



MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben*

RESUMO

As medidas cautelares processuais penais substitutivas da prisão, inseridas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/2011 (artigo 319 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro), podem representar uma importante mudança de paradigma. O legislador teve o objetivo de reforçar a concepção de que a segregação é medida extrema e excepcional. Essa linha de pensamento enaltece o princípio da presunção de inocência e, assim, potencializa a força normativa da Constituição (artigo 5º, LVII, CRFB/88). Espera-se que o uso das medidas cautelares reduza a indevida atribuição de carga retributiva à prisão provisória e enfraqueça a vertente intitulada Direito Penal do Inimigo, que destina o poder repressivo estatal no mais das vezes a segmentos sociais marginalizados.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas cautelares penais. Prisão provisória. Substituição. Presunção de inocência. Princípios constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

As deficiências do sistema prisional, frutos de anos de descaso, deixaram à mostra a escassez de alternativas de que dispunha o magistrado frente à prisão: a mantinha, presentes os requisitos legais; relaxava o flagrante, em caso de ilegalidade; ou concedia liberdade provisória, se ausentes os requisitos da preventiva. Muitas vezes manter o encarceramento seria um excesso e conceder liberdade provisória, uma temeridade.

A Lei nº 12.403/11 veio tentar corrigir essa falta de opções, estipulando medidas cautelares penais pessoais, aptas em tese a, de um lado, substituir a prisão e, de outro, minimizar os riscos da soltura.

* Juiz de Direito do PJSC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2012).

O intuito deste estudo é bem menos esmiuçar as medidas cautelares substitutivas do que as situar em um contexto de modernidade penal, atrelá-las ao princípio da presunção de inocência e à concepção da prisão como último recurso estatal.

Com esse propósito, ingressar-se-á superficialmente no direito estrangeiro e na necessidade de combate ao uso do Direito Penal como elemento de propaganda, como fantasia midiática, ou como forma de sufocar setores sociais marginalizados, gestados pela inapetência do Estado em prover a todos, de modo igualitário, os meios básicos para uma vida digna.

Para o desenvolvimento do tema entendeu-se oportuno, em pinceladas rápidas, esboçar as espécies de prisões provisórias admitidas em nosso ordenamento jurídico. Não serão vistas sob lupa as filigranas processuais. Não é esse o objetivo.

As medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP), com a nova roupagem, abordadas de maneira resumida, sempre relacionadas à presunção de inocência, serão postadas como potencializadoras da força normativa constitucional.

Outros princípios correlatos – a par do da presunção de inocência – serão tratados pontualmente.

Ver-se-á que os caminhos estreitos à disposição do juiz antes do advento da Lei nº 12.403/11 foram expressivamente dilatados, o que facilitará, mas não necessariamente resultará no sucesso do aparente intento do legislador de reduzir a superlotação carcerária.

A polêmica provinda da edição da lei – uns tachando-a de leniente, outros de vanguardista – há de ser bem recebida, independentemente da conclusão a que se chegue; se é que pode haver uma. Debater um problema já é um grande passo para entendê-lo e começar a solucioná-lo. O erro está na indiferença.

2 BREVE ABORDAGEM DO DIREITO ESTRANGEIRO NO CONTEXTO DA PREVENÇÃO DELITIVA E PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Lei nº 12.403/11, ao inserir as medidas cautelares substitutivas da prisão no CPP, veio coadunar-se com o enfoque da prisão como medida extrema, bastante presente no direito estrangeiro, afinado à ideia de que a prevenção do delito prefere à resposta penal:

A prevenção do delito constitui a tendência fundamental em Cuba. Na estratégia de luta contra a delinquência, as leis e seus aperfeiçoamentos constituem uma arma eficaz de neutralização dessas condutas. Isso significa uma adequação constante das leis, como reflexo das mudanças nas relações socialistas de produção e uma

necessidade de ajuste às exigências do desenvolvimento econômico e cultural (HERNÁNDEZ, 1990, p. 112, tradução nossa).

Comenta-se no âmbito do Direito Penal europeu a necessidade de preservação da liberdade e de estabelecer regras claras para a aplicação das leis penais comunitárias, de sorte a preservar as garantias individuais e a feição democrática dos Estados-membros da União Europeia:

[...] há que considerar o quadro jurídico da cooperação judiciária e policial em matéria penal (o chamado terceiro pilar), que importa ter em conta sua gênese e evolução, com relevo para o conceito de espaço de liberdade, de segurança e de justiça [...] (RODRIGUES, 2008, p. 14-15).

Na vizinha República Oriental do Uruguai – ainda com as cicatrizes da ditadura iniciada sob o governo Juan María Bordaberry em 1973, finda em 1985 – também se identifica a preocupação com a garantia das liberdades:

A liberdade é o fundamento não só de um sistema de vida, mas de uma organização de Estado. Constitui a ideia reitora dos Estados de Direito e dos governos democráticos liberais. O art. 10 da Constituição da República Oriental do Uruguai estabelece o princípio de liberdade, dizendo: “as ações individuais das pessoas que de nenhum modo atacam a ordem pública nem prejudicam terceiros estão isentas da autoridade dos magistrados” [...]. O direito à liberdade tem diversas vertentes [...], é o direito de todo ser humano de reunir-se, permanecer em um lugar, deslocar-se, sair de um país, voltar a ele, e a ser detido, se caso, de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos pelo Direito (DAPKEVICIUS, 2007, p. 319-320).

Nem sempre foi essa a tendência. No Direito dos Hebreus, com forte influência do Talmud, livro sagrado judaico, imperava o paradoxo de se apurar um fato, buscando-se mais a absolvição do que a condenação – em um rudimento, digamos, de princípio de inocência – e, por outro lado, o obrigatório recolhimento à prisão até que o veredito fosse proclamado: “todo o suspeito ou acusado de algum crime devia aguardar na prisão o julgamento e consequente sentença. Iniciava-se a seguir a procura dos elementos necessários para que a justiça se pronunciasse” (GIORDANI, 2004, p. 50).

Naturalmente, o discurso preventivo e preservacionista – de direitos e liberdades - nem sempre corresponde à prática dos Estados nacionais e perde vigor de modo cíclico, a depender da conjuntura político-econômica. As crises no mais das vezes fazem avivar a ilusão do Direito Penal como remédio para as mazelas sociais. A carga puramente repressiva passa a ser o aríete estatal contra os tidos como malfeitores e o escudo dos chamados cidadãos de bem, em todo o maniqueísmo da expressão.

3 AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O cárcere não pode ser visto dissociadamente das funções do Direito Penal.

Diz-se haver uma função de prevenção geral. Ao impulso humano deve-se antepor um contraimpulso, consistente na certeza da aplicação da pena. Essa construção é atribuída a Feuerbach (1989 apud QUEIROZ, 2008, p. 35): “finalidade da pena é, por conseguinte, a prevenção geral de delitos por meio da coação psicológica exercida sobre toda a sociedade, de modo a atemorizar os destinatários das normas penais”.

Fala-se, a par dessa prevenção geral, em uma especial ou individual, com o objetivo precípuo de evitar que o condenado reincida, incorporando o mito da ressocialização.

Aventa-se aqui a feição mítica da reintegração social, mencionada de forma expressa no artigo 1º da Lei nº 7.210/84 (Lei das Execuções Penais - LEP), não porque se trate de mister indesejado, ao contrário, mas por se terem presentes a inocultável falência do sistema prisional e o componente de conservação de estruturas sociais iníquas, impostas pelo grupo hegemônico:

A ideologia inspiradora da prisão pode ser assim sintetizada: o homem precisa ser ajustado à ordem social vigorante, pouco importando que essa ordem social seja injusta e causadora principal da conduta criminosa. O importante é neutralizar o perturbador da produção, atuando sobre ele, através de uma instituição total, para ressocializá-lo, ou seja, para torná-lo dócil e útil e, assim, possa ser usado como força de trabalho (LYRA; ARAÚJO JR., 1990, p. 184).

