A Nova Sistemática das Medidas Cautelares Pessoais no Processo Penal Brasileiro

Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

A Nova Sistemática das Medidas Cautelares Pessoais no Processo Penal Brasileiro

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura[*]

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO. 2. ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 12.403/2011. 2.1 Cabimento da prisão preventiva. 2.2 Medidas alternativas à prisão. 2.3 Modalidades de prisão cautelar. 2.4 Critérios para imposição das medidas cautelares. 2.5 Prisão em flagrante. 2.6 Liberdade provisória. 3. CONCLUSÃO. 4. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.403/2011, de 4 de maio de 2011[1], que alterou o regime jurídico da prisão e das medidas cautelares, trouxe profundas

---

* Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] A Lei, publicada no dia 5 de maio de 2011, com *vacatio legis* de sessenta dias, integra a chamada reforma processual penal, iniciada em 2001 com a apresentação de oito Projetos de Lei elaborados pela Comissão Presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, secretariada por Petrônio Calmon Filho e composta ainda por Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. E, conquanto tenha sido um dos últimos a se tornar lei, era dos mais esperados pela comunidade jurídica.

modificações no sistema das medidas cautelares pessoais[2]. É certo que a nova lei, resultado do PL 4.208/2001, apresentado uma década antes pela Comissão de Reforma, sofreu algumas alterações no curso do processo legislativo, as quais contudo não chegaram a descaracterizá-la[3].

Uma das principais alterações está na mudança de mentalidade em relação ao raciocínio que inspirou o Código de Processo Penal de 1940[4]. Com a reforma, a liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é a regra, nos termos do que dispõe, desde 1988, a Constituição da República (art. 5º, inciso LXVI), e a prisão, a exceção. Isto significa que a prisão preventiva tem caráter de subsidiariedade,

---

[2] V. dentre outros: Jacinto Nelson Miranda Coutinho, *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 4; Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior, Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro, *Boletim IBCCRIM* n. 223, junho 2011, p. 10; Pierpaolo Cruz Bottini, Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11, *Boletim IBCCRIM* n. 223, junho 2011, p. 13; Og Fernandes (coord). *Medidas cautelares no processo penal*: *prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011, 334p.

[3] V., por exemplo, a previsão que estava contida no § 7º do art. 282 e que se encontra posta também no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009 e PL 8.045/2010), de que a medida cautelar deve ser periodicamente revisada. Dispõe, a propósito o art. 562 do Projeto ora em tramitação na Câmara dos Deputados: "Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar". Como alerta Aury Lopes Júnior, *O novo regime*... , p. 3, "muitas das inovações positivas do PL 4208 foram se perdendo ao longo do tortuoso processo legislativo que originou a Lei 12.403/2011, cujos interesses políticos nem sempre estão em sintonia com o nível de evolução dogmática que o Direito Processual Penal atingiu". De igual modo, Guilherme de Souza Nucci, Prisão e liberdade: *As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011, p. 33.

[4] O Código de Processo Penal brasileiro, que entrou em vigor no início da década de 40 do século XX, em pleno Estado Novo, foi marcado pela primazia do interesse do Estado sobre o interesse privado. Depreende-se da Exposição de Motivos que o legislador sofreu as influências políticas da época, inseridas na Carta de 1937. Tanto é que, relativamente à prisão preventiva, era ela obrigatória nos processos por crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos (art. 312). A fiança não era admitida para os delitos apenados com reclusão, exceto se o réu fosse menor de 21 anos ou maior de 70, e se a pena máxima não excedesse dois anos (art. 323).

somente sendo admitida quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, §6º)[5].

Vejamos, a seguir, algumas relevantes modificações trazidas pela nova lei e seus reflexos no sistema processual penal vigente.

2. ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 12.403/2011

2.1 Cabimento da prisão preventiva

A atual redação do art. 313 do CPP compõe o novo sistema imaginado pelo legislador no que diz respeito à prisão cautelar. A alteração é significativa, a começar pela escolha contida no inciso I – a quantidade da pena e não a sua qualidade -, que abandona a já praticamente abolida distinção entre reclusão e detenção. Mas, para além de uma mera adequação à realidade da pena de prisão, a nova previsão legal traz maior proteção à liberdade, na medida em que preserva o *status libertatis* do acusado naqueles crimes em que a sentença final não o levará ao cárcere, como acontece, por exemplo, no crime de furto simples[6].

