

As medidas cautelares no Processo Penal brasileiro – reforma com a Lei nº 12.403/2011



Marcelo Batlouni Mendroni

Promotor de Justiça Criminal em São Paulo – Capital. Doutor em Direito Processual pela Universidad Complutense de Madrid. Pós-Doutorado na Università di Bologna.

Karen Louise Jeanette Kahn

Procuradora da República em São Paulo – Capital. Mestre em Direito Penal pela State University of New York.



SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Espécies. 3. Regras. 4. Prisões cautelares. 5. Gravidade do fato criminoso como vetor na adequação das medidas cautelares detentivas e restritivas de direitos. 6. Conclusão.

1. Introdução

A Lei nº 12.403/2011, que alterou o Título IX do Código de Processo Penal, trouxe, ao ordenamento jurídico brasileiro, sensíveis mudanças no aspecto das medidas cautelares processuais penais, em especial, quanto aos requisitos exigidos para a sua concessão, ampliando-as, de um lado – para permitir sua melhor adequação ao agente do fato delituoso, de acordo com a gravidade do crime e sua real necessidade para investigação ou instrução criminal, para a aplicação da lei e como desestímulo a novas práticas – e, de outro, restringindo as hipóteses de concessão das prisões cautelares, segundo critérios quantitativos de penas.

No entanto, embora pareça evidente que as novas medidas busquem, de forma geral, privilegiar a restrição de direitos em face da custódia em estabelecimento penal, algumas delas se afiguram de difícil, ou quase impossível, cumprimento e/ou vigilância. Não é demasiado destacar, desde logo, que uma medida cautelar aplicada e descumprida, sem vigilância do Estado, torna-a inócua, sem qualquer efetividade, além de desmoralizar o próprio Estado.

Se as medidas cautelares foram trazidas ao ordenamento jurídico com a finalidade de evitar prisões desnecessárias, torna-se imprescindível que sejam efetivamente cumpridas com todo o rigor, para que atinjam o seu objetivo.

2. Espécies.

Os artigos 282 e 319 do Código de Processo Penal estabelecem as (novas) medidas cautelares genéricas do Direito Processual Penal brasileiro¹ diversas da prisão:

2.1. Comparecimento periódico em Juízo.

Prazo fixado pelo Juízo para informar e justificar suas atividades. Trata-se de controle meramente superficial, ou até “artificial” das atividades praticadas pela pessoa sujeita à medida. Não se imagina que o Poder Judiciário, em qualquer estado da Federação ou mesmo o Federal, tenha condições estruturais, especialmente de pessoal, mas também material, de exercer controle efetivo das justificativas de forma a saber se estará dizendo a verdade ou mentindo. Resta – e se espera do Poder Judiciário – o monitoramento eventual por “amostragem”, através da Polícia ou de Oficial de Justiça. O Ministério Público também pode, conforme permitir a sua estrutura, exercer o controle da pessoa sujeita à medida, verificando a veracidade de suas afirmações prestadas nas oportunidades em que comparecer em cartório.

2.2. Proibição de acesso e frequência a determinados lugares.

Tal previsão se justifica, pois, de circunstâncias relacionadas ao fato, pode emergir risco de novas infrações. A exemplo da medida anterior, de “comparecimento periódico em Juízo”, consiste em controle meramente superficial, ou “artificial” dos deslocamentos e frequências praticadas pela pessoa sujeita à proibição. Tampouco se imagina que o Poder

Judiciário, ou mesmo o Ministério Público ou as Polícias tenham condições de exercer vigilância efetiva acerca dos locais visitados pela pessoa “controlada”, Resta também – e igualmente se espera do Poder Judiciário – o monitoramento eventual por “amostragem”, através da Polícia ou de Oficial de Justiça. O Ministério Público também pode, conforme permitir a sua estrutura, exercer o controle da pessoa sujeita à medida, verificando a veracidade de suas afirmações. São formas de fiscalização que podem e devem ser efetuadas pela Polícia, por exemplo e sempre que possível, campanas e vigilâncias filmadas e fotografadas.



2.3. Proibição de manter contato com determinada pessoa.

Esta medida, excessivamente “romântica” considerando o avanço da tecnologia em material de comunicações, parece de controle quase impossível. Sabe-se que atualmente a comunicação ocorre através de incontáveis formas, especialmente as eletrônicas, que para monitoramento exigem autorização judicial. Além de telefones e rádios, existem e-mails, msn, mensagens em redes sociais (facebook) e outros. Neste passo, parece-nos viável e até recomendável, que, com a decretação da medida, o mesmo Juiz determine a quebra de sigilo de todas as comunicações da pessoa monitorada, para que a Polícia exerça o “quase impossível” controle. Ao menos, com

¹ Referimos medidas cautelares genéricas porque existem leis especiais que fixam outras medidas cautelares, as quais devem ser empregadas com predominância em função da sua especialidade, aplicando-se, nelas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal.

a determinação da quebra do sigilo das comunicações, pratica-se intervenção preventiva, colocando a pessoa sujeita à proibição em estado de alerta e prevenção.

2.4. Proibição de ausentar-se da Comarca.

É medida igualmente de difícil vigilância, seguindo os exemplos, e nos mesmos termos mencionados em relação às providências previstas nos incisos “I” e “II” do artigo 319 do Código de Processo Penal. Mesmo com a aplicação de medida cumulativa de monitoramento eletrônico, por exemplo, torna-se difícil aferir se a pessoa não transpassou, por exemplo, da sua para outra Comarca contígua, como São Paulo – Santo André ou São Caetano.²

2.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga.

Embora igualmente de difícil controle, também seguindo as formas referidas nos itens anteriores, afigura-se pouco mais facilitada, podendo, em dias (noites) aleatórios, promover a fiscalização na própria residência da pessoa vigiada.

