

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Luiz Henrique Oliveira Marques¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de participação no Seminário promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, através do seu Departamento de Aperfeiçoamento de Magistrados, tendo por tema o “Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”, implementado por intermédio da edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que entrou em vigor em 04 de julho do ano corrente.

O evento compreendeu a realização de uma série de palestras, ao longo das quais foram colhidas brilhantes manifestações de renomados palestrantes, sendo ouvidas importantes autoridades e juristas, que debateram com a plateia sobre os diversos temas, assim definidos: análise crítica da Lei 12.403/11, integração das medidas alternativas da Lei 12.403/11 com o novo regime da prisão preventiva e da prisão em flagrante, confronto constitucional da Lei 12.403/11, nova configuração das cautelares no processo penal, as reformas do processo penal brasileiro e as cautelares, liberdade e prisão, as novas medidas cautelares típicas no Código de Processo Penal e, por último, a nova configuração da prisão processual.

Trata-se, pois, este trabalho de relatório contendo apenas uma visão analítica da Lei, com as primeiras impressões sobre pontos que mereceram destaque, ao modesto juízo do subscritor, simples e despretensiosas ponderações em torno das relevantes e polêmicas alterações introduzidas na lei processual penal, distribuído entre os seguintes itens: introdução, o campo restrito de aplicação da Lei nº 12.403/11, os propósitos da nova lei, aspec-

¹ Juiz de Direito - Vara de Registros Públicos da Capital.

tos gerais das novas medidas cautelares, a prisão preventiva e o seu caráter residual e excepcional e, finalmente, a conclusão.

DO CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 1.304/2011.

A Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor em 04 de julho de 2011, alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e deu outras providências.

À luz das disposições do art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela lei em comento, as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

A norma deriva da ideia de que não faria sentido aplicar uma medida mais gravosa, de caráter provisório e sem cunho satisfativo, que a resultante da própria resolução da lide penal.

DOS PROPÓSITOS DA NOVA LEI

Entre várias alterações introduzidas pelo referido diploma legal, destaca-se o implemento de um regime estabelecendo uma nova disciplina da prisão preventiva, com nítido propósito de assegurar a harmonia entre tal instituto e a cláusula constitucional da presunção da inocência, determinada pelas disposições do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal (**“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**).

Ainda, ao se pensar nos propósitos de tão significativas alterações, sem embargo das fortes críticas já precocemente lançadas sobre as mesmas, pensa-se na necessidade de superação das resistências que, na prática, têm sido oferecidas, ao longo das últimas décadas, dadas as dificuldades de assimilação da ideia de presunção de inocência, da qual deriva a excepcionalidade da privação da liberdade do indivíduo, resquício de um período político nebuloso pelo qual passou a sociedade brasileira, felizmente supe-

rado, quando vingavam grandes arbitrariedades, em contraste com o novo Estado que emergiu através da promulgação da reconhecida “Constituição Cidadã”, de 05 de outubro de 1988, instituindo nova ordem jurídica, aflorando a preponderância dos mais relevantes valores democráticos, indispensáveis à subsistência de uma sociedade justa e igualitária. Esse parece o propósito da lei em discussão.

São fortes e muitas as críticas lançadas sobre o novel diploma, não sendo poucos os descrentes de que ele possa contribuir para redução dos altos índices de violência no país.

No entanto, o legislador preferiu por em xeque os malefícios resultantes da prisão, preconizando a utilização de medidas diversas, evitando o encarceramento do indivíduo, com todos os males dele decorrentes; uma vez positivada a excepcionalidade da prisão, não compete ao operador do direito, que não se deve perder em discussão alheia ao seu mister, resistir à nova ordem. Resta-lhe cumpri-la, e fazê-la exequível, ainda que a contragosto.

Assim, fundamentalmente, a expectativa volta-se em favor da noção de que, enquanto espécie do gênero medida cautelar, a castração da liberdade somente encontra aplicação diante da inadequação das demais modalidades de opções de tutela cautelar.

