relevância para o sistema das medidas cautelares –, oportunidade em que sua aplicabilidade será mais bem debatida.

1.2.4 Jurisdicionalidade e motivação das medidas cautelares: vedação à sua decretação por ato normativo abstrato ou com base em fundamentação genérica

O juízo de condenação depende invariavelmente de prévia atividade jurisdicional em que são reconhecidas, motivadamente, provas do cometimento de um delito. Dessa forma, até o seu término, não há como se considerar nenhum cidadão como culpado.

Ora, se o exercício da jurisdição motivada é imprescindível para a imposição de pena, não poderia também o ser para a de uma medida cautelar. Tal conclusão embora não passe de mera interpretação do referido princípio, está expressamente prevista no texto constitucional nos arts. 5º, LIV, LXI e 93, IX:

“Art. 5º. [...]:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**; [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada** de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

“Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

Nota-se que o princípio do devido processo legal se relaciona estreitamente com o da jurisdicionalidade, embora aquele seja claramente mais amplo.

De todo modo, o conceito de que o processo é pressuposto para a restrição de qualquer direito, inclusive a liberdade pressupõe máxima de que deve haver um órgão jurisdicional competente para que de forma fundamentada decida sobre prejuízos à esfera jurídica individual dos cidadãos.

Há de se observar, em qualquer ocasião, o comando do art. 5º, LXI, que exige “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” para a restrição da liberdade de um indivíduo. Além do mais, ainda que o texto normativo trate de “prisão”, esse regramento geral deve ser aplicado analogicamente às medidas diversas desta, tanto em razão da deferência ao princípio do devido processo legal, quanto pelo respeito ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário em hipótese de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CRFB) combinado com o do dever de motivação dos atos jurisdicionais (Art. 93, IX, CRFB).

Cumprir destacar que a exceção do dispositivo referente à prisão em flagrante não é contraditória, pois esta medida não é uma cautelar. Ela ostenta tamanha precariedade, visto

que não pode superar o prazo de 24 horas, que é considerada uma medida pré-cautelar. Trata-se da proteção de uma eventual cautelar, que se justifica não só pelo rígido controle temporal e jurisdicional a ela imposta, como também pela presença excessiva do *fumus comissi delicti*, requisito das cautelares, que será adiante exposto.

Segundo Aury Lopes Jr., a conjugação do princípio da jurisdicionalidade com o da presunção de inocência afastaria por completo a legalidade da prisão cautelar, que se justificaria atualmente por um pernicioso discurso fundado na suposta “cruel necessidade” (de se preservar o processo)²⁰.

De fato, é o que sustenta Eugênio Pacelli, conforme trecho abaixo:

“O princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ***ordem judicial devidamente motivada***. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.”²¹

Desnecessário apontar que esse é o entendimento do qual se vale a jurisprudência, sendo as prisões e outras medidas cautelares amplamente aplicadas. Contudo, os avanços na aplicação do princípio em comento neste tópico são outros.

O primeiro deles é, conforme mencionado no primeiro capítulo, o banimento, das prisões derivadas de ato normativo abstrato. A necessidade de haver um pronunciamento judicial motivado não só para o ato prisional, mas também para qualquer outra restrição processual, é o maior dos avanços que derivam da operacionalização deste princípio.

²⁰ “A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente, inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da ‘cruel necessidade’. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade de proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional. .” Lopes Jr., Aury. Direito processual penal/ Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 810.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 48.

Desse modo, a revogação do art. 393 do CPP é correta e representa grande avanço nesse sentido. Vejamos sua redação:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - **ser o réu preso ou conservado na prisão**, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

O segundo avanço é a exigência de motivação idônea para a decretação de qualquer cautelar e consequente proibição de fundamentação genérica. A redação da lei demonstrou-se bem atenta a este tópico, tendo, em diversas oportunidades, repetido a exigência de motivação, conforme arts. 282, 315, 283 e 310.

Outros dispositivos também atuam nesse sentido, embora indiretamente. São eles os art. 282, §6º e 310, II. Vejamos seus respectivos conteúdos:

“Art. 282. (...)

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

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, **quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão**; ou

Os trechos destacados de ambos os artigos, posto que não se tratem de comandos expressos de fundamentação como os dos anteriormente citados, constituem etapas a serem superadas pelo julgador em todos os decretos de prisão preventiva. Assim, a omissão quanto a ineficácia das demais medidas cautelares em uma decisão que a decreta, importará também em nulidade por carência de motivação.

Isso faz com que não só este princípio em análise reforçado como também o seja o incentivo ao uso das medidas cautelares alternativas (art. 319), dando-se maior eficácia à sua função de contracautela.

1.2.5 Contraditório

O contraditório, em sede cautelar, consiste no direito de o sujeito da constrição ser ouvido previamente à aplicação da medida cautelar. Este panorama, contudo, não era a regra do sistema, de modo que elas “eram sempre aplicadas *inautida altera pars*, sem oitiva da parte contrária, excetuando-se o contraditório diferido, ou seja, após a execução do ato”²².

Isso somente foi alterado a partir da Lei 12.403/11, com a introdução do art. 282, § 3º do CPP:

“Art. 282. [...]:

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Há de se destacar ainda que, posto que a norma verse sobre a hipótese de recebimento de “pedido de medida cautelar”, como o direito ao contraditório prévio possui matriz constitucional (Art. 5º, LV, CRFB), fazendo com que a inovação legal consista, na verdade, em mera reafirmação do princípio, tal regra se aplica também às situações em que o juiz atua de ofício, previstas nos §§ 4º e 5º do art. 282. De fato, não porque negar tal direito, não só pela ausência de prejuízo, mas também pela atribuição de maior legitimidade à medida, uma vez que sua fundamentação há de superar as arguições de defesa.

A lei foi omissa neste aspecto, deixando margem para interpretações restritivas, não dando a eficácia esperada ao princípio constitucional citado. O posicionamento de Muccio a seguir citado ilustra a situação:

“Nos casos de decretação de ofício, à evidência, dispensa-se a intimação, pois o juiz não antecipará nem comunicará que tem intenção de impor medida cautelar, mas que pode ser convencido em contrário”²³

²² Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011, p. 76

²³ MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal* 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1245.

Há coerência interna no que sustenta o respeitado doutrinador, mas isso, por si só, não é suficiente para que sua posição seja a mais correta. A premissa utilizada é a de que, uma vez formado o convencimento íntimo do juiz, as eventuais razões apresentadas pela defesa teriam pouca influência na sua modificação – pois seria absurdo supor que Muccio considere imutável o referido convencimento, simplesmente por este não ter sido provocado por uma parte.

Ainda que, supostamente, a probabilidade de mudança no convencimento seja pouca, ela é possível. Assim, a efetividade dos princípios e garantias constitucionais não pode ser limitada por questões de ordem prática. Embora ele já tenha se convencido da necessidade de imposição da medida, não se configurando a situação de urgência ou perigo de ineficácia, não há porque ser negada a oportunidade ao sujeito passivo de oferecer razões para que ela não seja aplicada.

Conclui-se que, a lei poderia ter sido mais precisa neste aspecto. Não se trata de falha gravíssima, mas é relevante o seu apontamento, já que, como exposto, poderia ter sido afastada essa margem argumentativa para a limitação de uma garantia fundamental pétrea.

Por fim, dispensa maiores explicações a possibilidade de afastamento do contraditório prévio nos casos em que haverá prejuízo à medida por motivos de urgência ou de ineficácia. Vislumbram-se, como exemplo, os casos de risco de perecimento de provas ou de fuga do suspeito, que podem vir a se concretizar se as medidas constritivas forem previamente informadas.

Sendo essa a hipótese, deverá o juiz na fundamentação da medida sustentar que se trata da exceção à regra, apontando os elementos fáticos que determinaram seu convencimento. Desse modo, há sempre duas alternativas: ou se garante o direito ao prévio contraditório, ou se justifica idoneamente a hipótese de exceção, garantindo-se, todavia, oportunidade de exercício do direito à audiência posteriormente à imposição da medida.