Em uma época em que a imprensa se consolida como força posicionada no mesmo patamar dos poderes de Estado, é perceptível a preocupação do legislador com a repercussão propagandística de seus atos de ofício. Nem sempre as leis editadas, mormente as penais, refletem uma atuação visante à instrumentalidade, à efetividade das mudanças normativas promovidas, à aptidão do novo texto legal em influir de modo benéfico e eficiente na realidade social. Não raras vezes cede-se a um Direito Penal simbólico ou retórico:

Em oposição às funções instrumentais do direito penal – prevenção geral/especial –, e com frequência inspirada nas teorias da prevenção geral positiva, alguns autores falam de função simbólica ou retórica, por cujo meio não se pretende a resolução de um dado conflito de interesse propriamente, mas produzir na opinião pública uma impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Vale dizer, por meio da edição e aplicação das normas penais, objetivar-se-ia criar uma impressão de segurança jurídica – abalada pela ocorrência de certas infrações, em geral, delitos que provocam comoção social em razão do extraordinário grau de perversão de que

se revestem –, de modo a restaurar a confiança no direito e nas instituições penais (QUEIROZ, 2008, p. 51).

Esse Direito Penal simbólico deslegitima o sistema. Ao agigantar o poder estatal e se dirigir no âmbito a estamentos sociais específicos, remete ao Direito Penal do Inimigo e a experiências históricas aberrantes. Já se ponderou:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse (*sic*) limitar (FOUCAULT, 1999, p. 76).

A definição das funções penais e, mais do que isso, do sistema jurídico-penal e da sociedade almejados é tema espinhoso. O cotejo dos valores em jogo, se descuidadamente realizado, pode gerar soluções totalitárias:

Luigi Ferrajoli aponta para a dúplice função preventiva do direito penal, para suas duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação, completa ele, que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas pela primeira. A história do processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas, na prática, contrastantes.

É por isso que, como observou Fauzi Hassan Choukr, o processo penal moderno traz consigo um dilema fundamental: o equacionamento dos valores segurança e liberdade [...] (ODON, 2010, p. 225).

A aposta no rigor penal – engodo que a história inúmeras vezes tratou de desmascarar, mas que continuamos a repetir – tende a dar aos Estados traços ditatoriais que se vão acentuando à medida que a criminalidade recrudescer, em um círculo vicioso.

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS TOTALITÁRIOS

O discurso legislativo vazio, simbólico, próprio de quem visa manter falsas aparências perante a sociedade, sói vir acompanhado de outro ainda mais nocivo. É ordinária – em todos os sentidos – a prática de irrogar a responsabilidade por crises a segmentos específicos, a exemplo de judeus, negros, comunistas e dos física ou intelectualmente menos dotados na Alemanha sob domínio do Partido Nacional Socialista; dos opositores “subversivos”, enquadrados nas Leis de Segurança Nacional proliferadas pelas ditaduras latino-americanas; dos “inimigos do Estado”, no período soviético stalinista; dos desajustados à economia

capitalista, como moradores de rua, mendigos, prostitutas etc., a quem Karl Marx denominava *lumpemproletariado*, os marginalizados inaptos a esboçar qualquer reação expressiva frente ao *status quo*.

A exposição de motivos do projeto de lei sobre o tratamento aos estranhos à comunidade (17/3/1944) do III Reich, que contou com participação destacada de Edmund Mezger, choca por sua frieza:

[...] para os estranhos à comunidade, que só produzem dano à comunidade do povo, não é necessária a assistência, mas a coação policial que pretende ou recuperá-los com as medidas adequadas, ou evitar que produzam novos danos no futuro. O fundamento disso é a proteção da comunidade (CONDE, 2005, p. 123).

Os estranhos à comunidade, especialmente os fracassados e os inúteis, pertencem frequentemente às ralés, das que todos ou alguns de seus membros ocupam continuamente a polícia e os Tribunais, ou molesta a comunidade do povo. O Projeto possibilita, portanto, esterilizar os estranhos à comunidade quando seja esperável que tenham uma descendência indesejável. Serão os tribunais da Saúde da Herança os encarregados de decidir quando é esperável uma descendência indesejável de um estranho à comunidade (Ibid., p. 126).

É manifesta a eleição de inimigos da sociedade, a serem combatidos pelas baionetas do Direito Penal. Julga-se a pessoa e não o fato, por mais que a erudição de Günther Jackobs – figura exponencial do que se convencionou nominar Direito Penal do Inimigo – tente ocultar em parte a escolha dos párias sociais como alvos a serem aniquilados pelo aparato estatal repressivo.

Assim, até pela retrospectiva histórica, os atos de coerção estatais, mormente a prisão, devem vergar-se aos preceitos constitucionais, em especial ao princípio da presunção de inocência.

5 AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS E A FORÇA DA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Quanto mais os preceitos constitucionais são enaltecidos, de sorte a lhes conferir máxima eficácia, mais a Carta Política se distancia da concepção lassallista de Constituição como mero pedaço de papel, subjugado por completo pelos interesses dos donos do poder:

[...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição (HESSE, 1991, p. 19).

A estabilidade de um ordenamento jurídico será tanto maior quanto for o grau de respeitabilidade de suas normas, isto é, a intensidade maior ou menor com que forem aceitas e cumpridas suas disposições pelos cidadãos. Essa inter-relação é conhecida há tempos. Estados com os mais variados matizes ideológicos tiveram a fundada preocupação de manter esse equilíbrio delicado. Se as leis – e principalmente a lei maior – não gozarem de amplo grau de aceitação na sociedade, todo o sistema sobre elas erigido ruirá.

Há, assim, uma Norma Fundamental kelseniana, da qual emanam normas inferiores, a formar uma estrutura que suportará melhor os sismos sociais quanto maior for a credibilidade de que dotada. Para tonificar, dar solidez à estrutura de poder, invariavelmente há um subsistema de organismos judiciais.

Na antiga União Soviética, por exemplo, em ordem hierárquica, havia os seguintes tribunais: Tribunal Popular; Tribunal de Comarca Autônoma; Tribunal de Região Autônoma; Tribunal Territorial, Regional, Urbano; Tribunal Supremo de República Autônoma; Tribunal Supremo de República Federada; e Tribunal Supremo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Os integrantes do Tribunal Popular eram eleitos pelo povo. Os membros dos demais tribunais eram escolhidos pelos diversos Sovietes, cujos deputados eram eleitos pelos cidadãos soviéticos. Havia plena consciência da importância da Constituição e de sua aceitação:

A Constituição é o ato jurídico fundamental, destinado, em consonância com os interesses e a vontade da classe dominante (no Estado socialista de todo o povo: de toda a sociedade), a expressar e fortalecer os cimentos e as instituições principais do regime social e estatal.

Como lei fundamental do Estado, a Constituição é um ato legislativo único (em regra escrito) em que se referendam os princípios de organização e o funcionamento dos órgãos representativos do estado, assim como os direitos e as liberdades dos cidadãos.

[...] A Lei Fundamental do Estado soviético deve expressar a vontade e os interesses das massas trabalhadoras, de todo o povo, garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, o caráter democrático da política interior e exterior do Estado socialista e referendar os princípios de organização e as formas de atividade dos órgãos estatais e garantir juridicamente a consequente democratização da vida estatal e social (GRIGORIÁN, 1980, p. 3-7).

Feita a breve digressão histórica, à guisa de símbolo de que ao longo da história se sabia da relevância da carga de aceitação constitucional, pode-se afiançar que a leitura da prisão e das medidas cautelares sob o prisma da Constituição – em que se embute o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88) – potencializa sua força normativa.

