



Maior flexibilidade de cautelares criminais não significa ineficiência

Inicialmente, é de se destacar que, com a edição da Lei 12.403/2011 surgiram críticas no sentido de que as alterações produzidas no Código de Processo Penal teriam como consequência imediata o aumento da impunidade e dos índices de criminalidade. Com o devido respeito da opinião de todos aqueles que são adeptos do radicalismo da repressão a todo custo e da supressão de garantias constitucionais conquistadas ao longo de décadas de lutas contra o arbítrio e abusos praticados contra o cidadão, ou que imaginam que somente o Direito ou leis penais e processuais penais rigorosas são capazes de reduzir o quadro dos altos índices de criminalidade no País, no atual momento histórico já não podemos mais pensar dessa forma.

Primeiro, porque é sabido que o Direito reflete a realidade e absorve as experiências de uma determinada sociedade, todavia, somente atuando por meio do legislador em momento posterior às anomalias sociais e dificilmente se manifesta antecipando-se aos movimentos sociais através da criação de leis ou atualização do aparato legal de modo preventivo. A função de pacificação social do Direito e do Direito Penal, nesse contexto, muitas vezes é deficiente. Segundo, porque precisamos parar de acreditar que o Direito e as leis que compõem o seu arcabouço é o único mecanismo capaz de solucionar todos os males da sociedade em todas as áreas da atividade humana.

Conflitos sociais e criminalidade existem e sempre existirão, ainda que em dada época em níveis intoleráveis, por óbvio. Sua maior ou menor gravidade, maior ou menor incidência, nos parece que está relacionado diretamente com aspectos históricos, culturais, sociológicos, econômicos, como por exemplo: excesso de concentração de renda, exclusão social, nível sócio-educacional sofrível, etc., agravados no seio de uma sociedade globalizada e altamente tecnológica em que os valores da vida humana vão se dissipando em meio, dentre outras coisas, ao apego excessivo ao consumismo e aos padrões decorrentes desse modo de vida.

O Direito, por si só, ou a edição de leis penais mais rígidas com o abandono de conquistas históricas não é o que nos livrará da constante insegurança de vivermos sob a égide de alguma impunidade ou do suposto aumento da criminalidade. Tais anomalias, por certo, dependem da atuação sempre conjunta e constante de todas as esferas da administração pública e da sociedade organizada e, claro, inclusive do Direito, com seus instrumentos apaziguadores de conflitos sociais. A Lei 12.403/2011 não pode ser analisada do ponto de vista de saber se irá contribuir ou não para o aumento da impunidade ou, por outra via, no aumento da criminalidade.



A questão não é esta como já afirmamos. Precisamos mudar de foco. Se simplesmente recrudescer a legislação penal resolvesse o problema da criminalidade, então nas localidades dos EUA onde se permite a pena de morte não haveria crimes ou estes seriam de ocorrência insignificante. A referida lei que alterou o sistema de medidas de cautela e da prisão preventiva, na verdade, foi editada após longos anos de debate e discussão, a fim tornar o Código de Processo Penal mais consentâneo com o texto constitucional nessa matéria e está de acordo com modernas legislações processuais penais, de que são exemplos as leis da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, dentre outros, cujo Direito é de mesma tradição que o nosso.

No atual estágio do Processo Penal, não se admite mais o encarceramento antes de decisão com trânsito em julgado sem que seja demonstrada “em concreto” e de modo “fundamentado” a efetiva necessidade da prisão preventiva e mesmo outras medidas restritivas da liberdade de locomoção devem atender ao binômio “necessidade-proporcionalidade”. Não podemos sair por ai encarcerando todos aqueles que cometeram delitos ao único pretexto de que, desde logo, já são “merecedores de pena” sem que seja observado o devido processo legal.

A demora para a finalização em definitivo da persecução penal com o conseqüente trânsito em julgado da condenação não pode servir de pretexto para a execução antecipada de pena, ainda mais quando sabemos, que não raro, temos casos de condenações injustas ou, quando não, de aplicação de excesso de pena, que invariavelmente somente são revistos no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

Se o que almejamos é celeridade, justa punição e cumprimento efetivo da reprimenda penal, então precisamos continuar trabalhando, todos os operadores do Direito, para que o processo penal tenha o seu término no menor prazo possível ou que tenha duração razoável como determina a Constituição Federal.