A não observância desse princípio acarretaria em ofensa à garantia constitucional do direito ao contraditório ou na carência de fundamentação da decisão judicial que não o afastou de forma idônea, implicando em fundamentação genérica. Em ambos os casos, o prejuízo ao réu e ao processo é presumido, já que nega vigência a direitos fundamentais, acarretando,

dessa forma, como sustenta Aury Lopes Jr., “a nulidade da substituição, cumulação ou revogação da medida cautelar, remediável pela via do *habeas corpus*”.

Verifica-se que, neste tema, ocorreu avanço em relação ao regime anterior, tornando cogente o contraditório, mas poderia ter sido mais cuidadosa em garantir a sua máxima eficácia e aplicabilidade em todos os casos de decretação de medida cautelar.

1.2.6 Provisionalidade

A provisionalidade consiste no caráter situacional da medida. Trata-se do reconhecimento de que as cautelares tutelam uma situação fática, de forma que, caso esse desapareça, deve também o fazer a cautelar. Elas só se sustentam enquanto persistirem os seus fundamentos, que são o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*.

Este princípio, em fim, restou consagrado no art. 282, § 5º do CPP, pela Lei 12.403/11:

“Art. 282. [...]:

§ 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”

A lei representou avanço neste aspecto em que era omissa a legislação anterior. A natureza instrumental das medidas cautelares de fato, assim exige, conforme impõe o princípio da presunção de inocência,

Outro impacto positivo gerado pela consagração deste princípio, conforme ensina Aury Lopes Jr., é a maior fluidez do sistema de medidas cautelares. Associando-se a previsão expressa dessa ordem de provisionalidade à ampliação do rol de cautelares, permite-se que mínimas do *status quo* processual possam ser suficientes para fundamentar a modificação de medidas mais graves para outras mais brandas e vice versa – tudo conforme a necessidade do caso²⁴.

²⁴Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 810.

1.2.7 Provisoriedade

O princípio da provisoriedade é suplementar ao da provisionalidade, pois, em qualquer situação, o tempo de duração da medida deve ser considerado como limite à sua manutenção. Assim, ainda que o suporte fático para a sua decretação esteja presente, ela não poderá perdurar de forma indeterminada.

Trata-se, novamente, de consectário lógico do princípio da presunção de inocência, enquanto dever de tratamento, que impossibilita ter o inocente seus direitos postos à disposição de um poder judiciário moroso, fazendo com que aquele suporte, com sua liberdade ou outro direito fundamental, o risco da demora na prestação jurisdicional indefinidamente.

Da mesma forma, opera o princípio da duração razoável do processo, proibindo tanto o alargamento quanto a indeterminação temporal da medida cautelar. O Estado, por ter o dever de atuar de forma célere na persecução penal, consequentemente, deve garantir não só que as restrições de direito anteriores à condenação definitiva sejam, por isso, ainda mais breves, como também que seja ele a sofrer por eventual demora na sua atividade e nunca os sujeitos processados.

Desse modo, surgem, notadamente, dois fatores pelos quais é possível avaliar a eficácia ou não da provisoriedade no manejo das cautelares. O primeiro seria a impossibilidade de indeterminação do prazo das medidas, com a estipulação de prazos fixos ou critérios objetivos para a sua definição, associados à revisão compulsória e periódica da necessidade da medida. O segundo, a alocação do ônus da mora processual no ator que a deu causa, principalmente, pela revogação *ope legis* de eventual medida aplicada.

O Projeto de Lei 4208/2001 do qual resultou a Lei 12.403/2011 chegou a prever, em determinado momento de sua tramitação, dois dispositivos nesse sentido. Um deles era o art. 315-A a ser inserido no CPP, que dispunha que “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. O outro era o § 7º do art. 282 também do CPP, que determinava o reexame a cada

60 dias da prisão preventiva decretada. Posto que tratassem somente de prisão, já representariam inestimável avanço da legislação, que, oportunamente, poderia ser estendido às demais cautelares.

Por infeliz decisão do legislador, ambos restaram revogados e, surpreendentemente, o ordenamento jurídico atual não prevê para nenhuma cautelar qualquer limitação temporal, salvo no caso da prisão temporária, disciplinada pela Lei 7.960/89. Esta prisão provisória, que só pode ser decretada durante o inquérito, tem seu marco temporal limitado a cinco ou trinta (se o crime for hediondo ou equiparado) dias, que podem ser prorrogados pelo mesmo período, nos casos de extrema e comprovada necessidade, conforme art. 2º do referido diploma normativo.

Os tribunais, por seu turno, anteriormente à reforma de 2011, já atuavam no sentido de mitigar o precário quadro descrito. Destaca-se nesse sentido, o famoso prazo limite de 81 dias para a manutenção da prisão preventiva, derivado da soma dos prazos que compunham o procedimento ordinário. Atualmente, com as mudanças nos procedimentos criminais ocorridas em 2008, esse número perdeu seu sentido, devendo-se considerar a média de 105 dias para a Justiça Estadual e 125 para a Federal²⁵.

De todo modo, independentemente do valor, este critério objetivo já foi afastado sob o argumento de que a análise do excesso de prazo deve ser casuística, determinada pela complexidade do caso e do comportamento dos atores processuais. Assim, a jurisprudência atual contribuiu para que o sistema continuasse pautado pela subjetividade argumentativa.

²⁵ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal. Brasília, 2009. *Regra geral na contagem dos prazos processuais. Casos de réu preso com defensor constituído: 105 dias: a) 10 (dez) dias para a conclusão do inquérito (art. 10 do CPP) ou 15 (quinze) dias, prorrogáveis por igual período nos processos da Justiça Federal (Lei nº 5.010/66); b) distribuição imediata (art. 93, XV, da CF); c) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP) – ato de secretaria/escrivania (remessa para o Ministério Público); d) 5 (cinco) dias para a denúncia (art. 46, caput, 1ª parte, do CP); e) 2 (dois) dias (art. 799 do CP) – atos de secretaria (para conclusão ao juiz); f) 5 (cinco) dias – decisão interlocutória simples de admissibilidade da ação penal (art. 800, II, do CP); g) 2 (dois) dias (art. 799 do CP) – atos de secretaria/escrivania (expedição do mandado de citação); h) 2 (dois) dias (art. 799 do CPP – interpretação extensiva) – cumprimento do mandado de citação pelo oficial de justiça; i) 10 (dez) dias para o acusado apresentar a resposta (art. 396, caput, do CP); j) 2 (dois) dias (art. 799 do CP) – ato de secretaria (conclusão ao juiz); k) 5 (cinco) dias – decisão judicial (arts. 399 e 800, II, do CP); e l) 60 (sessenta) dias para a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 400, caput, do CP) TOTAL : 105 dias na Justiça Estadual; 110 ou 125 dias na Justiça Federal.*

Para tornar o quadro mais dramático, ainda estão vigentes os enunciados nº 21 e 52 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que determinam respectivamente que “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução” e que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Pela leitura de ambas, seria possível supor um quadro de absoluta indeterminação temporal das medidas cautelares após o fim da instrução ou depois que pronunciado o réu. Ademais, estaria consagrada uma redução do que se entende como processo, limitando-o à instrução, o que vai duplamente de encontro ao sustentado neste tópico.

Dessa forma, é forçoso acompanhar o entendimento de Aury Lopes Jr. de que devem ser cancelados os enunciados nº 52 e 21 do STJ, já que ofensivos ao direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável. Como adverte o próprio autor, “o direito à ‘razoável duração do processo’ não pode ser reduzido à ‘razoável duração da instrução’”²⁶.

Urge, quanto a este tópico, uma normatização específica no sentido de conferir objetividade, segurança e limite no manejo das cautelares. Somente assim será possível limitar a banalização na sua aplicação, que são facilmente, por sua longa duração, transmutadas em penas antecipadas, sem que haja tanto na lei quanto na jurisprudência consolidada nenhum critério para a proteção da liberdade e de outros direitos fundamentais durante o processo.

