

Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na Legislação Vigente

Alberto Fraga¹

As inúmeras inovações trazidas pela Lei 12.403/11 ainda dependem de maior reflexão e amadurecimento, seja no campo teórico, seja no campo jurisprudencial, mas as palestras ministradas no Curso “O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”, serviram como base para a imediata aplicação da nova sistemática processual penal. Foi nítida a ligação entre os variados assuntos, os quais foram expostos de maneira clara e objetiva, havendo sempre a preocupação com o dia a dia dos magistrados.

Entre os pontos destacados, merece melhor abordagem a questão atinente à possibilidade de aplicação de medidas cautelares e eventual decretação de prisão preventiva em razão de seu descumprimento - ou até mesmo a imediata conversão do flagrante- para aqueles que, não sendo reincidentes e não estando envolvidos em situações de violência doméstica, praticam crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima não é superior a 04 anos (artigo 313, I do C.P.P.).

Neste estudo, pretende-se tratar da situação daqueles que se enquadram tão somente na hipótese do artigo 313, I do C.P.P., excluindo-se, assim, não só os reincidentes e aqueles envolvidos em descumprimentos de medidas protetivas de urgência, como também os que se enquadram na hipótese do artigo 313, parágrafo único do C.P.P.

De plano, deve-se ter em mente que a *mens legis* da Lei 12.403/11 é viabilizar o desencarceramento dos presos provisórios. Assim, foram cria-

¹ Juiz de Direito da 16ª Vara Criminal-Capital.

das alternativas à prisão, permitindo ao juiz a fixação de medidas cautelares que, apesar de implicarem restrições, não são privativas de liberdade.

Além disso, a nova redação do artigo 313, notadamente o inciso I, criou caminhos mais objetivos para o decreto preventivo. Desta forma, foi excluída de plano a possibilidade de cerceamento de liberdade para os não reincidentes que cometem crimes cuja pena máxima não seja superior a 4 anos, e também para aqueles que praticam crimes culposos ou contravenções penais.

Ocorre que, em algumas das palestras, foi sustentada a possibilidade, em alguns casos, de imediata conversão do flagrante em decreto preventivo para esse tipo de situação. Todavia, apesar do respeito às posições sustentadas, deve-se primar pela estrita legalidade, impedindo qualquer interpretação extensiva em detrimento de direitos fundamentais. Com efeito, deve-se concluir que àqueles que se enquadram tão somente na hipótese do artigo 313, I do C.P.P. não é possível, em qualquer hipótese, efetuar o decreto preventivo.

Neste ponto, não há como negar certo desconforto ao julgador ao ter que determinar a soltura de alguém que, reiteradamente e em um curto espaço de tempo, vem sendo preso em flagrante, em função de delitos pequenos. Apenas para exemplificar, imaginemos a hipótese de um agente que, ainda sem antecedentes, no dia 01.08.11 é preso em flagrante praticando um crime de furto. Em seguida, concedida a liberdade provisória, o mesmo agente volta a ser preso no dia 05.08.11. Concedida nova liberdade, o mesmo agente volta a ser preso em flagrante delito por novo crime de furto no dia 10.08.11. Pergunta-se: será que, no novo flagrante, o juiz poderia, a pedido do Ministério Público, converter o flagrante em prisão preventiva? A resposta é não!

Ora, apesar da estranheza que a situação desafia, não pode o magistrado fugir da técnica para, invocando sua discricionariedade, tomar uma decisão arbitrária. Note-se que, de acordo com o texto constitucional, a presunção é de inocência. Ademais, a nova sistemática processual penal consolidou a ideia de que deve haver proporcionalidade entre a medida aplicada cautelarmente e o resultado possível do processo, não sendo ra-

zoável impor situação gravosa àquele que, no final, mesmo se condenado, incorrerá em situação mais benéfica.

Voltando ao exemplo, o que se está a dizer é que, além de ser presumidamente inocente, aquele que é preso em flagrante cometendo reiterados furtos raramente será encarcerado ao final do processo, motivo pelo qual não deve ser encarcerado cautelarmente.

Lembre-se: a lei é clara e impõe limites ao julgador, cabendo a esse respeitá-los, pois só assim estará fortalecendo o Estado Democrático de Direito. Neste passo, agir em sentido contrário, invocando suposto senso pessoal de justiça, implica perigosa atitude arbitrada, que deve ser severamente rechaçada.

Apenas para seguir no campo dos exemplos, é muito comum que apontadores do jogo do bicho sejam reiteradamente presos pela prática da contravenção penal, prevista no artigo 58 da L.C.P. Entretanto, por se tratar de contravenção penal, há expressa limitação legal ao decreto preventivo, sendo esse um limite que não pode ser ultrapassado pelo julgador.

Mas o que deve o magistrado fazer em situações desse tipo? A resposta é singela: deve dar a máxima efetividade ao princípio positivado no artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República, imprimindo a maior celeridade possível à marcha processual. Assim, será viável efetuar o julgamento do agente que, se condenado por crime doloso e voltar a delinquir, passará a ser tido como reincidente, o que viabilizará sua prisão preventiva com base no artigo 313, II do C.P.P.

Assentada a impossibilidade de conversão do flagrante em decreto preventivo àqueles que se enquadram nas hipóteses do artigo 313, I do C.P.P., deve-se refletir se seria possível, nestes casos, a aplicação de medidas cautelares.

Nas palestras ministradas e nas conversas com os colegas, foi percebido que adquire força a posição que admite tal hipótese, havendo também os que defendem que, em havendo o descumprimento dessas medidas, poderia haver o decreto preventivo. Segundo os defensores de tal corrente, o embasamento legal estaria na combinação dos artigos 283, § 1º, 282, § 4º e 312, parágrafo único do C.P.P. Ouso discordar!