De acordo com o disposto no mencionado dispositivo legal, admite-se a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP[7], nas seguintes hipóteses:

---

[5] É de se notar, porém, que a lei traz certas perplexidades na sua interpretação, podendo ser citado como exemplo o disposto no art. 321 do CPP, que está em contradição com a lógica estabelecida no art. 282, § 6º. É que ao traçar os princípios atinentes à aplicação das medidas cautelares, o legislador previu, no art. 282, § 6º, que "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar". Já de acordo com o art. 321, a liberdade provisória só deverá ser concedida "ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código". Ora, se a prisão preventiva é a *ultima ratio*, somente incidindo quando não for possível impor outra medida cautelar, resta contraditório inverter a lógica para prever a liberdade provisória na forma do art. 321 do CPP.

[6] V. a respeito, Geraldo Prado, Excepcionalidade da prisão provisória, em Og Fernandes (coord.), *Medidas cautelares*...cit, p. 146.

[7] Art. 312 do CPP: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."
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)".

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 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.

A maior novidade está no inciso I do art. 313 do CPP, que restringiu o cabimento da prisão preventiva aos crimes punidos com pena máxima superior a 4 anos. E o legislador assim dispôs para estabelecer um sistema coerente com o ordenamento jurídico vigente, tomando como base a previsão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes dolosos.

Com efeito, tendo em vista que a pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos, em regra, é passível de penas restritivas de direito, conforme previsto no art. 44, I, do Código Penal, o legislador previu um sistema em que, para penas até este limite, a fiança poderá ser desde logo arbitrada pelo Delegado de Polícia (art. 322, CPP), porque, a final, a pena imposta não significará o encarceramento.

Já, para os crimes cuja pena privativa de liberdade seja superior a quatro anos, em regra, a prisão preventiva poderá ser determinada se não for cabível a adoção de outra medida cautelar, dentre aquelas previstas no rol do art. 319 do CPP.

Outras hipóteses já previstas em lei permanecem: a) quando o imputado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP (que trata dos efeitos da reincidência pelo período de 5 anos); b) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher (e agora também contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência),

para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. É claro que não basta, para a decretação, que o acusado seja reincidente, ou que o crime envolva violência doméstica. Impõe-se, nestes casos, que concorram o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, ou seja, que existam fundadas e concretas razões a justificar a restrição, cumprindo ressaltar que, na hipótese do inciso III do art. 313, o risco de descumprimento da medida deve ser fundamentado, a comportar a medida mais gravosa[8].

Também será admitida a prisão preventiva, nos termos do art. 313, parágrafo único, do CPP, 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. Na redação anterior, tal situação estava prevista, no inciso II, juntamente com o vadio, cuja figura em boa hora foi excluída da prisão preventiva. Mas, é de convir, trata-se de medida de tutela do processo que deve ser vista com muita restrição e só deverá ser imposta de forma absolutamente excepcional, quando inexistente outra menos gravosa que possa atingir a finalidade, até porque já há meios legais de identificar o imputado, criminalmente, colhendo suas impressões digitais[9].

É certo, porém, que consoante disposto no art. 314 do CPP, a prisão preventiva, em nenhum caso, será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos, que o agente praticou o fato nas condições previstas no art. 23, I, II e III do Código Penal (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. É que nestas situações, não há crime e, se houver persecução criminal, o acusado deverá ser absolvido (art. 397, I e 386, VI, do CPP).

---

[8] Cf. Geraldo Prado, *Excepcionalidade*...cit., p. 147-148.

[9] Cf. art. 3º da Lei 12.037/2009. V., ainda, Andrey Borges de Mendonça, *Prisão*...cit., p. 249-252; Geraldo Prado, *Excepcionalidade*...cit., p. 148-149.