1.2.8 Excepcionalidade

O direito à liberdade plena é tutelado constitucionalmente por diversos meios. Qualquer pretensão restritiva somente é legítima se executada na integral observância das restritas formas que a protegem. Ainda, para sua restituição ou proteção preventiva, há remédio processual específico, cuja admissibilidade é ampla e a legitimidade para seu oferecimento é plural.

²⁶ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 815.

É com vistas a esta conjuntura jurídica que qualquer das medidas cautelares deve ser aplicada. Seja a prisão ou outra restrição pessoal de menor gradação, todas constituem uma afronta às garantias constitucionais ou legais que tutelam a liberdade, devendo, portanto, ostentar, invariavelmente, patente imprescindibilidade no seu manejo. Nesse sentido, ensina Eugênio Pacelli:

“Toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade. (...) e exatamente em razão das premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada, ancorada na indispensabilidade da providência.”

Mais do que a presunção ou o estado de inocência, a liberdade possui valor intrínseco próprio. Não se trata, assim, de, novamente, reafirmar a presunção de inocência, mas de, autonomamente, atribuir plenitude e devida relevância àquele direito. A excepcionalidade, dessa forma, é fundamental, pois confere eficácia a este princípio que transcende regime jurídico ou forma de governo. É direito reconhecidamente universal, do qual depende diretamente a dignidade do homem.

Tratar, portanto, como excepcional quaisquer das medidas cautelares pessoais é, em última análise, privilegiar a liberdade individual e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana em detrimento do estado policial. Tal entendimento deve ser aplicado à fundamentação das decisões que impõem as medidas, dando máxima eficácia aos princípios do *favor libertatis* e do *in dubio pro libertate*²⁷.

Quanto a este tópico, a lei avançou consideravelmente. Conforme art. 282, § 6º: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. Trata-se de privilégio específico à liberdade, sendo seu sacrifício medida excepcional, dando-se preferência às medidas de contracautela.

A única ressalva a ser feita é que, como mencionado no Capítulo 1, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, não são inofensivas, importando em

²⁷Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011, p. 39. Como consequência

banimento (art. 319, II), perda do convívio social com determinadas pessoas (art. 319, III), afastamento do local de trabalho (art. 319, VI) e, ainda, perda total da privacidade e da intimidade (art. 319, VIII). Assim, o privilégio da liberdade não se faz definindo a prisão como excepcional, mas também as demais cautelares. A regra é a liberdade plena, com o gozo de todos os direitos inerentes à ela e à dignidade da pessoa.

1.2.9 Princípio da legalidade, poder geral de cautela e princípio acusatório

No âmbito de aplicação das medidas cautelares, o princípio da legalidade deve ser lido como o reconhecimento da taxatividade tanto das medidas quanto dos fins a que se destinam. Consiste, portanto, no afastamento do art. 786 do Código de Processo Civil, que prevê o poder geral de cautela.

Até a reforma de 2011, dispunha de relevo a discussão da aplicação analógica do referido artigo do CPC ao processo penal, conforme permissivo do art. 3º do CPP. Entretanto, além dos diversos motivos que, autonomamente, são suficientes para afastar essa tese, com a instituição das medidas cautelares diversas da prisão no rol do art. 319 do CPP, ela restou mais do que prejudicada.

Ainda no criticável sistema cautelar penal anterior à Lei 12.403/2011, que se resumia à liberdade provisória ou à prisão cautelar, não se justificavam a imposição de cautelares atípicas ou com base em fundamentos estranhos à legislação. Isso porque, como leciona Aury Lopes Jr., “no processo penal, forma é garantia. Logo não há espaço para ‘poderes gerais’, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à formalidade legal²⁸”.

A legitimidade do poder coercitivo de um Estado democrático de direito decorre, justamente, dos seus limites, que são impostos pela lei. Neste exato aspecto, ele contrasta com o de um Estado tirano, que é pouco ou nada limitado, confundindo-se com a pura arbitrariedade.

É da legalidade, portanto, que deriva o princípio do devido processo legal, que se resume à estruturação normativa dos limites a que o poder estatal está submetido na sua

²⁸ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 810.

função de suprimir ou restringir qualquer direito ou garantia individual. São as regras do jogo ou a definição de valores que se afastados comprometem a existência do próprio Estado democrático de direito.

Diante disso, não há como acatar o argumento de autores que defendem o poder geral de cautela no processo penal. É equivocado defender que, em razão do princípio da “tutela jurisdicional adequada”, contido no art. 5º, XXXV da CRFB, “sempre que houver possibilidade de esvaziamento da função soberana de julgar, (...), deve o magistrado se socorrer de instrumentos processuais aptos a evitar tal frustração e, para tanto, poderá se valer do poder geral de cautelar”²⁹.

Esse “esvaziamento” não consiste em frustração, mas em uma opção³⁰ constitucional de proteger determinados direitos e garantias, que se afastadas, conforme mencionado, tornam ilegítimas o exercício da “função soberana de julgar”. Não interessa, dessa forma, a eficácia máxima da persecução e punição estatal, mas o absoluto respeito aos fundamentos pétreos do Estado democrático de direito, que garantirão a inexistência da arbitrariedade e da tirania.

O princípio acusatório constitui um desses fundamentos, sendo pressuposto de imparcialidade do juiz, que não pode se contaminar pelo interesse na instrução probatória. Embora se alegue o convencimento íntimo não é influenciado por essa postura, justamente por não ser possível a confirmação ou não do fato, a forma deve funcionar como um meio de afastamento integral da dúvida.

A ofensa à imparcialidade implica em grave nulidade, visto que afronta o princípio do devido processo legal. Desse modo, relegar à dúvida situação de tamanha importância é situação tormentosa. Como explica a célebre máxima: “À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”. É por essa razão que a lei pecou em ainda permitir a

²⁹ Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011, p. 80

³⁰ “Segue o autor explicando que é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi, Madri, Trotta, 1999. p. 549 *Apud* Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 810.

decretação de cautelares pelo juiz de ofício, como se verifica nos arts 282, §§ 2º, 4º e 5º e 310, II.

1.2.10. Princípio da proporcionalidade: as medidas devem ser adequadas, necessárias e proporcionais para atingir que fim?

A reforma de 2011 introduziu o princípio da proporcionalidade à disciplina das medidas cautelares. Embora a menção não seja expressa, o art. 282 passou a conter em seus incisos I e II as expressões “necessidade” e “adequação”, fazendo claramente alusão à teoria alemã, conforme transcrição abaixo:

“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”

Parece adequada esta opção legislativa que reconheceu, conforme já apontado, grave ponto de tensão entre as garantias individuais pétreas e o interesse social na repressão dos delitos, consubstanciada na efetividade do processo e das ações instrutórias.

É, certamente, imprescindível a existência de um instrumento de ponderação de princípios nessa situação em que os valores em conflito são de tamanha relevância. Com ele, o juízo poderá conferir maior legitimidade à fundamentação das decisões impositivas ou revogatórias, na medida em que, compulsoriamente, analisará a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida, de forma profunda. Contudo, uma prévia crítica à ordem e à aplicação do teste de proporcionalidade neste tema de medidas cautelares penais é, todavia, necessária de ser feita paralelamente à sua descrição.

O teste de proporcionalidade consiste, em última análise, em uma verificação da eficiência que determinado meio possui para atingir certo fim. Em razão disso, sempre que esse teste for utilizado é necessário definir, antes de tudo, qual é o meio a ser utilizado e qual

é o fim pretendido, para somente então testar se aquele é adequado, necessário e proporcional a este.

No caso das medidas cautelares o meio é evidente: as próprias medidas. Porém, qual é, de fato, o seu fim? As medidas cautelares devem ser adequadas, necessárias e proporcionais a atingir o quê? Para responder a essa pergunta é importantíssimo novamente retomar o dispositivo legal transcrito acima, notadamente o inciso II do art. 282:

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

Pela leitura pura e simples do trecho da norma, a resposta imediata que aflora é: o crime e suas circunstâncias. Ora, se fossemos considerar que essa é a resposta definitiva, qual teria sido o comando do legislador? Se o crime ou sua circunstância for grave isso deverá implicar na consequente gravidade da medida, devendo operar do mesmo modo uma circunstância pessoal do acusado como reincidência ou maus antecedentes?

