

A Constitucionalização do Processo Penal

Adriana Valentim Andrade do Nascimento¹

Trata-se de trabalho de conclusão do Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados “**O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**”. O advento da Lei nº 12.403/2011 trouxe para os juízes em matéria criminal maiores desafios e dúvidas na aplicação da lei processual penal.

No contexto do que se chama de constitucionalização do processo penal, a Lei nº 12.403/2011 reforçou a posição do juiz como garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Entre esses direitos e garantias está a presunção da inocência ou da não culpabilidade, prevista no art. 5º, inciso LVII da CF, que estabelece que ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A pergunta que surge é: a prisão cautelar ofenderia o princípio da inocência?

Na verdade, o que não se admite é a prisão como antecipação da pena, não havendo violação ao princípio constitucional da presunção da inocência pela prisão cautelar, quando necessária e adequada em face das circunstâncias concretas da causa.

Nesse passo, já em 2009, o Conselho Nacional de justiça editou a Resolução nº 66 que criou mecanismo importante de controle periódico das prisões cautelares, com o claro objetivo de evitar a permanência de prisões ilegais ou desnecessárias ou o constrangimento decorrente do tempo excessivo de prisão.

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara de Cachoeiras de Macacu.

Por outro ângulo, a Resolução nº 66 dispõe ser dever do magistrado sempre, de maneira fundamentada, proferir a decisão que julgar conveniente entre as três possíveis quando receba auto de prisão em flagrante: relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória ou sua manutenção se presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Em meio a tantas discussões sobre o tema, o Desembargador Geraldo Prado afirmou, em sua palestra, que a liberdade do indivíduo é responsabilidade judicial, devendo o magistrado analisar o cabimento da prisão cautelar dentro dos parâmetros processuais cautelares. Se não há risco para o processo, não cabem medidas cautelares alternativas à prisão, muito menos esta última. Continuou o eminente jurista afirmando que, em sendo a liberdade a regra, o agir do juiz em confronto com esse novo modelo de liberdade importa evidente abuso de autoridade.

Em contraponto a essa ótica mais garantista da Lei, houve quem suscitasse a questão relativa ao cerceamento da atividade do magistrado no que se refere à prisão e à liberdade do acusado, na medida em que o juiz é um tutor, como poder do Estado, da ordem e da segurança públicas.

Ora, se o Ministério Público não requer a prisão preventiva no prazo exíguo previsto na nova lei, o juiz, em estrita obediência ao sistema acusatório, deve soltar o indivíduo, mesmo não sendo hipótese de relaxamento e de estarem presentes os requisitos para a prisão ou outra medida cautelar? Poderia ser feita a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício?

Essa indagação surgiu por várias vezes durante os dias de palestra.

Penso que é na análise de cada caso concreto que o juiz deverá fazer a ponderação de interesses e, assim, decidir fundamentadamente, qual o caminho deverá seguir. O juiz não pode deixar de aplicar a lei, mas está autorizado a aplicá-la de acordo com os fins sociais a que ela se destina.

O garantismo não pode ser visto sob a ótica minimalista de intervenção mínima do direito penal e do direito processual penal, em detrimento do genuíno desejo da sociedade de que existam meios de defesa do bem comum, garantindo-se o desenvolvimento regular do processo e a aplicação de futura pena. O garantismo, como busca da efetividade das

normas legais e constitucionais como um todo, deve abranger também essa faceta social, devendo o Estado utilizar de meios preventivos para a tutela da segurança, direito e liberdade dos cidadãos, diante da conduta daqueles que ultrapassam os limites da convivência em comum.

Segundo Lênio Streck,

(...)...já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil). (STRECK, Lenio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.” Disponível na internet em janeiro de 2005-ONG Transparência Brasil.

Como dito anteriormente, na ponderação de interesses necessária na decisão mais justa do magistrado, entre a prisão e a liberdade, imprescindível a adoção do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 95009-SP, em 06/11/2008, sob a relatoria do Ministro Eros Grau:

(...) Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em situações excepcionais. É necessária, contudo, a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade

individual em prol da viabilidade do processo, o que não se dá no caso em exame. (..)

(...) Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie. (...)

É indiscutível que são necessárias medidas de cautela para instrumentalizar a ação penal de conhecimento e para garantir a execução penal. No entanto, anteriormente à Lei nº 12.403/2011, as medidas cautelares no Código de Processo Penal estavam elencadas de forma atécnica, sem nenhuma sistematização.

Com a nova Lei, a prisão processual, a fiança e a liberdade provisória sem fiança ganharam um sistema mais de acordo com as normas constitucionais.

Nessa esteira, os requisitos das medidas cautelares penais estão previstos no art. 282 do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado

Veja-se que, mais uma vez, está presente o princípio da proporcionalidade, que se situa na ponderação dos interesses em conflito no processo penal – *ius libertatis e ius puniendi* – devendo o juiz analisar a gravidade, o alcance e a intensidade da medida cautelar, de modo que ela seja proporcional ao seu fato ensejador. Aqui surge outra perplexidade: haveria espaço, no campo das medidas cautelares do processo penal, para o exercício do poder geral da cautela pelo juiz? A doutrina, em sua maioria, afasta essa possibilidade, com esteio no princípio da legalidade estrita que deve vigorar em se tratando de limitação da liberdade do indivíduo.

No entanto, existe o entendimento de que em relação a medidas cautelares não pessoais, como aquelas relativas às provas e as reais, admitir-se-ia o exercício do poder de cautela pelo juiz. De acordo com Marcellus Polastri, também em outras modalidades de cautelares pessoais, desde que não prisionais, poder-se-á exercer o poder geral de cautela, como é o exemplo de hipóteses específicas do processo de execução penal. (POLASTRI, Marcellus. **Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal**. Editora Lumen Juris. 2011, p. 19) .

De tudo que se comentou a respeito do tema, pode-se concluir que a Lei nº 12.403/2011 não traz nada de tão novo assim. Suas normas confirmam o redimensionamento do processo penal brasileiro que já há muito se iniciou, segundo as normas constitucionais que tutelam os direitos e garantias fundamentais. Continua sendo o juiz elemento fundamental no sistema acusatório, aparando arestas, conciliando princípios, direitos e deveres, exercendo a jurisdição na tutela dos interesses de todos os indivíduos, seja daquele que é processado, seja daquele que assiste, através dos meios de comunicação, à violência aos direitos dos cidadãos integrantes da sociedade. ◆