2.2 Medidas alternativas à prisão

Alteração de extrema relevância trazida pela Lei 12.403/2011 foi a de oferecer ao juiz um elenco de medidas alternativas à prisão preventiva, sendo nove no art. 319 e uma no art. 320 do CPP, totalizando assim dez medidas, dentre os quais sobressai a fiança, que foi revitalizada e, inclusive, recentemente imposta em cifras elevadíssimas. 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;

IX - monitoração eletrônica.

X – proibição de ausentar-se do País (art. 320, CPP)

Trata-se de uma das principais inovações da Lei, que estabeleceu formas outras que não a prisão, rompendo, assim, com o chamado binômio "prisão-liberdade" até então existente no CPP de 1941. E, como alerta Aury Lopes Jr[10]: "Não se trata de usar tais medidas quando **não** estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos." Ou seja, "A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação".

Como assevera Gustavo Badaró[11]: "É possível identificar, nesse rol de medidas, uma escalada de intensidade nos graus de restrição da liberdade, permitindo ao julgador buscar a medida mais adequada, quando presente uma necessidade cautelar. Ou seja, entre as medidas cautelares alternativas à prisão há, nas palavras de Franco Corero, uma 'progressão aflitiva'".

É certo, como explicitado pelo mencionado autor, que, exceção feita à medida de internação provisória do inimputável ou semi-imputável, prevista no art. 319, VI, do CPP, cabível "na hipótese de crimes praticados com violência ou grave ameaça", a lei não forneceu qualquer parâmetro no que se refere às hipóteses de incidência das cautelares alternativas à prisão, cabendo ao juiz, no caso concreto, verificar qual delas é a mais adequada, "quer entre a prisão preventiva, de um lado, e as medidas alternativas, de outro, observando o caráter subsidiário da prisão (CPP, art. 282, § 6º), quer entre as diversas medidas alternativas entre si, segundo os diferentes graus de restrições da liberdade existentes entre elas"[12].

---

[10] Cf. *O novo regime*...cit., p. 125.

[11] Cf. Medidas cautelares alternativas, em Og Fernandes (coord.), *Medidas cautelares*...cit., p. 208.

[12] Cf. *Medidas cautelares*...cit., p. 221.

Assim, para a aplicação de qualquer uma das providências cautelares previstas nos arts. 319 e 320, do CPP, o juiz deverá fazer uma análise de seu cabimento e, principalmente, de qual, dentre as possíveis, é a medida mais adequada e necessária ao caso concreto[13], trazendo suas razões para admitir uma ou mais, dentre as elencadas. E, como diz Guilherme de Souza Nucci[14], "o sucesso ou fracasso das novas medidas dependerá de dois fatores preponderantes: a) a efetiva aplicação pelos juizes; b) o apoio, em forma de recurso estatal, para muitas delas".

Questão interessante diz com a seguinte hipótese: nos crimes dolosos cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, mas incidir uma das hipóteses do art. 313, II e III, do CPP (quando, embora o crime tenha pena máxima igual ou inferior a quatro anos, o imputado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; e quando o crime envolver violência doméstica e familiar), caberá a decretação de medida cautelar diversa da prisão? Temos que sim, por dois motivos: a) não existe a prisão preventiva obrigatória, sendo necessária a sua fundamentação, qualquer que seja a quantidade de pena cabível; b) segundo o disposto no art. 282, § 6º, do CPP, a prisão preventiva tem caráter subsidiário. E, ainda que em tese o imputado seja reincidente, é possível que o juiz analise se existe *periculum libertatis*, ou seja, se há elementos concretos nos autos que indiquem um perigo derivado da liberdade do imputado. Este exame deve ser feito pelo magistrado, repita-se, qualquer que seja o crime e a pena a ele cominada.

2.3 Modalidades de prisão cautelar

A nova lei adotou providência consentânea com os princípios da cautelaridade, ao prever que o juiz deverá, ao receber o auto de prisão em flagrante, verificar a possibilidade de aplicar medida cautelar diversa

---

[13] V. item 2.4, infra.

[14] Cf. *Prisão e liberdade*...cit., p. 88.

da prisão ou, se esta se revelar inadequada ou insuficiente, convertê-lo, de forma fundamentada, em preventiva (art. 310, II, CPP).