Continuando o raciocínio, se a resposta a este último questionamento for positiva, o que implica em assumir que, realmente, o texto legal criou essa correlação entre gravidade do crime – e das circunstâncias e das condições pessoais do agente – e a gravidade das medidas cautelares, deve-se fazer o último dos questionamentos: em que medida este juízo dá eficácia ao princípio da instrumentalidade das medidas cautelares? Pelos pressupostos apresentados no decorrer do texto, a resposta parece ser fácil: em nada.

A correlação definida pela lei não é de instrumentalidade, mas de valoração do fato criminoso. Justamente por isso, convidamos o leitor a reler os comentários dispensados no item 1.2.3, “Da presunção de inocência e instrumentalidade das medidas cautelares” na página 19³¹. Os parâmetros de proporcionalidade adotados, como sustentado nesse item, são

³¹ “Nesse sentido, segundo as premissas anteriormente levantadas, pecou a lei em dar importância a esses fatores. Como dito, eles, por si só, não justificam as medidas cautelares, mas eventual agravamento da pena. Aliás, o juízo sobre a gravidade do crime e as circunstâncias do seu cometimento só pode ser feito no momento em que essa é fixada, ou seja, na sentença. Somente neste ato processual é que essa matéria – que é exclusivamente de mérito – deveria ter relevância jurídica. Ainda, como a gravidade do crime é determinada pela lei, sendo que as circunstâncias do fato, em determinados casos, também integram o tipo penal, a aplicação de medidas cautelares ou até prisões preventivas em razão daquelas poderia ser considerado como voltar a permitir a prisões automáticas, decorrentes de atos normativos abstratos. Ou seja, se o crime for grave, a prisão seria

úteis à fixação da pena, tratando-se quase de uma repetição do art. 59 do Código Penal, vestibular do seu capítulo iii (“Da Aplicação da Pena”), não podendo, em nenhuma hipótese, ser tratados como um fim a ser alcançado pelo emprego das medidas cautelares, nem mesmo como “pedra de toque do novo sistema de cautelares”³², significando o referido e criticado postulado de correlação entre gravidade do crime e gravidade da medida.

Vejamos tabela que permite mais bem visualizar o sustentado acima:

Art, 282, II do CPP	Art. 59 do CP
<ul style="list-style-type: none"> • condições pessoais do indiciado ou acusado 	<ul style="list-style-type: none"> • à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente
<ul style="list-style-type: none"> • circunstâncias do fato 	<ul style="list-style-type: none"> • aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima
<ul style="list-style-type: none"> • gravidade do crime 	<ul style="list-style-type: none"> • penas aplicáveis dentre as cominadas”

Diante do exposto, este estudo considera somente ser possível interpretar o art. 282, II de duas formas, inclusive concomitantes. A primeira, como um simples indicativo de que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no manejo das medidas cautelares, mas conforme seus institutos próprios, que são o *fumus comissi delict* e *periculum in libertatis*.

A segunda, muito mais interessante, é a de que os critérios trazidos pelo artigo são aplicados no terceiro teste do princípio da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito. Essa proposta será abordada adiante, quando este estiver em análise.

A real finalidade das medidas cautelares deve, em primeiro lugar, estar alinhada à sua função que é ser um instrumento para a tutela processo. Uma vez que este se divide em instrução, julgamento e execução, os fins das medidas cautelares são, exatamente, aqueles previstos no art. 282, I do CPP.

O primeiro teste do princípio da proporcionalidade não deve verificar a adequação da medida cautelar à gravidade do crime, circunstâncias do fato ou condições pessoais do agente

obrigatória, pois qualquer outra medida alternativa ou até a liberdade não atenderia ao juízo de “adequação à gravidade da medida”.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 503

– pois esses são meros indicativos do *fumus comissi delicti*³³, mas aos exatos mesmos valores que as tornam necessárias – conforme art. 282, I –, que são a aplicação da lei penal, a proteção da investigação e instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar o cometimento de novos crimes³⁴.

Isso significa que determinada medida cautelar deve ser, v.g., adequada – “estar apta a atingir o fim colimado”³⁵ – à proteger a instrução criminal em face determinada ameaça demonstrada concretamente nos autos pelo *Parquet*, que a requereu, ou pelo juízo que a decretou de ofício. Como se percebe, esta ameaça nada mais é que o *periculum in libertatis*, cujo impedimento de sua concretização é, portanto, a finalidade ou – como prefere Aury Lopes Jr. –, o fundamento da medida, como se vê no trecho: “em primeiro lugar, o periculum não é o requisito das medidas cautelares, mas sim seu fundamento”³⁶.

Feita a crítica ao texto normativo quanto à abordagem do princípio da adequação, passam-se as considerações sobre a ordem de aplicação dos três testes do princípio da proporcionalidade, simultaneamente à descrição do subprincípio da necessidade.

A peculiaridade das medidas cautelares, que existe em razão do mencionado conflito de valores constitucionais de máxima relevância, faz com que a escolha de uma delas não seja livre. O taxativo rol à disposição do julgador possui, claramente, uma gradação, que deve, em razão do princípio da presunção de inocência e da excepcionalidade, ser levada em conta. O inocente cuja liberdade deve ser preservada deve sofrer a menor das restrições possíveis.

Uma vez que a análise da adequação consiste em verificar se a medida a ser adotada é apta a atingir o fim a que se propõe, ela pouco contribui para a sua escolha no caso das medidas cautelares processuais penais, pois, sendo o rol taxativo, previamente já se conhece a sua utilidade.

³³ O conceito de *fumus comissi delicti* não comporta gradações. Ele tem natureza binária: ou há indícios de autoria e de materialidade do crime, seja ele qual for, ou não há.

³⁴ Como mencionado no item 1.2. “Finalidade, fundamento e requisitos”, esta última finalidade deve ser vista com máxima reserva possível.

³⁵ Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011, p. 41.

³⁶ Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 806.

Em função disso, é necessário, antes de se testar se determinada medida cautelar é útil ao fim a que se propõe, analisar se este fim é realmente necessário. Ao que parece, este entendimento também é o do legislador, que traz a observância da “necessidade” das medidas no inciso I do referido dispositivo e a “adequação”, no II. Nada mais acertado, visto que o custo para o atingimento dos fins mencionados é a liberdade de um indivíduo presumidamente inocente.

Conforme tratado anteriormente, o fim pretendido deve ser imprescindível ou estar seriamente ameaçado. Em outras palavras, deve haver claras evidências sobre o *periculum in libertatis*. Somente nesta situação de necessidade é possível dar o próximo passo e se avaliar se determinada medida prevista no rol legal é apta a atingi-lo, ou seja, de coibir a concretização do risco temido.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, ela consiste na impossibilidade de a medida cautelar ser mais grave que a provável pena a ser aplicada no fim do processo ou que justifica a investigação criminal. Vejamos trecho de Andrey Borges de Mendonça nesse sentido:

“Especificamente no campo das medidas cautelares, a proporcionalidade em sentido estrito significa que a medida cautelar deve ser proporcional à pena que será provavelmente aplicada ao final do processo. **Em outras palavras, impossível que a medida cautelar seja mais gravosa e aplique ao réu um malefício maior que a própria pena aplicável ao final do processo, sob pena de, figurativamente, o remédio trazer mais efeitos colaterais que os provocados pela doença a ser curada.**”

O caráter instrumental das medidas não pode ser, dessa forma, posto de lado, sob pena de se transformar a cautelar em antecipação de pena. O CPP, em seus arts. 283, § 1º, e 313, incisos e parágrafo único, reconhece essa situação, determinando, no que se refere ao primeiro dispositivo, a inaplicabilidade das medidas cautelares às infrações a que não for cominada pena privativa de liberdade (PPL), e, quanto ao segundo, a impossibilidade de se decretar a prisão preventiva para crimes cuja PPL será convertida em pena restritiva de direito (PRD).