6 AS ESPÉCIES DE PRISÃO PROVISÓRIA

O artigo 283 do CPP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.403/2011, deixou de assinalar como espécies de prisão provisória a por pronúncia, prevista na antiga redação do artigo 282 do CPP, e a por sentença condenatória recorrível. Dessarte, pela novel disciplina legal, pode-se afirmar que se contempla no rol de prisões provisórias a temporária e a preventiva – decretáveis no curso da investigação ou do processo –, bem como a em flagrante.

O artigo 302 do CPP especifica as hipóteses de estado de flagrância: I – o agente está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido logo após em situação que faça presumir ser autor do ilícito; IV – é encontrado logo depois com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Os dois primeiros incisos versam sobre o flagrante próprio; o inciso III é o flagrante impróprio ou quase flagrante; e o inciso IV é o flagrante presumido ou ficto.

A prisão em flagrante pode ser efetuada por qualquer do povo, em caráter facultativo, e pelas autoridades policiais e seus agentes, obrigatoriamente. É espécie de prisão provisória, mas não exatamente cautelar. Na preleção de Gomes e Marques (2011, p. 90-91),

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis. O juiz tem poderes para converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os seus requisitos. A prisão em flagrante é autônoma frente à preventiva, mas não tem existência independente depois que o juiz toma conhecimento dela. A prisão em flagrante é regida pela instrumentalidade, ou seja, ela é instrumento da prisão preventiva, quando o caso.

A cautelaridade ou pré-cautelaridade é objeto de divergências. Gonçalves (2004, p. 17-18) identifica na prisão em flagrante a mesma índole cautelar da temporária e da preventiva:

A prisão em flagrante delito é modalidade de prisão penal provisória, de cunho essencialmente cautelar, instrumental, excepcional e acessório, garantida constitucionalmente, efetivada na esfera extrajudicial, sem ordem escrita, mas convalidada judicialmente, aceita somente nas hipóteses legais como verdadeira forma de autodefesa estatal.

[...] é necessariamente cautelar, na medida em que, com a consagração constitucional do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988 e a ratificação interna do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e do Pacto de San José da Costa Rica, não se admite em nosso ordenamento a privação da liberdade de alguém, antes do julgamento, salvo razões de oportunidade e necessidade, ou seja, desde que verificada a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A prisão temporária tem em foco a investigação policial. Cabe se existentes fundadas razões de autoria ou participação em um dos crimes indigitados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, desde que imprescindível a segregação para o êxito das investigações (inciso I) e/ou desde que o indiciado não forneça seus dados pessoais ou não tenha residência fixa (inciso II). Sobre a natureza jurídica,

Tem [a prisão temporária] o propósito de instrumentalizar o inquérito policial com manancial probatório concernente à autoria ou participação do suspeito ou indiciado em grave infração penal e fornecer cabedal probante que subsidie a futura denúncia ou queixa. Outrossim, esse acervo probatório pode ser decisivo na transformação da prisão temporária em prisão preventiva e, como finalidade mais relevante, arrimar o convencimento ministerial, a *opinio delicti*, para oferecimento da inicial acusatória (FREITAS, 2009, p. 106).

A prisão preventiva será abordada no item 9, concernente às providências judiciais após o recebimento do auto de prisão em flagrante.

A prisão administrativa, tratada no antigo artigo 319 do CPP, era de escancarada incompatibilidade com o texto constitucional e, agora, veio a ser revogada de modo expresso.

7 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. É a redação do artigo 5º, LVII, da CRFB/88.

Esse postulado foi acolhido por diversas legislações e tem seus antecedentes históricos mais importantes na Constituição de Virgínia, de 1776, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascida da Revolução Francesa, de 1789, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Luisi (2003, p. 37) faz um apanhado interessante das inserções constitucionais:

Pioneiramente a Constituição italiana de 1947 dispôs em seu artigo 27: “A responsabilidade penal é pessoal. O acusado não é considerado culpado senão quando de sua condenação definitiva”.

A Constituição da Nicarágua determina no seu art. 34: “o réu tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade de acordo com a lei”.

A Constituição da Costa Rica deu ao artigo 39 a seguinte redação: “ninguém pode sofrer pena se não por delito, quase delito, ou contravenção sancionados por lei anterior e em virtude de sentença definitiva, ditada por autoridade competente

garantida previamente a oportunidade da defesa e mediante a necessária demonstração da culpabilidade”.

A Constituição da Bolívia em seu artigo 16 afirma: “presume-se a inocência do acusado enquanto não se prove a sua culpabilidade”. E a Constituição do Peru, na letra c do artigo 29, entende que “toda a pessoa será considerada inocente enquanto não for declarada judicialmente a sua responsabilidade”.

Embora parte da doutrina relacione o princípio da presunção da inocência exclusivamente ao ônus da prova, é inegável o vínculo com o estado de liberdade.

Na visão de Carvalho (2009, p. 163),

A introdução do princípio da presunção de inocência modela e limita as possibilidades de prisão processual, tornando excepcionais os motivos que a justificam. Clariá Olmedo considera como uma das conseqüências do princípio o fato de a prisão sempre decorrer de uma precaução, não podendo ir além “de lo que exige la seguridad”.

A inocência presumida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é o fundamento pelo qual só se admite a prisão provisória para assegurar o processo em curso e não como uma antecipação de pena. O mesmo argumento serve para a análise cuidadosa e a aplicação comedida das medidas cautelares diversas da prisão, mister em que o princípio da proporcionalidade também será elemento norteador.

Importa destacar que, apesar de imperar o princípio em estudo, não é ele absoluto:

Realmente, embora a presunção de inocência seja um princípio constitucional, não pode ser interpretada de maneira absoluta. Há outros bens jurídicos que merecem tutela, também de igual estatura e importância, como a garantia da segurança da sociedade (que poderia ser ameaçada ou violada caso o réu ficasse em liberdade cometendo crimes), a busca da verdade real (que poderia ser atingida com a ameaça às testemunhas ou destruição da prova), a eficácia e eficiência da própria persecução penal (que poderia ser prejudicada com a fuga do réu), todos decorrentes, direta ou indiretamente, do texto constitucional. Devemos, portanto, compatibilizar a presunção de inocência com a possibilidade de medidas cautelares penais, inclusive a prisão (MENDONÇA, 2011, p. 35).

Há um liame claro com uma das máximas tópicas de interpretação constitucional, a da concordância prática ou da harmonização:

Eventual conflito entre dois princípios constitucionais deve ser resolvido no campo do peso, no caso concreto, ponderando-se os interesses conflituosos, sendo presidida esta ponderação pela necessidade de harmonização dos direitos (SCHÄFFER, 2001, p. 118-119).

Portanto, o desafio está em equilibrar os interesses em jogo, aparentemente conflitantes. A saída está em atribuir à prisão provisória um cunho eminentemente processual,

acautelatório e excepcional, sem qualquer caráter retributivo ou preventivo e dependente do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

8 AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

As medidas cautelares restritivas, mas não privativas da liberdade, vieram a lume sob o importante binômio necessidade/adequação.

Quis-se ressaltar a excepcionalidade das medidas acautelatórias, mormente da prisão. Não são admissíveis restrições ao *status libertatis* estabelecidas com o escopo velado de antecipar a pena. Se desnecessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, não se pode cogitar de aplicá-las. É o contido no artigo 282, I, do CPP. O inciso II do mesmo preceptivo encarece a adequação, para sopesar a gravidade do crime supostamente perpetrado, suas circunstâncias e as condições pessoais do indiciado ou acusado. Nesse ponto, flerta-se com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A nosso ver, o razoável e o proporcional são critérios relevantes não só para o estabelecimento de penas, mas também para a definição acertada das medidas cautelares insculpidas na nova disciplina legal e mesmo para determinar se serão aplicadas isolada ou cumulativamente, possibilidade trazida pelo §1º do artigo 282. Mendonça (2011, p. 427) preleciona:

Todas as medidas alternativas à prisão – desde as mais graves até as mais tênues – terão de ser decretadas buscando a neutralização dos riscos indicados no art. 282, I, do CPP, quais sejam: perigo para a aplicação da lei penal (ou seja, risco de fuga), para a investigação ou a instrução criminal (em síntese, garantia da prova) e para evitar a prática de infrações penais. Sem a busca de tais finalidades, a decretação de qualquer medida cautelar é ilegal e contrariará o princípio da presunção de inocência. Isto é bastante claro no art. 282, I, ao asseverar que as referidas finalidades gerais se aplicam a todas as medidas cautelares pessoais. O intuito destas, como já visto, é neutralizar o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. Como todas as medidas previstas no art. 319 são cautelares, terão, sem exceção, de ser decretadas tendo em mira a neutralização dos riscos indicados no art. 282, I, do CPP.