E nesse contexto é que parece importante não se olvidar que duas são as únicas concepções de prisão que sobrevivem e são reconhecidas pelo ordenamento jurídico em vigor no direito processual penal: a decorrente da sentença penal condenatória, transitada em julgado, com natureza de pena, e a derivada da cautelaridade, inerente à necessidade de garantir, em caráter de emergência, mas temporário, a efetividade da futura prestação da tutela jurisdicional de cunho definitivo, após o exercício da cognição plena e exauriente.

Daí porque a rigidez dos requisitos previstos no art. 282 do Código de Processo Penal.

DOS ASPECTOS GERAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES

Introduzem-se novas disposições ao título IX do Livro I do CPP, que trata do processo em geral, com a rubrica “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”, mediante estipulações de ordem genérica, fincadas no art. 282 do CPC, prevendo a possibilidade de decretação das medidas de ofício pelo juiz, ou mediante provocação, bem como a necessidade de prévia oitiva da parte contrária, sobre a qual incidirá, garantindo, assim, efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ressaltando, porém, a possibilidade de sua postergação para um momento ulterior, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

São estabelecidos rigorosos pressupostos no art. 282 do Código de Processo Penal, capitaneados pela necessidade e adequação das medidas cautelares; necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Na sequência, a lei confirma a fungibilidade das medidas cautelares e reconhece a possibilidade de substituição de uma por outra, como também da sua cumulação, além de realçar a sua precariedade, ao destacar a possibilidade de revogação, caso não sejam mais necessárias, perdendo sua utilidade como garantia da efetivação da prestação jurisdicional, podendo, ainda, ser restabelecida mediante o ressurgimento de fatos supervenientes, determinando a necessidade de nova decretação. Trata-se de características inerentes à própria cautelaridade da providência, sem qualquer inovação na seara da tutela processual de natureza cautelar.

O art. 317 do CPP passa a disciplinar a prisão domiciliar visando a atender as peculiaridades inerentes às situações ali especificadas.

O art. 319 do CPP elenca, então, as medidas cautelares diversas da prisão. Percebe-se que se trata de disposições de fácil compreensão, autoexplicativas, dispensando maiores discussões em torno da sua correta interpretação, à exceção da medida prevista no inciso IX, monitoração eletrônica, que demanda regulamentação.

A lei afasta a possibilidade de aplicação das medidas em caso de infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, pondo em destaque a ideia de que não faria qualquer sentido aplicar uma medida cautelar mais gravosa para o réu que aquela que o próprio resultado final poderia proporcionar-lhe, mediante o julgamento da ação penal.

DO CARÁTER RESIDUAL E EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

Fundamentalmente, a expectativa volta-se em favor do pensamento de que, enquanto espécie do gênero medida cautelar, a castração da liberdade somente encontra aplicação diante da inadequação das demais modalidades de opções de tutela cautelar.

E, nesse contexto, recorde-se que duas são as únicas concepções de prisão que sobrevivem e são reconhecidas pelo ordenamento jurídico em vigor no direito processual penal: a decorrente da sentença penal condenatória, transitada em julgado, com natureza de pena, e a derivada da cautelaridade, inerente à premente necessidade de garantir, em caráter de emergência, mas temporário, a efetividade da futura prestação da tutela jurisdicional de cunho definitivo, após o exercício da cognição plena e exauriente.

O parágrafo 6º do art. 282 estabelece que a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, dentre as elencadas pelo art. 319.

O dispositivo cria a principal alteração do regime da prisão preventiva ao enfatizar seu caráter absolutamente residual, traduzindo a compreensão de que a prisão preventiva somente será decretada caso não sejam adequadas todas as demais medidas cautelares, de maneira que a decretação da prisão dependerá de cuidadoso e casuístico juízo de valor negativo em torno da impossibilidade de aplicação de qualquer das demais medidas cautelares e, ainda, dependerá da verificação positiva da presença dos requisitos genéricos consistentes na necessidade e adequação da própria prisão preventiva, além da presença dos seus específicos requisitos, prova da existência do crime e indícios de autoria delituosa.