Princípios das medidas cautelares: noções gerais

Com o advento da Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, a sistemática aplicável às medidas de cautela de natureza pessoal no processo penal agora está conformada ao texto constitucional, além do que, seus princípios informadores encontram-se expressamente consagrados na norma processual. É salutar a técnica legislativa de inserir no conteúdo normativo positivado princípios orientadores da matéria que se pretende regular.

Não é incomum que, no confronto ou interpretação e aplicação dos vários dispositivos e comandos da norma, aparentemente conflitantes ou contraditórios, se apresente uma solução que se mostre incongruente ou carente de sólido fundamento, passível de ser constantemente rediscutida em todas as instâncias recursais possíveis, trazendo instabilidade enquanto não dirimida definitivamente a controvérsia estabelecida acerca da melhor interpretação da lei. Em se tratando do direito à liberdade de locomoção não é salutar que se prolongue indefinidamente dúvida sobre ser pertinente, necessária, ou não, a manutenção ou decretação da custódia cautelar.

Quem acompanha a dinâmica das decisões de nossos tribunais em matéria de prisão cautelar e liberdade provisória, por exemplo, sabe da dificuldade até então existente para encontrar o justo equilíbrio entre manter a liberdade do acusado ou réu ou decretar-lhe a prisão preventiva, principalmente em razão de



três fatores:

a) a perda de importância ou eficácia no nosso sistema processual do instituto da fiança (leia-se, artigo 310, parágrafo único, CPP);

b) ausência de um rol de medidas de cautela qualitativamente e quantitativamente em número que permitisse ao juiz, num juízo de ponderação de valores e em consonância com o caso concreto, determinar uma restrição pessoal diversa da prisão preventiva ou uma medida de meio termo entre a liberdade sem qualquer ônus e a prisão provisória;

c) a dificuldade em se decretar uma medida de cautela não prevista expressamente no Código de Processo Penal em razão do impedimento decorrente do princípio da legalidade também em matéria de restrição à liberdade de locomoção como tutela cautelar, como desdobramento lógico do princípio da reserva legal a demandar que em se tratando medida cautelar também deve ser observado o cânone da tipicidade fechada em matéria de medidas de cautela, a inviabilizar, inclusive, fossem invocados para tanto os princípios da proporcionalidade, adequação e razoabilidade, até mesmo tendo em consideração que no processo penal o que se tem é um poder de cautela “regrado” e não um poder “geral” de cautela nos moldes que a teoria geral do processo reconhece para o processo civil.

A consequência era que, em grande número de casos, havendo dúvida razoável e algum fundamento no contexto da prova dos autos, ou era mantida uma prisão provisória ou então decretada a prisão preventiva e após meses depois de experimentar os dissabores de uma prisão cautelar e os malefícios do nosso sistema prisional, após passar pelos percalços de decisões desfavoráveis das várias instâncias recursais, somente no Superior Tribunal de Justiça ou no Excelso Pretório é que era admitida a desproporcionalidade ou ausência de fundamento razoável para a decretação de medida de cautela, com o reconhecimento de que a restrição (precária) à liberdade de locomoção, no caso concreto era despicienda.

Agora, com o alargamento do rol de medidas de cautela introduzidas pela Lei 12.403/2011 é de se esperar que haja menos decisões equivocadas ou que sejam diminuídos os casos de prisões cautelares imotivadas, ilegais ou desproporcionais. Com a colocação à disposição do magistrado de várias outras medidas de cautela diversas da prisão preventiva assevera o legislador, sobretudo, a idéia de que, atento aos cânones constitucionais, nomeadamente o princípio da presunção de não culpabilidade e o direito ao esgotamento das vias recursais ordinárias e extraordinárias, a decretação da prisão no curso da persecução penal se exige tão somente desde que demonstrado a sua absoluta necessidade e atendido aos pressupostos legais que lhe são inerentes, também evidenciado que não cumpre sua função cautelar quaisquer das outras soluções apresentadas na nova lei de reforma.



Portando, com a previsão expressa do fundamento de validade das medidas de cautela com supedâneo no princípio da legalidade (ou da tipicidade) das cautelares, princípio da adequação e da proporcionalidade, princípio da precariedade, princípio da necessidade e princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, as anomalias do sistema processual penal nessa matéria por certo serão minimizadas, pelo que passamos a uma breve consideração daqueles princípios informadores das medidas de cautela pessoais, como contribuição à reflexão que se fará imprescindível para a correta aplicação das alterações decorrentes da edição da Lei 12.403/2011.

