

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Jorge Luis Le Cocq D'Oliveira¹

INTRODUÇÃO

De início, cabe registrar que merece aplausos a iniciativa da EMERJ e da ENFAM, ao decidir promover o Curso aos juízes criminais de todo o Estado, com o propósito não só de atualizá-los, mas também, e principalmente, de fomentar o debate e proporcionar uma excelente oportunidade para que dúvidas e perplexidades – tão comuns quando do advento de uma nova lei – sejam dissipadas, ainda que isso não ocorra integralmente em um primeiro momento, o que também é natural.

Como é do conhecimento do meio jurídico, em 04 de maio do corrente, foi publicada a Lei nº 12.403/2011, cuja vigência teve seu início em 04 de julho, tendo o novel diploma produzido alterações substanciais em nosso Código de Processo Penal, reformulando todo o sistema de prisão processual e criando medidas cautelares alternativas à sua decretação.

Nesse contexto, doravante, passam a existir apenas três modalidades de prisão:

– a temporária, decretada somente na fase extrajudicial e na qual o Juiz terá de ser necessariamente provocado, ou pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, só sendo a constrição cabível nos crimes constantes do taxativo rol previsto na lei extravagante que a criou (a Lei nº 7.960/1989) e pelos fundamentos nela traçados;

– a preventiva, que prossegue podendo ser decretada em ambas as fases, sendo que, na inquisitorial, o Juiz não mais poderá agir de ofício,

¹ Juiz de Direito do 2º Tribunal do Júri.

ressaltando-se que agora o assistente também está legitimado a requerê-la;

- a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Ficou, assim, definitivamente esclarecido que, além dos casos de prisão em flagrante, o particular só poderá vir a ter sua liberdade confiscada nas hipóteses acima descritas, dependentes sempre de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Com a nova redação do art. 283, o Código de Processo adequou-se ao texto constitucional, fazendo desaparecer do ordenamento jurídico pátrio as prisões por pronúncia e por sentença condenatória recorrível.

A própria prisão em flagrante, que pode ser efetuada por qualquer do povo e cuja formalização é um ato administrativo por excelência, passou a ser jurisdicionalizada, o que será visto mais adiante.

No decorrer do curso, abordaram-se as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, notadamente a possibilidade de adoção de medidas que vinculem o investigado ou o réu à persecução penal e evitem a prática de novas infrações penais, sem levá-lo ao cárcere, reservando-se, assim, a prisão preventiva aos casos de absoluta e comprovada necessidade.

Embora reconheça no diploma em comento o mérito de oferecer ao Juiz novos instrumentos para assegurar a efetividade do processo – pois, realmente, há situações intermediárias em que, por um lado, a prisão cautelar afigura-se uma demasia mas, por outro, impõe-se ao acusado certas obrigações –, manifesto minha preocupação com duas possíveis consequências: o malogro de muitas das novas medidas, pelas naturais dificuldades de sua fiscalização, e o fortalecimento da (a meu sentir) equivocada concepção de que, em nome do princípio constitucional da presunção de inocência, toda prisão processual é um excrescimento que deve ser combatida a todo custo.

DAS MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

Conforme a nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, são as seguintes as medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para

informar e justificar suas 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. Além dessas, no art. 320 é prevista a proibição de saída do território nacional, devendo o indiciado ou acusado entregar o seu passaporte em juízo.

À exceção da internação provisória, todas as medidas são baseadas no senso de responsabilidade daquele que responde a inquérito ou processo criminal, que deve ter a exata consciência de que se trata de uma oportunidade única concedida pela Justiça e que o seu descumprimento pode importar no seu encarceramento cautelar.

A medida do inciso I, inspirada no sursis e em uma das condições obrigatórias da suspensão condicional do processo, para os crimes de pena mínima não superior a um ano (Código Penal, art. 78, § 2º, e Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 1º), tem a finalidade de *não permitir que o réu se esqueça da ação penal*, dificultando a sua revelia – pois será sempre mais fácil intimá-lo para os atos processuais –, além de possibilitar um certo controle sobre seus passos.

O inciso II, também extraído dos institutos do sursis e da suspensão

condicional do processo, é adequado para os casos dos eternos brigões de torcidas organizadas e casas noturnas e para todos aqueles que, voltando a determinado local, sentirão os mesmos estímulos que os levaram a delinquir.

A medida do inciso III, de inspiração na Lei Maria da Penha, deve ser utilizada para proteger vítimas e testemunhas, mas obviamente só terá eficácia com acusados que não ostentem periculosidade e não sejam violentos.

