

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO ENCARCEIRAMENTO: ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

REZLER, Alessandra Adriane (Direito/UNIBRASIL)

Com o advento da Lei nº 12.403/11 o Código de Processo Penal foi objeto de alteração no tocante ao regime jurídico das Medidas Cautelares Pessoais, por meio do rompimento com o modelo binário até então vigente, com a introdução de medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere. Nessa perspectiva, considerando que a nova legislação visa o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e, principalmente, a expressa positivação da subsidiariedade da prisão preventiva, surge a necessidade do estabelecimento de parâmetros para sua adoção. Concluindo-se que a opção legislativa foi no sentido de privilegiar as cautelares diversas ao cárcere, as quais revelam-se menos aflitivas aos direitos e garantias do acusado, busca-se abandonar a cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante por alternativas que, de igual modo, assegurem o regular desenvolvimento do processo.

Palavras-chaves: Processo Penal Constitucional; Lei nº 12.403/11; Medidas Cautelares Pessoais; Prisão Preventiva;

Destaque-se, primeiramente, que direito processual penal tem como objetivo assegurar a liberdade do acusado, onde o Estado, a partir do uso exclusivo do poder-dever de punir, torna-se guardião-mor das garantias individuais.¹ Mostrando-se imprescindível, portanto, um direito penal mínimo, condicionado e limitado ao máximo que assegure não somente um elevado grau de tutela da liberdade, mas de igual modo um ideal de racionalidade e certeza.²

A maturação histórica foi responsável pela sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias, os quais foram se avolumando, de acordo com exigências específicas de cada momento, culminando num núcleo cada vez maior de proteção à dignidade da pessoa.³ Atualmente, tais direitos encontram-se

¹ DEMANTO JUNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. 2. ed. amp. e atual. São Paulo: Renovar, 2001, p. 2 e 5.

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 231-236.

positivados na Constituição Federal, documento jurídico com força vinculante no ordenamento jurídico pátrio, os quais, na medida em que são considerados e afirmados, ensejam o reconhecimento do Estado Democrático de Direito.⁴

Nessa perspectiva, de rigor o estudo das medidas cautelares à luz dos princípios e regras constitucionais,⁵ de modo que a tutela penal deve sempre pautar-se na máxima efetividade dos direitos fundamentais e na proibição de excesso.⁶

O ponto de partida do processo penal há de fundar-se no princípio da não culpabilidade,⁷ todo acusado, portanto, é detentor de um *status* provisório de inocência, o qual prevalecerá até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. O estado de inocência, implica que as eventuais restrições à liberdade individual sejam, comprovadamente, imprescindíveis,⁸ tendo, ainda, curto prazo de duração, sob pena de configurar-se execução antecipada da pena. Decorrendo, daí, a excepcionalidade de qualquer modalidade cautelar que venha a ser aplicada no curso processual.⁹

Considerado como a cláusula de segurança do sistema jurídico,¹⁰ o devido processo legal, visa assegurar “a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões”.¹¹ No tocante as medidas de cautelas o devido processo legal se apresenta na necessidade de contraditório, dever de motivação e a necessidade de controle dos atos decisórios, em observância ao duplo grau de jurisdição.¹² garantindo aos litigantes uma atuação ativa no decurso de todas as fases processuais.

⁴ PACHELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. A reforma da lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31-32.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*. 4. ed., rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16-17.

⁶ PACHELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Op. cit.*, p. 32.

⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei nº 12.403/2011*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31, p. 33.

⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*, 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

¹⁰ *Ibidem*, p. 79.

¹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 74.

¹² CÂMARA, Luis Antonio. *Medidas Cautelares Pessoais Prisão e Liberdade Provisória. De acordo com a reforma do código de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013, p. 70-81.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, principal sustentáculo das medidas cautelares,¹³ tem-se que há de ser identificado em cada situação penal concretizada um verdadeiro coeficiente de razoabilidade.¹⁴ Sendo necessário, portanto, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a partir de um juízo escalonado e sucessivo entre as cautelares. Sob tal prisma, não se pode impor ao acusado mais do que aquilo que ao final lhe será exigido de modo que entre a cautela a ser aplicada e a hipotética sanção final deve haver estrita correspondência.

Quando da análise do tema requer-se, ainda, a observância das características das medidas cautelares, quais sejam: a provisoriedade, vinculada a duração razoável das medidas cautelares, onde reconhece-se que, embora não haja um lapso temporal pré-fixado para término do provimento cautelar, mostra-se pacífico que sua vigência é transitória, uma vez desaparecendo a conveniência da medida não haverá mais necessidade de sua manutenção.¹⁵

A revogabilidade de modo que uma vez alterado o quadro fático-probatório devem ser revistas e revogadas quando não mais se fizerem adequadas ao caso concreto. Aqui há que se considerar a transitoriedade e mutabilidade do processo, o que não impede de virem a ser novamente cominadas, se sobrevirem razões que as justifiquem.¹⁶ A substitutividade das medidas cautelares, na qual revela-se perfeitamente viável que uma medida cautelar seja substituída por outras medidas, isolada ou cumulativamente, sempre sob a perspectiva da prisão preventiva como *ultima ratio*. Por fim, no concernente a excepcionalidade, cumpre frisar que, por tratarem de medidas que restringem direitos e garantias devem ser impostas apenas em casos excepcionais.

Isto posto e sendo certo a necessidade de compreensão do tema sob o enfoque do direito penal mínimo, onde sendo o próprio Direito Penal subsidiário, somente empregado ante a ineficaz proteção de normas de outra natureza em assegurar a devida tutela aos bens jurídicos infringidos ou ameaçados.¹⁷ Sendo,

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 819.

¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 37.

¹⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. Op cit., p. 465.

¹⁶ Ibidem, p.465-466.

¹⁷ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. Op. cit.,p. 39-40.

ainda, a pena privativa de liberdade a última a ser imposta, apenas aplicável em face da impossibilidade de sua substituição por restritivas de direitos, o encarceramento preventivo também há de ser.

Essencial, pois, que a prisão preventiva tenha sua esfera de incidência adequadamente determinada e restringida, sob pena de superar em gravidade o próprio direito penal e a aplicação da pena, razão de ser do processo.¹⁸

Na esteira desses ensinamentos, e considerando que a prisão provisória não tolhe apenas o direito de ir e vir do sujeito, mas enseja na abolição expressiva de um feixe amplo e significativo de outros direitos essenciais — tais como o direito ao exercício da profissão; da intimidade; privacidade; da dignidade da pessoa —, MORAES ressalta a excepcionalidade da medida, advertindo que:

por essa razão a preocupação do constituinte foi permitir a prisão provisória em níveis restritos e residuais, ou seja, como *ultima ratio* das medidas coativas pessoais e, quando necessária em casos limites, ser executada de forma a garantir o mínimo de direitos ao preso. Sua natureza de *ultima ratio* deve, portanto, ser respeitada pelo legislador infraconstitucional quando da elaboração de um novo Código de Processo Penal, e pelo julgador no instante de interpretar e a aplicar as normas restritivas.¹⁹

Desta feita, visando o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e principalmente a expressa positivação da subsidiariedade da prisão preventiva, a reforma processual promovida a partir da Lei nº 12.403/11 revela-se fundamental a estratégia normativa de situar o recolhimento ao cárcere como última opção a ser empregada. É o que se extrai da leitura de cinco artigos,²⁰ cujas redações sofreram alterações pela referida Lei, todos eles destinados determinar a excepcionalidade na decretação preventiva, estabelecendo alternativas e requisitos a serem observados pelo Magistrado antes da decretação da medida extrema.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal foi objeto de alteração parcial no tocante ao regime jurídico das Medidas Cautelares Pessoais, com a criação de medidas cautelares alternativas ao cárcere, proporcionando alternativas eficientes e concretas às prisões cautelares. Rompendo

¹⁸ Ibidem, p. 40.

¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 354.

²⁰ Cite-se os artigos 282 §§4º e 6º; 310-II e III; 312 §ún.; 314 e 312, todos do Código de Processo Penal.

com o modelo binário até então vigente, da prisão cautelar e liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva.²¹

Tratando-se de alternativas ao recolhimento ao cárcere, ocupando posição intermediária entre a liberdade provisória e a prisão preventiva que, por seu caráter essencialmente instrumental, mostra-se menos aflitiva ao direito de ir e vir, mas que, de igual modo, assegura o regular desenvolvimento do processo.²²

Dessa maneira, cabe ao magistrado primeiramente averiguar se é caso de manter o acusado em liberdade sem nenhuma restrição, optando sempre pela manutenção do *ius libertatis*. Considerando, entretanto, a partir da análise individualizada do caso concreto presente a exigência de cautelaridade para fins de investigação e/ou do processo, deverá examinar a possibilidade de imposição de uma das medidas cautelares alternativas ao cárcere que melhor se adeque à tutela pretendida.²³

Aqui, revela-se essencial a escolha da medida cautelar, dentre as previstas legalmente, que se manifeste menos gravosa a restrição ao direito fundamental de liberdade, mas que de igual modo mostre-se suficiente à exigência da custódia processual.²⁴

Uma vez imposta uma das medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal e esta venha a ser descumprida, poderá o juiz substituir a reprimenda ou impor outra em cumulação, mas somente em último caso, decretará a preventiva. Assim, cabe ao Magistrado sempre um juízo de preferência pelas cautelares alternativas ao cárcere.²⁵

Nesse passo e contexto, não sendo possível nenhuma das determinações anteriores ao caso concreto, é que resta a possibilidade da decretação da prisão preventiva, como alternativa igualmente válida e legítima, caracterizando-se em determinadas situações como a única adequada. Todavia, desde que preenchidos as condições do artigo 312 e igualmente as exigências do art. 313, ambos do Código de Processo Penal.²⁶

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

²² GIACOMOLLI, Nereu José. Op cit., p. 99-101.

²³ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. Op. cit., p. 41-42.

²⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Op cit., p. 38 e 39.

²⁵ PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. Op. cit., p. 42.

²⁶ *Ibidem*, p. 42-43.

Em suma, em nosso sistema a opção legislativa foi no sentido de privilegiar as cautelares diversas ao cárcere, resguardando a prisão preventiva apenas nos casos e na forma prevista em lei.²⁷ É necessário, pois, a conscientização de que toda prisão sem julgamento trata-se de atuação de força e de arbítrio, cujo emprego constitui o ato mais humilhante e aflitivo de todo o sistema punitivo,²⁸ justificada somente diante de suporte fático, concreto e individualizado que legitime a medida.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*, 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Luis Antonio. *Medidas Cautelares Pessoais Prisão e Liberdade Provisória. De acordo com a reforma do código de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

DEMANTO JUNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. 2. ed. amp. e atual. São Paulo: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*. 4. ed., rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.5

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei nº 12.403/2011*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁷ CÂMARA, Luis Antonio. *Medidas...*, p. 125.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 446.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória. A reforma da lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saravira, 1993.