O legislador deixou claro que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva" (art. 283, CPP). Acaba-se, assim, com a ideia até então prevalente, de que cinco eram as formas de prisão cautelar, em sentido amplo: a) flagrante delito; b) preventiva; c) decorrente da decisão de pronúncia; d) resultante de sentença condenatória recorrível; e) temporária.

Restam, agora, em princípio, apenas duas modalidades de restrição cautelar à liberdade: a temporária e a preventiva, abarcando, esta, por óbvio, as prisões para recorrer e para aguardar o julgamento pelo júri, porque se submetem aos mesmos requisitos de cautelaridade.

É certo que o legislador previu capítulo próprio para tratar "Da prisão domiciliar", nos arts. 317 e 318 do CPP. Aos olhos de alguns, trata-se de nova modalidade de prisão, consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, que poderá ser imposta ainda que cabível a prisão preventiva, afora ainda a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, quando o agente preencher um dos requisitos ali estabelecidos[15]. Melhor é a disposição

[15] Veja-se, por exemplo, o que leciona Silvio Maciel, in Gomes, Luiz Flávio e Marques, Ivan Luís (Coord.), *Prisão e medidas cautelares*: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2. ed. ver. São Paulo: RT, p. 164: "*Prisão domiciliar processual*: além da já existente prisão domiciliar-pena (substitutiva do regime aberto), foi criada agora a prisão domiciliar processual (medida cautelar), até então inexistente no nosso ordenamento jurídico para presos comuns. Esta prisão domiciliar processual, por sua vez, pode ser medida cautelar autônoma ou medida cautelar substitutiva da prisão preventiva. *Como medida cautelar autônoma*: será decretada quando o juiz verificar desnecessária a prisão preventiva e suficiente a prisão domiciliar (art. 282, § 5º e art. 310, II, do CPP). Nesse caso a prisão domiciliar pode ser aplicada como medida cautelar a qualquer indiciado ou acusado, mesmo que ele não esteja em nenhuma das situações do art. 318 do CPP. *Como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva*: será aplicada se o indiciado ou acusado estiver em uma das situações do art. 318 do CPP. Nesse caso, há a necessidade da prisão preventiva, mas tendo em vista a situação peculiar do indiciado ou acusado, o juiz a substitui pela prisão domiciliar". Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci, *Prisão*...cit, p. 77 a 79; Aury Lopes Jr., *O novo regime*...cit., p. 142.

contida no Projeto de CPP, no sentido de que o juiz poderá autorizar o cumprimento da prisão preventiva em domicílio quando, mediante apresentação de prova idônea, o custodiado preencher os requisitos previstos em lei[16].

Temos que os arts. 317 e 318 do CPP tratam de nítida hipótese de prisão preventiva (portanto, para fins cautelares), porém por motivos humanitários cumprida em casa, e não uma nova modalidade de prisão, a domiciliar. E tal modalidade especial não se confunde com a medida alternativa à prisão, prevista no art. 319, IV, do CPP, de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga[17].

A lei permitiu ao juiz, no art. 318, diante da peculiaridade da situação, "substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o agente for: I- maior de 80 anos; II- extremamente debilitado por motivo de doença grave; III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco", sendo necessária a prova idônea dos requisitos[18]. Em tais casos, embora a privação da liberdade seja necessária, garante-se, com a medida, maior proteção à vida, à saúde, à integridade física e à dignidade da pessoa humana.

Destaque-se, ainda, que a prisão administrativa, antigamente prevista no art. 319 do CPP, com a nova lei, deixou de existir no nosso

---

[16] Cf. art. 557, § 1º, do Projeto de CPP. Caberá o cumprimento da prisão preventiva em domicilio, nos ermos do art. 557, quando o custodiado for: I- maior de 75 (setenta e cinco) anos; II – gestante a partir do sétimo mês de gestação ou quando esta for de alto risco; III – imprescindível aos cuidados especiais devidos à criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. V., a respeito, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Quadro comparativo. Lei 12;403/2011 x Projeto do Novo CPP (PLS 156/2009 e PLC 8.045/2010), em Og Fernandes (Coord.) *Medidas cautelares no processo penal: Prisões e suas alternativas*...cit., p.318.