À individualização da pena – que repele quantificações generalistas, desapegadas do caso concreto, de suas circunstâncias e da situação pessoal do agente – seguiu-se a moderna concepção, hoje amplamente aceita, de que também a execução penal deveria tomar em conta as condições pessoais do recluso. Embora as medidas cautelares não se refiram a penas, muito

menos à sua execução, merece prevalecer a visão de que elas, de igual forma, devem ser aplicadas em atenção às particularidades do caso posto a exame.

Após discorrer a respeito do requisito de necessidade para estabelecimento das medidas cautelares pessoais, Nucci (2011, p. 27-28) ressalta o requisito da adequação ou adequabilidade:

Esse fator, sem dúvida, concerne ao princípio constitucional da proporcionalidade. Observa-se, cada vez mais, a vinculação e a integração entre os princípios constitucionais penais e processuais penais. Nesse prisma, já havíamos apontado a umbilical ligadura entre a proporcionalidade e a individualização da pena, além de indicar a união entre legalidade e prisão cautelar (Princípios constitucionais penais e processuais penais). Agora, nota-se o vínculo entre as medidas cautelares e a proporcionalidade, ou seja, tal como se fosse uma autêntica individualização da pena, deve-se analisar o fato e seu autor, em detalhes, para aplicar a mais adequada medida cautelar restritiva da liberdade. Cuida-se da individualização da medida cautelar, vez que existem várias à disposição do magistrado para aplicação ao caso concreto.

Pode causar estranheza inicial o cabimento de decretação de medidas cautelares de ofício pelo magistrado, conforme §2º do artigo 282. É difícil não nos reportarmos, quase instintivamente, a lucubrações acerca do princípio dispositivo ou da inércia. No entanto, o assombro imediato se desvanece se tivermos presente que a atuação judicial *ex officio* aqui é justificada para fazer valer a diretriz dessa minirreforma: o juiz de Direito perscrutará de pronto a possibilidade de estatuir medidas cautelares para evitar a prisão preventiva. Esse raciocínio é inferido do §6º do artigo em comentário: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Mesmo as medidas cautelares diversas da prisão não serão empregadas se à infração não for cominada pena privativa de liberdade. Se ao término do processo não houver segregação, não tem sentido uma prisão processual ou mesmo a incidência de quaisquer das outras medidas penais de cunho acautelatório.

A reforma legislativa promovida é meritoriamente fulcrada na presunção de inocência, como pondera Maciel (2011, p. 176-177):

A criação das medidas cautelares diversas da prisão, como se vê, é uma necessária reverência ao princípio constitucional da presunção de inocência. Uma determinação legislativa de concretização desse princípio. A prisão provisória deixou de ser a única saída do juiz para acautelar os escopos do processo penal. Como se sabe, a prisão provisória, desde que efetivamente necessária, não viola o princípio do estado de inocência, ao contrário, significa uma legítima exceção a ele. Ocorre que na prática essas prisões ditas cautelares, não raras vezes, são decretadas sem o pressuposto da real necessidade, numa indevida antecipação de pena cuja aplicação é incerta. Prova disso é a torrencial jurisprudência das Cortes Superiores que, diuturnamente, revogam e relaxam prisões provisórias decretadas sem um mínimo

de fundamentação consistente e de demonstração empírica da necessidade. A morosidade judicial em dar uma resposta ao delincente transformou a prisão cautelar num indevido sucedâneo da pena.

Por isso, em boa hora vieram para o nosso ordenamento jurídico as medidas cautelares diversas da prisão, para se evitar encarceramentos demasiadamente prolongados e decretados sem o cuidado devido e sem a efetiva necessidade. Encarceramentos que, justamente em razão dessa falta de cuidado na sua decretação, muitas e muitas vezes não se confirmam ao final do processo, fazendo com que o absolvido seja irreparável e indevidamente cerceado de sua liberdade.

A reforma pretendeu sedimentar aos poucos a concepção de que a prisão antes da sentença penal condenatória transitada em julgado deve ser decretada com parcimônia e nisso encarece, repita-se, o princípio da presunção de inocência. É providência extrema, a ser destinada a casos excepcionais, visão afinada à realidade do sistema prisional brasileiro, o qual apresenta altos índices de reincidência; atendimentos médico, odontológico e social escassos; triagem de apenados ineficiente; superlotação mesmo nos Estados tidos como mais ricos e desenvolvidos, entre outras distorções.

9 OUTROS PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS

9.1 PRINCÍPIOS DA PROVISORIEDADE E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

As medidas cautelares pessoais penais sem dúvida não são tão invasivas como a prisão. Isso não significa, entretanto, que sejam destituídas de poder restritivo de direitos. Se é assim, nada mais natural que se as tenha como de duração limitada. Imagine-se, por exemplo, um monitoramento eletrônico perpétuo. Ninguém questionaria a redução de liberdade contida nessa medida.

Há de ser feito um paralelo com a prisão cautelar, que pode e deve ser revogada por excesso de prazo. Os tribunais buscaram definir em que situações esse excesso estaria presente. Em um primeiro momento recorreu-se a um critério puramente aritmético, com a soma dos prazos estabelecidos para os distintos atos processuais. Falava-se, então, na regra dos 81 dias, que correspondia ao resultado da soma dos prazos do procedimento ordinário. A reforma processual penal de 2008 (Lei nº 11.719) fez com que os adeptos da diretriz matemática precisassem refazer os cálculos, com resultado de 105 dias (MENDONÇA, 2011, p. 74).

Mas o Direito não é uma ciência exata. Há incidentes processuais diversos que podem surgir. Por vezes perícias são necessárias; testemunhas não são localizadas, vindo a ser substituídas; alegações finais podem ser apresentadas por memoriais, a depender da complexidade; o defensor constituído pode renunciar aos poderes que lhe foram outorgados; pode haver necessidade de oitiva de testemunhas por carta precatória. Além disso, é relativamente comum o expediente de arrolar testemunhas em Estados distantes.

O juízo não pode descurar de fixar prazo razoável para o cumprimento e, mesmo que possa julgar sem o retorno da deprecata cujo prazo houver escoado, não pode simplesmente deixar de expedir a carta ou estabelecer lapso insignificante. Também não pode, caso não encontrada a testemunha, deixar de deferir pedido de substituição formulado a tempo e modo, pois isso constituiria cerceamento de defesa.

No exame de eventual excesso de prazo, deve-se observar, portanto, as particularidades de cada processo. O grau de complexidade, o número de réus, o número de procuradores, os incidentes havidos e também quem deu causa a eventuais retardos são todos fatores que balizam a avaliação do excesso – quer da prisão, quer das medidas substitutivas.

9.2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O artigo 93, IX, da CRFB/88 exige a fundamentação de todas as decisões judiciais. O artigo 5º, LXI, dispõe que, salvo em transgressões ou crimes militares, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

A aplicação de medidas cautelares tem claro conteúdo decisório; demanda, logo, sejam externadas as razões que levaram o magistrado a tê-las como adequadas à situação. Pode-se objetar que a substituição é benéfica ao réu e, por isso, dispensaria a fundamentação. Tal objeção, entretanto, é falaciosa. Além de as medidas cautelares importarem limitação da liberdade – ainda que em nível inferior ao encarceramento –, é necessário considerar que, se todas as decisões requerem motivação, por imposição do citado artigo 93, IX, devem ser explicitados também os motivos da substituição da prisão e, da mesma forma, os de eventual negativa de substituição.