2.6. Suspensão da função pública, de natureza econômica ou financeira.

A medida é direcionada, como orienta o próprio dispositivo, para os casos em que “houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Apesar de aparentar ser bastante proveitosa, não há como deixar de imaginar que tais atividades “de

natureza econômica ou financeira” possam ser realizadas por intermédio de terceiras pessoas, os chamados e conhecidos “testas-de-ferro”, para os quais haverá punição apenas eventual, conforme a situação jurídica e sua previsão legal penal.

2.7. Internação provisória.

Esta previsão destina-se a inimputáveis ou semi-imputáveis com risco de reiteração criminosa. Funciona como “substitutivo” da prisão preventiva, para estes casos específicos, necessitando, para ser realizada, de laudo técnico especializado.

2.8. Fiança.

2.8.1. Finalidade.

- assegurar o comparecimento ao processo;
- evitar obstrução ao processo;
- coibir a resistência à ordem judicial;
- garantir o pagamento das custas do processo, indenização do dano, prestação pecuniária e multa, em caso de condenação – mesmo ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva (art. 336 e parágrafo único do CPP).

O instituto da fiança acabou sendo desmoralizado na vigência das medidas cautelares anteriores à reforma introduzida pela Lei nº 12.403/2011, tanto em razão de sua baixíssima fixação – já que a Lei permite a liberdade provisória também sem pagamento de fiança – quanto em razão de seu ínfimo valor.

Com a edição da Lei nº 12.403/2011, o instituto da fiança foi aperfeiçoado, com o aumento quantitativo dos valores para seu arbitramento.

Anteriormente, a fiança era considerada uma medida de contra-cautela, ou seja, pagava-se fiança com o intuito de se obter a liberdade provisória.

Segundo o teor da nova lei, esta apresenta dupla natureza jurídica, qual seja, a de

² Na Itália, já havia sido elaborada previsão legal em relação a casos de combate à Máfia, na década de 1960: A *Legge n° 575, de 31 de maio de 1965. Disposizione contro la Mafia* estabeleceu basicamente medidas de prevenção e vigilância especial de segurança pública e de obrigação de permanência em residência, em um ou mais lugares (cidades) determinados e prefixados, à pessoa investigada ou processada por “associação de tipo mafiosa” (prevista no artigo 416 *bis* do Código Penal Italiano), por proposta do Ministério Público. Além da obrigatoriedade de permanência (*soggiorno*), o Ministério Público também poderia requerer a aplicação de medida de prevenção de “disponibilidade financeira” sobre o patrimônio do imputado. A providência praticamente não é mais aplicada pela evidente razão de que a população mais que quadruplicou e o Estado não dispõe mais de controle da medida.

medida cautelar (instrumental ou processual) (art. 319, VIII, do CPP) e de *contra-cautela* (art. 310, III, do CPP), podendo ser cumulada, em qualquer caso, com outras medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, segundo dispõe seu parágrafo 4º.

Como instrumento de *contra-cautela*, o Juiz poderá arbitrá-la, ao receber o auto de prisão em flagrante, juntamente com a liberdade provisória, caso entenda não ser a hipótese de prisão preventiva, sendo o crime afiançável.

Como *medida cautelar processual*, a fiança poderá ser arbitrada nas infrações que a admitem, *para o fim de assegurar o comparecimento do réu a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial*. Neste caso, verifica-se a possibilidade de imposição de fiança a réu solto, hipótese inovadora no presente ordenamento, sendo que, se descumprida uma daquelas obrigações (quebra de fiança), a imposição de outras medidas cautelares, inclusive, a sua prisão preventiva, pode vir a ser decretada (art. 343 do CPP), sem que devam ser obedecidas as condições de admissibilidade do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Verifica-se, ainda, nos termos do artigo 321 do Código de Processo Penal, que o legislador manteve a possibilidade de se conceder liberdade provisória sem fiança em qualquer crime, inclusive nos crimes hediondos e equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, XLIII, da CF e art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que também alterou o teor do art. 44 da Lei Antidrogas nº 11.343/2006), os quais, não obstante inafiançáveis, são suscetíveis de liberdade provisória, uma vez presentes os seus pressupostos. Neste sentido, precedente do STJ:

1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liber-

dade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

(...)

3. A liberdade provisória do paciente foi indeferida sem que fosse demonstrada concretamente a imprescindibilidade da medida extrema.

4. A suposta possibilidade de fuga, por se tratar de estrangeiro que não possui vínculo com o nosso país, bem como infundadas conjecturas acerca da possibilidade de reiteração da conduta delitativa em razão da gravidade abstrata da infração não constituem, por si sós, motivos suficientes para justificar a segregação antecipada.

5. Ordem concedida.

(STJ, HC 193060/SP, *Habeas Corpus* 2010/0228297-4, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJE 19.9.2011)

Por outro lado, a interpretação sistemática dos artigos 321, 323 e 324 do Código de Processo Penal e artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal leva a um resultado processual incongruente, segundo o qual a liberdade provisória poderá ser arbitrada, quer em crimes afiançáveis, quer inafiançáveis; assim, neste último caso, o réu, não pode pagar para obter a liberdade provisória (livrar-se solto), mas pode obtê-la, de outra forma, sem pagar, pois, para os mesmos crimes, a lei permite a liberdade provisória sem a exigência de fiança.

De qualquer forma, em termos práticos, para que tenha efetividade, é preciso que a fiança seja aplicada com o rigor da Lei e dosada, a exemplo das demais medidas cautelares, segundo o disposto no artigo 282, II, do Código de Processo Penal, ou seja, “II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”, exatamente para que encontre correspondência, em análise sistemática, com artigo 336 do mesmo diploma legal:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das

custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal) (NR).

2.8.2. Concessão (art. 322 do CPP).

Pela Autoridade Policial em casos de delitos com pena máxima não superior a 4 anos. Nos demais casos, só pelo Juiz.

