

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

**Adriana Therezinha Carvalho
Souto Castanho de Carvalho¹**

A Lei número 12.403, de 04 de maio de 2011, visando ao aprimoramento da atuação do Poder Judiciário no âmbito do processo penal, introduziu, no sistema processual penal brasileiro, medidas cautelares, diversas do encarceramento provisório. A primeira discussão que se tem sobre o tema é quanto à efetividade de tais medidas.

Parcela dos integrantes do Poder Judiciário e mesmo a própria mídia entenderam que a referida legislação, em vez de garantir a aplicação da lei, enseja a proteção deficiente da sociedade, por limitar as hipóteses de encarceramento provisório. Alguns sustentam que a reforma tem finalidade meramente econômica, visando a reduzir os custos do Poder Executivo, na medida em que os gastos com a manutenção de presos vêm se elevando a cada ano.

Ouso discordar de tais argumentos. Realmente, a lei número 12.403/2011 trouxe em seu bojo algumas perplexidades; no entanto, notório é que sua elaboração foi fruto de trabalho de vários juristas, visando à adequação do processo penal brasileiro à diretriz constitucional que consagra os princípios da presunção de inocência e do sistema jurídico acusatório.

As perplexidades oriundas da análise do texto decorrem da inserção da Lei número 12.403/2011 em uma legislação paradoxal, na qual os sis-

¹ Juíza de Direito titular da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital.

temas acusatórios e inquisitivos se mesclam e se confundem.

Obviamente, a total reforma do texto processual penal teria ensejado a ausência de tais perplexidades. No entanto, Poder judiciário e os intérpretes do direito, hão de dirimi-las, sempre voltados à norma constitucional e aos princípios magnos que regem a matéria.

Ressalte-se que a lei número 12.403/2011, embora, a princípio, possa ser encarada como meio de proteção deficiente à sociedade (já que limita a aplicação da prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos), dependendo do Juiz que a aplica, poderá tornar-se meio a violação do princípio constitucional da presunção de inocência, ou mesmo legislação arbitrária violadora dos basilares direito à liberdade (ante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares a qualquer ilícito – inclusive àqueles para os quais a medida não seja na situação fática apresentada necessária- ou mesmo possibilitará decretação da prisão preventiva sob a alegação de seu descumprimento, ou mesmo o decreto de preventiva pela soma de penas na hipótese de concurso material) .

Frise-se que as pessoas trazem em si noções preconcebidas, preconceitos, mitos, cujas raízes podem ser encontradas em sua vivência e formação. Impossível lhes é analisar o fato com imparcialidade, vez que toda análise fática importa uma convicção parcial, usualmente maculada pelos conceitos, mitos e outras concepções, algumas das quais, não raro, nos acompanham desde a infância. Sob esse enfoque, não há verdade real, mas produzimos determinado ponto de vista sobre a situação, que pode ser analisada de diferente forma, por distintos participantes de uma mesma cena.

Como dizia Nietzsche, “o homem é antes de tudo um animal que julga”, “não existindo um caminho único e correto”, vez que “são muitas as verdades e, por esse modo, não existe verdade alguma”^{2[1]}. Portanto, a lei número 12403/2011 traz em seu bojo o risco do “juiz herói, do juiz defensor da sociedade ou do juiz defensor do carente, do juiz protetor do

2 [1] *Apud* PERCY, Allan – **Nietzsche para Estressados** – páginas 20 e 41 , Editora Sextante, 1ª edição.

excluído da sociedade de selva” violar, interpretando-a e aplicando-a, os princípios da presunção de inocência, do sistema acusatório e da segurança pública, passando, na ânsia de fazer justiça, a criar a injustiça. Deveria o intérprete, em impossível missão, despir-se do julgamento prévio, cientificar-se da inexistência de caminho correto e certo, aplicando os dispositivos legais ao caso concreto com observância dos princípios constitucionais de presunção de inocência, segurança pública e sistema penal acusatório.