Não atende o preceito constitucional a singela alusão à presença dos requisitos da preventiva e à insuficiência das medidas de cunho acautelatório diversas da segregação. O artigo 315 do CPP, em nova redação, vem reforçar essa necessidade. O togado há de especificar em que consistem o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*. Não pode, por

exemplo, cingir-se à gravidade abstrata do delito. Deve fundamentar, outrossim, se havida a substituição, o porquê da opção por esta e não por aquela medida cautelar.

9.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O artigo 5º, II, da CRFB/88 consagra o princípio da legalidade. Correlacionando-o às medidas cautelares, é intuitivo que as passíveis de emprego pelo juiz são as estipuladas em lei. Há doutrinadores de escol que advogam a tese da incidência do poder geral de cautela do artigo 798 do Código de Processo Civil (CPC); o artigo 3º do CPP permitiria solução desse naipe. A diversidade dos fatos trazidos a júízo imporia uma maleabilidade controlada.

Com o devido acatamento, é imprópria a importação do poder geral de cautela do processo civil ao processo penal. Os bens e interesses em jogo em um e em outro são significativamente distintos. O paralelo, neste ponto, é perigoso e inconveniente. A aplicação subsidiária de normas da processualística cível, bem entendido, há de ser acerca de questões de segunda importância, mormente procedimentais, em caso de lacuna do Estatuto Processual Penal. As medidas cautelares e as restrições à liberdade que trazem a reboque seguramente não se situam na periferia dos temas. Geram consequências sensíveis e diretas no direito de ir e vir. Deixá-las ao talante da autoridade judiciária seria abrir campo a arbitrariedades.

A pretexto de não manter no cárcere um acusado de furto, não nos causaria espécie se, para deleite do “Quarto Poder”, fosse imposta a “medida cautelar” de escrever repetidamente os dizeres “não furtarei” ou de exhibir em via pública placa com esse mote. Poderia ser imaginada, ainda, a “medida cautelar” de frequência a cultos religiosos. É verdade que ambos os jocosos exemplos seriam facilmente contrastados pelo princípio da dignidade da pessoa humana – no primeiro caso haveria exposição ao ridículo – e pelo direito à liberdade de religião, que inclui o direito ao ateísmo. Enfim, esses episódios de anedotário seriam poucos, pelo bom senso que se espera dos juízes – e que a grande maioria deles tem –, mas não convém deixar as portas abertas.

9.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Conforme o artigo 282, §3º, do CPP, ao receber o pedido de medida cautelar, o juiz determinará a intimação da parte contrária, com cópia do requerimento e peças necessárias. O dispositivo, contudo, excetua os casos de urgência ou perigo de ineficácia.

A intenção pode ser das melhores (assegurar o contraditório), mas a prévia abertura de prazo para manifestação, na prática, em raras hipóteses não tornaria inócua a medida. Para Mendonça (2011, p. 79),

[...] o contraditório deve ser observado não apenas quando houver requerimento para decretação das medidas cautelares, como indica o art. 282, §3º, mas sobretudo quando o juiz decreta a medida de ofício.

Embora não haja previsão expressa, como consequência da necessidade de observância do contraditório, melhor haver um procedimento em autos apartados, para evitar tumulto procedimental.

Diverge-se dessa orientação. O texto legal menciona a intimação da parte contrária por determinação do juiz ao receber o pedido. Só haverá pedido se feito pelos legitimados do §2º do artigo 282, isto é, a autoridade policial e o Ministério Público, na fase investigativa, e as partes, durante o processo. Se a medida cautelar for estabelecida *ex officio*, por óbvio não haverá pedido e, conseqüentemente, não haverá que se falar em obrigatoriedade de abertura de prazo para manifestação defensiva.

Imagine-se que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, verifique ser possível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares do artigo 319 do CPP. A prevalecer a inferência de que o decreto da medida de ofício reclama prévia oitiva da parte contrária, o magistrado, homologado o flagrante, teria de ordenar a intimação e aguardar a manifestação ou o decurso do prazo, para só então aplicar a medida – ou as medidas – que já sabia de antemão ser apropriada. Enquanto isso não ocorrer, o acusado permanecerá preso. Poderia ter sido solto antes, se não fosse a abertura de prazo para dizer acerca da medida substitutiva.

Discorda-se, também, da formação de autos apartados, que poderia tornar um pouco mais reta a tramitação do processo principal, mas criaria um apêndice burocrático – e de burocracia é o que menos o Judiciário precisa.

Não se está a preconizar uma arbitrária vedação de defesa. A garantia de um contraditório diferido seria o bastante para, ante a argumentação defensiva, promover a revogação da medida que se mostrasse inadequada.

10 O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E AS PROVIDÊNCIAS DO JUÍZO

Ao revés da redação anterior, o novo artigo 310 do CPP não permite a simples homologação do flagrante, ao aguardo de eventual pedido de liberdade provisória.

Atualmente, ao receber o auto de prisão em flagrante, o magistrado deve relaxar a prisão, se eivada de ilegalidade; convertê-la em prisão preventiva, se impróprias ao caso as medidas cautelares diversas da prisão e se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

É equivocado o entendimento – surgido nos alvares da edição da lei promotora da reforma – de que o juiz de Direito não precisa mais homologar o flagrante, bastando ingressar no cabimento ou não da preventiva e, nesse caso, convertê-lo nesta última. A explícita menção à homologação ainda é necessária, acompanhada da fundamentação de que foi detectada uma das hipóteses autorizadoras e atendidos os requisitos formais, como a entrega da nota de culpa em 24 horas (artigo 306, §2º, CPP). Sem essa análise e expressa homologação, não se deixaria clara a legalidade da prisão em flagrante.

A supressão da prévia oitiva do Ministério Público não ocorreu por menosprezo à relevantíssima instituição. É forma de acentuar o intuito do legislador de guindar a presunção de inocência aos maiores níveis, impondo ao magistrado um exame imediato da necessidade de manutenção da prisão, medida extrema.

Quanto às hipóteses autorizadoras da preventiva, não experimentaram modificações significativas. Continua a ser passível de decretação para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, se provada a existência de crime e houver indícios suficientes de autoria. A novidade está no cabimento dela em caso de descumprimento das obrigações impostas em decorrência de medidas cautelares (artigo 312, parágrafo único, CPP).

A aplicação da lei penal e a salvaguarda da instrução criminal têm nitidamente cunho de cautela processual. O mesmo não pode ser dito da garantia da ordem pública e da econômica. A expressão vaga, alvo de inúmeras críticas, permite interpretações demasiado amplas:

As expressões ordem pública e ordem econômica continuam sem explicação na lei e poderão manter a triste realidade de subjetivismos e achismos judiciais em torno dessas expressões, justificando uma pluralidade de prisões preventivas, misturando culpa penal com instrumento processual. Perdeu o legislador uma boa oportunidade de extirpar esses equívocos do Título que trata da prisão cautelar no Código de Processo Penal (GARCIA, 2011, p. 46).

Permanece também o infeliz vocábulo “conveniência” da instrução criminal, de igual modo criticado pela doutrina. Dá a entender que a prisão pode ser decretada por mero juízo de conveniência, e não de necessidade.