[17] Cf. Geraldo Prado, *Excepcionalidade*...cit., p. 155-156.

[18] O legislador inspirou-se, claramente, no art. 117 da LEP, para regime aberto domiciliar, embora lá a idade estabelecida seja de 70 anos, e não de 80, como agora se dispõe. É certo, ainda, que em determinados casos de prisão especial, permite-se o recolhimento domiciliar quando não houver local adequado para o seu cumprimento. V., a respeito, Guilherme de Souza Nucci, *Prisão*...cit., p. 76.

sistema. É certo que já não se considerava tal modalidade de prisão como recepcionada pela Constituição da República de 1988. Agora está ela formalmente extinta.

2.4. Critérios para imposição das medidas cautelares

O art. 282 estabelece os critérios para a imposição das medidas cautelares:

a) **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

b) **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O juiz deverá, pois, verificar a necessidade, ou indispensabilidade, da medida cautelar para a sua aplicação, dentro dos parâmetros postos pela lei. Ou seja, a restrição não deve exceder o que for **imprescindível** para atingir o resultado que se almeja; e atentar para a gravidade do crime **em concreto**, porquanto não poderá deixar de levar em consideração as circunstâncias que cercaram os fatos. Assim, se dentre as medidas previstas no art. 319 do CPP, qualquer uma delas for menos onerosa para o imputado e se apresentar como apta aos fins a que se destina, deverá ser imposta, já que a prisão é a *ultima ratio*[19].

A doutrina tem verificado, aqui, a aplicação do chamado "princípio da proporcionalidade" das medidas cautelares[20]. Isto significa que o magistrado deve justificar a opção feita e por que entende ser tal medida a mais adequada, vale dizer a razão pela qual, na hipótese, faz-se necessária a decretação de mais de uma medida, de forma cumulativa.

---

[19] Neste sentido também se manifesta Guilherme de Souza Nucci, *Prisão*...cit., p. 28, acrescentando que a avaliação em abstrato do crime não é permitida, inclusive para a fixação de regime, consoante dispõem as Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

[20] V., a propósito, Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: *análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 378-381.

Neste passo, é bom lembrar que, de acordo com o art. 283, as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, o que também remete à idéia de que deverá existir uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada.

A pergunta que se põe, é: uma vez que a Lei determina ao Juiz que verifique a possibilidade de imposição de medida cautelar substitutiva, qual o critério que deve seguir para a escolha?

Manifesta-se Maurício Zanoide de Moraes no sentido de que o juiz "sempre deverá buscar a medida cautelar mais proporcional à situação fático-jurídica a ele submetida. Isso significa dizer que ele deve ter uma diretriz que o faça escolher, dentre as medidas adequadas a afastar o perigo provocado pela liberdade absoluta do indivíduo, aquela menos invasiva à esfera de direitos do cidadão"[21].

Estamos inteiramente de acordo com a ideia de que a proporcionalidade deve guiar o julgador em se tratando de cautelaridade. E isto porque é incabível a imposição de uma medida mais gravosa se a pena que pode, em tese, vir a ser imposta ao final do processo, for menos gravosa do que aquela decretada cautelarmente.

De igual modo, a proporcionalidade deve estar presente na imposição das medidas alternativas à prisão, já que, dentre as várias possibilidades, impõe-se a imposição daquela que mais se ajusta ao caso concreto e seja menos onerosa para o imputado.

Por tais motivos, temos que a imposição de medida cautelar às infrações cuja pena seja apenas a de multa ou restritiva de direitos não se coaduna com o espírito da lei[22].

Outras considerações podem ser feitas sobre a nova redação do art. 282 e seus parágrafos do CPP.

---

[21] Cf. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. Revista da AASP, set. 2011, p. 95.