Nesta última hipótese, seria mais favorável ao réu a sua condenação antecipada para o cumprimento de uma PRD, do que a espera do desenrolar processual, sem poder usufruir de sua liberdade, em razão da decretação de uma prisão preventiva. Desse modo, coerente a lei

em afastar a possibilidade da medida pela simples verificação dos requisitos que são comuns entre esta e para a aplicação da PRD.

A única observação a ser feita é que a proporcionalidade deve justamente servir para ampliar essas hipóteses previstas na legislação. O juízo, por meio delas, pode fundamentadamente ponderar no caso concreto a decretação da medida com a pena a ser aplicada, levando em consideração especificidades não abarcadas pelas vedações legais mencionadas.

É nessa situação que ganharia imenso mérito a aplicação do inciso II do art. 282 do CPP. Por meio dele seria possível analisar de antemão, elementos objetivos da pena que a tornassem menos gravosa que certas medidas cautelares, em especial a prisão preventiva, afastando-as prontamente. Não só a gravidade e circunstâncias do crime e as condições pessoais do agente, mas possíveis definições de regime de cumprimento de pena, atenuantes e causas de diminuição de pena objetivas ou já flagrantes no processo poderiam servir de base para uma estimativa mais exata das possíveis sanções criminais a serem cominadas a determinado sujeito, impondo-se limites a qualquer cautelar que os extrapolassem.

Não se pode olvidar que nem todos os condenados cumprem pena em regime fechado, que é o invariavelmente aplicado na prisão preventiva, e quando o fazem, somente durante um sexto da pena quando primários. Dessa forma, caso um acusado seja mantido preso preventivamente por três anos, teria sua liberdade privada pelo mesmo tempo que um condenado a uma pena de dezoito anos.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DA PESQUISA “O IMPACTO DA LEI DAS CAUTELARES”: QUAIS FINS FORAM ATINGIDOS?

3.1. Introdução à pesquisa

Dados divulgados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça³⁷ apontaram que, em junho de 2014, a população carcerária nacional atingiu o número de 711.463 presos. Este último levantamento passou a incluir no cômputo os presos em cumprimento de prisão domiciliar, que totalizam 147.937.

Os presos provisórios representam 32% da população carcerária total. Caso fossem desconsideradas as prisões domiciliares, contabilizando-se apenas aqueles lotados em estabelecimento prisional, representariam 41% do total de 563.526 presos.

Verifica-se, com isso, que quase a metade da população carcerária é formada por pessoas ainda não condenadas em definitivo. Esse número aponta para uma clara desproporção do uso da prisão preventiva, que, conforme abordado nos capítulos anteriores, deveria ser usada de forma excepcional.

Dar maior efetividade ao sistema de garantias constitucionais é uma das funções a ser desempenhada pela Lei 12.403/11. O dado em análise, por si só, confirma o que foi defendido no capítulo anterior quanto à urgente necessidade de se expandir as restrições às prisões provisórias – com a fixação de um limite temporal para elas – e de fortalecer seus mecanismos de controle, por meio, por exemplo, da obrigatoriedade de seu reexame periódico.

Nessa linha, merece destaque o Mutirão Carcerário promovido pelo CNJ. O projeto, que é conduzido pelo mesmo órgão que realizou a pesquisa sobre a população carcerária (DMF-CNJ), atua baseado em dois eixos: “a garantia do devido processo legal com a revisão

³⁷ CNJ – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF, *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Junho de 2014.

das prisões de presos definitivos e provisórios; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado”³⁸.

Conforme art. 1º, § 1º, inciso, II da Lei 12.106/09, o DMF-CNJ tem como objetivo “coordenar (...) mutirões para a reavaliação da prisão provisória e definitiva”. Criado em 2008, mais de 460 mil processos de pessoas presas foram revisados e, com isso, obtiveram-se mais de 78 mil benefícios concedidos, dentre os quais figura em grande número a liberdade provisória, até a edição de 2013.

De todo modo, como a legislação ainda não avançou da forma como deveria, conformando-se por completo ao sistema de garantias da nova ordem constitucional, é necessário analisar se a parcial evolução no tratamento do tema pela lei se refletiu na realidade.

Essa é a exata proposta da pesquisa “O IMPACTO DA LEI DAS CAUTELARES NAS PRISÕES EM FLAGRANTE NA CIDADE DE SÃO PAULO”, realizada pelo Instituto Sou da Paz. Como já adianta o próprio título, o objetivo do estudo foi “medir, em termos quantitativos e qualitativos, o impacto da Lei 12.403/11 (Lei das Cautelares)”³⁹ na prática.

A utilização dessa pesquisa consiste em alternativa à dificuldade de se realizar, por conta própria, um levantamento de dados satisfatoriamente abrangente na realização de um trabalho de conclusão de curso de graduação. Assim, a base de dados obtida por aquela permitiu uma abordagem minimamente satisfatória de um estudo empírico, indispensável para uma crítica fundamentada em resultados e não em suposições.

3.2. Descrição da base de dados e dos pontos de análise da pesquisa

O ponto de análise foi o procedimento de concessão de liberdade provisória após o flagrante, situação prevista no art. 310 do CPP:

³⁸ <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>

³⁹ INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. 2014. p 4.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

- I - relaxar a prisão ilegal; ou
- II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou .
- III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A despeito de as medidas cautelares ou a liberdade provisória poderem ser decretadas a qualquer tempo em substituição da prisão preventiva, o flagrante, como efeito, deve ser reconhecido como o momento mais sensível para a sua ocorrência. Ele inaugura uma situação fática e jurídica totalmente indefinida, forçando o juízo a optar sobre liberdade de um indivíduo de forma abrupta, na constância de pouco ou nenhum elemento de prova relevante, que não a alegação do agente policial sobre a ocorrência do fato.

O estado de flagrância, quando real, por sua própria natureza, tende a provocar uma reação humana de reprovação. Não se pretende aqui defender teses sobre o estado psicológico do julgador, mas, na verdade, busca-se apenas ressaltar que há uma diferença ontológica entre o juízo a respeito de pedido genérico de conversão de prisão em liberdade provisória ou em medida cautelar alternativa e o procedimento decisório previsto no referido art. 310 do CPP, em que está palpitante a materialidade criminosa.

Toda essa dilação serve para, simplesmente, aplaudir a abordagem da pesquisa em análise, que permitiu a avaliação do desempenho da Lei 12.403/11 na situação mais crítica possível. A eventual confirmação de que a norma provocou efeitos positivo na prática neste momento em específico representaria resultado muito mais expressivo do que em qualquer outro.

Quanto à metodologia empregada, foram feitas duas abordagens: uma quantitativa e outra qualitativa. A primeira analisou “os presos em flagrante (...), cujo inquérito policial tenha tramitado no DIPO (Departamento de Inquérito Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária da Capital)”, durante os segundos trimestres de 2011 e de 2012. Os dados desses períodos foram comparados.

Quanto à escolha do DIPO, é bem clara a justificativa da pesquisa, merecendo sua transcrição:

“A escolha do DIPO deve-se ao fato de ser um espaço privilegiado que **reúne todos os flagrantes referentes a crimes dolosos ocorridos na Capital** (com exceção daqueles decorrentes de crimes dolosos contra a vida e os previstos na Lei Maria da Penha). O DIPO foi constituído na capital em 1985 pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, através do Provimento 233/85. Atualmente é composto por sete juízes que são designados para analisar todos os inquéritos policiais da capital relativos à prisão em flagrante pelos crimes já mencionados e que são apenados com reclusão. Além dessa atribuição jurisdicional, o órgão atua como Corregedoria da Polícia Judiciária na capital. Sua existência está adstrita apenas à capital do estado de São Paulo, pois nas demais localidades do país o flagrante é encaminhado diretamente ao juiz da vara criminal que atuará no caso até a sentença”.⁴⁰

Em se tratando do prazo de corte, aponta a pesquisa que não haveria outro mais adequado. Tendo sido a primeira coleta de dados finalizada em julho de 2011, os dados obtidos representaram um retrato do cenário anterior à vigência da Lei 12.403/11 – publicada no dia 4 de maio de 2011, mas, conforme seu art. 3º, somente tendo entrado em vigor sessenta dias após –, que seriam contrastados com os da coleta de 2012, representativa do novo regime jurídico.