Princípio da legalidade (ou tipicidade)

O princípio da legalidade (ou tipicidade) das cautelares no processo penal, com o advento da Lei 12.403/2011, decorre, dentre outros dispositivos da lei, da nova redação constante do artigo 321 do CPP, ao afirmar, por outro modo, que ao indiciado, acusado ou réu, é assegurada a manutenção de sua liberdade de locomoção, somente podendo ser restringida, se, no caso concreto, o magistrado se convencer de estarem presentes as hipóteses para a decretação de uma das medidas de cautela previstas no Código de Processo Penal (ou em legislação própria, por óbvio).

Da leitura do referido artigo 321, CPP, resta claro que o indivíduo somente poderá estar sujeito as medidas cautelares de que trata o artigo 319 (comparecimento periódico em juízo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se do distrito da culpa ou do País; recolhimento domiciliar; suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira; internação provisória; fiança e monitoração eletrônica), ou então, ter decretada a sua prisão preventiva nas hipóteses dos artigos 311 e seguintes, sempre que se observar a inadequação ou insuficiência de outras medidas cautelares diversas da prisão (artigo 310, inciso II) e, ainda, se verificar o juiz que não é cabível a substituição da cautela extrema por outra menos rigorosa entre aquelas previstas pelo artigo 319, CPP (artigo 282, inciso I e parágrafo 6º, CPP).

As alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011, como visto, consagram expressamente o princípio da legalidade ou tipicidade das medidas cautelares, o que importa em afirmar que, ao acusado ou réu somente poderão ser impostas durante a investigação ou instrução do feito as medidas restritivas cuja hipótese de cabimento esteja elencada no Código de Processo Penal ou, eventualmente, em norma de mesma natureza inserida em legislação esparsa, não sendo autorizado ao juiz por outra forma limitar, total ou parcialmente, a liberdade do indivíduo no curso da persecução penal.

Princípio da adequação e da proporcionalidade

O princípio da adequação e da proporcionalidade, com as alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011, foi positivado na nova redação do artigo 282, inciso II, CPP, quando determina que as medidas cautelares devem “adequadas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, além de atender às condições pessoais do indiciado ou acusado”.



Expressão também do princípio da adequação e proporcionalidade encontramos no parágrafo 1º, do artigo 283, ao informar que “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”. O mesmo pode-se inferir do quanto preceituado pelo inciso II, do artigo 310 interpretado conjuntamente com o inciso I, do artigo 313.

Da leitura desses preceitos legais se deduz a imprescindibilidade de um juízo de adequação e proporcionalidade que antecede também a decretação da prisão preventiva, tomando-se em consideração, além das exigências do artigo 282, também a qualidade e a quantidade da sanção imposta. Daí que, o artigo 313, no seu inciso I, se refere expressamente a crimes dolosos “punidos” com pena privativa de liberdade “máxima superior a quatro anos”.

Esta redação parece autorizar um juízo de prognóstico da possível pena a ser aplicada ao acusado ou réu, evitando-se a decretação da custódia cautelar em hipóteses nas quais, ao final da persecução penal, seja improvável que, havendo sentença condenatória, o réu tenha que efetivamente cumprir a sanção imposta recolhendo-se à prisão. De modo que, se houver dúvida razoável quanto à correção, vale dizer, quanto à adequação e proporcionalidade de uma prisão preventiva decretada nestas circunstâncias, melhor será a opção por uma outra medida de cautela em substituição (ou mais de uma, se for o caso), orientação que, ademais, decorre da leitura dos parágrafos 1º e 6º (“a contrario sensu”) do artigo 282, a autorizar a aplicação de outra medida de cautela diversa da prisão preventiva.

A Lei 12.403/2011 tem o mérito de conformar o texto da norma processual penal ao da Constituição Federal, trazendo a lume importante projeção do princípio da proporcionalidade que é insito ao juízo de adequação e necessidade das medidas de cautela pessoais.