[22] É o que ocorre, por exemplo, com o art. 28 da Lei 11.343/2006.

a) o legislador menciona, no inciso I, a "necessidade para aplicação da lei penal" e "para a investigação ou a instrução criminal", mas não se refere, neste momento, à necessidade para a garantia da ordem pública ou econômica, tal como posto no art. 312 do CPP. Isto decorre, talvez, do fato de que a ordem pública não foi prevista originalmente no projeto como fundamento para a prisão preventiva, tendo sido modificada a sua redação no processo legislativo, ficando, assim, a incongruência. Mas há quem enxergue, na previsão, uma lógica, porque somente na prisão preventiva as hipóteses da garantia da ordem pública e econômica se fazem presentes[23].

b) a lei prevê, no art. 282, § 1º, do CPP, que as medidas cautelares poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Assim, é possível que ao imputado seja deferida liberdade provisória sem qualquer outro vínculo, ou cumulada com fiança, por exemplo, ou ainda com o comparecimento periódico em juízo.

c) o art. 282, § 2º, do CPP, exclui a possibilidade de decretação de medida cautelar de ofício, pelo juiz, na fase de investigação[24]. E, no curso da ação penal, a medida poderá ser decretada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes, aí se incluindo o assistente da acusação[25].

A permissão legal ao juiz para decretar a medida de oficio, no curso da ação penal é de duvidosa constitucionalidade, já que o modelo acusatório[26] não suporta tamanha ingerência do juiz. Como

---

[23] Cf. Guilherme de Souza Nucci, *Prisão*...cit., p. 27. Segundo o autor, "Aliás, há sentido nessa interpretação, pois se o indiciado ou réu coloca em risco a segurança pública, não há cabimento para a substituição da prisão por medida cautelar alternativa, que são muito menos abrangentes e eficazes".

[24] Neste caso será decretada por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

[25] V., a propósito, Andrey Borges de Mendonça, *Prisão*...cit., p. 225-227.

[26] O modelo acusatório, em que as funções de investigar, acusar, defender e julgar pertencem a órgãos distintos, foi adotado pela vigente Constituição da República, ao estatuir no art. 129, I, que a ação penal pública é de iniciativa exclusiva do Ministério Público. A reforma processual penal de 2011 inspirou-se também nas ideias do Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano, que serviram de base para a reforma levada a efeito na última década em diversos países latino-americanos, como Argentina, Bolívia, Peru, Paraguai, Chile, entre outros, instituindo o modelo acusatório no lugar do inquisitivo.

ressaltado por Antonio Magalhães Gomes Filho,"no processo de cunho acusatório, a atribuição do impulso processual exclusivamente às partes atende ao interesse superior de assegurar a imparcialidade do juiz, como terceiro desinteressado na solução do litígio. A atribuição desse poder, assim como sucede em relação às iniciativas instrutórias, pode romper o necessário equilíbrio entre as partes, trazendo o perigo de transformar-se o magistrado em coadjuvante dos órgãos incumbidos da persecução"[27]. Igualmente questionável, de acordo com Geraldo Prado[28], é a manutenção da possibilidade de a autoridade policial "representar" pela prisão preventiva, uma vez que ela "não é parte no processo penal, não tem interesse que possa deduzir em juízo e a investigação criminal não guarda autonomia, ela existe orientada ao exercício futuro da ação penal. A constatação de comportamentos do indiciado prejudiciais à investigação deve ser compartilhada entre a autoridade policial e o Ministério Público (ou o querelante, conforme o caso), para que o autor da ação penal ajuíze seu real interesse em ver a prisão decretada".

e) a lei determina no art. 282, § 3º, do CPP, que seja observado o contraditório antes da decretação da medida, "ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida". É uma mudança significativa, porém dificilmente a hipótese não significará urgência, principalmente quando se tratar de prisão. Mas poderá haver o contraditório diferido, possibilitando-se ao imputado pleitear, inclusive, sua revogação. Trata-se, aqui, da aplicação da regra da jurisdicionalidade.

f) estabelece o art. 282, nos §§ 4º e 5º, do CPP, a possibilidade de substituição da medida ou sua imposição por outra em cumulação no caso de descumprimento, podendo, "em último caso", ser decretada

---

[27] Cf. Medidas cautelares e princípios constitucionais, em OG Fernandes, *Medidas cautelares*...cit, p. 44-45. Diz o autor: "O legislador de 2011, que declaradamente pretendeu adequar o texto do CPP ao sistema acusatório consagrado pela Constituição de 1988, bem poderia ter abolido por completo essa prerrogativa conferida ao magistrado. Mas o fez apenas parcialmente, omitindo a referência à decretação de ofício somente na fase de investigação, mantendo-a quando ocorrer no curso ou no final do processo".