2.8.3. Impedimento de concessão (arts. 323 e 324 do CPP).

- nos crimes de racismo;
- nos crimes tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos;
- nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- aos que quebraram fiança anteriormente;
- nos casos de prisão civil ou militar.

2.8.4. Valor (art. 325 do CPP).

- de 1 a 100 salários mínimos: no caso de infrações cuja pena privativa máxima não for superior a 4 anos;
- de 10 a 200 salários mínimos: no caso de infrações cuja pena privativa máxima for superior a 4 anos.

2.8.5. Alternativas (art. 325, § 1º, do CPP).

Conforme a situação econômica do réu:

- dispensa, na forma do artigo 350 do Código de Processo Penal, sujeitando-o a outras medidas cautelares e às obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do mesmo diploma legal;
- redução até 2/3;
- aumento até 1000 vezes.

2.8.6. Quebra de fiança.

Nos termos dos artigos 341 e 343 do Código de Processo Penal, a quebra de fiança ocorre se o acusado:

- intimado não comparecer injustificadamente a ato processual;
- deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- descumprir medida cautelar cumulativa à fiança;
- resistir injustificadamente a ordem judicial;
- praticar nova infração penal dolosa.

Neste caso, a referida quebra importa em perda da metade do valor pago a título de fiança, decidindo o Juiz sobre a imposição de outras medidas cautelares ou decretação de prisão preventiva.

O valor será perdido integralmente se o condenado não se apresentar para o cumprimento da pena (art. 344 do CPP).

2.9. Monitoramento eletrônico.

Trata-se de medida importante, condizente com o avanço tecnológico a serviço da Justiça. É útil para evitar prisões desnecessárias, que sobrecarregam os estabelecimentos penais, mas também implica alto custo de equipamento e monitoramento por parte do Poder Executivo. Se bem executado, para os casos efetivamente indicados, sem ser a solução para todos os problemas de prisões e saídas temporárias (como, por exemplo, dos dias festivos, natal, ano novo, dia dos pais, das mães, etc.), pode ser útil em casos específicos e pontuais.

O mau monitoramento da pessoa sujeita à vigilância por parte da Administração da Justiça pode acarretar:

- descrédito na Justiça por parte da população;
- ausência de aplicação da própria lei,

por parte dos Magistrados;

- reincidência por parte do agente com produção de vítimas, em novo abalo à ordem pública;

- fuga do agente e conseqüente não aplicação da lei penal;

- ameaças e coações a testemunhas e vítimas.

Por outro lado, o bom monitoramento da pessoa sujeita à vigilância por parte da Administração da Justiça pode acarretar:

- diminuição do risco de eventual constrangimento da liberdade de agente que é, a princípio, inocente (durante a investigação/processo criminal);

- diminuição da “estigmatização” sofrida pelo agente que responde a investigação/processo criminal;

- viabilização de ressocialização já durante o trâmite processual;

- viabilização de utilização de maior número de agentes no policiamento das ruas, ao invés de sua utilização na escolta com garantia de maior segurança à população;

- diminuição de gastos públicos com manutenção de população carcerária, com escolta policial para o transporte dos presos ao Fórum (pessoal, veículos, combustível), com escolta (vigilância) dentro do sistema prisional provisório, com alimentação dos presos;

- manutenção do controle da distância entre o agente supervisionado e potenciais vítimas;

- manutenção do controle do agente supervisionado em determinados dias, horários e locais, considerados potenciais para reincidência;

- manutenção do controle do agente supervisionado no distrito da culpa;

- manutenção do controle das condutas do agente supervisionado.

O controle do agente *sub judice* deverá, entretanto, receber uma contra ordem, com a revogação da medida cautelar e a conseqüente prisão preventiva, se ela não for cumprida a contento. Mas considerando que a revogação dependerá basicamente da informação eletrônica obtida pelo Poder Judiciário a partir dos dados de monitoramento eletrônico transmitidos por um equipamento, em geral, pulseira ou tornozeleira, torna-se imprescindível que o equipamento tenha a mais alta precisão em tecnologia disponível. Evidentemente que, nestes termos, torna-se sempre necessário o acompanhamento em tempo real – imediato – das ações praticadas pelo agente supervisionado.

3. Regras.

Os fundamentos das medidas cautelares são sempre os mesmos: *fumus delicti* (fumaça de um delito) – em analogia ao *fumus boni juris* do Processo Civil – e *periculum in mora* (risco de demora). Há que se enfatizar, entretanto, que as medidas cautelares do Processo Penal têm enfoque diferente das medidas cautelares do Processo Civil.³ Enquanto estas visam o “adiantamento” ou a “garantia” de um direito para que ele não pereça; as medidas cautelares penais têm a natureza especial, podendo ser reais, quando se configurem situações de produção de prova antecipada, para pagar custas do processo, indenização do dano causado etc., ou pessoais, nos casos das prisões provisórias. Medidas cautelares penais pessoais são, por assim dizer, a proteção da sociedade, através da constrição ou restrição dos direitos da pessoa investigada ou processada e garantia do processo.

Assim é que as medidas cautelares do Processo Penal exercem relevante função no sentido de serem úteis ao processo penal (e na busca da verdade real), durante a investiga-

3 Para estudo das medidas cautelares no Processo Civil, veja-se CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

ção criminal e o processo penal, para cautelar necessidade de aplicação da lei penal e também, em defesa da ordem pública e social, para evitar a prática de infrações penais. São, aliás, os seus requisitos objetivos, nos termos do artigo 282, I, do Código de Processo Penal:

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.⁴



No Processo Penal, ao contrário do que ocorre no Processo Civil, não existe um procedimento próprio, com rito específico. No Processo Civil, para cada medida cautelar, a princípio, corresponde um procedimento com rito próprio e específico, como do arresto (arts. 813 a 821 do CPC), do sequestro (arts. 822 a 825 do CPC), da busca e apreensão (arts. 839 a 843 do CPC), etc. As medidas cautelares acabaram, entretanto, de certa forma, esvaziadas pelo advento das medidas de “tutela antecipada”.