De qualquer sorte, o juízo de proporcionalidade *lato sensu* considerado (razoabilidade, adequação e necessidade) é regra inerente ao “devido processo legal”, nomeadamente o devido processo legal “substancial” (artigo 5º, inciso LIV, CF), e, ainda, pode-se afirmar que também é sua expressão, embora de modo “implícito”, a garantia de que o indivíduo somente poderá ser recolhido à prisão (seja a custódia cautelar ou definitiva), por decisão judicial devidamente fundamentada (artigo 5º, inciso LXI, CF e artigo 283, *caput*, CPP), sendo-lhe assegurada a manutenção de seu *status libertatis*” ao longo da persecução penal, sempre que não houver necessidade de aplicação de uma qualquer medida de cautela afim de assegurar a aplicação da lei penal ou para dar efetividade a investigação ou a instrução criminal, ou, em situações excepcionais, demonstradas em concreto, para impedir a reiteração da atividade criminosa (artigo 5º, inciso LXVI, CF e artigo 321, CPP).

Ademais, para alcançar tal desiderato, a Lei 12.403/2011, alterando e inovando a redação de alguns dispositivos do Código de Processo Penal, colocou à disposição do juiz uma maior possibilidade de decretação de medidas de cautela, ajustando e sistematizando a norma processual nessa matéria. A partir do novo texto normativo, se não for o caso de assegurar a manutenção da liberdade de locomoção do acusado ou réu, por ser necessária a sua restrição em alguma medida, o juiz poderá aferir qual a medida de cautela mais adequada segundo os parâmetros traçados pelo artigo 282 do CPP, em sua nova redação, escolhendo dentre as medidas restritivas apresentadas pelo artigo 319 (incisos I até IX) do CPP, aquela ou aquelas que melhor atenderão às finalidades previstas pelo artigo 282 do CPP, ou, em último caso,



como medida mais severa decretar a prisão preventiva (artigo 311 do CPP) ou a prisão domiciliar (artigo 317 do CPP).

Tais medidas de cautela foram graduadas pelo legislador segundo a sua gravidade e maior capacidade de interferir ou restringir a liberdade de locomoção do indivíduo. O princípio da proporcionalidade será observado na medida em, verificada a necessidade de decretação de uma tutela cautelar, o juiz certifique-se de que, de fato, a restrição escolhida é idônea (adequada) para assegurar as exigências cautelares do processo e proporcionais à gravidade do crime e também à pena que possivelmente poderá ser aplicada ao acusado ou réu. Aqui, segundo pensamos, para atingir o fim colimado pelo princípio da proporcionalidade, não há como prescindir de um juízo de prognóstico da provável sanção a ser imposta, sob pena de inadequação da medida ou excesso na sua execução, o que deve ser evitado.

A leitura dos artigos 282, inciso II e 283, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, tendo-se em mira também as condições e circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, por certo autorizam referido *juízo de prognóstico*, sem que se incorra inadvertidamente em antecipação dos efeitos do provimento de mérito que é vedado ante a regra da presunção de não culpabilidade, mas que, num outro sentido, em face do conjunto probatório que desde logo se produziu nos autos da investigação ou da instrução criminal a evidenciar a materialidade do delito e sérios indícios da autoria do crime, somados à necessidade de se impor uma medida cautelar, numa ponderação de valores entre o direito à liberdade de locomoção do acusado ou réu, de um lado, e a segurança e efetividade da persecução penal, de outro, permitem aquele juízo de prognóstico de maneira a se alcançar a decisão a mais justa e adequada possível, impondo tutela cautelar proporcional “à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

O *juízo de prognóstico* se justifica, de qualquer modo, pois não é incomum que a pena aplicada ao réu, ao final da persecução penal, seja inferior a pena cominada em abstrato para o crime, nomeadamente nas hipóteses em que seja possível a diminuição da pena devido a incidência de circunstâncias atenuantes, causas de diminuição e outras circunstâncias pessoais favoráveis, a tornar razoável se prever que o réu ou acusado não se submeterá efetivamente à pena de prisão ou será beneficiado por uma pena restritiva de direito. Em hipóteses tais, seria totalmente desproporcionada, por exemplo, a decretação de prisão preventiva

A adequação e proporcionalidade da medida cautelar devem ser valoradas “qualitativamente e quantitativamente”.

É qualitativamente adequada uma medida cautelar quando, para alcançar a sua finalidade, o juiz escolher aquela que seja mais idônea ou apta a alcançar o objetivo de que trata o inciso I, do artigo 283 do Código de Processo Penal.

É quantitativamente adequada quando devidamente ponderada a sua duração e intensidade, também tendo em conta os fins que se busca alcançar com a sua decretação.