A pesquisa qualitativa, por seu turno, se deu pela resposta a um questionário fechado por parte dos atores envolvidos no processo acima descrito. A ele responderam sete juízes da DIPO, dois promotores, quatro defensores e quatro delegados, que lá também atuam. A concepção inicial da pesquisa, contudo, não era essa, consistindo, anteriormente, em entrevistas semiestruturadas das quais os referidos magistrados se negaram a participar, o que fez com que fosse necessária adoção dos questionários.

Os resultados da abordagem quantitativa são mais bem visualizados por meio dos gráficos constantes da pesquisa, cuja numeração será mantida. O primeiro deles (Gráfico 1) indica os números absolutos da amostra obtida e o segundo (Gráfico 3), os percentuais gerais a evolução da concessão de liberdade, pela comparação dos dois períodos de coleta.

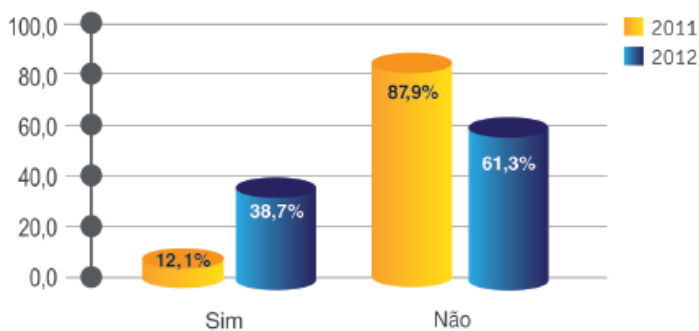
⁴⁰ Idem.

Gráfico 1 - Amostra estatística de preso em flagrante com denúncia no DIPO (2011/2012)



Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária - DIPO

Gráfico 3 - Comparação da liberdade concedida 2011 e 2012

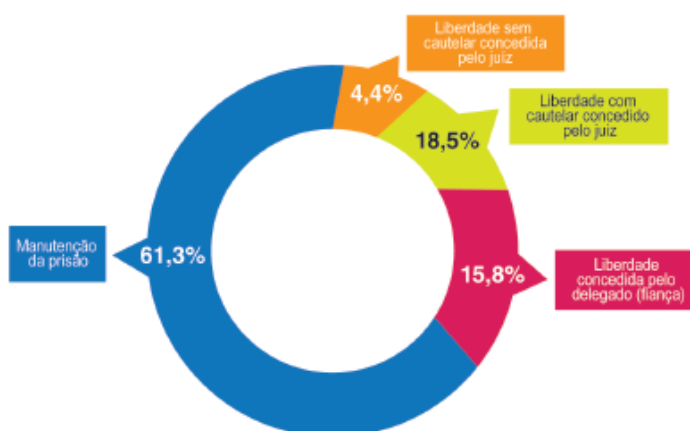


Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária - DIPO

Como se verifica, no geral, a liberdade, após a vigência da lei, teve sua concessão aumentada de 12,1%, na amostra de 2011, para 38,7%, na de 2012. Segundo a pesquisa, a norma teria contribuído para isso, pois concedeu aos delegados a possibilidade de arbitrar fiança em determinadas hipóteses de flagrante (art. 322 do CPP).

No gráfico seguinte (Gráfico 5), as modalidades de concessão de liberdade provisória após o flagrante estão representadas. Ele é importante, pois destaca o ínfimo percentual de 4,4% dos casos em que não se impôs nenhuma medida cautelar para a devolução da liberdade após o flagrante, vejamos:

Gráfico 5 - Condição de liberdade (com ou sem cautelar) pelo autor da decisão e manutenção da prisão



Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária- DIPO

A tabela a seguir (Tabela 2) também é de grande importância para esse estudo. Nela estão indicados os percentuais específicos de todas as medidas cautelares e dos casos de liberdade provisória sem a imposição destas:

Tabela 2 - Distribuição das liberdades concedidas segundo autor da decisão e tipo de liberdade. Município de São Paulo, abril – julho de 2012

Liberdades concedidas segundo autor da decisão e tipo de liberdade	%
Fiança delegado	40,7
Fiança juiz	29,0
Proibição de ausentar comarca	9,6
Liberdade provisória sem cautelar	8,5
Recolhimento domiciliar noturno	4,1
Comparecimento periódico em juízo	3,3
Relaxamento de flagrante	2,9
Monitoramento eletrônico	*
Proibição de manter contato com pessoa	*
Suspensão de exercício ou função	*
Internação provisória	*
Prisão domiciliar	*
TOTAL	100

(*) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria

Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária- DIPO

A fiança, como pode se ver, é a medida cautelar que mais aplicada aos presos em flagrante, seja pelo delegado, seja pelo juiz. Este, contudo, não privilegia a medida em detrimento da manutenção da prisão.

Pelo contrário, analisando-se a atuação daquele de forma isolada, em 71,4% dos casos, ocorre a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Nesse novo universo, que passa a incluir a variável “manutenção da prisão”, o percentual de uso da fiança cai para 13,5%. Vide tabela (Tabela 3):

**Tabela 3 - Distribuição das decisões judiciais sobre liberdade.
Município de São Paulo abril – julho de 2012**

Atuação da justiça sobre a liberdade	%
Manutenção da prisão	71,4
Liberdade Provisória sem cautelar	5,2
Relaxamento de flagrante	1,3
Fiança	13,5
Proibição de ausentar comarca	4,4
Recolhimento domiciliar noturno	1,8
Comparecimento periódico em juízo	1,5
Monitoramento eletrônico	*
Proibição de manter contato com pessoa	*
TOTAL	100,0

(*) A amostra não comporta a desagregação para esta categoria

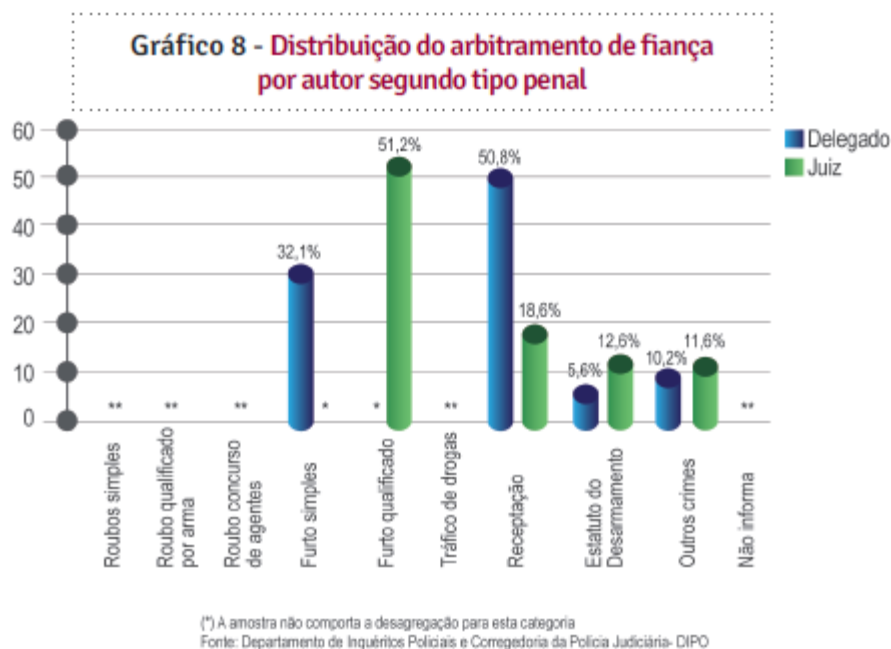
Fonte: Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária- DIPO

Essa tabela demonstra que o uso das outras medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11 é pífio. O percentual atingido pela soma de todas, com exceção da fiança, é de 9,9%, não superando 13,5% desta. Se considerarmos, como sinalizado, exclusivamente as medidas cautelares introduzidas pela reforma, o referido percentual cai para 3%⁴¹.