Por isso, no Processo Penal, são medidas cautelares autônomas, sem procedimentos específicos, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, como, aliás,

estabelece o artigo 282, § 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 282. (...)

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

Condição de procedibilidade: só são admissíveis para crimes apenados com pena privativa de liberdade, de forma isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, § 1º, do CPP).

Os *requisitos* das medidas cautelares estão especificados no artigo 282 do Código de Processo Penal:

- I) objetivos: necessidade para a
- aplicação da lei penal;
 - investigação criminal;
 - instrução criminal;
 - nos casos expressos, para evitar a prática de infrações penais.
- II) subjetivos: adequação da medida
- à gravidade do crime;
 - às circunstâncias do fato;
 - às condições pessoais do indiciado/ acusado.

⁴ Veja-se o ensinamento de CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 77: “En tal modo el derecho penal tiende a asegurar la sociedad contra el peligro del delito, esto es, a hacerla segura de tal peligro (sine cura). Por eso, los medios que a tal fin se emplean, es justo que le llamen medidas de seguridad. En cuanto un interés de quien, al cometer el delito, ha lesionado el interés ajeno, a consecuencia del delito resulte lesionado a su vez (como ocurre cuando, por ejemplo, quien ha golpeado o robado sea a su vez golpeado o privado de ciertos bienes), se comprende que la prevision de tal sufrimiento debe precisamente crear a él y a los otros una ‘necessitas’ de abstenerse del delito mismo; por eso cualquier sufrimiento conminado en daño de quien cometa el delito responde al concepto de la medida de seguridad”.

Em relação à *forma*, nos termos do artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares são decretadas pelo Juiz de ofício ou por requerimento:

- das partes;
- do Promotor de Justiça ou Procurador da República, durante a investigação criminal ou durante o processo penal;
- do Assistente de Acusação ou Advogado⁵, durante a instrução criminal;
- da Autoridade Policial (Delegado de Polícia), durante a investigação criminal.

A regra para a decretação das medidas cautelares, em atenção ao princípio do contraditório, é que o Juiz intime a parte contrária para que se manifeste sobre o pedido. Mas há situações em que, evidentemente, a intimação da parte contrária, no caso o Advogado da pessoa sujeita à medida, pode torná-la completamente ineficaz, como na decretação de prisão preventiva. Há, para estas hipóteses, procedimento de exceção, nos termos do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, que ressalva casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida. A mesma regra deve valer, por interpretação lógica e sistemática, nos casos de decretação de interceptação das comunicações, previstas na Lei nº 9.296/96, sem prévia intimação da parte contrária (Advogado) sob pena de se tornar inócua a medida.

Diante de descumprimento da medida cautelar imposta, o Juiz pode substituir ou acrescentar outra, de ofício ou requerimento da parte. É o teor do artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal:

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).

Veremos mais adiante que, no caso de substituição de qualquer das medidas por prisão preventiva, pela interpretação lógica e sistemática da Lei, não haverá limite em face da pena prevista *in abstracto* no tipo penal para a sua decretação. Parece lógico que a substituição de uma medida exige que a superveniente seja de caráter mais rigoroso, já que, tendo uma das medidas aplicadas, o agente a violou, tornando necessário maior rigor cautelar.

Ainda, nos termos do § 5º do mesmo artigo 282 do Código de Processo Penal, por falta de motivo, o Juiz pode revogar, substituir, acrescentar e red decretar medidas cautelares, desde que surgidos novos fatos, com novos motivos que sejam capazes de alterar a situação anterior, o *status quo ante*. As alterações devem, evidentemente, sempre vir acompanhadas da fundamentação lógica de sua necessidade ou desnecessidade.

O § 6º do artigo 282 do Código de Processo Penal refere-se à decretação da prisão preventiva, cujo cabimento se estabelece por exceção, apenas quando não couber outra medida cautelar ou mesmo mais de uma medida cautelar de forma cumulativa. Trata-se, neste dispositivo, de modalidade de prisão preventiva autônoma. Outras modalidades, entretanto, surgiram com a Lei nº 12.403/2011, às quais nos deteremos adiante.

4. Prisões cautelares.

A Constituição Federal estabeleceu expressamente as hipóteses de decretação de prisão de um indivíduo no artigo 5º (inciso LXI – prisões penais e inciso LXVII – prisão civil).

São as espécies:

a) *prisão provisória* (prisão processual ou prisão cautelar):

5 O Advogado pode requerer substituição ou desacumulação de medida cautelar em benefício de seu cliente.

– prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP);

– prisão temporária:

. Lei nº 7.960/89 (5 dias);

. Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos = 30 + 30 dias);

– prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP).

Requisitos:

. garantia da ordem pública;

. garantia da ordem econômica;

. por conveniência da instrução criminal;

. para assegurar a aplicação da lei penal.

Havia, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, outras duas modalidades de prisões provisórias, conhecidas por prisão por pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º, do CPP) e prisão por sentença recorrível (art. 393, I, do CPP). Ambas não existem mais. Agora existem outras formas – ou subformas de prisões preventivas.

b) *prisão definitiva* (para decisões com o trânsito em julgado)

c) *prisão civil* (art. 5º, LXVII, da CF – somente em caso de não pagamento de pensão alimentícia).

d) *prisão disciplinar* (somente nos casos de transgressões militares do Exército ou Polícia Militar).

As prisões preventivas e em flagrante são as que sofreram modificações pelo advento da Lei nº 12.403/2011. As prisões temporárias e definitivas foram mantidas inalteradas, o mesmo acontecendo com a prisão civil e disciplinar.

Seguimos, então, com a análise somente das prisões alteradas pela lei supramencionada.