Assim é que, por exemplo, ao entender que é apta a atender aos interesses da persecução penal a “proibição de ausentar-se da Comarca ou do distrito da culpa, por conveniência da investigação ou instrução criminal”, bem poderá o juiz estabelecer, desde logo, o período em que deverá submeter-se à



restrição o acusado, investigado ou réu, posto que poderão ocorrer casos em que a restrição não se fará necessária até o julgamento final do processo, mas somente até que sejam praticados determinados atos para os quais seja imprescindível a presença do imputado e haja séria suspeita que ele poderá ausentar-se ou furtar-se à comparecer em juízo. Podemos pensar na fixação de duração da medida cautelar, como no exemplo citado acima, quando se tratar da proibição prevista no inciso III do artigo 319, CPP.

Por outro lado, a intensidade da medida cautelar poderá estar relacionada não somente à gravidade ou maior ingerência na esfera da liberdade de locomoção do indivíduo, mas também à possibilidade de decretação cumulativa de medidas cautelares, como permitido pelos §§ 1º e 4º, do artigo 282 e parágrafo 4º do artigo 319, ambos do Código de Processo Penal.

A intensidade da medida de cautela estará relacionada, ainda, ao valor da fiança arbitrada, que poderá ser graduada em consonância com o máximo da pena privativa de liberdade cominada para o delito, de acordo com os limites estabelecidos no artigo 325, incisos I e II e parágrafo 1º do CPP.

Outrossim, o princípio da adequação e proporcionalidade tem aplicação concreta no caso do artigo 283, parágrafo 1º do CPP, que veda a aplicação de qualquer medida cautelar à infração penal a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, se revelando também no texto do parágrafo único do artigo 310 e artigo 314 do CPP. As medidas cautelares estão graduadas em razão da gravidade do crime e da pena aplicável. Portanto, se, em face do caso concreto, existirem fundados motivos para se concluir que ao acusado ou réu não se imporá qualquer sanção que importará no seu recolhimento ao cárcere, é razoável a vedação de imposição de medida restritiva à liberdade de locomoção do indivíduo.

Princípio da precariedade

O princípio da precariedade em matéria de medida cautelar de natureza pessoal impõe barreira intransponível à decretação indiscriminada de medidas restritivas do direito à liberdade de locomoção no curso da ação penal ou de procedimento investigatório, em respeito, principalmente, ao princípio da presunção de não culpabilidade ou da inocência. De conformidade com o princípio da precariedade, somente é de se decretar uma medida cautelar na medida em que a restrição imposta ao indivíduo seja razoável e “suportável”, sendo de todo condenável que ela se prolongue além do necessário para atingir às finalidades previstas no artigo 282, incisos I e II, CPP.

A precariedade da medida de cautela, como dito, determina que, para a legitimação de qualquer limitação da liberdade de locomoção imposta antes que se tenha uma decisão condenatória transitada em julgado, somente é autorizada desde que efetivamente necessária e possa ser suportada pelo acusado ou réu, sempre em coadunância com as circunstâncias em que cometido o delito e as condições pessoais do indivíduo que deverá suportá-la.

Princípio da necessidade

Finalmente, o princípio da necessidade das medidas cautelares, atualmente é expressão do inciso I, do artigo 282, CPP e também do parágrafo 1º, do artigo 283 e parágrafo único do artigo 310, da mesma norma processual penal, revelando tais dispositivos, desde logo, que a decretação de qualquer medida de cautela naquelas hipóteses é totalmente descabida e desnecessária.



Verificado que, condenado o réu, o juiz não lhe aplicará qualquer pena privativa de liberdade ou que, nas condições em que cometido o delito, o indiciado, acusado ou réu será beneficiado por alguma causa de exclusão de ilicitude (artigo 23 do Código Penal) é evidente que não será necessária a decretação de quaisquer das medidas cautelares enumeradas na norma processual penal.

Princípio da subsidiariedade

Quanto à prisão cautelar, podemos afirmar que sua decretação está vinculada à observância do princípio da subsidiariedade, regra que se encontra inserida no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, expresso quanto a autorizar a prisão somente quando alguém for “surpreendido em flagrante delito”, “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (prisão preventiva e decorrente de sentença condenatória definitiva, portanto), ressalvados os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

O princípio da subsidiariedade da prisão cautelar também é imposição do inciso LXVI, do artigo 5º, da Carta Magna, quando afirma que é vedada a prisão quando a lei admitir a liberdade “provisória” (termo que reputamos de uso impróprio), com ou sem prestação de fiança. Reproduz o mesmo sentido do texto constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, em sua redação atual (Lei 12.403/2011). A subsidiariedade desta cautela extrema também se encontra expressamente declarada no artigo 282, parágrafos 4º e 6º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/2011.