Mister, ainda, não esquecer dos vetores legais, consistentes na necessidade e adequação da prisão, representados pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e efetividade da aplicação da lei penal.

Como se vê, mais do que nunca, a decisão que venha a deliberar sobre a prisão preventiva passa a depender de uma importante e árdua e bem mais difícil tarefa, exigindo um meticuloso exame de vários elementos circunstanciais, a serem analisados casuisticamente pelo magistrado, tanto para decretar a prisão, quanto para recusá-la.

Todo esse contexto tem uma só razão de existir, um único fundamento, qual seja, a efetivação e a preservação do prestígio do princípio constitucional da presunção de inocência.

Nesse turno, impõe-se por em destaque importante discussão relacionada a outra relevante mudança, consistente na possibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, independentemente de provocação, o que, não é demais lembrar, vem na contramão da direção do sistema acusatório, desprestigiando os princípios da demanda e da imparcialidade da jurisdição, tanto se a prisão for decretada ainda no curso do inquérito policial, fruto da conversão operada sobre a prisão em flagrante, quanto no curso da ação penal, após o recebimento da denúncia.

Pelo disposto no art. 311 do CPP, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

A interpretação da referida disposição nos leva a concluir que a decretação de ofício da prisão somente seria possível após o processo já ter sido instaurado, afastando a possibilidade de ser decretada durante a fase investigatória nos referidos moldes, *a contrario sensu*.

Porém, segundo determina o art. 310, inc. II, do CPP, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente, 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.

Muito embora se possa colher algum proveito, a decretação de ofício da prisão poderá causar certa dificuldade, se no curso de inquérito policial, diante do inevitável confronto entre as análises realizadas em torno da presença de dois dos requisitos da prisão, a prova da materialidade e indícios de autoria do delito, necessariamente realizadas pelo juiz e, simultaneamente, pelo titular da ação penal pública, o Ministério Público, que depende do seu convencimento em torno dos mesmos requisitos para o oferecimento da denúncia.

No caso, haverá sempre a possibilidade de, não obstante o metuciloso exame realizado pelo juiz, entendendo que estão presentes os referidos requisitos, decretando a prisão preventiva, de ofício, ao receber o auto de prisão em flagrante, vir o Promotor a, divergindo daquele entendimento, concluir pela necessidade de realização de outras diligências investigatórias, requerendo, inclusive, a devolução dos autos do inquérito policial para que a Autoridade Policial assim proceda, entendendo-as indispensáveis para a formação do seu convencimento sobre os fatos, deixando, pois, de oferecer a denúncia no primeiro momento. Nesse caso ao juiz caberá fazer uso da regra do art. 28 do CPP, determinando a remessa dos autos ao procurador-geral e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz forçado a atender e, conseqüentemente, não se sustentará o decreto da prisão.

Parece-me que o melhor caminho para transpor tal dificuldade seria o juiz aguardar a manifestação do Promotor, após receber o auto de prisão em flagrante, para, só então, mediante o recebimento da denúncia, converter, simultaneamente, a prisão em flagrante em preventiva, com ou sem provocação. Trata-se, porém, de difícil solução, na medida em que já se defende a ideia de que, uma vez recebido o auto de prisão em flagrante, deve o juiz decidir, de imediato, ou pelo relaxamento da prisão, se ilegal, ou convertê-la em prisão preventiva, ou ainda conceder a liberdade provisória, caso não existam elementos que autorizem o decreto da prisão preventiva.