4.1. Prisões preventivas.

O gênero é a prisão provisória, de que são espécies as prisões preventivas, subdivi-

das em outras subespécies:

– prisão preventiva autônoma;

– prisão preventiva por conversão;

– prisão preventiva substitutiva;

– prisão preventiva utilitarista.

*Requisitos*⁶ (reiterando): as regras básicas para a decretação de qualquer das modalidades de prisão preventiva estão mantidas nos mesmos termos da legislação anterior:

– para garantia da ordem pública;

– para garantia da ordem econômica;

– por conveniência da instrução criminal;

– para assegurar a aplicação da lei penal.

4.1.1. Prisão preventiva autônoma.

É a modalidade de prisão preventiva que, decretada em face dos sempre exigíveis requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, têm caráter de medida cautelar autônoma para situações consideradas graves pelo legislador, que importam na necessidade de segregação do agente. Por isso mesmo, além daqueles requisitos genéricos para casos especiais, entende-se haver necessidade de proteção da sociedade em relação a agentes com dedutível alta periculosidade. Tanto é assim que, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal, foi fixada apenas para as seguintes hipóteses:

6 Veja-se o comentário de MANZINI, Vincenzo: *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996 (original de 1949), Tomo III, p. 629: “La custodia preventiva (o detención o encarcelación preventiva) es el estado de privación de la libertad personal en que, a los fines del proceso penal, viene a encontrarse el imputado a consecuencia de la ejecución de un mandato o de una orden de arresto o de captura, o de la legitimación del arresto sin mandato, o de la convalidación de la detención de la constitución en cárcel. La custodia preventiva del imputado está justificada por la necesidad de asegurar su persona para el proceso: necesidad presunta por la ley (mandato u orden de captura obligatorios) o considerada por el juez (mandato u orden de captura facultativos)”.

Art. 313. (...)

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;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Com a fixação prevista no inciso I, o Legislador reduziu sensivelmente a incidência de casos passíveis de prisão preventiva autônoma, em relação à sistemática da legislação anterior. Veja-se que ficaram de fora, só analisando o Código Penal, crimes graves como furto simples (art. 155, *caput*); extorsão indireta (art. 161); apropriação indébita simples (art. 168, *caput*); receptação simples (art. 180, *caput*); constrangimento ilegal (art. 146, *caput*); ameaça (art. 147); sequestro e cárcere privado (art. 148); duplicata simulada (art. 172); violação de direito autoral (art. 184); quadrilha ou bando (art. 288, *caput*); coação no curso do processo (art. 344) e outros, inclusive previstos em legislação penal especial.

Paralelamente a tais considerações, no entanto, verifica-se, na expressão da lei, um latente paradoxo.

Se, de um lado, o diploma privilegia a necessidade de adequação de uma medida cautelar detentiva à gravidade do crime praticado, às circunstâncias de sua execução e às condições pessoais do agente; o artigo 313, de outro, ao definir a chamada prisão preventiva de natureza autônoma (e que pressupõe esteja o agente do crime em liberdade), restringe a sua concessão com base em um simples critério quantitativo de penas em abstrato para crimes dolosos, que, muitas vezes, não guarda direta proporção com sua possível gravidade,

quer em abstrato, quer em concreto.

Ao mesmo tempo, torna-se difícil a concepção da execução de alguns desses delitos por meios moderados, dolo eventual ou sob circunstâncias, objetivas ou subjetivas, que sejam favoráveis ao agente, como, por exemplo, os crimes de coação no curso do processo, ameaça, sequestro e cárcere privado. Neste caso, mesmo sendo baixas as penas em abstrato previstas para tais tipos legais, as circunstâncias que normalmente envolvem tais crimes e suas formas de execução ou intimidação são graves, bem assim as consequências deles geradas.

Nestes, como em outros tipos penais que restaram excluídos do rol de crimes suscetíveis de prisão preventiva, mas que tenham sido praticados por meios insidiosos, que apontem para alguma gravidade na sua concreta expressão e forma de execução, apreende-se, com clareza, o espírito despenalizante que caracterizou as alterações na lei processual em comento e o intuito prático de desafogar o sistema carcerário. Relegados a segundo plano restaram relevantes bens jurídicos, supostamente protegidos, como a liberdade, saúde pública, sistema financeiro, ordem econômica, administração da justiça, dentre outros, cuja violação tem sido objeto de inúmeras demandas contemporâneas.

Não se contesta o fato de que a prisão preventiva deva ser eleita como a *ultima ratio* na aplicação de medida restritiva de liberdade, mas consideramos que o legislador, mediante a fixação de limite mínimo de pena *in abstrato* de quatro anos para condicionar a aplicação da custódia cautelar (autônoma), afastando a possibilidade de sua adoção para crimes que resultem em sérias violações, negligenciou quanto a tal aspecto.

Observa-se, portanto, que são requisitos apenas da modalidade *prisão preventiva autônoma – decretada no curso da investigação ou do processo e sob os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal* – aqueles previstos no artigo 313, *caput*, do Código de

Processo Penal:

- crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos;
- reincidente por crime doloso (exceções, casos do art. 64 do CP);
- crime de violência doméstica contra mulher, contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou deficiente físico para garantir medidas protetivas urgentes.

Mas a prisão preventiva *não é aplicável* nos casos de verificação de excludente de antijuridicidade, conforme expressamente determinado no artigo 314 do Código de Processo Penal.

Restrição: atendendo à ordem constitucional, aplicam-se ao cumprimento das prisões preventivas as regras referentes à inviolabilidade de domicílio (art. 283, § 2º, do CPP).

Urgência: as ordens de prisão, em face de situação de urgência, como, por exemplo, o fundado receio de fuga, podem ser decretadas com envio de mandado de captura por qualquer meio de comunicação (telefone, *e-mail*, *fax*, etc.), informando, se o caso, o valor da fiança (arts. 289, § 1º e 299, *caput*, do CPP).