Através da leitura *a contrario sensu* do artigo 283, § 1 do C.P.P., tem-se a ideia inicial de que o deferimento das medidas cautelares seria possível, independentemente do montante de pena aplicável ao delito, bastando que a esse fosse cominada pena privativa de liberdade. Assim, aplicada a medida e havendo o seu descumprimento, deveria o juiz atentar para o que disciplina o artigo 282, § 4º do C.P.P., verificando inicialmente se há outras medidas cautelares a serem aplicadas em substituição ou cumulação. Ato contínuo, concluindo pela inexistência de outras medidas, estaria o julgador autorizado a efetuar o decreto preventivo, aplicando ao caso o artigo 312, parágrafo único do C.P.P.

Ocorre que, apesar da aparente harmonia da leitura supramencionada, estou convicto do seu equívoco, principalmente no que se refere à possibilidade de decreto preventivo em razão do descumprimento de medida cautelar fixada para aqueles que se enquadram na hipótese do artigo 313, I do C.P.P.

Recorde-se de que os requisitos e fundamentos da prisão preventiva estão expressamente previstos no artigo 312 do C.P.P., o qual, entretanto, deve ser aplicado em conjunto com o artigo 313 do mesmo diploma legal, que impõe limites de aplicação. Assim, aos que, baseados na interpretação literal e isolada do artigo 283, §1º do C.P.P., decidam por aplicar medidas cautelares penais para o agente primário e que comete crime – e até contravenção penal- com pena inferior a 4 anos, deve-se entender que o eventual descumprimento da medida apenas poderá gerar a aplicação de outra medida, cumulada ou em substituição.

Por consequência e mesmo que se invoque o artigo 312, parágrafo único do C.P.P., não há qualquer respaldo legal para, nestes casos, decretar a prisão preventiva em razão do descumprimento da cautelar. Trata-se de medida ilegal e que viola de forma clara e direta o que está escrito no artigo 313 do C.P.P.. Tal dispositivo legal não pode, de forma alguma, ser deixado de lado no momento da análise de qualquer decreto preventivo, seja decorrente de conversão de flagrante, seja no curso do processo ou inquérito, seja em função de descumprimento de medida cautelar porventura aplicada.

Mas não é só... Além de ser inviável o decreto preventivo aos agentes que se enquadram na hipótese do artigo 313, I do C.P.P., acredito que o próprio artigo 313 deva servir como verdadeiro guia no momento em que o julgador tiver que decidir sobre a aplicação de medida cautelar.

Segundo o mestre Aury Lopes Júnior² :

“Em nossa opinião, ainda que o artigo 313 discipline os limites da aplicação da prisão preventiva, também deverá ser utilizado como balizador nas medidas cautelares diversas, não só por uma questão de coerência e harmonia do sistema cautelar (imposto pela necessária interpretação sistêmica), mas também pelos seu inegável caráter substitutivo, artigo 282, § 6º do C.P.P.”

Sobre o tema, o primeiro pressuposto é que, além da Lei 12.403/11 ter o objetivo de não encarceramento de presos provisórios, a *mens legis* traz consigo a intenção de redução de controle estatal. Com efeito, não é lícito ao magistrado banalizar a aplicação das medidas cautelares, as quais devem servir apenas de alternativa à prisão e não, de primeiro passo para o seu decreto.

Portanto, não há motivo para que sejam estabelecidas medidas cautelares àqueles que se enquadram na hipótese do artigo 313, I do C.P.P. Tais medidas se afiguram desmedidas, em razão de representarem restrição de liberdade àquele que não pode, de forma alguma, tê-la privada cautelarmente.

Apenas para exemplificar, caso se pretenda interpretar de maneira isolada o artigo 283, §1º do C.P.P., não haveria qualquer óbice à aplicação de medida cautelar quando da prática de uma contravenção penal. Por outro lado, não há qualquer interpretação da lei que permita o decreto preventivo para as contravenções penais, sendo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos agentes primários que cometam pequenos crimes.

2 LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

Com efeito, não há como negar que a aplicação de uma medida cautelar sem a possibilidade de decreto preventivo superveniente é medida que afronta diretamente a credibilidade da Justiça. Essa conclusão fica clara quando se percebe que, não havendo o cumprimento da medida cautelar imposta, o juiz nada poderá fazer a não ser substituí-la ou cumulá-la com outra cautelar (artigo 282, §4º do C.P.P.). Em seguida, descumprida essa nova cautelar, nada restará ao juiz fazer, o que revelará a sua impotência e, mais que isso, a absoluta inexistência de meios capazes de, imediatamente, fazer cumprir as determinações judiciais.

É claro que muitos irão dizer que seria possível processar criminalmente por desobediência os que, porventura, viessem a descumprir as medidas cautelares impostas pelo magistrado. Entretanto, é inegável que a deflagração de outro processo junto ao JECRIM não tem qualquer eficácia para a tutela específica das cautelares impostas.

Portanto, analisando o exposto, conclui-se é que:

a) Não é possível, em qualquer hipótese, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva para aqueles que se enquadram nas hipóteses do artigo 313, I do C.P.P.

b) Não é possível a decretação de prisão preventiva para aqueles que, enquadrados na hipótese do artigo 313, I do C.P.P., venham a descumprir eventual medida cautelar aplicada em seu desfavor;

c) O artigo 313 do C.P.P. deve servir como limite da aplicação das medidas cautelares, o que se impõe em atenção à necessidade de redução de controle estatal e preservação da efetividade das decisões judiciais, viabilizando, em última análise, a garantia da credibilidade do Poder Judiciário. ◆