

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Cintia Santarém Cardinali¹

O advento da Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal-CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e instituiu medidas cautelares, motivou a organização do Curso "O Novo Regime das Medidas Cautelares", pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, nos dias 04, 11, 18 e 25 de julho e 1º de agosto e 20 de agosto de 2010, com a participação de todos os magistrados que atuam no direito penal, convocados que foram para assistir à série de palestras programadas com vários operadores do direito, como desembargadores, juízes, advogados, defensores públicos e procuradores de justiça, com os quais puderam debater amplamente os aspectos mais controvertidos dessa nova sistemática jurídica.

As palestras e os debates foram muito profícuos, especialmente se considerarmos que essa foi a primeira oportunidade para a troca de ideias sobre uma lei que trouxe inúmeras perplexidades e que são devidas, em grande parte, pela arraigada prática processual adotada pela maioria dos profissionais da área, ainda pautada por paradigmas que foram claramente afastados por esse diploma legal.

De fato, as palestras programadas acabaram por revelar as correntes ideológicas que se digladiam em nosso Tribunal, como bem observou o Desembargador Luiz Gustavo Grandinetti no último módulo do curso²,

¹ Juíza Titular da 4ª Vara Criminal de Niterói.

² Segundo a programação original do curso, esse módulo seria o primeiro e não o último.

ao mencionar a clara dicotomia que se estabeleceu entre os partidários do chamado *garantismo penal*, teoria desenvolvida principalmente pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, a partir da premissa de necessidade de defesa da liberdade humana em face da arbitrariedade do Estado³, e os partidários da escola clássica do direito penal, que, em sua vertente mais radical, desenvolvida pelo professor alemão Günter Jakobs a partir dos anos 90 chegou a ficar conhecida como “Direito Penal do Inimigo”. Com efeito, pregando o direito penal máximo com fundamento na teoria contratualista de Hobbes, asseverou-se que um indivíduo que descumpra o contrato social perde o estado de cidadão, devendo ser visto como inimigo/delinquente e excluído das regras deste contrato. Ainda no contexto de contraposição à teoria garantista, lembrou o Desembargador expositor o princípio da proibição da proteção deficiente, segundo o qual, se devem existir mecanismos humanitários para a restrição das liberdades pelo Estado, há também a exigência de que não se passe, sob o argumento de proibição de excessos, a considerar “excesso” qualquer atitude no sentido de reprimir a criminalidade, anulando-se o próprio o *ius puniendi* estatal⁴.

Nesse quadro, propôs o ilustre palestrante que se faça um debate ideológico mais amplo no âmbito do nosso Tribunal, mas sem perder de vista que podem e devem ser buscados espaços possíveis de consenso para garantir a credibilidade do próprio judiciário.

Para que essa tarefa seja realizada, desde logo propõe o palestrante que sejam compreendidos alguns “mitos” que ainda imperam no direito penal e que muito têm contribuído para impedir os citados “espaços de consenso”, obliterando a reflexão séria acerca dos princípios fundamentais do direito e conduzindo os magistrados a graves equívocos na interpretação e aplicação da lei penal.

3 O que importaria, dentre vários outros princípios, o do direito penal mínimo, o da separação das atividades de julgar e acusar e o da presunção de inocência.

4 A matéria é por demais extensa para ser adequadamente desenvolvida no âmbito estrito deste trabalho, que, segundo orientação da Emerj, deve concentrar-se na abordagem da aplicação prática dos fundamentos teóricos expostos no curso.

Segundo o citado Desembargador, o primeiro dos mitos seria o brocardo *in dubio pro societatis*, aplicado para justificar a deflagração da lei penal, eis que o mesmo deriva de um discurso de autoridade ensinado na Exposição de Motivos do CPP de 1940, de inspiração fascista, e que não encontra fundamento em qualquer norma jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional. Do contrário, assevera que a nossa Constituição Federal consagra o princípio da presunção de inocência, princípio político dirigido fundamentalmente aos juízes.