Quanto aos requisitos da prisão preventiva, somente terá ela cabimento nos crimes: dolosos – não em crimes culposos, nem em contravenções penais – com pena máxima superior a quatro anos (artigo 313, I, do CPP); em que o agente houver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (artigo 313, II, do CPP); que envolvam violência doméstica e familiar – como forma de garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência – (artigo 313, III, do CPP); em que houver dúvida acerca da identificação civil da pessoa e em que esta não fornecer os elementos necessários para esclarecê-la (artigo 313, parágrafo único, CPP). Neste caso, apesar de o texto legal referir-se à dúvida acerca da identificação “ou” negativa de fornecimento dos dados para elucidá-la, os requisitos são cumulativos. Não teria sentido manter presa pessoa sem que pairasse incerteza sobre sua identificação. Assim, deve haver dúvida e negativa de esclarecimentos; do contrário, a prisão será abusiva, passível de combate via *habeas corpus*.

Pode-se antever que a redução do número de prisões desnecessárias e o emprego adequado das medidas cautelares dependem de uma mudança de postura de parcela do Judiciário. As inspeções mensais realizadas pelos magistrados nos estabelecimentos prisionais, com elaboração de relatórios ao Conselho Nacional de Justiça, podem desempenhar importante função para consolidar a ideia da prisão como última medida, aceitável quando todas as outras renunciarem-se inócuas ou forem descumpridas. A aproximação com o cotidiano do cárcere pode despertar no observador a repulsa à desumanidade do sistema.

É de se louvar a previsão de prisão domiciliar, como sucedâneo da prisão preventiva, do maior de oitenta anos; da pessoa debilitada ao extremo por doença grave; daquela de quem dependa menor de seis anos de idade ou pessoa com deficiência; e de gestante a partir do sétimo mês de gestação ou com gravidez de alto risco (artigo 318, CPP). É escusado dizer que o outro extremo também é pernicioso. A análise do enquadramento em uma das hipóteses de prisão domiciliar deve ser precedida de cuidados mínimos, como a feitura de perícia nos casos de doença grave e gravidez de risco ou, ao menos, a exigência de juntada de atestados médicos.

Interessa registrar que a prisão domiciliar prevista no artigo 318 do CPP não se confunde com a do artigo 117 da Lei nº 7.210/84, pois esta última prisão é relativa ao preso em cumprimento de pena definitiva, sem relação com a substituição da prisão preventiva.

Por fim, ao constatar que os requisitos da prisão preventiva não estão configurados, a autoridade judiciária deverá conceder liberdade provisória (artigo 321 do CPP), cumulada ou

não com as medidas cautelares do artigo 319 do CPP. Não se está diante de mera faculdade, mas de dever funcional.

Nesse ponto, o risco que se assume, sem uma modificação de perfil de parte da magistratura, é que o juiz, em caso em que antes da nova lei concederia liberdade provisória, com ou sem fiança, passe a aplicar conjuntamente medidas cautelares. No exemplo, a inovação legislativa serviria não para evitar prisões prescindíveis, mas para agravar a situação do indiciado ou acusado, já que as medidas cautelares, se não tolhem por completo a liberdade do indivíduo, como a prisão, não deixam de restringi-la.

11 AS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES RESTRITIVAS DE LIBERDADE

O artigo 319 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 12.403/11, apresenta rol das medidas cautelares de natureza pessoal, diferentes das de cunho real, como o sequestro, a hipoteca legal e o arresto.

Por significarem redução do grau de liberdade individual, entende-se que o rol é taxativo (*numerus clausus*). Passa-se a enumerá-las.

11.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

O comparecimento do acusado para justificar e informar suas atividades em tese permitiria ao juízo inteirar-se de seus passos, saber se está trabalhando ou, se não está, qual o motivo. Na prática, resume-se à assinatura em livro próprio:

De fato, a prática atual não atende os objetivos da lei. Embora acarrete um ônus ao acusado de ter de se deslocar periodicamente a juízo para assinar o livro, o intuito do legislador é, sem dúvida, que o juiz realize uma audiência com o acusado e exija comprovações das atividades que o acusado vem realizando, o qual deveria, ainda, apresentar documentos que instruísem a referida comprovação. Pretendem-se, pois, um controle e um acompanhamento (BONFIM, 2011, p. 43).

Para quem conhece o cotidiano forense e a pleora de processos que abarrotam os fóruns, é evidente a impossibilidade de se fazer um acompanhamento efetivo. A realização de audiência a cada apresentação do acusado inviabilizaria o funcionamento das unidades jurisdicionais.

Sobre a periodicidade das apresentações, o legislador deixou a critério do magistrado estabelecê-la.

11.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO A DETERMINADOS LUGARES

O objetivo da proibição de acesso ou frequência a lugares específicos é minimizar o risco de novas infrações. A medida poderia ter melhores resultados não fosse, mais uma vez, a deficiência na fiscalização. No mais das vezes, o juízo só terá ciência de eventual descumprimento quando o acusado cometer novo crime, no local em que não deveria estar. É o que costuma ocorrer no âmbito doméstico. A polícia é acionada pela vítima quando o agente se dirige à residência desta para ofendê-la ou agredi-la, e somente então o Judiciário passa a ter conhecimento da violação da regra imposta.

É oportuno consignar que a proibição deve guardar alguma relação com o fato *sub judice*.

11.3 PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

Medida similar é prevista também na Lei de Combate à Violência Doméstica (Lei nº 11.340/06). O contato com pessoa com a qual já houve conflito anterior potencializaria o risco de que a cizânia desencadeasse nova ação criminosa. Compete ao juiz fixar distância mínima de aproximação, pois não há disposição legal específica quanto a isso. O parâmetro é a razoabilidade. O distanciamento não pode ser pífio, a ponto de tornar estéril a vedação, nem tão grande que implique aniquilação do direito de ir e vir.

11.4 PROIBIÇÃO DE AUSÊNCIA DA COMARCA

A medida deve ser decretada, como substitutiva da prisão, de forma a assegurar que o indiciado ou acusado não frustrasse as investigações ou a instrução criminal. A saída da comarca deverá ser expressamente requerida – com indicação do destino – ao juízo e por ele autorizada.

A falta de fiscalização tende a reduzir a eficácia. Não há como saber se efetivamente o indiciado ou acusado não se ausentou. A notícia virá, quando muito, por uma prisão em flagrante em outras plagas.

11.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA

O texto legal admite essa providência se o indiciado ou acusado tiver residência e trabalho fixos. Consubstancia restrição ao contato social fora da atividade laborativa. Parte-se da concepção de que à noite e em outros períodos de ócio há maior propensão ao cometimento de delitos. Também aqui se anteveem sérios problemas na fiscalização. A elaboração de lista de pessoas sujeitas à medida e respectivos endereços, com remessa ao comando da Polícia Militar para averiguação nas rondas de rotina, pode dar um mínimo de efetividade à proibição.

11.6 SUSPENSÃO DE EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU ATIVIDADE ECONÔMICA OU FINANCEIRA

A função ou atividade exercida deve ter correlação com a prática de infrações penais. É o caso do servidor acusado, *verbi gratia*, de concussão ou peculato. Não é o do servidor a quem se atribui um homicídio. A suspensão é de índole penal, sem prejuízo de procedimentos administrativos disciplinares. Pode ser validamente aplicável também para assegurar a investigação ou a instrução:

A finalidade da suspensão da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira é evitar, segundo o dispositivo legal, a sua utilização para a prática de infrações penais. Assim, busca-se, precipuamente, evitar que o agente se valha das facilidades desta função ou atividade para a prática de novas infrações. Como foi visto, a suspensão de função pública realmente poderá ser determinada para evitar novas práticas delitivas, como indica o legislador, quando, por exemplo, se trate de servidor corrupto que, se mantido no cargo, poderá continuar praticando crimes. De qualquer sorte, como já adiantamos, será possível também a referida suspensão quando necessária para a investigação ou instrução criminal. Assim, o afastamento do cargo poderá ser determinado para que o acusado não se utilize dele para destruir provas, pressionar testemunhas, intimidar vítimas, ou seja, para obstruir a investigação de qualquer forma ou prejudicar a instrução. Dessa forma, nada obstante o art. 319, VI, mencione apenas a utilização da suspensão de função pública ou da atividade econômica para evitar a prática de novas infrações, sem dúvida o agente poderá ser suspenso para garantia da investigação ou instrução criminal. Isto está autorizado pela norma principiológica do art. 282, I, que já traz, dentre os princípios reitores e os dispositivos fundamentais das medidas cautelares, as finalidades de todas as medidas cautelares pessoais. Ademais, o art. 282, II, também autoriza que seja utilizada a medida mais adequada à situação concreta. Deve o magistrado, portanto, aplicar as medidas indicadas no rol do art. 319 de acordo com a situação concreta e à luz do princípio da adequação (MENDONÇA, 2011, p. 441-442).