Comunicação da prisão: deve ser feita imediatamente ao Juiz, ao Ministério Público e à família do preso; no prazo de 24 horas exige-se também o encaminhamento do auto da prisão ao Juiz, ao Advogado indicado ou na ausência à Defensoria Pública (art. 306, *caput* e § 1º, do CPP).

Registro do mandado de prisão: em relação às formalidades, deve ser observado o seguinte (art. 289-A e §§ do CPP):

- o Juiz deverá registrar o mandado de prisão no CNJ;
- qualquer policial poderá cumprir, em todo território nacional;
- a prisão deve ser imediatamente informada ao Juiz do local do cumprimento,



que informa o CNJ, que informa o Juízo que a decretou;

- se o preso não informar o seu Advogado, deve ser comunicada a Defensoria Pública.

4.1.2. Prisão preventiva por conversão.

Está prevista clara e expressamente no artigo 310 do Código de Processo Penal:

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 (...).

Trata-se de análise judicial que decorre da situação de prisão em flagrante. Os autos da prisão em flagrante devem ser encaminhados ao juiz competente dentro de 24 horas (art. 302, *caput*, do CPP). Neste momento o juiz

analisa, em primeiro lugar, a possibilidade de conceder ao autuado a liberdade provisória, com ou sem fiança. Eliminada esta hipótese, passa a verificar sobre a substituição da prisão por medida(s) cautelar(es), que podem ser aplicadas, se mais de uma, de forma cumulativa. Sendo também “inadequadas” ou “insuficientes” estas outras medidas cautelares, restará a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nela não incidem, por falta de conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, prevista no artigo 313 do Código de Processo Penal. Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* superior a 4 anos para a conversão, bastando que se revelem “inadequadas” ou “insuficientes” as outras medidas cautelares previstas em Lei e presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

4.1.3. Prisão preventiva substitutiva.

Está expressamente prevista no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal:

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) (NR).

Se o Juiz fixa alguma das demais medidas cautelares, e o agente comprovadamente a descumpre, seja cumulativa ou não, pode ser decretada, como medida cautelar substitutiva, a sua prisão preventiva.

Nesta, tampouco incidem, por falta de qualquer conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal. Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* superior a 4 anos. Os requisitos estão na mesma regra geral do artigo 312, *caput*, do referido diploma legal. Entende-se que, apesar de ter tido oportunidade de cumprir medida

cautelar diversa da prisão, o agente – intencionalmente – deixou de cumpri-la, perdendo a oportunidade de não receber prisão cautelar. Desta violação, que implica em perda de confiança do Juízo, decorre a decretação de prisão preventiva substitutiva como medida cautelar. E observe-se, para espancar dúvidas, que o dispositivo remete ao artigo 282, § 4º, e não faz nenhuma remissão (quando poderia fazê-lo) ao artigo 313, ambos do Código de Processo Penal, caso em que ensejaria a necessidade de obediência aos seus incisos.

4.1.4. Prisão preventiva utilitarista.

Trata-se de prisão cautelar por utilidade ao processo penal e para assegurar que ele incida sobre a verdadeira pessoa infratora, impedindo, por outro lado, a comum conduta de pessoas que se apresentam ao Distrito Policial com falsa identidade, fazendo recair a investigação e o processo penal sobre outrem. Está expressa no parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. (...)

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR).

Nesta, a exemplo das prisões preventivas por conversão e substitutiva, tampouco incidem, por falta de qualquer conexão lógica e sistemática, os requisitos da prisão preventiva autônoma, previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal. Não é preciso, portanto, que a infração penal tenha pena máxima prevista *in abstracto* superior a 4 anos. Os requisitos estão na mesma regra geral do artigo 312, *caput*, do mencionado diploma legal. Sendo os mesmos requisitos, são absolutamente diversas as suas circunstâncias. Não haveria qualquer sentido em se prescindir da prisão para infrações com penas máximas previstas até 4 anos,

deixando-se de lado as mesmas razões para outros delitos, quando o agente poderia, em todas as demais infrações, e só para elas, ainda que menos graves, falsear a sua identidade em detrimento de pessoas inocentes.

Um dos problemas que pode surgir com a denominada *prisão utilitarista*, *prisão para identificação* ou, anteriormente referida como *prisão para averiguações*, consiste no risco de tal forma de detenção perpetuar a chamada *prisão não documentada*, antes realizada à margem da lei por agentes policiais, e que foi bastante repudiada pela comunidade jurídica brasileira, diante da impossibilidade de seu controle. Pelo menos, anteriormente à edição da Lei nº 12.403/2011, seus números eram desconhecidos, em face da grande quantidade de pessoas marginalizadas, em especial, pela expansão urbana, como decorrência da migração interna e interestadual descontrolada, disparidades regionais econômicas, dificultando a estatística de tais dados, e que, na atualidade, ainda se mostram imprecisos.

Entendemos que, para o fim de se mapear a real situação do sistema penitenciário brasileiro, todos os registros referentes a quaisquer prisões provisórias deveriam ser rigorosamente efetuados, pondo-se fim à vetusta prática da chamada “prisão informal”, inclusive como forma de viabilizar a melhor adoção de políticas públicas, de remanejamentos de presos provisórios, conforme as condições de lotação e estrutura de delegacias e de centros de detenção provisória.

Desta forma, temos por certo que o parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 12.403/2011, veio legitimar conduta investigativa – já, dantes, inserida informalmente na praxe da atividade policial – ora permitindo a ampliação de seu controle e devendo ser conjugada com a concomitante necessidade de se proceder ao registro das detenções para fins de identificação do suspeito de crime.

Em verdade, tivesse havido a sua eventual inserção no âmbito do instituto e disci-

plina da prisão em flagrante, necessariamente documentada, a exemplo de como se dá na sistemática processual penal alemã, tal sistematização poderia gerar maior segurança jurídica para os seus destinatários e higidez na sua conformação com vistas a justificar sua efetiva e útil aplicação.