[28] *Excepcionalidade*...cit., p. 130-131. Conclui o autor, a propósito, que "também neste ponto a norma é inconstitucional".

a prisão preventiva. E, uma vez decretada a medida cautelar, poderá ela ser revogada ou substituída quando não mais houver motivo para que subsista, assim como poderá vir a ser novamente decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem[29].

2.5 Prisão em flagrante

No capítulo da "Prisão em Flagrante", o legislador fez, basicamente, duas alterações, nos arts. 306 e 310 do CPP.

A primeira delas (art. 306, CPP) diz com a necessidade de também se comunicar a prisão ao Ministério Público, inclusive porque ele, como fiscal da lei, pode verificar a existência de ilegalidade na prisão em flagrante, além de examinar desde logo a conveniência de requerer alguma medida cautelar em substituição ao flagrante[30].

A segunda (art. 310, CPP) é mais profunda. É que o juiz, recebendo o auto de prisão em flagrante, que lhe será encaminhado no prazo de 24 horas, deve analisá-lo e, de forma fundamentada, decidir acerca da ilegalidade da custódia cautelar, ou da possibilidade de concessão de liberdade provisória, ou, finalmente, se é caso de restrição da liberdade, convertendo o flagrante em preventiva.

Em síntese, de acordo com o disposto no art. 310, *caput*, do CPP, ao receber o flagrante o juiz deverá:

a) relaxar a prisão ilegal (inciso I);

b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso III);

c) converter a prisão em flagrante em preventiva, se não houver vício no flagrante e se as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP) se revelarem inadequadas ou insuficientes (inciso II).

---

[29] Como diz Aury Lopes Jr., *O novo regime*...cit., p. 23, o art. 282, §§ 4º e 5º, consagra o princípio da provisionalidade. É que, uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida, deve cessar a medida.

[30] V. a respeito, Og Fernandes, Constituição, processo e prisão, em Og Fernandes (coord.), *Medidas cautelares*...cit., p. 83.

Chama-se aqui a atenção para o detalhe: tendo em vista o disposto no art. 282, § 6º, do CPP, a sistemática prevista no art. 310, *caput*, necessita ser vista sob outra ótica: se a prisão preventiva é a *ultima ratio*, o juiz deve verificar se a prisão é ilegal; em segundo lugar, sendo o flagrante legal, se é possível conceder a liberdade provisória, impondo uma ou mais das medidas cautelares diversas da prisão; e, por último, se tudo o mais se mostrar insuficiente, converter o flagrante em preventiva.

2.6 Liberdade provisória

O parágrafo único do art. 310 do CPP repete, em grande parte, o que já vinha disposto no antigo art. 310, *caput*, fazendo apenas algumas alterações:

a) atualiza a referência ao art. 23, incisos I a III, do Código Penal;

b) não mais se refere à necessidade de oitiva do Ministério Público para a concessão da liberdade provisória;

c) exige que a decisão seja fundamentada. Assim, vislumbrando, desde logo, a possibilidade de que o crime tenha sido praticado sob uma das excludentes de ilicitude, o magistrado poderá determinar a soltura do indiciado, sob compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação, sem a prévia oitiva do Ministério Público.

d) conceder liberdade provisória sob compromisso de comparecimento aos atos do processo, se presente uma das situações previstas no art. 23, incisos I a III, do Código Penal.

Não se esqueça, ainda, da previsão legal de prisão domiciliar (art. 317 e 318, CPP) e que, em se tratando de delitos de trânsito, a regra de que não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro à vitima (art. 301 CTB), continua, a nosso ver, em vigor.

