

O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal (Introduzido com o advento da Lei nº 12.403/11)

Ana Paula Abreu Filgueiras¹

Dentre muitos temas relevantes aos pensadores e profissionais do Direito contemporâneo, merece relevo o Princípio da Necessidade e Adequação das Medidas Cautelares, as quais somente se justificam quando presentes as hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, a saber: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, sendo relegado à prisão cautelar caráter subsidiário, somente admissível quando insuficientes as medidas cautelares típicas elencadas no novel diploma legal da Lei 12.403/11.

O ínclito palestrante Desembargador Paulo Rangel mencionou o Princípio da Homogeneidade das Medidas Cautelares, o qual preceitua o cabimento da cautelar de prisão apenas quando o resultado final da ação penal for capaz de ensejar semelhante reprimenda privativa de liberdade, já amplamente prestigiado pela doutrina pátria e agora positivado no ordenamento jurídico no dispositivo do artigo 313, inciso I, que prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva apenas aos crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, haja vista que a tais crimes seria imposto o regime aberto para cumprimento da pena ou, ainda, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa.

¹ Juíza de Direito Auxiliar na Vara de Execuções Penais.

Costuma-se ainda discutir a aplicação deste preceito inserto no inciso I do artigo 313 do CPP com a redação dada pela Lei 12.403/11 às demais cautelares tipificadas no rol do artigo 319 do CPP, havendo posicionamento em ambos os sentidos. O insigne jurista Eugênio Pacelli de Oliveira, por exemplo, sustentou a incidência das cautelares típicas ainda que o crime tenha pena máxima inferior a 4 anos; assertiva que contou com a insurgência de alguns colegas Magistrados, que sustentaram que, se essas cautelares são substitutivas à prisão, por óbvio, somente seriam cabíveis nos crimes cuja pena máxima fosse igualmente superior a quatro anos.

Na esteira dos ensinamentos apreendidos nos discursos dos proeminentes palestrantes, tive oportunidade de aplicar as diretrizes acerca dos Princípios da Proporcionalidade e Adequação das Medidas Cautelares e ainda do Princípio da Excepcionalidade da Prisão, quando em exercício na 21ª Vara Criminal da Comarca da Capital, ao apreciar caso concreto consistente de situação fática típica do crime de roubo em que o Ministério Público requeria a decretação da prisão preventiva e que, a despeito de o delito comportar pena máxima superior a 4 (quatro) anos, entendi não ser necessária e, por conseguinte, tampouco adequada a aplicação da prisão cautelar, por entender, face às peculiaridade da hipótese vertente, ser a imposição das cautelares típicas suficiente para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, a qual passo a transcrever, *in verbis*:

“Trata-se de denúncia ofertada conjuntamente com requerimento de decretação da prisão preventiva de SEMD, que foi denunciado como incurso nas sanções penais do artigo 157, caput e artigo 129, *caput*, na forma do art. 69 do Código Penal.

É O BREVE RELATÓRIO. DECIDO.

1) A peça inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo adequadamente as condutas típicas imputadas ao denunciado, em todas as suas circunstâncias. Por outro

lado, verifica-se que a acusação encontra nos autos do inquérito que a instrui sólidos elementos comprobatórios da materialidade do delito, e indicativos da autoria do denunciado, conforme se depreende através das declarações prestadas às fls. 05-13; auto de qualificação indireta (fls. 28-29) e laudo de exame de corpo de delito de fls. 34-35, não se apresentando qualquer das situações elencadas no art. 395 do CPP.

Por tais fundamentos, RECEBO A DENÚNCIA.

2) A despeito do percuciente parecer do Ministério Público em que propugna pela decretação da prisão preventiva, há que se proceder à apreciação e julgamento da questão em consonância com a nova dogmática conferida ao regramento das prisões e demais medidas cautelares introduzida pela Lei 12.403/11.

Com efeito, tal diploma legal positivou no ordenamento jurídico pátrio orientação já prevalente na jurisprudência dos Tribunais Superiores e apregoada pela doutrina moderna, fulcrada, substancialmente, no Princípio da Inocência, consagrado em sede constitucional.

Nesta esteira, revela assinalar que, mesmo na presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, a prisão cautelar, por se caracterizar como uma medida extremada - posto que restritiva absoluta da liberdade do indivíduo - somente deve subsistir em última análise, quando manifestamente insuficientes as demais medidas cautelares elencadas no artigo 319 do CPP com a redação dada pela novel diploma (§ 6º do artigo 282 do CPP).