A distribuição das medidas por tipo penal também é relevante indicativo do impacto da 12.403/11. A pesquisa, ao apresentar os resultados, optou por dedicar um gráfico só para

⁴¹ O regime de liberdade provisória anterior admitia a determinação de comparecimento compulsório em juízo e a proibição de ausentar-se da comarca.

fiança (Gráfico 8), pois ela, como demonstrado anteriormente, destacou-se excessivamente das demais.



Como se vê, há um grande contraste entre os crimes não violentos – com exceção do tráfico de drogas, que, embora não o seja, é hediondo e não admite fiança – e os demais crimes. Destacam-se, assim, a receptação, todas as modalidades de furto e os crimes previstos no estatuto do desarmamento.

O tratamento privilegiado dispensado a esses tipos penais corrobora os resultados obtidos na pesquisa qualitativa. Em resposta ao formulário, juízes e promotores apontaram critérios para a aplicação das medidas cautelares. O relatório indicou esses resultados:

“A absoluta prevalência de acusados por crimes sem violência ou ameaça entre os beneficiados com a fiança vai ao encontro das circunstâncias descritas por parte dos juízes do DIPO como aquelas em que a prisão provisória se configura desnecessária. **Ao lado da primariedade, também mencionada como elemento imprescindível à liberação dos acusados, os juízes elegem a ausência de violência ou grave ameaça como elementos necessários para a concessão de cautelares**, embora tais exigências não se encontrem, nesses estritos termos, nas disposições da Lei 12.403/11 no que tange à aplicação das medidas cautelares.”⁴²

⁴² INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. 2014. p 23.

O trecho revela o manejo de requisitos não mais previstos na legislação⁴³ para a negação da concessão da liberdade provisória. A violência ou a grave ameaça à pessoa não constituem impedimentos à concessão de liberdade provisória com ou sem medidas cautelares.

É importante que não se confundam os institutos: os crimes praticados com a ausência de violência e grave ameaça, constantes da pesquisa (furto simples, receptação e porte ilegal de arma de uso permitido), possuem, em sua maioria, pena máxima não superior a quatro anos. Desse modo, exigir esta característica e a primariedade do sujeito de forma conjunta para a concessão de liberdade provisória consiste em, praticamente, repetir os idênticos pressupostos legais do art. 313, I e II do CPP, que já tornaram defesa *ex lege* à decretação da prisão preventiva:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com **pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos**;

II - **se tiver sido condenado por outro crime doloso**, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”

Procurou-se demonstrar, com isso, certa deficiência da atuação judiciária nos casos que realmente demandam sua atenção. Verificamos que, nas situações não reguladas de forma fixa pela lei, a opção predominante continua sendo o uso da prisão preventiva e, nas já reguladas, a aplicação mecânica de fiança, tudo com base em critérios extralegais.

Quando o crime não é violento e, por isso, tende a ter sua pena inferior ou muito próxima de quatro anos, são impostas medidas cautelares – em regra, a fiança – que tem como função precípua a substituição da prisão preventiva, sendo que ela, como já explicado, não é possível de ser decretada, em razão do art. 313, I do CPP. Porém, se o crime é violento e acaba possuindo pena superior a quatro anos, há uma rejeição automática de qualquer medida

⁴³ A lei 12.403/11 revogou o Art. 323, V do CPP, que vedava a concessão de fiança para crimes cometidos com violência ou grave ameaça: “Art. 323 - Não será concedida fiança: V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público **ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.**”

cautelar diversa da prisão, que aí sim deveriam ser exploradas como mecanismos de contracautela.

Este esforço de relegar a prisão preventiva somente para os casos de extrema necessidade é o que deveria estar sendo desempenhado pelos juízes, mas o que se verifica, infelizmente, é a imposição de cautelares substitutivas da prisão para aqueles que já não poderiam ir presos durante o processo.

3.3. Crítica à pesquisa e aos resultados obtidos

A situação anteriormente descrita tende a denotar o baixo êxito da Lei 12.403/11, no que diz respeito ao atingimento do fim de reduzir o uso da prisão preventiva pela ampliação do leque de medidas cautelares. O que se verificou foi a aparente continuidade da aplicação dos antigos institutos, já vigentes antes da reforma.

Destoou, apenas, o uso da fiança, que se tornou a principal cautelar utilizada. A pesquisa, em diversas oportunidades, aponta esse fenômeno como o maior mérito da Lei 12.403/11, indicando a referida medida – principalmente as concedidas pelos delegados de polícia, na forma do art. 322 do CPP – como a responsável pelo considerável aumento de concessões de liberdade e a consequente redução de prisões preventivas. Vejam-se trechos nesse sentido:

Tal aumento pode ser explicado em parte pela expansão do espectro de atuação dos delegados de polícia, que passaram a ter a prerrogativa legal de arbitrar fianças para mais crimes. Na amostra analisada em 2011, as liberdades concedidas diziam respeito à atuação dos juízes, **já em 2012 identificamos a significativa participação dos delegados na concessão de liberdades**, como revela o gráfico 4.

De fato, os dados analisados indicam que houve uma redução no percentual de presos em flagrante que obtiveram liberdade sem cautelar, porém não é possível desconsiderar o significativo universo de presos que obtiveram concessão de liberdade com cautelar determinada pelo juiz e também pelo delegado.⁴⁴

Os que mais merecem destaque, contudo, são esses, que estão na conclusão do estudo:

⁴⁴ INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. 2014. pgs 16 e 22.

As liberdades concedidas triplicaram: passaram de 12,1% em 2011 para 38,7% em 2012. O aumento está diretamente relacionado à Lei 12.403/11, uma vez que esta foi a única mudança ocorrida entre os dois momentos de coleta e reforçada pelo dado de que **34,3% dos presos obtiveram a liberdade a partir de medidas cautelares aplicadas, percentual que representa 89% de todas as liberdades concedidas.**

A ampliação da possibilidade de os delegados de polícia conceder fiança mostrou-se fundamental para o aumento das liberdades constatado na pesquisa. Arbitrando fiança a mais da metade dos casos sob sua competência (62,5%), os delegados foram responsáveis pela concessão de liberdade a 15,8% do total de presos em flagrante.⁴⁵

Ora, é necessário ter em mente que não é possível, em regra, por força do art. 313, I do CPP, a decretação da prisão preventiva nos crimes em que o delegado pode conceder liberdade provisória mediante fiança. O art. 322 do CPP restringe o poder daquele aos crimes cuja pena máxima seja de quatro anos e aquele dispositivo legal determina que a prisão preventiva somente será decretada nos crimes dolosos com pena máxima superior também a quatro anos.

Fica claro que os respectivos limites se excluem mutuamente, fazendo com que o instituto da fiança não sirva à sua clássica função de contracautela e ao consequente impedimento da decretação da prisão preventiva – salvo nos casos em que o réu é reincidente, quando será possível, conforme o art. 313, II do CPP, a decretação dessa, mesmo que a pena do crime não exceda quatro anos.

É coerente, portanto, a percepção dos defensores públicos atuantes no DIPO, de que “a Lei 12.403/11 não estaria impactando numa maior soltura dos presos provisórios, e sim num agravamento das condições de liberdade para quem antes da lei a obtinha sem ter que recorrer a uma contraprestação econômica (a fiança)”⁴⁶.

Não só isso, a exigência da fiança pelo delegado em desfavor de réus primários permite uma manobra apta a elidir a vedação da decretação da prisão preventiva, prevista no referido art. 313, I do CPP. Como determina o art. 282 § 4º c/c art. 312 § ú do CPP – essa pode ser decreta “em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força

⁴⁵ Idem. p 43.