O segundo mito lembrado e que precisaria ser derrubado seria o da chamada "*verdade real*" ou absoluta, surgido com o sistema do livre convencimento inspirado no iluminismo, que pregava o racionalismo e o cientificismo. Assim, para se afirmar, o Direito teria começado a buscar nos princípios da física, inspirados no cientificismo, os seus próprios fundamentos, baseados na afirmação da capacidade do ser humano no seu raciocínio, obtendo, assim, a verdade real/absoluta. Entretanto, pondera o expositor, a física caminhou e descobriu que a verdade real não existe. É a física quântica. O que há é a percepção humana, que não corresponde necessariamente à realidade. Nada na física é absoluto; o tempo, a consistência, a massa são relativos. Tanto que as verdades se mostram verdadeiras hoje, mas amanhã podem não ser mais. A única verdade existente é a aproximativa, que se assemelha a uma verossimilhança/probabilidade. Portanto, verdade "real" é a verdade simplesmente antecipada na cabeça do julgador.

Por fim, menciona o palestrante citado que o terceiro mito, inspirado nas teorias morais de Locke e Hume acerca dos proprietários virtuosos, consistiria na concepção arraigada no imaginário do julgador no sentido de que deveria assegurar os direitos somente daqueles que o remuneram, ou seja, da parte da sociedade que paga os seus salários, e não ser juiz para garantir direitos ao outro, ao diferente, ao excluído. No entanto, afirma que o nosso CPP tem também uma vocação civilizatória, no sentido de trazer para a "sociedade" os que estão à margem desta, mas a sua inspiração não é a mesma que norteou a edição da Lei 12.403/11.

Nesse prisma, asseverando que a Lei 12.403/11 foi construída na

academia, pela jurista da USP Ada Pellegrini Grinover e seu grupo, menciona o Desembargador palestrante que deve esse diploma legal ser entendido à luz do anteprojeto do novo CPP, que colocou a proibição do excesso na sua parte principiológica, nada ali havendo que possa remeter o intérprete à teoria da proibição deficiente.

Tais considerações seguiram a tônica das exposições, pois embora o tema do curso em questão dissesse respeito diretamente às novas medidas cautelares no processo penal, o ponto nodal dos acalorados debates, sempre permeados pelas considerações ideológicas mencionadas, acabou sendo o da prisão processual, especialmente em virtude da nova redação dos arts. 310 e 311 do CPP, dada por essa Lei 12.403/11.

Diante desse aspecto, também optamos por concentrar as nossas considerações em algumas perplexidades e desafios que esses dois dispositivos legais vêm trazendo aos magistrados que atuam nas varas criminais.

De fato, a nova lei impôs ao juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante - APF, o dever de adotar, fundamentadamente (como é óbvio, diante de mandamento inserido na Constituição da República nesse sentido), uma das três providências: relaxar a prisão ilegal ou converter em preventiva a prisão em flagrante, quando insuficientes uma das medidas cautelares previstas no art. 312 do CPP ou, por fim, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tal redação, para muitos, como menciona Aury Lopes Júnior com inequívoco acerto (o que não se pode deixar de observar), não trouxe qualquer novidade, pois esse dever já tocava ao magistrado antes da aludida alteração da redação do art. 310 do CPP, dado que a prisão em flagrante, como medida precária, de natureza pré-cautelar e administrativa, não era mesmo título hábil para manter a restrição da liberdade de alguém por período superior às 24h de que dispõe a autoridade policial para comunicar esse ato ao juiz competente ⁵.

5 LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Lumen Juris, 2010, p. 33.

O próprio Conselho Nacional de Justiça-CNJ, ainda em 27 de janeiro de 2009, já havia editado a Resolução nº 66⁶, que estabelece, em seu art. 1º, que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, **ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais**, fundamentar sobre: I. a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir; II. A manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva ou, III. O relaxamento da prisão.