Isso porque, da leitura daqueles dispositivos legais se conclui que, primeiro, somente em último caso é que poderá ser decretada a prisão preventiva, após frustradas as tentativas de imposição de outra medida de cautela, atendidos os pressupostos previsto no artigo 312, parágrafo único, da norma processual (parágrafo 4º). Segundo, por força do disposto no parágrafo 6º ao determinar que: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (artigo 319)”, e, ainda, do quanto consta do artigo 310, inciso II, CPP, que somente autoriza a conversão da prisão em flagrante delito em preventiva quando se “revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (a propósito também o artigo 321 do CPP em sua redação atual).

Portanto, do quanto aqui foi exposto, o sistema atual com a modificação legislativa implantada pela Lei 12.403/2011 está mais coeso, facilitando sobremaneira o trabalho do julgador e do intérprete quando, em face do caso concreto restar alguma dúvida acerca de qual a melhor medida de cautela a ser decretada a fim de assegurar o escopo final da investigação e da ação penal: segurança jurídica e efetividade do provimento condenatório.

Tem o magistrado agora a sua disposição todas as medidas cautelares previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, conferindo-lhe o legislador outros instrumentos para melhor avaliar entre a manutenção da liberdade de locomoção sem qualquer ônus e a custódia cautelar.

A partir da vigência da lei, não é de se admitir a manutenção do indivíduo em cárcere provisório sem que seja de fato necessária a restrição a sua liberdade de locomoção.

Qualquer medida cautelar, nomeadamente a mais grave delas, a prisão preventiva, somente poderá ser decretada após cuidadosa avaliação de sua adequação e pertinência em decisão devidamente



fundamentada em hipótese concreta e com a expressa indicação dos motivos que recomendam a medida de cautela, sem o que, deverá ser incontinenti considerada ilegal, passível de ser imediatamente revista ou revogada através de *habeas corpus*.

Estudo de caso: medida cautelar de apreensão de passaporte e medida cautelar de suspensão do exercício de função pública

Duas situações são bem elucidativas da controvérsia que se instalou na jurisprudência, quando se apresentava dúvida razoável entre decretar a prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, devido a ausência de medida de cautela “de meio termo” entre a restrição extrema e a manutenção da liberdade de locomoção “sem qualquer ônus”, razão pela qual entendemos por pertinente mencioná-las. Tratam-se da medida cautelar de apreensão ou retenção de passaporte e da medida cautelar de suspensão ou afastamento do exercício de função pública, que sempre foi objeto de discussões por parte dos Tribunais.

A dificuldade de melhor equacionar o problema se devia a impossibilidade do juiz aplicar ao caso concreto medida cautelar mais consentânea com a finalidade perseguida pela persecução penal, num juízo de adequação e proporcionalidade.

Se, em face das circunstâncias em que cometido o delito e das condições pessoais do indiciado, acusado ou réu, não se apresentasse como razoável a decretação da cautela extrema – a prisão preventiva -, na imensa maioria dos casos outra alternativa não restava ao juiz senão a concessão da liberdade provisória sem qualquer ônus, por imposição implícita do preceito contido no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

E isso porque a doutrina e a jurisprudência, em larga maioria, não reconheciam a possibilidade de decretação de outras medidas cautelares além daquelas previstas pelo Código de Processo Penal, que não admitiria, para tal desiderato, a decretação de outras tutelas de urgência com fundamento no *poder geral de cautela* do magistrado, vedação que encontraria fundamento do princípio da legalidade, mesmo que, em face do caso concreto, se constatasse ser razoável, proporcional e necessária a imposição de uma tutela cautelar “de meio termo”, ainda que não prevista expressamente pela normal processual penal.

Em situações tais, considerava-se como inadmissível qualquer medida restritiva imposta ao indiciado, acusado ou réu com fulcro no poder geral de cautela que é inerente à atividade jurisdicional.