Assim, essa posição depende da superação da ideia de instantaneidade, conferindo-se ao juiz a possibilidade de aguardar pelo prazo destinado

ao pronunciamento do Ministério Público, para, só então, decretar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

De outro lado, isso não significa atribuir à prisão preventiva limites não impostos pela lei, não restando dúvida quanto à possibilidade de sua decretação independentemente do caráter substitutivo. Seria, pois, errôneo e precipitado atribuir-lhe efeito restritivo, no sentido de que a prisão preventiva somente teria espaço e aplicação com a finalidade de substituir as demais medidas cautelares, eventual e previamente aplicadas, mediante revogação pelo seu descumprimento.

CONCLUSÃO

Os limites impostos não permitem outros comentários sobre o tema, fazendo-se mister sua finalização.

Em recentíssima edição da revista **VEJA**, foi publicada uma entrevista concedida pelo psiquiatra e escritor inglês Anthony Daniels, autor de algumas dezenas de livros, colaborador regular de publicações como a revista **The Spectator** e o jornal **The Telegraph**, um forte crítico do sistema prisional. A entrevista noticia o resultado de uma pesquisa realizada pelo autor sobre o comportamento dos criminosos e o vício em drogas, narrando a experiência de quinze anos como médico em prisões britânicas e, também, em países do continente africano, Tanzânia, África do Sul e Zimbábue, valendo destacar o seguinte trecho:

“Na Inglaterra, por exemplo, temos penas muito brandas e poucos detentos. Isso não é bom. A polícia inglesa, muito incompetente, prende apenas um em cada doze assaltantes de casas. Destes, um em cada treze recebe pena de prisão. Isso significa que apenas um em cada 156 assaltantes cumpre pena em presídio. A média para esse tipo de crime é de um ano de cadeia. Na Inglaterra, isso significa que o bandido é solto em apenas seis meses. Com uma punição tão leve, a pergunta não é por que ocorrem tantos assaltos, mas por que há tão poucos. Meu país deixou de ser uma sociedade

ordeira para se tornar uma das mais afetadas pela criminalidade, quando comparada a outras da Europa. O número de presos caiu em proporção ao de crimes. Em 1900, para cada 6,5 crimes registrados, havia um detento. Em 2000, eram 114 crimes para cada preso. Claro que penas curtas são melhores do que nada. Um bandido reincidente comete, em média, 140 crimes por ano. Ou seja, se ele for mantido na prisão por seis meses, setenta crimes serão evitados, o que também é bom. Um dos argumentos contra as penas de prisão é que a maioria dos detentos é pobre, e que isso é injusto. Ocorre que a maior parte de suas vítimas também é pobre. E, como o número de vítimas é sempre maior do que o de bandidos, prendê-los não é uma punição aos pobres, mas um benefício a eles”.

Ao ser perguntado sobre a recente criação da lei em discussão, especificamente sobre o monitoramento eletrônico e também sobre a fiança, o entrevistado assim respondeu:

“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 monitorar os criminosos com esses equipamentos. A pena de prestação de serviços comunitários também é um pesadelo. A taxa de reincidência para bandidos condenados a prestar serviços comunitários é a mesma dos que recebem pena de prisão: 70%. O problema é que a estatística conta apenas os crimes cometidos após o fim da pena. Nada garante que, enquanto estão soltos, eles não cometam novos crimes. Por fim, em média, cada detento na Inglaterra já foi condenado outras dez vezes a penas alternativas.

Ou seja, não adiantou nada. Basicamente, ao saber que cumprirão penas alternativas e ficarão soltos, os bandidos se convencem de que não têm anda a perder ao cometer um crime. É melhor mantê-los presos, e por bastante tempo.”

É certo que, tanto no Brasil, como em outros países, há os que defendem pontos de vistas divergentes. Caso contrário, não existiriam países que optaram pela aplicação de sistemas mais brandos, preconizando a aplicação de soluções alternativas, evitando o encarceramento do criminoso, como ocorreu com a própria Inglaterra.

Entretanto, a discussão não é nova. Sua origem talvez se confunda com a origem do próprio direito penal e, entre céticos e seguidores, de uma ou de outra corrente, para nós magistrados vale o direito posto. ◆