NOTAS

- ¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.
- ² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 152752. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.
- ³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 538-539.
- ⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.
- ⁶ ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, princípios jurídicos y razón práctica*. In: *IV Jornadas internacionales de lógica e informática jurídicas*. San Sebastián, setembro de 1988. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-sistema-juridico-principios-juridicos-y-razon-practica>>. Acesso em: 03 set. 2019.

Recebido em: 04/09/2019 - Aprovado em: 13/11/2019 - Versão final: 14/02/2020

CRÍTICA À BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A CRITICISM OF THE BANALIZATION OF THE APPLICATION OF PRECAUTIONARY MEASURES OTHER THAN PRISON IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Pedro Bertolucci Keese

Mestrando em Direito pela Escola de Direito da FGV. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisador e membro do conselho deliberativo do Núcleo de Estudos Criminais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (NECrim PUCSP). Advogado.

ORCID: 0000-0002-9311-508X

pedro.keese@gmail.com

Resumo: Este artigo trata da banalização das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) no processo penal brasileiro. Partiu-se de relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2019) segundo o qual 99% dos presos que passaram por audiências de custódia no país permaneceram sob alguma forma de controle penal do Estado. O relatório, somado a declarações de membros do Poder Judiciário sobre essa temática, indica uma tendência de imposição indiscriminada, no cotidiano forense, de medidas cautelares diversas da prisão, independentemente da presença dos requisitos legais, configurando uma ampliação indevida do braço penal do Estado. Diante disso, argumenta-se que é necessário maior rigor técnico quando forem aplicadas medidas cautelares diversas da prisão em vez tão somente restabelecer-se a liberdade do acusado para responder ao processo em liberdade.

Palavras-chave: Medidas Cautelares Diversas da Prisão, Processo Penal, Prisão Preventiva, Audiência de Custódia, Encarceramento.

Em agosto de 2019, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) lançou o relatório nacional "O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia".¹ A pesquisa revelou que 99% dos presos que passaram por audiências de custódia no país permaneceram sob alguma forma de controle penal do Estado por meio de medidas cautelares pessoais - seja a prisão preventiva, seja alguma das medidas alternativas à prisão cautelar previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Abstract: This article deals with the trivialization of precautionary measures other than prison (art. 319, CPP) in Brazilian criminal proceedings. It was based on a report by the *Instituto de Defesa do Direito de Defesa* (2019) according to which 99% of the prisoners who underwent custody hearings in the country remained under some form of criminal control by the State. The report, added to statements by members of the Judiciary on this topic, indicates a tendency of indiscriminate imposition, in the forensic routine, of different precautionary measures, regardless of the presence of legal requirements, constituting an undue expansion of the penal arm of the State. In view of this, it is argued that greater technical rigor is needed when precautionary measures other than prison are applied, rather than simply restoring the accused's freedom to respond to the process in freedom.

Keywords: Precautionary Measures Other than Prison, Criminal Procedure, Pre-trial Detention, Custody Hearing, Incarceration.

Com isso, o relatório lança luz a um problema pouco discutido e até mesmo naturalizado na prática do sistema de justiça criminal brasileiro: a banalização das chamadas medidas cautelares "alternativas à prisão".

Inseridas no artigo 319 do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, foram previstas em seus incisos nove *medidas cautelares diversas da prisão*,² as quais se orientam pelos critérios estabelecidos

no artigo 282 – que, conforme **Renato Marcão**, são as “regras gerais aplicáveis às medidas cautelares”.³ A referida reforma legislativa de 2011 buscou consolidar a proporcionalidade como critério para as medidas cautelares, motivo pelo qual os incisos I e II do artigo 282 preveem que essas medidas sejam aplicadas observando-se a sua “necessidade” e “adequação” a cada caso concreto.

Para além disso, foi igualmente positivado no referido dispositivo legal, que a prisão cautelar somente poderá ser decretada “quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, § 6º, CPP), cristalizando, assim, a regra segundo a qual deve ser sempre privilegiada a aplicação da medida cautelar menos gravosa, compreendida como aquela que menos limita o direito fundamental à liberdade. A essa previsão legal, **Gustavo Badaró** se refere como o “caráter excepcional da prisão preventiva”, em que caberá ao juiz justificar, quando da decretação de uma prisão preventiva, o porquê de não ser adequada a aplicação de quaisquer das outras medidas cautelares pessoais para cumprir a necessidade cautelar. Por conseguinte, o “magistrado terá que demonstrar, de acordo com elementos concretos, que cada uma das medidas alternativas menos gravosas que a prisão não se mostra suficiente para eliminar a hipótese de necessidade (CPP, art. 282, caput, I) que exige a imposição de uma medida cautelar”.⁴ Ao sopesar pela necessidade de medida cautelar mais gravosa (prisão preventiva), o juiz deverá justificar a razão pela qual nenhuma das nove medidas diversas à prisão seria inaplicável ao caso concreto.