A medida do inciso IV, também baseada no *sursis* e na suspensão processual, deve ser aplicada com frequência, já que a presença do indiciado ou acusado será sempre conveniente ou necessária à investigação ou instrução, ainda que o mesmo tenha o direito de silenciar. Pode surgir a necessidade de reconhecimento, acareações etc. Penso que tal medida, no universo das cautelares, deve ser sempre imposta, só devendo ser excepcionada por razões profissionais ou por outro motivo sério, devidamente comprovado.

A medida do inciso V constitui uma novidade; é bem mais restritiva da liberdade do apontado autor da infração penal – que, a rigor, só poderá sair de casa para trabalhar e nada mais – e, por isso, o Juiz só deve aplicá-la quando perceber a insuficiência da providência de que trata o inciso anterior. Tal medida, logicamente, não se confunde com a prisão domiciliar – que, como o nome já diz, é prisão e não alternativa a ela – e só é cabível nos casos expressamente definidos no art. 318.

A medida do inciso VI parece ter sido direcionada, no primeiro caso – suspensão da função pública, já prevista na atual Lei Antidrogas (art. 56, § 1º) – a maus policiais, a funcionários aduaneiros envolvidos com contrabando – aqui no âmbito da Justiça Federal – e a todos os casos de corrupção em geral, que, como a imprensa noticia quase que diariamente, não são poucos no Brasil. No segundo caso – suspensão da atividade econômica –, o alvo foram os autores de crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, ou seja, dos chamados *crimes do colarinho branco*. Além do natural prejuízo à colheita de provas, seria um escárnio que, tanto em um como em outro caso, o agente continuasse a exercer suas funções e a enriquecer ilicitamente, enquanto sua conduta estivesse sendo apurada.

A medida do inciso VII veio suprir uma lacuna na legislação proces-

sual. Com a extinção da medida de segurança provisória, desde o advento da Lei de Execução Penal (a Lei nº 7.210/1984), não havia providência adequada para as hipóteses em que um doente mental, autor de um delito grave, continuasse a pôr em risco a integridade das pessoas. Muitas vezes, o Juiz, por falta de opção, adotando a teoria da ponderação de valores – ou do *mal menor* –, terminava por decretar a prisão preventiva desse inimpunível, que, até sentença, ficava confinado em uma unidade prisional comum e não em um hospital de custódia, que seria o mais acertado. Outro aspecto a ser abordado é que, certamente haverá casos de urgência (loucura furiosa, p.ex.) em que o Magistrado não poderá aguardar a elaboração de um laudo pericial, devendo decretar a cautelar em questão antes mesmo do pronunciamento dos louvados.

No inciso VIII, a Lei procurou resgatar o instituto da fiança, que andava em franco desuso no cenário do processo penal brasileiro. Agora desvinculada da prisão em flagrante, seus valores foram elevados e atualizados, sendo adotado salário-mínimo como seu índice – que, como possui previsão constitucional, não corre o risco de ser extinto, como ocorreu com outros índices, como o Salário Mínimo de Referência e o BTN, gerando infundáveis discussões sobre como deveria ser feito o arbitramento. Não há mais a vedação para a sua concessão nos crimes praticados com violência ou grave ameaça – o roubo e o homicídio simples (desde que não praticado por grupo de extermínio, já que aí tornar-se-ia hediondo), passaram a ser afiançáveis, o que não parece razoável. A grande inovação, contudo, está na possibilidade de a autoridade policial conceder fiança nas infrações punidas com pena corporal até quatro anos, independentemente de sua natureza (reclusão, detenção ou prisão simples) e, certamente, haverá questionamentos sobre se o Delegado poderá recusar a fiança, alegando que estão presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (art. 324, IV). Nos casos de absolvição ou extinção da ação penal, o valor da fiança passa a ser restituído com a devida atualização monetária, o que é correto.

No inciso IX, está a monitoração eletrônica, que a Lei nº 12.258/2010, fazendo inserções na LEP, já autorizara nos casos de saída temporária de condenado em regime semiaberto e de prisão domiciliar.

Haverá, seguramente, os que a criticarão, afirmando que o equipamento é vexatório, expõe o seu portador e, assim, fere o princípio da dignidade humana. O argumento afigura-se frágil, já que se trata de instituto benéfico ao acusado, que certamente vai preferir ser monitorado a ser encarcerado. O problema parece ser outro. Será que a administração judiciária do País terá condições de fornecer o equipamento, em número suficiente, a todos os juízos criminais? E será que vale a pena copiar modelos de legislações estrangeiras, quando nossa realidade é bem diversa e quando não se tem sequer a certeza de que tais modelos se mostraram eficazes onde já foram implantados? Não por acaso, em entrevista à **Revista Veja** (edição nº 2230, ano 44, nº 33, pág. 21), o psiquiatra inglês Anthony Daniels, que usa o pseudônimo Theodore Dalrymple e trabalhou durante quinze anos como médico em prisões britânicas, ao ser indagado sobre o que achava da adoção do monitoramento eletrônico e da fiança pela Justiça brasileira, respondeu, com conhecimento de causa:

“Pela experiência britânica, tais medidas são um desastre. Um terço de todos os crimes da Escócia, inclusive estupros e assassinatos, é cometido por pessoas em liberdade condicional. Sou a favor desse recurso em algumas circunstâncias, como para crimes não violentos, mas para uso geral é uma tragédia. As tornozeleiras eletrônicas são uma temeridade em lugares onde a administração pública não é eficiente. Nem na Inglaterra a polícia consegue controlar os criminosos com esses equipamentos”.

Agora a norma já está em vigor e só resta aguardar para ver os resultados de sua aplicação prática e isso caso os juízos criminais venham a dispor do aparelho em quantidade condizente com a demanda que certamente existirá.

No art. 320, como já consignado, está a proibição de que o agente deixe o território nacional, que, para a efetivação da medida, deverá entregar seu passaporte no prazo de vinte e quatro horas. Embora já se

diga que a providência não terá grande alcance, eis que a maior parte da *clientela* da jurisdição penal é de baixo poder aquisitivo e não possui aquele documento, é justamente nesse ponto que ela mostrará sua importância, já que atingirá o acusado de melhor padrão socioeconômico, ou seja, aquele que viaja com frequência para o exterior, alertando-o sobre suas obrigações processuais, além de inibir sua fuga. E tanto isso é verdade que tal medida já era adotada antes mesmo de sua previsão legislativa, com base no poder geral de cautela, inerente a toda função jurisdicional. Com a previsão expressa, não haverá mais margem para questionamentos.

Em suma, são essas as principais características das novas medidas cautelares, todas de cunho pessoal, algumas trazidas de outros diplomas legais e outras verdadeiramente novas. Tudo indica que, diante da enorme dificuldade na fiscalização de seu cumprimento, aquelas que dependem do senso de responsabilidade do indiciado ou acusado só surtirão o efeito desejado para os primários, sem antecedentes e não ligados à criminalidade violenta. Para os portadores de antecedentes, ainda que não reincidentes, mas já acostumados a lidar com a Justiça Criminal, dificilmente elas serão suficientes.

E sobre a eficácia das novas medidas, cabe destacar um ponto que suscitou e vem suscitando acesos debates. A Lei nº 12.403, ao alterar a redação dos incisos do art. 313, dispôs que a prisão preventiva será admitida *nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos*. Então, como ficaria a situação de um réu que responde por um delito cuja pena corporal máxima não ultrapassa aquele limite (um furto simples, p.ex.) e que descumpra as cautelares que lhe foram impostas? A prisão preventiva poderia ser decretada, nos termos do art. 282, § 4º, e 312, parágrafo único?

A resposta só pode ser afirmativa, desprezando-se uma interpretação meramente literal do primeiro dispositivo citado e buscando harmonizá-lo com os demais, para se alcançar os fins do novo sistema. As cautelares foram introduzidas em nosso ordenamento para serem cumpridas com seriedade. Não se pode admitir que, no caso exemplificado (o do furto simples), o acusado não honre as medidas impostas, raciocinando: para

que eu vou perder meu tempo com isso, se nada de mais grave pode me acontecer? Estaria consagrada a inocuidade do novo sistema...

DA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA

De acordo com a nova redação do art. 310, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante terá três opções: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A primeira hipótese apenas materializa conhecido preceito constitucional (art. 5º, LXV), não havendo muito o que discorrer a respeito. A prisão em flagrante, efetuada fora dos casos disciplinados no art. 302 da lei processual, reveste-se de ilegalidade e deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. A terceira hipótese já era prevista no parágrafo único do antigo art. 310, ou seja, quando incorrentes os requisitos da preventiva, o magistrado, após ouvir o Ministério Público, deveria conceder liberdade provisória.

A inovação está na segunda hipótese. A prisão em flagrante passou a ser jurisdicionalizada, não servindo mais como título legitimador da custódia. O juiz, ao receber a peça flagrantial, constatando ser a prisão legal, deverá analisar se estão presentes os requisitos da preventiva. Em caso negativo, concederá liberdade provisória, com ou sem fiança, com ou sem imposição de medidas cautelares. Em caso positivo, fará a conversão, inclusive – segundo entendimento que prevaleceu nos debates – determinando a expedição de mandado prisional.