A medida é inquestionavelmente grave. Não pode ser decretada com base na simples suposição de que a função pública ou atividade econômica ou financeira redundará em novas infrações. É necessário algum dado concreto que assim indique.

Se o magistrado considerar suficiente, pode determinar o afastamento do servidor de um determinado setor ou suspender o exercício de apenas uma parcela das atividades econômicas desenvolvidas. Embora a lei não preveja de modo expresso essa suspensão parcial, não é razoável que se adote a providência em toda a sua amplitude sem necessidade.

11.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO SEMI-IMPUTÁVEL OU DO INIMPUTÁVEL

Cabe apenas nos crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, para mitigar o risco de reiteração delituosa. Não implica retorno ao sistema do duplo binário, com futura imposição conjunta de pena e medida de segurança. O sistema vicariante continua intocado. Acresce-se tão só a possibilidade de internação cautelar e se substitui com vantagens a extinta medida de segurança provisória:

Supre-se, finalmente a lacuna existente, até hoje, em relação à prisão provisória de doentes mentais e perturbados. A medida de segurança provisória foi extinta, com o advento da Lei de Execução Penal. A única possibilidade de se manter seguro o enfermo mental, que tenha cometido fato criminoso grave, era pela decretação da prisão preventiva. Porém, quando esta era concretizada, o sujeito costumava ser mantido no mesmo cárcere, sem a devida transferência para um hospital ou casa de custódia e tratamento.

Agora, substituindo-se a prisão preventiva, adota-se a denominação internação provisória, que deve realizar-se em locais apropriados, separados do cárcere comum (NUCCI, 2011, p. 85).

É recomendável, mas não imprescindível, que o laudo pericial esteja nos autos, atestando a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade. Não se descarta a determinação da internação provisória, entretanto, mesmo sem a perícia concluída, se manifestos os sinais de doença mental. Parecer de médico particular pode ser suficiente, a depender da percepção do magistrado quando frente a frente com o acusado. A prisão preventiva, à espera da conclusão pericial, pode ser extremamente nociva, por submeter pessoa com visíveis traços de insanidade ao convívio com detentos mentalmente sãos. A dificuldade de relacionamento de inimputáveis e semi-imputáveis no cárcere pode torná-los vulneráveis a ataques de outros segregados.

A internação provisória, na prática, enfrentará um oponente que não pode ser subestimado: a limitação dos recursos do Estado e sua histórica resistência em investir na melhoria das condições dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Não seria surpresa se, diante da decretação da internação provisória, o juízo recebesse como resposta estatal a inexistência de vaga na instituição e a formação de uma lista de espera. Ficaria,

assim, entre a espera pela abertura da vaga, mantendo preso o acusado enfermo, e a simples soltura.

11.8 FIANÇA

O escopo principal do arbitramento de fiança é o de assegurar o comparecimento do indiciado ou acusado aos atos processuais (artigo 319, VIII, CPP). Em uma sociedade cuja força motriz é indisfarçavelmente o dinheiro, a restrição financeira é das mais efetivas.

Com a reforma, se de um lado deixou de ser a única medida substitutiva da prisão, de outro recuperou sua importância. Pode ser fixada mesmo se não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva, como medida cautelar autônoma (artigo 321 do CPP). Pode servir também se houver resistência injustificada à ordem judicial, isto é, se medida cautelar anterior for descumprida, o magistrado pode, em vez de decretar a prisão preventiva, substituir aquela pelo pagamento de fiança. Cabe o estabelecimento de fiança, mas sem a mesma utilidade, para evitar a obstrução da marcha processual.

A nosso ver, não deve ser fixada fiança, muito menos decretada a prisão preventiva, se o acusado não comparecer ao interrogatório. Este ato é meio de autodefesa, e se ao réu é permitido o silêncio, sem que nenhum prejuízo disso possa advir, por identidade de razão sua ausência não lhe deve gerar gravame.

O artigo 310 do CPP, na redação antiga, obrigava o comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. O atual artigo 321 não contém a mesma exigência; diz somente que “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319 deste Código e observados os critérios constantes do artigo 282 deste Código”. Como não é admissível estatuir obrigações não previstas na lei penal, há equívoco na revogação da liberdade provisória concedida nos novos moldes da norma em vigor tão só pela ausência do denunciado ao ato processual. A exceção que se vislumbra é a da liberdade provisória cumulada com medida cautelar de comparecimento periódico em juízo (artigo 319, I, CPP), com a periodicidade definida de modo a coincidir com a data dos atos processuais. Neste caso, o não comparecimento implicará violação da medida cautelar, dando margem à decretação da prisão preventiva (artigo 312, parágrafo único, CPP) ou, como forma de evitá-la, ao arbitramento de fiança.

11.8.1 VEDAÇÕES À FIANÇA

O artigo 323 do CPP obsta a fiança nos crimes de racismo (inciso I), tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, bem como nos crimes definidos como hediondos (inciso II) e nos cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Não existem mais as proibições dos antigos incisos I a III do artigo 323, calcadas na pena mínima cominada à infração; na reincidência em crime doloso; e nas contravenções – em nosso sentir, em verdade, não recepcionadas pela Constituição Federal – de vadiagem e mendicância, esta revogada pela Lei nº 11.983/09.

A inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados não pode ser confundida com proibição de liberdade provisória. O artigo 5º, XLIII, da CRFB/88 menciona a inafiançabilidade. No entanto, a interpretação de que isso implica vedação à liberdade provisória sem fiança pode até se fundar em critérios de razoabilidade – crime menos grave comportaria liberdade provisória com fiança e crime mais grave admitiria liberdade provisória sem fiança –, mas feriria o princípio da presunção de inocência por fundar-se unicamente na gravidade abstrata do delito. A interpretação seria de inegável feição ampliativa no campo dos direitos fundamentais, sede em que a atuação interpretativa deve ser restritiva.

O artigo 324, I a IV, do CPP contém outras hipóteses de vedação de fiança: quebra de fiança; descumprimento das obrigações de comparecimento perante a autoridade sempre que intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento (artigo 327, CPP); mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante ou ausência da residência por mais de oito dias, sem comunicação àquela autoridade (artigo 328, CPP); prisão civil ou militar; e presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva.

Seria um disparate arbitrar fiança em prisão civil. O artigo 5º, LXVII, da CRFB/88 trata da prisão civil por dívida pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e no caso de depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da segregação do depositário infiel e editou a Súmula Vinculante nº 25. O ordenamento jurídico nacional contempla, logo, uma única hipótese de prisão civil por dívida: a do devedor de alimentos.

A fixação de fiança implicaria soltura do alimentante inadimplente, deixando de compeli-lo ao pagamento do débito alimentar. Quer dizer, recobriria a liberdade por pagar fiança, sem pagar a dívida que motivou sua prisão. Convenhamos, fiança nada tem que ver com prisão de natureza civil. É instituto processual penal. A alusão à prisão civil no texto do

CPP causa alguma estranheza, que pode ser explicada pelo intuito do legislador de evitar confusões.