Em doutrina, assim como na jurisprudência, sempre se afirmou que o processo penal, diferentemente do processo civil, não conhece tal amplo poder de cautela, a autorizar a decretação de medidas restritivas diversas daquelas expressamente previstas pelo legislador, já que o princípio da reserva legal também se afirma também em matéria processual penal, vedando que se decrete, ainda que cautelarmente, medida de repressão no curso da persecução penal fora das hipóteses estabelecidas pelo Código de Processo Penal. É dizer, a normal processual penal não admitiria “medidas cautelares atípicas”.



Na jurisprudência encontramos casos nos quais se discute a legitimidade de recolhimento do passaporte como medida cautelar “atípica”, notadamente quando, pela facilidade de livre trânsito que o acusado ou réu possui no exterior, seja a trabalho ou em outras atividades, ou mesmo por possuir residência em outro país, haja possibilidade de causar risco à efetividade de eventual decisão condenatória, frustrando o cumprimento de eventual sanção penal imposta ao final do processo.

Nesse ponto, à ausência de previsão expressa, até então, havia discussão quanto à possibilidade do magistrado, no exercício de seu “poder geral de cautela”, decretar tal espécie de medida restritiva da liberdade de locomoção no curso da persecução penal.

Para ilustrar o entendimento sobre a matéria, é pertinente a leitura das ementas dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

“PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. IMPOSIÇÃO. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. VIAGEM. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. FUGA. MERA CONJETURA. DIREITO DE IR E VIR. RESTRIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVIDENCIADO.

1. Se o Juiz de primeiro grau entendeu que não havia como manter a prisão preventiva do indiciado, por conseguinte, não há como reter o passaporte de cidadão estrangeiro, notadamente por tempo indeterminado, ante a ausência de previsão legal.

2. A medida constritiva de retenção de passaporte imposta com base em mera conjectura caracteriza injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, direito garantido constitucionalmente (g.n.).3. Ordem concedida para determinar a restituição do passaporte e afastar a exigência de autorização judicial para viagem ao exterior, mediante compromisso do paciente de comparecer aos atos relativos à elucidação dos fatos delituosos”.

(STJ. HABEAS CORPUS 103.394 – RN, Relator MINISTRO OG FERNANDES, julgado em 21/10/2008).

Parece-nos que, com o advento da Lei 12.403/2011, tal celeuma foi solucionado em parte, pela autorização expressa contida na atual redação do artigo 319, inciso IV, a permitir que o juiz possa determinar a “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”, com a entrega pelo indiciado ou acusado de seu passaporte à autoridade judicial, no prazo de vinte e quatro horas.

É de ser anotar que, essa possibilidade diz respeito aos casos em que “seja conveniente ou necessária a medida de cautela para a investigação ou instrução”.

Por razões de maior relevância relacionadas “ao risco de fuga do réu ou acusado” pelas facilidades acima apontadas (livre trânsito ao exterior, etc.), deve-se entender que também seja possível a decretação



do recolhimento do passaporte e, eventualmente, outra medida cautelar em complemento, a fim de se assegurar o futuro cumprimento da pena imposta em decisão definitiva, com o mínimo de seqüela à liberdade de locomoção do indivíduo, evitando-se assim, a decretação de uma prisão preventiva, que, pelo seu caráter de “medida de cautela subsidiária”, no caso concreto poderá apresentar-se excessiva ou como indevida medida de antecipação de pena antes do trânsito em julgado do édito condenatório.

A discussão se repetia quando se tratava da polêmica determinação de afastamento ou de suspensão do exercício de função, notadamente nos casos de crimes praticados por servidores públicos contra a administração pública.

As decisões que decretavam referida “medida cautelar atípica” eram fundadas, normalmente, no fato de que, se o funcionário público, no exercício de suas funções e em razão dela, cometeu o (s) delito (s), por certo que, além de continuar reiterando na prática criminosa se mantido no cargo, também poderia causar obstáculo à persecução penal, ocultando provas, ameaçando ou constringendo testemunhas, etc, continuando tendo livre trânsito pelo seu local de trabalho. Assim, era o entendimento de que a restrição cautelar se apresentava razoável e legítima, embora sem qualquer previsão legal.

Não raro, pelos mesmos fundamentos era decretada a prisão preventiva do servidor público envolvido na persecução penal, pelo receio de que, em liberdade, pudesse causar prejuízo à instrução criminal ou à ordem pública.

O Superior Tribunal de Justiça, a respeito, já teve a oportunidade de julgar o Habeas Corpus 112461-MS, decidindo que, somente a consideração de que, em razão do cargo ou da função exercida, poderá o réu ou acusado voltar a cometer delitos, não é fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva, principalmente se demonstrado que funcionário foi afastado de suas funções, o que o impediria de cometer novos delitos relacionados à atividade funcional.