Isso significa que, mais do que apenas acrescentar no sistema processual penal as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, a reforma legislativa de 2011 trouxe uma nova lógica ao processo penal brasileiro. Estabeleceu a prisão preventiva como a *ultima ratio* das medidas cautelares, por ser a mais gravosa e extrema das cautelares de cunho pessoal, incorporando “à sistemática do processo penal cautelar diversos princípios que já eram reclamados pela doutrina e jurisprudência”.⁵ Por essa razão, **Aury Lopes Jr.** considera a Lei 12.403/11 como “sem dúvida a maior inovação desta Reforma do CPP em 2011”, criando “uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente”.⁶

Ainda, não é demais destacar que, a partir referida lei, passou-se a exigir a presença dos requisitos da prisão preventiva para todas as medidas cautelares pessoais, “não podendo, sem eles, serem impostos”.⁷ Reunidos, assim, o pressuposto da medida (*fumus comissi delicti*) e o seu requisito do *periculum libertatis*, o Juiz deverá priorizar a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, com vistas a salvaguardar a garantia da ordem pública e/ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP), em razão de sua preferibilidade à prisão preventiva.⁸ Caso contrário, não havendo tais finalidades cautelares, “qualquer medida cautelar será desnecessária”.⁹ É essa a lógica, repita-se, estabelecida pela reforma legislativa de 2011, consagrando a perspectiva de que toda decisão judicial que impõe alguma medida cautelar pessoal a alguém é uma restrição, em maior ou menor grau, à sua liberdade.

Ocorre que, apesar dos aspectos positivos destacados pela doutrina, à época da reforma legislativa de 2011, alguns estudiosos do tema já temiam que houvesse uma vulgarização indevida das medidas cautelares diversas da prisão – o que de fato se profetizou. Exemplo disso é o que escreveu **Aury Lopes Jr.**, ainda em 2011, quando, ao comentar a alteração legal, alertou para o risco de que ocorresse “uma interpretação equivocada do instituto e, por decorrência, uma utilização massiva e indevida da medida de controle” complementando que “eventuais medidas alternativas não podem ser banalizadas e servir para aumentar a intervenção penal de forma injustificada”.¹⁰ O temor maior era, portanto, que as cautelares alternativas à prisão fossem “deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle”.¹¹

Os dados coletados pelo IDDD e a conclusão apresentada em seu relatório indicam ter ocorrido justamente essa banalização das medidas cautelares diversas da prisão no sistema de justiça criminal brasileiro. Tornou-se absolutamente comum a existência de decisões judiciais impositivas de medidas cautelares pessoais, independentemente da presença dos requisitos legais. Para o IDDD, a Lei 12.403/2011 “não foi capaz de romper com o binômio prisão-liberdade antes vigente, mas serviu para reforçar a dissociação entre presunção de inocência e o processo penal, impondo uma expectativa de que o Estado deve manter sob controle e supervisão a pessoa acusada de um crime”.¹²

Para além do relatório, a discussão gerada no meio jurídico após a sua publicação é ilustrativa de como os tribunais apresentam resistência a seguir a lógica processual da reforma legal de 2011. Em 03/09/2019, foi publicado artigo no Conjur de autoria da Juíza de Direito Coordenadora do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo¹³ em que, reagindo às críticas então recebidas devido à atuação do Poder Judiciário paulista nas audiências de custódia, argumentou que a pesquisa do IDDD seria falaciosa ao anunciar o “fim da liberdade”. Isso porque, o estudo menciona como problema o fato de que 99% dos presos permanecem sob alguma forma de controle penal (alguma medida cautelar pessoal), o que, para a autora do artigo, deveria ser lido com ressalvas diante do fato de que “as chamadas medidas cautelares diversas da prisão, comparadas ao próprio cárcere pelo artigo, nada mais são, na prática, do que instrumentos para a garantia do andamento do processo penal”.¹⁴

Com isso, denota-se, por parte do Poder Judiciário, uma concepção distorcida do significado de “liberdade” – e mesmo acerca das medidas cautelares diversas da prisão e seus requisitos legais –, aparentando não compreender o problema. Explica-se, para que fique claro: a obtenção da “liberdade provisória” mediante o cumprimento de medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão não é “liberdade”, e muito menos meros “instrumentos para a garantia do andamento do processo penal”. Pelo contrário, trata-se de uma ampliação excessiva do braço penal do Estado, com a submissão desnecessária de milhares de pessoas ao controle penal (99% do universo pesquisado pelo IDDD – que compreende 13 Estados), impondo-lhes medidas cautelares pessoais do artigo 319 do Código de Processo Penal.