⁴⁶ Idem. p 22.

de outras medidas cautelares”⁴⁷, inclusive para réus primários cujo crime tenha pena máxima que não exceda quatro anos.

Exatamente o que se constatou na seção que tratou do “desfecho sobre as fianças não pagas”:

“Das fianças **concedidas pelo delegado** e não pagas, apenas uma pequena parcela delas, **7,6%, foi convertida em prisão** pelo juiz, e um percentual quase idêntico, 7,8%, foi convertido em outra cautelar.”⁴⁸

Essa situação fere de morte os princípios da proporcionalidade e da instrumentalidade que regem as medidas cautelares. Em nenhuma hipótese pode se admitir que o tratamento do réu durante o processo seja mais gravoso do que o decorrente de eventual sentença definitiva. Nesses casos, por se tratar de crimes cuja pena é inferior a quatro anos, haverá certeza, se o réu for primário, ou grande probabilidade, se for reincidente, da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, conforme art. 44, I e § 3º do Código Penal, sendo a prisão preventiva plenamente descabida.

Deve-se reconhecer, dessa forma, que o verdadeiro impedimento à conversão do flagrante em prisão preventiva nos casos de réu primário, é o art. 313, I do CPP e não o poder do delegado de conceder liberdade provisória após o flagrante, mediante o pagamento de fiança. Este foi o maior dos avanços da Lei 12.403/11 na prática: a limitação objetiva e precisa do poder discricionário do juiz na decretação da prisão preventiva, em respeito à proporcionalidade do processo penal.

Há outro também que deveria, ao menos, ganhar maior destaque, pois é, potencialmente, uma interessante alternativa para o sistema de medidas cautelares pessoais. A monitoração eletrônica foi unanimemente a medida mais bem avaliada pelos juízes que participaram da pesquisa qualitativa.

⁴⁷ Art. 282. (...). § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). Art. 312. (...) Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

⁴⁸ INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. 2014. pg 41.

Essa medida cautelar pode, de certo, vir a se tornar um denominador comum para os atores do processo penal. Ela atinge de modo satisfatório um equilíbrio entre as pretensões de tutela da efetividade do processo penal e a perda de direitos por parte do indiciado ou acusado.

O instituto permite a manutenção do direito de ir e vir do sujeito e, simultaneamente, a eficácia na proteção do processo. Outras medidas cautelares podem, ainda, ser fiscalizadas por meio dela, aumentando a efetividade do sistema como um todo e cumprindo assim, como leciona Aury Lopes Jr., “diferentes dimensões de tutela cautelar”⁴⁹.

Com o decorrer do tempo, por se tratar de equipamento tecnológico, a tendência contínua é a de que seu custo e suas dimensões físicas sejam reduzidos, mas sua eficácia operacional e autonomia energética sejam ampliadas. Quanto maior descrição do objeto, menor o prejuízo para quem sofre a medida cautelar.

Financeiramente, ela já é atrativa. Autoridades apontam que o custo mensal para o monitoramento de uma pessoa é consideravelmente menor do que a manutenção dela em custódia. Enquanto esta pode onerar os cofres públicos em valores que vão desde R\$ 1.800,00⁵⁰ até R\$ 3.000,00⁵¹ por mês, o custo mensal daquele está entre R\$ 240,00 e R\$ 600,00.

Não se pode perder de vista, entretanto, que, por se tratar de uma fixação de aparelho ao corpo de uma pessoa, há um grande risco de se ofensa à dignidade da pessoa humana, criando-se tanto a “visibilidade do estigma do processo penal”⁵², quanto a situação de estar “alguém sob permanente monitoramento”⁵³.

Como solução a este dilema, Eugênio Pacelli propõe a obrigatoriedade da anuência prévia do monitorado. Ocorre que se da não aceitação do monitoramento restar como

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. Ed. Saraiva. 2013. p. 126

⁵⁰ <http://www.cnj.jus.br/pautas-das-sessoes/96-noticias/11017-mais-de-55-mil-detentos-estao-sendo-monitorados-eletronicamente-no-pais>

⁵¹ <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/30005-presos-provisorios-comecam-a-usar-tomozeleiras-eletronicas>

⁵² Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014., p. 643.

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014, p. 518

alternativa a prisão preventiva, nada representará o consentimento, que não um ato de submissão forçada.

É por isso que, embora a medida realmente possua diversos aspectos positivos, não se pode permitir, por força dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, uma completa banalização do instituto. Contudo, não sendo esse o caso, trata-se de uma eficaz solução ao sistema das medidas cautelares processuais, capaz de reduzir o interesse dos atores envolvidos pela prisão preventiva.

CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou que sistema o de medidas cautelares introduzido pela Lei 12.403/11 importou em efetivo avanço. A previsão de um maior leque de cautelares representou interessante iniciativa para reduzir o uso indiscriminado das prisões preventivas, muito determinado pelo antigo sistema binário.

Apontaram-se, também, marcos de estagnação graves que ainda mantêm o CPP distante de uma adequada conformação constitucional. A ausência de prazo máximo determinado e de revisão periódica compulsória são os maiores exemplos de quão mais profunda e eficiente poderia ter sido a reforma.

No que se refere à análise da operacionalização da norma na prática forense por meio da pesquisa “Impacto da Lei das Cautelares”, os dados indicaram que poucos foram os avanços. Apesar da ampliação do rol de medidas cautelares, os institutos mais utilizados eram já previstos e utilizados em menor escala, com exceção da fiança que foi revitalizada.

Esta, contudo, também não contribuiu satisfatoriamente no sentido de dar maior efetividade aos princípios constitucionais. Poder-se-ia dizer que chegou a representar certo retrocesso, pois, como apontaram os defensores públicos nos questionários, a liberdade que antes era restituída de forma livre passou a depender de contraprestação pecuniária, cujo descumprimento pode vir a implicar em prisão preventiva até para os indiciados ou processados por crimes com pena abaixo de quatro anos.

A redução das prisões preventivas e o interesse dos julgadores pelo monitoramento eletrônico parecem ser no geral os efeitos mais positivos da lei. A pequena, mas considerável, redução da decretação de prisão preventiva, se deveu ao art. 313, I e II, que estabeleceu um limite claro e objetivo, com vistas aos princípios da proporcionalidade e da instrumentalidade das cautelares, à imposição dessas. Por seu turno, a simpatia pelo monitoramento eletrônico representa um campo a ser explorado como interessante alternativa para a redução das prisões processuais.

Seria interessante a realização de análise empírica semelhante em outras regiões como o Rio de Janeiro e, por que não, ampliá-la para o Brasil, pois o impacto identificado se

revelou excessivamente comedido. Talvez, com um maior tempo de maturação da lei, resultados diversos possam ser encontrados.

Visto que, como a lei dá grande margem para autonomia de decisão judicial, parece ser necessário que se dê tempo para que se internalize no corpo de julgadores esta mudança radical na sua atuação – hábitos antigos não são facilmente mudados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2014;
- Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11.ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.
- Mendonça, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo, Gen, Método, 2011
- CARNELUTTI, Francesco. *El Proceso Penal*.
- MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal* 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal. Brasília, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi, Madri, Trotta, 1999.
- CNJ – Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF, *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Junho de 2014.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. 2014. p 4.
- LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. Ed. Saraiva. 2013. p. 126

Jurisprudência:

- STF, 2ª Turma, HC 98.821/CE, Rel. Min. Celso de Mello, mar/10, DJ 14/04/10

Site consultados:

- <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>, visitado em 18/11/2014
- <http://www.cnj.jus.br/pautas-das-sessoes/96-noticias/11017-mais-de-55-mil-detentos-estao-sendo-monitorados-eletronicamente-no-pais>
- <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/30005-presos-provisorios-comecam-a-usar-tornozeleiras-eletronicas>



TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, **GABRIEL DE SOUZA CERDEIRA, brasileiro, solteiro, portador da identidade 24.668.344-5/DETRAN, na qualidade de aluno da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO**, na qualidade de aluno da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto **PLÁGIO**, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getúlio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: _____

Gabriel de Souza Cerdeira