Passando à análise da própria lei, verificam-se alguns pontos controvertidos, que geram dúvidas ao aplicador. Afinal, qual peça deverá ser remetida à autoridade judicial, ao Ministério Público e à Defensoria Pública após a lavratura do auto de prisão em flagrante? Qual o prazo para a remessa de tal peça processual? O processo se inicia só a partir da denúncia? Qual o prazo para a autoridade judicial decidir quanto ao relaxamento, conversão da prisão em preventiva, aplicação de medida cautelar, ou concessão de liberdade? Há necessidade de prévia manifestação do *Parquet*? As medidas cautelares são aplicáveis a qualquer delito ou apenas como substitutivas à prisão preventiva? O que ocorre no caso do artigo 366 do C.P.P.?

Tais questionamentos ainda não estão pacificados... No entanto, a lei se encontra vigente e deve ser aplicada, não podendo o intérprete recusar sua incidência ao caso, sob o fundamento de ausência de pacificação quanto às questões que lhe são colocadas.

Pela leitura do artigo 310 do C.P.P., verifico que, diversamente do sustentado por vários juristas, não há previsão legal de encerramento do procedimento inquisitorial, na hipótese de flagrante, no prazo de 24 horas e sua remessa à autoridade judicial. De fato, o artigo 10 do C.P.P. continua vigente; ou seja, tem a autoridade policial o prazo de 10 dias para conclusão do inquérito policial, na hipótese de estar o indiciado preso. Apenas tem a obrigação de, no prazo de 24 horas, promover a remessa à autoridade judicial, ao Ministério Público e a Defensoria Pública, do *auto de prisão*, acompanhado de toda a documentação que o instrua, para que possa, a autoridade judicial, verificar a legalidade da prisão provisória e se for o caso cancelá-la, com sua conversão de prisão administrativa em prisão judicial. Saliento que tal conclusão se extrai da própria análise do texto, já que não

há neste a determinação de remessa dos autos, mas do auto de prisão.

Embora o artigo 311 do C.P.P. permita ao Juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva, observando-se os princípios constitucionais que informam o processo penal brasileiro, extrai-se que não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de tornar-se cotitular da ação penal, violando o sistema acusatório e a imparcialidade que lhe é exigida, determinar medida restritiva de direito e liberdade, sem prévio requerimento do legitimado ativo.

Assim sendo, deve o Juiz, ao receber o auto do flagrante, aguardar a manifestação do Ministério Público que poderá, no prazo de 24 horas, requerer qualquer das medidas expressas no artigo 310 do C.P.P.. Obviamente, não havendo qualquer manifestação do titular da ação penal, não poderá o Juiz, sob pena de violação do sistema penal acusatório e da imparcialidade que se lhe impõe o múnus de que se encontra investido, decretar medidas cautelares, ou converter a prisão em preventiva. Compete-lhe apenas, ante a inércia do *Parquet*, libertar o indiciado, ante o princípio da presunção de inocência. Ressalte-se que o Juiz não fica, no entanto, adstrito a cumprir a "determinação" do Ministério Público. Verificando a existência de ilegalidade do flagrante ou mesmo inadequação da prisão preventiva à hipótese, ante a possibilidade de sua substituição por medidas cautelares, deverá fazê-lo, ou seja, libertar o indiciado.

A prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do C.P.P, pode ser decretada com a finalidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para fins de assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova suficiente da existência do crime e de sua autoria, podendo, ainda, ser aplicada aos casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, só sendo admitida nas hipóteses do artigo 313 do mesmo diploma legal. Sua aplicação é possível, nos termos do artigo 311 do C.P.C., não só no curso da ação penal como na fase inquisitorial.

Retumbante crítica se faz ao decreto de prisão preventiva com fundamento na garantia à ordem pública. Como bem ressaltado pelo Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em palestra proferida na EMERJ, a violação à ordem pública ocorreria em caso de

violação ao “normal funcionamento dos órgãos públicos e a regular fruição dos direitos individuais e coletivos: Grupos que dominam comunidades, “bondes” que incendiam ônibus, atacam viaturas, fecham o comércio; atentado ao monopólio estatal da força (arma de fogo)”.

Os decretos de prisão, no entanto, não podem ser genéricos, devendo fundamentar-se ao caso, de forma adequada.