No caso em tela, o acusado possui residência certa e fixa, conforme se depreende pelo depoimento prestado em sede policial pela própria vítima (fls. 07-08), a qual esclarece que viu o acusado SEMD ingressando no prédio onde reside na Rua M.P. nº X, na Tijuca, valendo destacar ser ele estudante universitário do curso de Psicologia da Universidade Gama Filho,

além de ser primário, não ostentando antecedentes criminais, conforme se infere pelo teor das declarações prestadas na DP (fls. 28-29) e pelas consultas de fls. 31 e 32, o que evidencia a prescindibilidade da prisão preventiva, exsurgindo como adequada e suficiente à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal na hipótese concreta *sub examine* a aplicação das medidas cautelares típicas elencadas no artigo 319 do CPP.

Destarte, verifico que estão presentes os requisitos de ordem cautelar para aplicação das medidas previstas na Lei 12.403/11, haja vista a presença do *fumus comitio delicti*, o qual se deduz pelos sólidos elementos comprobatórios da materialidade do delito e indicativos da autoria do denunciado extraídos das declarações prestadas às fls. 05-13; do auto de qualificação indireta (fls. 28-29) e do laudo de exame de corpo de delito de fls. 34-35, bem como a periculosidade demonstrada pelo acusado que perseguiu a vítima após esta retomar a posse do celular, agredindo-a fisicamente, a revelar a necessidade de imposição das cautelares típicas para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, além de sua adequação à gravidade do delito e às peculiaridades das circunstâncias fáticas que envolveram o fato criminoso e as condições pessoais do acusado que, frise-se, após ter agredido a vítima sequer tentou retomar-lhe a *res furtiva* (artigo 282, incisos I e II do CPP).

Face ao perigo de ineficácia da medida, deixo de determinar a manifestação da defesa, INDEFERINDO o requerimento ministerial de decretação da prisão preventiva e DECRETANDO as presentes medidas cautelares típicas de ofício na forma do disposto no artigo 282, § 2º do CPP, a saber:

- I - comparecimento mensal a este Juízo para informar e justificar suas atividades (inciso I do artigo 319 do CPP); e
- II - proibição de ausentar-se da Comarca face à necessidade de sua presença para fins de instrução criminal (inciso II do

citado artigo);

3) Cite-se o denunciado na forma do artigo 396 do CPP com a redação dada pela Lei 11.719/08, comunicando-se que se a resposta não for apresentada no prazo legal, ser-lhe-á nomeado defensor público para oferecê-la no prazo de 10 dias e Intime-se o acusado do deferimento das medidas cautelares supra-deferidas, advertindo-lhe que o descumprimento de qualquer delas poderá acarretar sua prisão preventiva (§ 4º do artigo 282 do CPP com a redação dada pela Lei 12.403/2011. Dê-se ciência às partes.”

Muito se debateu ainda neste relevante Seminário acerca do momento em que o Juiz deve proceder à análise da conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou conceder a liberdade provisória, tal como prevê o atual artigo 310 do CPP com a redação conferida pela Lei 12.403/11.

Em exercício na 21ª Vara Criminal e atualmente na 16ª Vara Criminal, ambas da Comarca da Capital, sempre determino a juntada da FAC – a fim de verificar a existência de eventual reincidência, fato que por si só seria capaz de ensejar a decretação da preventiva na dicção da nova redação do inciso II do artigo 313 - com posterior oitiva do Ministério Público antes de decidir acerca desta conversão ou da concessão de liberdade provisória, pois como bem ressaltado na palestra do eminente Desembargador Paulo Rangel, entendimento diverso poderia resultar em situação anômala em que o Juiz, recebendo o auto de prisão em flagrante, procedesse à conversão do flagrante em preventiva e, posteriormente, sobreviesse aos autos parecer do Promotor de Justiça, propugnando pelo arquivamento do inquérito, por exemplo, por entender que o fato é atípico.

Por essa razão, compartilho da orientação adotada por este jurista e sempre oportuno a prévia manifestação do Ministério Público, titular da ação penal pública, por entendê-la mais conseqüente com o Sistema Acusatório consagrado no ordenamento jurídico pátrio.

Outro tema de notável relevância prática exsurge na hipótese de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nesse caso, há

transmutação do título prisional conquanto ambas as modalidades de prisão conservem sua característica de prisão cautelar. Neste seminário muitos colegas Magistrados formularam questionamentos no sentido de ser necessária nesta hipótese de conversão a expedição de mandado de prisão.

Em um primeiro momento, a resposta poderia ser negativa, visto que estando o réu preso seria despicienda a expedição de mandado de prisão, medida meramente burocrática que somente contribuiria para o asoberbamento desnecessário da Serventia Judicial.

Contudo, na qualidade de Juíza Auxiliar da Vara de Execuções Penais há quatro anos, constato a necessidade de expedição de mandado de prisão nessas hipóteses, pois não se pode olvidar que, com o novo regramento legal introduzido pela Lei 12.403/11, eventual prejuízo erigido à efetivação de alvará de soltura referente a uma prisão em flagrante em data longínqua sem a correlata informação de sua conversão em preventiva (e aí com o conseqüente registro constante nos sistemas da Polinter e da SEAP – Secretaria de Administração Penitenciária - relativa ao mandado de prisão pendente de cumprimento) não seria idôneo a obstar a liberdade.