O juiz deve verificar, assim e em primeiro lugar, se é caso de flagrante e se ele foi elaborado de acordo com os preceitos legais. Se ilegal, deverá

relaxar a prisão, devolvendo a liberdade do individuo, sem restrições, a menos que haja pedido para decretação da prisão preventiva, já que, de ofício, não mais poderá fazê-lo na fase de investigação. E, havendo tal pedido, o juiz deverá analisar se é caso de substituição por medida cautelar que seja proporcional, partindo da menos restritiva para a mais restritiva[31].

Em segundo lugar, sendo legal o flagrante, o juiz deverá verificar se é caso de alguma medida que possa substituir a prisão provisória por alguma daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, seguindo o mesmo critério e determinando se apenas uma medida será necessária e suficiente, ou se melhor será cumular duas ou mais medidas[32].

A problemática põe-se, com especial relevo, quando se trata de saber se a liberdade provisória deve ou não ser cumulada com outra ou outras medidas cautelares, além e inclusive, a fiança. A questão resolve-se com a análise da proporcionalidade, que deve ser entendida como o juízo de ponderação, feita pelo magistrado, sobre a gravidade do fato e a gravidade da pena. E isso porque a proporcionalidade busca acolher os limites que devem ser impostos ao Estado. Ou seja: ela deve ser vista sempre como forma de proteção dos direitos fundamentais, e não de expansão do poder punitivo.

---

[31] Como asseverado por Maurício Zanoide de Moraes, *Análise judicial*...cit., p. 96, "Portanto, é lógico e constitucionalmente imposto que, antes de se verificar se a prisão em flagrante deve ou não ser substituída, é necessário saber se ela é ou não legal, segundo a análise jurídica feita sobre o material fático levado ao conhecimento judicial. Assim, como resultados possíveis desse primeiro passo de análise judicial, tem-se que a prisão pode ser considerada ilegal ou legal". E conclui: "Assim, pela nova sistemática das cautelares, o Juiz somente analisará a substituição da prisão em flagrante ilegal por outra medida cautelar (prisional ou não) se houver requerimento nesse sentido do Ministério Público".

[32] No mesmo sentido manifesta-se Maurício Zanoide de Moraes, *Análise judicial*...cit., p. 97: "Assim, verificada pelo Juiz a legalidade da prisão em flagrante (não é caso de seu relaxamento), deverá iniciar a busca pela mais apropriada medida substitutiva daquela espécie de prisão provisória dentre as medidas cautelares diversas da prisão. Vale dizer, deverá iniciar seu exame de proporcionalidade pelas já citadas medidas previstas nos atuais arts. 319,320, CPP"

3. CONCLUSÃO

A partir da Lei 12.403/2011, impõe-se que o juiz faça uma análise do caso concreto, de forma fundamentada, a respeito do *status libertatis* do imputado, no decorrer da persecução penal, devendo percorrer longo caminho até que chegue à conclusão de que a prisão preventiva se justifica, sem que possa ser substituída por qualquer uma das hipóteses alternativas. E deverá observar a proporcionalidade entre a pena a ser eventualmente imposta e a gravidade da infração, para verificar: 1) se é caso de medida cautelar alternativa à prisão; 2) qual será a medida mais adequada (ou medidas) ao caso concreto, partindo sempre da medida menos restritiva possível.

4. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – Comentários aos arts. 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 205-297.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 13.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 4.

FERNANDES, Og. Constituição, Processo e Prisão – Comentários aos artigos 283 a 310 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Em FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei

12.403/2011. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 15-51.

LOPES JR.Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: atualizado – Lei 12.403/2011, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

MACIEL, Silvio. Em GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.), *Prisão e medidas cautelares*: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011, Cap. IV, p. 162-169.

MENDONÇA, Andrey Borges de.*Prisão e outras medidas cautelares pessoais*, São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista da AASP*, n. 113, v. 31, set. 2011, p. 92-100.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Quadro comparativo – Lei 12.403/2011 x Projeto do Novo CPP (PLS 156/2009 e PLC 8.045/2010. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011, p. 309-334.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Geraldo Prado; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro*, Boletim IBCCRIM n. 223, junho 2011, p. 10.

_____. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. Em FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentário à Lei 12.403, de 4.5.2011. São Paulo: RT, 2011.