Surgiram dúvidas de ordem prática. Aquela análise deve ser feita pelo magistrado com o recebimento do auto de prisão em flagrante, o qual deverá lhe ser encaminhado no prazo de vinte e quatro horas (art. 306, § 1º). E se tal prazo não for observado – o que ocorre com frequência, não por culpa da Polícia Civil e sim por sua exiguidade, já que muitas providências devem ser tomadas pela autoridade policial –, deve o juiz *apreciar*

a comunicação da prisão? Ora, se o próprio auto flagrancial não fornece elementos suficientes, o que dizer da simples comunicação?

Aliás, esse é um ponto deveras preocupante. O APF, como é sabido, invariavelmente traz em seu bojo apenas os depoimentos colhidos, a nota de culpa e, quando for o caso, autos de apreensão. Peças técnicas só costumam chegar depois. Raramente há informações precisas sobre os antecedentes do autuado. Nesse panorama, não é possível fazer-se um juízo seguro sobre a presença dos requisitos da preventiva, e a gravidade do crime – malgrado as críticas da doutrina e da jurisprudência – é a bússola que resta.

Sobre o tema, houve palestrante que sustentou que aquele juízo só deveria ser feito quando do recebimento da denúncia. As dúvidas não foram dissipadas.

CONCLUSÃO

Como registrei ao final da introdução deste relatório, tenho como louvável o propósito do legislador em procurar dotar o Judiciário de novos instrumentos para garantir a efetividade do processo criminal. Não se desconhece a gravidade do problema penitenciário do país, embora não se compreenda por que novas unidades prisionais não são construídas, permitindo a indesejável superlotação das prisões existentes, tornando-as cada vez mais desumanas. Dizem que não dá voto, mas isso já é outra questão, que foge ao âmbito deste trabalho.

Entretanto, como ensina a sabedoria popular, não adianta vestir um santo, despindo outro. Não será esvaziando as cadeias a qualquer custo, colocando nas ruas quem não merece, que o problema será resolvido. Em verdade, estar-se-á criando outro problema, só que para a população, que não faz as leis, não anda em carro blindado e não mora em condomínios protegidos por segurança armada.

Reafirmo as duas preocupações manifestadas. A impossibilidade de uma fiscalização rígida poderá propiciar o malogro das cautelares que dependam do discernimento do indiciado ou acusado. Como saber se ele realmente está respeitando o recolhimento noturno ou deixou de frequentar determinado lugar? Só o acaso irá auxiliar a autoridade que impôs a medida.

De outro giro, haverá os que verão nas novas medidas mais munição para o combate à prisão preventiva. O interessante é que outros países também adotam a presunção de inocência ou de não culpa, mas em nenhum deles se percebe uma interpretação forçada, extremada do princípio, como já está acontecendo no Brasil, ao ponto de que toda a prisão antes da condenação definitiva hoje é vista quase como uma heresia jurídica.

Já existe até um movimento para terminar com a ordem pública como requisito suficiente para a decretação da prisão preventiva. Cabe aduzir que o conceito vem sendo esvaziado ao longo do tempo pela própria jurisprudência, que vem assentando que a gravidade do crime, o clamor público, o prestígio e a credibilidade da Justiça, e até a fuga do acusado, não mais justificam o decreto prisional em seu nome.

Nesse contexto, em que a sociedade, atônita, se vê cada vez mais desprotegida, considere bastante oportuna a intervenção do colega Luiz Márcio Vitor Pereira, que, convidado para atuar como debatedor em determinada palestra, produziu o contraponto necessário, com observações bastante consistentes sobre a aspereza do cotidiano de uma Vara Criminal.

Não é possível que os juristas, por mais preparados que sejam, continuem a pensar que só eles conhecem o Direito e só eles sabem o que é o melhor para a sociedade, pouco importando o elementar sentimento de justiça que esta ainda alimente e pouco importando também o enorme divórcio entre a interpretação que eles dão ao Direito positivado e aquele sentimento de justiça. E mais: dentre os juristas, só os que se intitulam garantistas é que sabem interpretar a Constituição. Algo deve estar errado.

Em um país cuja legislação admite uma infinidade de recursos, embargos, agravos, reclamações, recursos de recursos, em que aquele que pode pagar bons advogados consegue manejar todos esses recursos e adiar indefinidamente o trânsito em julgado, disseminando a ideia de impunidade que tanto nos envergonha, é cômodo e conveniente fulminar a prisão cautelar.

A medida cautelar e a prisão preventiva podem coexistir no ordenamento jurídico, sendo que a primeira só deverá ser implementada quando ausentes os requisitos para a segunda – como está claro na nova redação do art. 321 –, e só o caso concreto dirá quando uma ou outra deve ser aplicada. ◆