4.2. Da prisão em flagrante.

A prisão em flagrante encontra-se inserida no âmbito da atividade jurisdicional cautelar. Ao receber o auto de prisão em flagrante (art. 310 do CPP), caberá ao Juiz, em 24 horas, analisando os autos e fundamentando:

I – determinar o relaxamento da prisão ilegal;

II – converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se preenchidos os pressupostos legais (art. 312 do CPP); *decretada pelo Juiz de ofício na instrução criminal ou a requerimento das partes durante a investigação criminal ou instrução criminal* (art. 311 do CPP);

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou uma das outras medidas cautelares restritivas de direitos, em substituição à prisão preventiva (arts. 310, parágrafo único, e 321 do CPP).

Com as alterações da Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante deixou de ser tratada como prisão provisória, cautelar – como o era na sistemática processual anterior, quando esta podia subsistir durante o curso do processo, se legal o flagrante – para, ora, se tornar uma simples medida de “captura” com duração não superior a 24 horas, devendo ser, após tal prazo, necessariamente analisada à luz das hipóteses anteriores.

Em suma, e com exceção da prisão preventiva propriamente dita (na forma autônoma), não se verifica, para a decretação das prisões cautelares suprarreferidas nenhum condicionamento aos requisitos previstos no artigo 313 desde que presentes os pressupostos do artigo 312, ambos do Código de Processo Penal.

Ademais, pela nova sistemática processual, apenas a prisão preventiva e a prisão temporária (que não restou alterada pela nova Lei) passaram a ser consideradas como autênticas prisões provisórias ou medidas cautelares restritivas de liberdade.

4.3. Da prisão domiciliar.

A prisão domiciliar, parcialmente reformulada pela Lei nº 12.403/2011, encontra-se prevista como instituto distinto da prisão preventiva e fora do Capítulo III do Título IX em que esta última se insere, mais se assemelhando, tecnicamente, à medida cautelar restritiva de direitos, do que à detentiva de liberdade, embora igualmente limitado o direito de locomoção do agente acusado ou investigado.

Ocorre que não houve, na sua configuração, idêntica prescrição quanto à necessidade de verificação dos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para que possa ser decretada e mantida, tal como se uma prisão preventiva fosse, até, porque, topograficamente destacada do capítulo destinado a esta última e aos requisitos para sua concessão, figura como medida detentiva autônoma.

Neste caso, e mesmo não se achando inserida no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, como medida cautelar restritiva de direitos, invariável a constatação de que a prisão domiciliar é e deve ser concebida como medida cautelar mais branda e, pois, sujeita às condições e requisitos genéricos previstos

para tal gênero, tendo-se em vista o binômio *adequação e necessidade*, e sem absoluta vinculação aos referidos pressupostos da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

5. Gravidade do fato criminoso como vetor na adequação das medidas cautelares detentivas e restritivas de direitos.

O artigo 282 do Código de Processo Penal prevê, em seus incisos I e II, os *requisitos de admissibilidade* das medidas cautelares restritivas de direitos ou privativas de liberdade, pautados, essencialmente, na demonstração de sua efetiva *necessidade* para o êxito da investigação ou do processo penal, bem assim de sua *adequação* à “*gravidade do crime, suas circunstâncias e condições pessoais do indiciado*”, verificando-se, a partir de tais elementos, o seu cabimento e suficiência de uma ou várias delas.

Inicialmente, a jurisprudência dos tribunais superiores pouco valorava o elemento “gravidade do crime”, fosse esta de nível concreto ou abstrato, entendendo não se constituir em requisito suficiente à decretação da prisão preventiva.

Mitigando tal posicionamento, ainda em momento precedente à entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir e, propriamente, a condicionar a sua decretação, com base na demonstração, pela acusação, quando do pleito pela custódia preventiva, da gravidade concreta do fato criminoso, bem assim das circunstâncias em que o mesmo foi cometido pelo indiciado ou acusado, não bastando que, abstratamente, se tratasse de um tipo penal de conotação grave, como algum crime hediondo ou mesmo tráfico ilícito de entorpecentes. Neste caso, a prisão preventiva se justificava, desde que demonstrada a sua real necessidade e seu embasamento empírico, aliados aos pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo insuficiente a mera explicitação textual de tais requisitos



(HC 92.069/RJ, HC 86748/RJ, HC 91.729/SP, HC 86755/RJ, HC 90.862/SP), e considerando-se, ademais, a excepcionalidade da prisão cautelar.

Neste sentido, merecem destaque importantes julgados do STJ que rechaçam a fundamentação de prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito, dentre os quais podemos ressaltar:

(...)

IV - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007).

V - A Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou,

ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007)

(...)

(STJ, HC 145741/SP, *Habeas Corpus* 2009/0167206-7, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, 19.4.2010)

Como condição pessoal do agente, igualmente, o STF já vinha considerando a periculosidade concreta, como forma de justificar a necessidade da custódia antecipada (STF – HC 89.266/GO, 1ª T., DJU de 28/06/2007; HC 86002/RJ, 2ª T., DJU de 03/02/2006; HC 88.196/MS, 1ª T., DJU de 17/05/2007; HC 90.464/RS, 1ª T., DJU de 04/05/2007; HC 89501/GO, 2ª T., DJU de 16/03/2007; HC 90.862/SP, 2ª T., DJU de 27/04/2007).

Iniciou-se, a partir daí, a tendência jurisprudencial no sentido de afastar a *gravidade abstrata* (STF – HC 90858/SP, HC 90162/RJ), bem assim a *periculosidade presumida* (STF – HC 90471/PA, HC 90726/MG, HC 89266/GO, HC 86002/RJ, HC 88608/RN, HC 88196/MS, HC 86755/RJ, HC 84480/SP).