Entretanto, a maioria dos magistrados, antes da edição da Lei 12.403/11, quando não vislumbrava irregularidade formal no APF e, além disso, considerava presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, não a decretava expressamente, eis que se limitava a manter a própria prisão em flagrante como o título válido para a constrição da liberdade do autuado, até que deferisse a este a liberdade provisória.

Essa sistemática, no entanto, não se demonstra mais admissível depois da nova redação do art. 310 do CPP que agora impõe expressamente ao juiz, na hipótese acima indicada, o **dever de *converter a prisão em flagrante em preventiva***, expedindo, inclusive, **mandado de prisão específico** para fins de registro obrigatório no banco de dados mantido pelo CNJ, consoante a nova redação também dada pela Lei 12.403/11 ao art. 289-A do CPP⁷.

Nesse quadro, várias questões têm sido suscitadas.

A primeira delas diz respeito à possibilidade de vir o magistrado a decretar a prisão preventiva de alguém autuado em flagrante à vista, **tão somente**, do exame do APF que lhe é encaminhado pela autoridade policial no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, muitas vezes por cópia, sem assinaturas e desacompanhada até mesmo de alguns laudos essenciais e da integralidade dos depoimentos colhidos.

Com efeito, o novo art. 311 do CPP não mais admite que o juiz

⁶ Essa Resolução teve a sua redação parcialmente alterada pela Resolução nº 87 do CNJ, editada em 15.09.2009.

⁷ O CNJ, por sua vez, já editou a regulamentação do registro do mandado de prisão a que se refere esse dispositivo legal, como se vê da Resolução nº 137, de 13.07.2011.

decrete **de ofício, na fase pré-processual**, a prisão preventiva⁸ e, por outro lado, o citado art. 310 não faz menção à necessária oitiva do Ministério Público, como prevê a Resolução nº 66/2006 do CNJ.

Além disso, nesse momento, o próprio Ministério Público ainda não terá formulado a sua *opinio delicti*, dado que dispõe do prazo de 05 dias do recebimento dos autos do inquérito policial para o oferecimento da denúncia no caso de réus presos, e de 15, no de soltos (art. 46 do CPP), sendo certo que a autoridade policial, por seu turno, tem 10 dias para concluir o inquérito se o indiciado estiver preso em flagrante, e 30, se ele estiver solto (art. 10 do CPP), não havendo qualquer menção na referida reforma processual da revogação desses prazos. Daí porque, somados esses prazos, ainda hoje teria o Ministério Público o prazo de 15 dias a partir da prisão para o oferecimento da denúncia, se preso o réu.

Assim, como poderá o magistrado – que não é titular da ação penal e antes que o Ministério Público se manifeste acerca da questão – pronunciar-se sobre a presença do *fumus comissi delicti*, ou seja, sobre a prova da materialidade do crime e de indícios de autoria, **requisito essencial da prisão preventiva** (embora não o único), somente à vista do APF, quando não há sequer denúncia? E se Ministério Público, no prazo que lhe assegura a lei, vier a pedir o arquivamento do inquérito ou então oferecer denúncia dando nova capitulação jurídica aos fatos relatados no APF, imputando ao denunciado, por exemplo, tipo penal que não comporte decretação da prisão preventiva, como são aqueles referidos, a *contrario sensu*, no inciso I do art. 313 do CPP⁹?

A par desse aspecto, também deve ser considerado que o APF, por si só, não fornece informações necessárias para verificar a presença dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam, a garantia

⁸ Embora grande parte dos doutrinadores, com acerto, não admitisse, antes mesmo do advento da Lei 12.403/11 (e apesar da então redação do art. 311 do CPP), diante dos princípios do sistema acusatório que asseveram preponderar em nosso ordenamento jurídico, a decretação de ofício de prisão preventiva pelo juiz na fase do inquérito policial. De fato, se assim procedesse, o juiz, no mínimo, atentaria contra os princípios da sua imparcialidade e da inércia processual.