A prática forense já trouxe a lume discussão, por exemplo, acerca de qual regime de cumprimento seria aplicável à prisão civil. Cartas precatórias de prisão civil deixaram de ser cumpridas, porque o juízo deprecado insistia em saber, antes de levar a termo seu objeto, qual o regime fixado pelo juízo deprecante: fechado, semiaberto ou aberto. Só se pode falar em regime de cumprimento *de pena*, nos termos do artigo 33 do CP. É evidente que a prisão civil do devedor de alimentos não é uma pena, mas somente um instrumento coercitivo para fazê-lo honrar a vital obrigação. Deve ser implementada por meio de encarceramento, isto é, de recolhimento a estabelecimento prisional. Se pudesse ser cumprida em Casa do Albergado ou em regime domiciliar, como se tivesse natureza penal, a prisão civil seria despida de toda a força cogente. É claro que o administrador da unidade deverá adotar as cautelas necessárias, não recolhendo ao mesmo ambiente o preso civil e os condenados por sentença transitada em julgado ou aqueles sob prisão processual. A julgar pelo insólito debate travado, não seria de surpreender que o próximo passo fosse excogitar o cabimento de remição pelo trabalho ou de saída temporária ao preso civil. Francamente, às vezes o óbvio precisa ser dito.

11.8.2 VALOR DA FIANÇA

O antigo artigo 325 do CPP trazia valores relativamente baixos e, nos crimes contra economia popular e de sonegação fiscal, fazia referência ao Bônus do Tesouro Nacional (BTN), unidade extinta. A nova redação majorou as quantias, calculadas em salários mínimos. A pena máxima continua a ser um parâmetro (incisos I e II). A fiança pode ser dispensada, reduzida ou aumentada de acordo com a situação econômica do preso (§1º, I a III). Destinar-se-á, como já se previa, ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, com a inovação de que agora também será empregada no pagamento da prestação pecuniária (artigo 336 do CPP).

11.9 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

A Lei nº 12.258/10 também trata da monitoração eletrônica, mas restrita à execução penal. A medida pode substituir apropriadamente a prisão, sem as falhas fiscalizatórias facilmente constatáveis em outras das medidas cautelares. Tentativas de violação do sistema são detectadas, bem como a saída de um determinado perímetro. Não se identifica nisso

Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 42 - 72, out. 2014

vilipêndio ao princípio da dignidade da pessoa humana. O uso de simples tornozeleira não é um espalhafato vexatório. É exagero cogitar que essa tecnologia seja o prenúncio de um totalitarismo digital. Não se deve perder de vista que a monitoração eletrônica, por mais invasiva que seja, evita a privação da liberdade.

11.10 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS

Essa medida está grafada no artigo 320 do CPP e não no rol do artigo 319. Tem a mesma índole cautelar das demais. Reduz os riscos de frustração da instrução criminal e/ou da aplicação da lei penal. O indiciado ou acusado deve entregar o passaporte em juízo em 24 horas. A disposição legal expressa tornou inócuo o debate acerca de configurar ou não a retenção do passaporte um constrangimento ilegal.

12 A FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES EM VARAS DE EXECUÇÕES PENAIS: IMPROPRIEDADE

Questão que começa a assomar no dia a dia forense é a da competência para a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares penais. Há notícias de suscitação de conflito negativo entre varas criminais, digamos, comuns e varas de execução penal.

Tudo depende, por certo, da definição de matérias a cargo de cada unidade em seu ato de criação, conforme resolução editada pelo tribunal a que vinculada. No entanto, caso haja omissão, entende-se que a fiscalização deve ser feita pelo próprio juízo impositor da medida cautelar. Em se tratando de carta precatória, a distribuição forense há de encaminhá-la a uma das varas criminais comuns, e não à vara de execuções penais. O motivo é singelo: as medidas cautelares em comentário ligam-se à substituição de prisões provisórias, jamais a prisões oriundas de sentença condenatória irrecorrível.

13 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico nacional se ressentia de mais de duas décadas de militarismo. A prisão era a resposta penal por excelência. Quaisquer medidas menos gravosas eram vistas como demonstrações de tolerância com a criminalidade, incluindo-se no termo a decorrente da diversidade de pensamento. As soluções de força foram cultuadas. Confundia-se

brutalidade com eficiência. Os indivíduos foram separados em dois grupos: os “cidadãos de bem” e os subversivos.

Para quem pensa a sociedade como uma trincheira e o mundo como um palco de guerra, é natural sempre escolher um inimigo. Nessa concepção, o homem não é avaliado em toda a sua complexidade, com acertos e desacertos. A visão sectária divide bons e maus. Não há meio termo. Aos primeiros destinam-se as benesses do poder; aos últimos, os rigores da lei. O Brasil ainda padece desses ranços ditatoriais, o que fica mais evidente no Direito Penal.

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vem com traços diferentes. Em vez de nascer de um episódio específico, como o assassinio ou o sequestro de alguém famoso, surge como consciência da agonia do sistema prisional e do fracasso da ressocialização com base nesse sistema, transformada em mentira ou em palavra vazia.

Agora o magistrado, ao aquilatar uma prisão, finalmente pode fazer mais do que eleger entre mantê-la ou simplesmente pôr o preso em liberdade, sem maiores cautelas. As nuances de cada caso passam a pesar na escolha da providência mais razoável e proporcional.

O comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares ou de contato com determinadas pessoas, o recolhimento domiciliar noturno, o monitoramento eletrônico, entre outras, podem ser medidas suficientes para evitar os rigores do cárcere e seus efeitos deletérios, sabendo-se, a propósito, que a separação entre presos provisórios e condenados por sentença irrecorrível é ditame legal solenemente ignorado.

As medidas substitutivas da prisão vêm como o bom augúrio de que se começa a atentar para a importância da Lei Maior, enaltecendo o princípio da presunção de inocência. Aos poucos se vai superando, oxalá, a época soturna em que a Lei de Segurança Nacional assentava-se no ápice da pirâmide legal travestida de Constituição. É o que parece e a esperança nos faz crer. O tempo dirá, verdadeiramente, se vivemos um recuo esporádico do legislador na edição de leis para a plateia ou se inaugurada uma mudança de mentalidade, entre a truculência do Lei e Ordem e a irresponsabilidade utópica do Abolicionismo.

CRIMINAL PROCEDURAL INJUNCTION AND PRESUMPTION OF INNOCENCE

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben

ABSTRACT

Criminal procedural precautionary measures alternatives to imprisonment, embedded in our legal system by Law n. 12.403/2011 (Article 319 and following of the Criminal Procedure Code of Brazil), may represent a major paradigm shift. The legislature had intended to reinforce the idea that segregation is extreme and exceptional measure. This line of thinking elevates the presumption of innocence and thus strengthens the normative force of the Constitution (Article 5, LVII, CRFB/88). It is expected that the use of precautionary measures to reduce the undue burden retributive allocation of the provisional arrest and weakens the strand on Criminal Law of the Enemy, who designed the power repressive state most often marginalized social segments.

Keywords: Criminal precautionary measures. Provisional detention. Replacement. Presumption of innocence. Constitutional principles.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal:** comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

_____. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 1989.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 ago. 2006.

_____. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jun. 2008.

_____. Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jun. 2010.

_____. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 2011.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DAPKEVICIUS, Rubén Flores. **Manual de derecho público derecho constitucional**. Montevideo: Editorial B de F, 2007.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Débora Faria de. **Novas regras da prisão e medidas cautelares**. São Paulo: Editora Método, 2011.

GIORDANI, Mário Curtis. **História do direito penal entre os povos antigos do oriente próximo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRIGORIÁN, L.; KUTAFIN, O.; SHEVTSOV, V. **Conocimientos basicos acerca de la Constitucion soviética**. Moscou: Editorial Progreso, 1980.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JR., João Marcello de. **Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ODON, Tiago Ivo. **O Modelo de justiça criminal no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, Brasília, 17 jan. 1973.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ROIG, Rogério Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil.**
Rio de Janeiro: Revan, 2005.