Embora não previsto expressamente, verifica-se que o princípio da proporcionalidade tornou-se vetor indispensável na eleição da medida cautelar adequada à conduta incriminada, seja ela restritiva de direitos ou privativa de liberdade, sendo este, no Brasil, fruto de uma evolução legislativa, e que, intrinsecamente, emerge como princípio consagrado nos incisos I e II do artigo 282 do Código de Processo Penal.

Nesta esteira, o próprio STJ passou a exigir, para a decretação da prisão preventiva, a indicação da efetiva gravidade do fato e das circunstâncias de seu cometimento, a justificar o recolhimento cautelar do agente conforme resultasse risco de maior ou menor insegurança social, inclusive, levando em conta a sua efetiva periculosidade. Desta forma, até o advento da Lei nº 12.403/2011,

já vinha entendendo aquela Corte acerca da necessidade de se extrair, de dados concretos dos autos, aqueles que denotavam fatos de extrema gravidade vinculando a conduta do agente ao tipo penal que lhe fosse imputado, como, por exemplo, apreensões de elevada quantidade de drogas em seu poder. A tanto, aliava-se, ainda, a presença ou não do elemento periculosidade do agente, sendo que sua segregação cautelar deveria, estar, lógica e necessariamente, atrelada a tal condição pessoal. Confira-se:

I. Exige-se concreta motivação para a decretação da custódia preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II. A mera alusão a requisito legal da segregação cautelar, sem apresentação de fato concreto determinante não pode servir de motivação à custódia cautelar.

III. Não se presta para fundamentar a prisão preventiva a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente.

(STJ, HC 60305/SP, *Habeas Corpus* 2006/0119150-4, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DOE de 09.10.2006)

Em suma, mesmo anteriormente à Lei em comento, a mesma jurisprudência vinha aumentando, de forma mais criteriosa, o controle sobre a decretação da prisão preventiva, como medida cautelar extrema a ser adotada, ao exigir, igualmente, que os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal fossem empiricamente demonstrados, de forma a justificar que o indivíduo, indiciado ou acusado, permanecesse, cautelarmente, no cárcere.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, deu-se a consolidação de semelhante entendimento, apontando-se, para fins de concessão de toda e qualquer medida cautelar, a necessidade de demonstração da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282), devendo prevalecer à imposição da custódia preventiva a sua substituição por medidas

restritivas de direitos menos gravosas ao réu, desde adequadas e suficientes. Corroborando esse entendimento, destaca-se o seguinte acórdão do STJ:

(...)

2. A prisão cautelar somente é devida se expressamente justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese, o magistrado teceu considerações abstratas no *decisum* impugnado, sem comprovar a existência dos pressupostos e motivos autorizadores da medida cautelar, com a devida indicação dos fatos concretos legitimadores de sua imposição, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, restando a prisão amparada, tão somente, na gravidade do delito, na alusão genérica à possibilidade de risco à instrução criminal, bem como em conjecturas acerca de suposta periculosidade do réu.

4. Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, no sentido de que "(...) a mera opinião do julgador sobre a gravidade do delito também não serve como fundamento a autorizar a medida constritiva da liberdade" (HC 42.303/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJe de 03/08/2009.)

(...) Precedente.

6. Outrossim, não há notícias nos autos de que o réu tenha se envolvido em outros atos delitivos de qualquer natureza.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, para cassar a decisão que indeferiu a liberdade provisória ao Paciente, sem prejuízo de que outras medidas cautelares sejam adotadas pelo Juízo condutor do processo, conforme ressaltado no voto.

(STJ, HC 206868/SP, *Habeas Corpus* 2011/0110828-2, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJE de 22.9.2011)

Inclusive, a previsão dos requisitos de admissibilidade das medidas cautelares,

no artigo 282 do Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, abarcou, visivelmente, a concepção da proporcionalidade, para garantir a sua legitimação dentro da investigação ou do processo penal, segundo se revelem efetivamente indispensáveis e adequadas à conclusão dos procedimentos penais em curso, e tornando a prisão cautelar como a mais excepcional das medidas, principalmente, em relação a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (STJ, HC 145745/SP, *Habeas Corpus* 2009-0167222-1, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJE 24.10.2011).

Trata-se de um dos pontos favoráveis da referida lei que imprimiu maior rigor aos critérios para a decretação da prisão preventiva, bem assim de outras medidas cautelares.

Ainda com a preocupação de regular eventuais excessos na aplicação dos incisos autorizadores da prisão preventiva, a lei processual penal, com as alterações advindas, previu a possibilidade de o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, assistente ou querelante, revogar a medida cautelar ou substituí-la, quando verificar a falta de motivo para que subsista (art. 282, § 4º, do CPP).

Fundamental que tal juízo seja exercido de forma permanente e renovada, durante todo curso da investigação e do processo penal, como forma de se legitimar a escolha da

medida cautelar ao agente a aos fatos que lhe foram imputados.

6. Conclusão

A nova lei prestigiou o princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares, inclusive para melhor nortear a decretação de prisões provisórias, a serem eleitas como alternativas apenas em caso de inadequação de quaisquer outras medidas restritivas de direito, ora disponibilizadas pelo sistema processual penal brasileiro. Decorre, daí, a perspectiva de um maior controle judicial na sua decretação.

Prematura, porém, mostra-se a análise do quociente de eficácia que a presente lei já revelou em seus resultados em termos de redução na escalada da criminalidade, em especial pela ausência de dados sobre a eventual reiteração de práticas delitivas por centenas de ex-detentos provisórios beneficiários de liberdade provisória, por serem autores de crimes cujas penas abstratamente previstas estavam aquém do limite mínimo fixado para a decretação da prisão preventiva.

Ideal seria o acompanhamento estatístico desses efeitos e das condutas delitivas de pessoas naquelas condições, como forma de se aferir sua eventual reiteração ou reincidência, antes e depois do advento da Lei nº 12.403/2011, como parâmetro para futuro aperfeiçoamento da legislação processual penal.