⁹ Ou seja, os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

da ordem pública (ameaça às instituições públicas ou risco de reiteração criminosa), que normalmente se apura pela natureza do delito, mas também pela FAC, ou a conveniência da instrução criminal (destruição de provas pelo autuado ou ameaça a testemunhas) ou, por fim, a garantia de aplicação da lei penal (se dispõe o autuado de intenção e meios privilegiados para fugir).

Nessas circunstâncias, para que se evitem decisões precipitadas e mal fundamentadas, temos que, por ora, considerando o grau de amadurecimento dos debates e a recenticidade da entrada em vigor da Lei 12.403/11, a melhor solução para esse impasse é interpretar a norma do art. 310 do CPP como dever imposto ao magistrado de apreciar imediatamente a regularidade formal do flagrante e, se os elementos ali constantes permitirem uma avaliação minimamente segura, deferir ao autuado a liberdade provisória, com ou sem fiança, quando cabível, em tese, esse benefício.

Quando a hipótese, ao contrário, permitir, em tese, a decretação da prisão preventiva (por exemplo: roubos majorados e tráfico de entorpecentes) e as circunstâncias fáticas ali indiciadas sinalizarem a necessidade da manutenção da custódia preventiva do autuado e não houver ainda manifestação do Ministério Público nesse sentido, entendemos que a decisão judicial acerca da conversão da prisão em flagrante em preventiva deva ocorrer somente após o decurso do prazo legal de que dispõe o Ministério Público para formular a sua *opinio delicti* (15 dias a partir da prisão). Assim, já de posse da denúncia e da demonstração, por quem incumbe fazê-lo, da ocorrência do *fumus comissi delicti* (que também é requisito para o oferecimento da denúncia) e do *periculum libertatis*, decerto terá o magistrado elementos suficientes para fundamentadamente decretar, se for o caso, a prisão preventiva do agora denunciado e não do meramente autuado pela autoridade policial.

Tal solução, a nosso sentir, não afronta os princípios da inocência e o da excepcionalidade das prisões cautelares que, de resto, também devem ser compatibilizados com o princípio da segurança social, eis que todos encontram abrigo no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, *caput*, da CF).

Ademais, como já demonstrou a prática à frente de uma vara criminal deste Estado (prática ainda que pequena, à vista do curto tempo de vigência da Lei 12.403/11), a situação acima enunciada ocorrerá em pouquíssimas oportunidades e, portanto, em caráter realmente excepcional, dado que a nova redação do art. 306 do CPP impôs à autoridade policial o dever de comunicar imediatamente a prisão de qualquer pessoa também ao Ministério Público. Não raro, a comunicação de uma prisão ao Juiz e ao Ministério Público é trazida ao fórum na mesma oportunidade, aguardando o policial responsável a distribuição do expediente a uma das Varas Criminais da Comarca para, logo em seguida, entregar ao promotor de justiça respectivo a sua cópia do APF. Assim, sendo este diligente (como se espera) e entendendo necessária a conversão daquela prisão em flagrante da qual tomou conhecimento em preventiva, decerto formulará o pedido nesse sentido ao juiz, fundamentando-o da melhor forma possível (mesmo diante da precariedade dos elementos de convicção normalmente coligidos nessa etapa investigatória), quando não oferecer desde logo a denúncia, por reputar presentes também os fundamentos para tal.

O mesmo pode ser dito quanto às medidas cautelares agora previstas no art. 319 do CPP, cuja decretação, na fase da investigação criminal, também depende de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (art. 282, § 2º, do CPP).

Daí porque, encerramos estas nossas breves considerações afirmando que, a nosso sentir, não há qualquer violação a disposição legal ou constitucional, mormente à luz da norma do art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República, na manutenção da prisão em flagrante do indiciado até que transcorra integralmente o prazo de 15 dias de que dispõe o Ministério Público para o oferecimento da denúncia, quando não houver manifestação anterior deste e, tampouco, vício formal no APF que retrate também, em tese, o cometimento de delito que admita a decretação da prisão preventiva. ♦