A aceitação acrítica desse processo indica uma ideia bastante problemática do que "liberdade" significa. Como foi destacado no próprio relatório do IDDD, essas medidas acabaram se tornando alternativas "à própria liberdade, e não à sua privação, como era o intuito da lei", tendo como consequência não a redução dos presos provisórios, "mas o número de pessoas livres sobre as quais não recai o controle do Estado".¹⁵ Não seria exagero dizer que se trata de mais uma alteração legislativa que, visando reduzir a atuação do aparelho penal estatal, acabou, na prática, gerando o efeito reverso, isto é, ampliando o seu alcance: além de as audiências de custódia não terem reduzido o número de presos preventivos,¹⁶ aqueles que antes respondiam o processo em liberdade, agora estão submetidos ao controle penal pelas medidas cautelares diversas da prisão.

Ou, ainda, segundo a resposta publicada em artigo também no Conjur por membros do IDDD: "as medidas cautelares deveriam servir para substituir a prisão preventiva, como forma de oferecer respostas mais adequadas – e com menor impacto social e econômico – a pessoas que seriam colocadas dentro do sistema prisional, e não a todas as outras que, por não se enquadrarem nos requisitos previstos pelo Código de Processo Penal para a decretação de prisão preventiva, já tinham o direito de responder ao processo em liberdade, sem qualquer tipo de controle estatal (sobretudo um controle generalizado e inadequado aos casos particulares, como vem sendo feito). Não há outra forma de definir essa situação: trata-se de uma expansão absolutamente inconstitucional do controle penal e isso é, sim, um escândalo".¹⁷

É evidente que estar submetido a alguma das medidas cautelares diversas da prisão é melhor do que estar preso preventivamente, sobretudo nos Centros de Detenção Provisória de São Paulo, absolutamente superlotados e com condições desumanas para os detentos que compõem, com mais de 800 mil pessoas, a terceira maior população carcerária do mundo. No entanto, isso não muda o fato de que tais medidas são, também, restrições à liberdade e forma de controle penal pelo Estado. O contexto de hiperencarceramento brasileiro e excesso de prisão provisória não podem servir para ocultar o debate sobre a vulgarização e ilegalidade da imposição de medidas cautelares a acusados que não estejam presos preventivamente, medidas que viraram quase automáticas no cotidiano forense.

Já está mais do que na hora de o Poder Judiciário começar a levar as medidas cautelares diversas da prisão a sério. Isto é, romper com a banalização da imposição de medidas cautelares pessoais – quaisquer que sejam elas – e decidir com maior rigor quando é o caso de se substituir a prisão preventiva por outras medidas menos gravosas ou, em não estando presentes os requisitos legais, simplesmente restabelecer a liberdade do acusado para responder ao processo sem que lhe seja imposta qualquer medida cautelar. Somente assim o Poder Judiciário conseguirá cumprir a sua função de garantidor de direitos e concretizar, enfim, a lógica processual penal estabelecida com a reforma da Lei 12.403/2011.

NOTAS

- ¹ Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/08/OFimDaLiberdade_simples.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.
- ² São elas: "I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;" e "IX - monitoração eletrônica".
- ³ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*: de acordo com a Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.
- ⁴ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 744.
- ⁵ MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 209.
- ⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 119. Nesse mesmo sentido, Renato Marcão destaca que a aplicação de todas as medidas cautelares deve seguir os "critérios de legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade, proporcionalidade, em conformidade com as diretrizes

apontadas" (MARCÃO, Renato, Op. cit., p. 32).

⁷ LOPES JR., Aury, Op. cit., p. 119.

⁸ Conforme ensina Gustavo Badaró: "A preferibilidade das medidas cautelares alternativas à prisão, tem, como reverso da moeda, a excepcionalidade da prisão preventiva. A prisão preventiva é a extrema ratio, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1004).

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1005.

¹⁰ LOPES JR., Aury, Op. cit., p. 120.

¹¹ LOPES JR., Aury, Op. cit., p. 12.

¹² Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. O fim da liberdade: relatório nacional completo. IDDD, São Paulo, 2019, p. 102. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/08/OFimDaLiberdade_simples.pdf>. Acessado em 11/09/2019.

¹³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-03/opiniao-verdade-audiencias-custodia-sao-paulo>>. Acessado em 09/09/2019.

¹⁴ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-03/opiniao-verdade-audiencias-custodia-sao-paulo>>. Acessado em 09/09/2019.

¹⁵ Relatório IDDD, 2019, p. 97. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/08/OFimDaLiberdade_simples.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁶ Em São Paulo, atualmente a porcentagem de decretação de prisão preventiva nas audiências de custódia é de 66%, conforme o relatório do IDDD, 2019, p. 107. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/08/OFimDaLiberdade_simples.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁷ DIAS, José Carlos; LEONARDO, Hugo. Audiência de custódia: quando os fatos incomodam. *Revista Consultor Jurídico*, 6/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-06/opiniao-quando-fatos-audiencias-custodia-incomodam>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Recebido em: 12/09/2019 - Aprovado em: 30/09/2019 - Versão final: 14/02/2020