Incabível é o jurista somar as penas máximas cominadas aos delitos, para ensejar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva. Ressalte-se que o somatório das penas máximas, no concurso material ou mesmo interpretação mais gravosa é contrário ao texto legal. As medidas cautelares, embora possam substituir as prisões preventivas, quando o decreto prisional se demonstrar inadequado à hipótese, podem ser aplicadas aos casos não abrangidos pelo artigo 313 do C.P.P., podendo, inclusive, ser aplicadas aos crimes culposos, ante sua adequação ao caso, nos termos do artigo 282 do C.P.P., como, por exemplo a medida prevista no artigo 319, inciso III e V, do C.P.P. em crime de lesão corporal culposa em trânsito provocado por embriaguez.

Não podem, no entanto, as medidas cautelares, nos termos do artigo 288, parágrafo 1º, ser aplicadas a infrações às quais não for isolada, cumulativamente ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Também incabível se faz sua aplicação às contravenções penais, vez que o artigo 282, inciso II do C.P.C. condiciona sua aplicação aos crimes.

Havendo a aplicação de medida cautelar de forma indevida, pode a defesa ou interessado a esta se opor mediante a interposição de *habeas corpus*. Da mesma forma, não sendo determinada a aplicação da cautelar requerida pelo M.P. ou pelo assistente técnico, poderá a parte insatisfeita utilizar-se do mandado de segurança. Frise-se que a atuação do assistente técnico só é possível na fase da ação penal; ou seja, após o oferecimento da denúncia, não sendo cabível sua atuação, por expressa limitação contida no CPP, na fase inquisitorial.

Entendo, ainda, ser possível impetrar *habeas corpus*, quando a medida cautelar se estender por tempo irrazoável, quando se torne em

vez de medida cautelar a assegurar o processo, cumprimento antecipado de pena.

A lei não fixa prazo para duração da medida cautelar. No entanto, esse prazo deve nortear-se pelos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Lógico, ainda, é que importando a medida cautelar em cerceamento de liberdade e assemelhada à própria pena deverá haver detração penal. Cabível, também é a utilização do *habeas corpus*, quando a medida cautelar de fiança for fixada com a finalidade de ensejar a impossibilidade de sua prestação, como no caso do Juiz que a fixou em R\$ 54.0000.0000,00 para réu notoriamente pobre.

É possível a aplicação de medida cautelar de internação ao semi-imputável, mesmo quando previsto tratamento ambulatorial.

Podem as medidas cautelares ser aplicadas a título de condição de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 86 parágrafo 2º da Lei número 89.099/95.

Para garantia de sua efetividade, as medidas cautelares devem ser anotadas na distribuição.

A aplicação dos institutos da prisão preventiva e das cautelares não se confunde com a decretação da prisão temporária. Em verdade, os fundamentos das medidas são distintos, não havendo cessado a possibilidade de decreto de prisão temporária que visa a viabilizar a investigação de fato, sendo para sua decretação imperiosa a existência do juízo de possibilidade e não de probabilidade, ensejador do decreto de prisão preventiva.

Há, ainda notória alteração de orientação quanto à violência doméstica, vez que o 313, III, parece pressupor a extensão das medidas protetivas de urgência ao sexo masculino em estado de vulnerabilidade, ao não restringir a aplicação das medidas apenas ao sexo feminino.

Nos casos do artigo 366 do C.P.P. viável se faz, dentre as hipóteses permitidas em lei, a aplicação de medidas cautelares e, em razão de seu descumprimento, a decretação de preventiva, nos termos do artigo 282, parágrafo 4º do C.P.P.

Tenho plena noção de que a matéria ainda será melhor apreciada e outros posicionamentos se firmarão. No entanto, essa é a vida dos operado-

res do direito, tentar mexer os pés, fazer os passos na busca de mudanças a ensejar uma sociedade mais justa e um mundo melhor, como na poesia:.

“ Eu mexo os pés e faço os passos
Procurando o mundo todo andar.
Eu mexo as mãos e desenho
Procurando o papel apenas riscar.
Tolo é quem não vive, e quem nunca viveu
Hei de escrever minha vida, com a mão que nunca escreveu
Vivo conto de fadas apenas por sonho meu
Sou feliz do meu modo, e quem ganha o mundo sou eu.”
Thábata Carvalho.^{3[2]}

Que um dia com nossas idéias possamos andar, ganhar, modificar e melhorar o mundo. ◆

3 ^[2] CARVALHO, Thábata - poesia “Feliz do Meu Modo”, **Das Palavras Faço o Mundo**, Ed. Bookess