Ademais, tal prática encontra-se ainda em consonância com a instituição do Banco de Dados de Mandados de Prisão pela Resolução nº 137 do Conselho Nacional de Justiça, o qual visa exatamente a facilitar o acesso de todo cidadão às informações acerca da existência de ordens de prisão pendentes de cumprimento e efetivamente válidas, coibindo-se, desta forma, prejuízos insubsistentes, caracterizadores de constrangimento ao obstar ilegalmente a efetivação de uma ordem de soltura.

Portanto, entendo como prática salutar a expedição do mandado de prisão nos casos de conversão da prisão em flagrante, em prisão preventiva, no sentido de tornar a consulta aos registros da Polícia Civil e da Secretaria de Segurança Pública de ordens de prisão vigentes, mais fidedignas e transparentes.

Por derradeiro, não posso deixar de mencionar a questão da prisão domiciliar que recebeu disciplina destacada na nova Lei 12.403/11, derrogando, neste particular as situações antes definidas no rol do artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Com efeito, não se pode ignorar que a nova lei no artigo 318 contempla situações fáticas um pouco distintas e mais específicas daquelas elencadas na LEP; todavia, a verdade é que, na prática da Vara de Execuções Penais, o regime aberto de cumprimento de pena vem sendo paulatinamente transformado em prisão albergue domiciliar mediante monitoramento eletrônico, medida que se adequa com perfeição às previsões inseridas nos incisos V e IX do rol do artigo 319 do CPP, a despeito de a hipótese se tratar de medida cautelar típica, enquanto no âmbito da Execução Penal cuida-se de forma de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sabidamente, pelo Código Penal, no regime aberto, há o albergamento do preso que permanece em liberdade durante o dia, recolhendo-se à Casa de Albergado durante o período noturno, finais de semana e feriados. No Estado do Rio de Janeiro há somente duas casas de albergado: uma em Benfica e outra em Niterói, sendo absolutamente insuficientes as vagas existentes para comportar todos os presos em regime aberto, o que gera inúmeras evasões seguidas de retornos espontâneos dos apenados, já que impossível o pernoite de todos eles nas casas de albergado.

Outro problema gerado era a distorção existente entre os presos residentes na região metropolitana do Grande Rio e aqueles residentes nas demais comarcas do Interior, pois estes alegavam não possuir condições econômicas de se deslocar diariamente para suas residências e retornar à Casa de Albergado, requerendo face à inexistência de Casas de Albergados nestes municípios, a concessão da prisão domiciliar, o que era deferido pois a prática revelava que estes apenados não logravam cumprir regularmente o regime aberto em casa de albergado, evadindo-se e não mais retornando ao cárcere.

Por essa razão, os Juízes atualmente em exercício na Vara de Execuções Penais, juntamente com os Promotores de Justiça em atuação na VEP, estabelecemos entendimento conjunto no sentido da supressão destas casas de albergado, as quais geravam custos ao cofres públicos sem atingir sua finalidade, e submissão de todos os apenados em regime aberto à prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico, de forma gradativa: primeiro aqueles apenas que progridem para o regime aberto; e posteriormente, com a inclusão daqueles cuja condenação já estabeleceu o regime inicial aberto.

Atualmente, as casas de albergado ainda se encontram em funcionamento, mas com contingente muito inferior, já que todos que se encontram em transição do regime semiaberto para o aberto estão saindo em prisão domiciliar com monitoramento, sendo certo que a realidade demonstra o êxito desta prática, haja vista que um percentual inferior a 1% (um por cento) rompe o dispositivo eletrônico, conduta que enseja imediata revogação da prisão domiciliar deferida e regressão cautelar para o regime semiaberto, com a conseqüente expedição de mandado de prisão neste regime.

Registre-se que, conquanto o monitoramento eletrônico não seja utilizado como medida cautelar em sede de execução penal, mas como forma de assegurar a efetividade do cumprimento da pena em regime domiciliar, em substituição ao vetusto e ineficiente regime aberto em Casas de Albergado, a experiência compartilhada pelos Magistrados em exercício na VEP representa importante precedente no êxito da aplicação das novas medidas cautelares típicas, o que evidencia sua efetividade como medidas substitutivas da prisão – situação extremada e excepcional – tal como vem ocorrendo no âmbito da execução penal, com a substituição da prisão em casas de albergados por prisão domiciliar, cuja grande parcela de sucesso deve ser atribuída ao monitoramento eletrônico realizado nas próprias dependências da VEP pela Secretaria de Segurança Pública, razão pela qual gostaria de registrar na presente dissertação minha experiência positiva com o sistema de monitoramento eletrônico. ◆