Todavia, em outro julgamento, apreciando o Habeas Corpus HC 42734-RJ, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, se as circunstâncias apuradas em concreto evidenciarem que o agente público se utilizou das facilidades do cargo para, reiteradamente cometer crimes contra a Administração Pública, se justificaria a decretação da prisão preventiva para a manutenção da credibilidade da Justiça.

Os julgados que seguem são exemplos do quanto aqui se expôs e refletem o estado atual da discussão no âmbito dos tribunais:

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

RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.

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



improbidade administrativa.

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

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

(STJ. HABEAS CORPUS Nº 128.599-PR, Relatora MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 07/12/2010).

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. OPERAÇÃO DIAMANTE NEGRO. ACUSAÇÃO DE CONCUSSÃO, CORRUPÇÃO PASSIVA, FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA, DE ACORDO COM PARECER ORAL DO DOUTO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. A jurisprudência desta Corte possui firme orientação de ser imprescindível à decretação da prisão preventiva a necessária fundamentação, com a indicação precisa, lastreada em fatos concretos, da existência dos motivos ensejadores da constrição cautelar, sendo, em regra, inaceitável, que a só gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação provisória.

2. No caso, constata-se que a decisão que decretou a prisão preventiva não aponta, objetivamente, as razões pelas quais se mostra indispensável o encarceramento provisório do paciente, baseando-se, apenas, na possibilidade de ele, na qualidade de Policial Rodoviário Federal, poder reiterar a prática da atividade delituosa.

3. A mera possibilidade de reiteração da conduta, por si só, não justifica a prematura constrição da liberdade; pelo contrário, seria necessário a constatação de evidências empíricas e não conjecturais, mormente quando o paciente já se encontra afastado da função policial rodoviária operacional, impossibilitado de repetir os atos que lhe foram imputados (g.n.).

4. O MPF manifestou-se oralmente pela concessão da ordem.

5. Concede-se a ordem, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual reincarceramento, por meio de decisão fundamentada, caso alguma situação de fato objetiva assim o recomende”.

(STJ. HABEAS CORPUS 112461-MS, Relator MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 02/10/2008).



“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

I – Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva dos pacientes, quais sejam: indícios suficientes de autoria e materialidade do delito e a garantia da ordem pública, esta em razão do modus operandi na prática das condutas, valendo-se os pacientes do aparelho estatal, bem como de suas funções públicas – policial civil e policial rodoviário federal – para, em tese, perpetrar diversos crimes contra a Administração Pública, gerando prejuízo ao erário e causando clamor público, tendo sido enfatizados, ainda, o grau de lesividade e a torpeza dos delitos, bem assim a necessidade da manutenção da credibilidade da Justiça. (Precedentes do STF e do STJ) (g.n.).

II – Condições pessoais favoráveis do paciente não tem, por si só, o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado (Precedentes).

Writ denegado”.

(STJ. HABEAS CORPUS 42734-RJ, Relator MINISTRO FELIX FISCHER, Julgado em 07/06/2005).

Com as alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011 e a possibilidade de decretação do afastamento do cargo público ou mesmo a suspensão do exercício de atividade de natureza econômico ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (artigo 319, inciso VI), foi ofertada ao magistrado uma alternativa à imposição da prisão cautelar, quando se tratar do cometimento de crimes funcionais.

Em muitas situações, tão somente impedir o regular exercício das funções que ensejaram ou facilitaram a prática do delito, por certo atenderá ao escopo maior de assegurar a efetividade da persecução penal e a tutela da sociedade contra a reiteração da conduta criminosa, reservando-se a custódia cautelar exclusivamente para os casos em que restar insuficiente a medida cautelar autorizada pelo inciso VI, do artigo 319, do Código de Processo Penal, em sua nova redação.

Em conclusão, nessas hipóteses, tal solução está mais em conformidade com a nova dinâmica das medidas cautelares implantadas pelas alterações advindas da Lei 12.403/2011 em que, pelo conjunto das inovações verificadas no texto legal, se constata que, a prisão preventiva somente poderá ser decretada se, de fato, outras medidas de cautela diversas da prisão não forem suficientes o bastante para imprimir segurança e efetividade à persecução penal.

Date Created

03/08/2011