

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 12.403/2011.¹

Renan Fernandes²

Lincoln Rufino³

RESUMO

O propósito do presente estudo jurídico destina-se a analisar a Lei nº 12.403/11 e as respectivas alterações e novidades que trouxe ao título IX do Código de Processo Penal, mais precisamente no tocante às medidas cautelares de cunho penal, de forma breve e prática à luz dos dispositivos até então vigentes em nosso ordenamento jurídico. De outra forma é também analisada as mazelas ainda esquecidas pelo legislador no processo penal, sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais, em face do surgimento de uma nova ordem de valores instituída pela Constituição Federal de 1988. Com essa missão, este trabalho procurou avaliar também a proposta legislativa do Novo Código de Processo Penal, sem, contudo, esquecer de compará-la ao Código de Processo Penal de 1941, à doutrina e à jurisprudência construídas a partir desse último modelo e, principalmente, inseri-la no contexto do Processo Penal Constitucional.

Palavras Chaves: Lei 12.403/11 Medidas cautelares. Constituição. Novo Código de Processo Penal.

A CRITICAL ANALYSIS OF LAW 12.403/2011

ABSTRACT

The purpose of this legal study intended to analyze Law n ° 12.403/11 and changes and new developments that brought under Title IX of the Code of Criminal Procedure, specifically with regard to interim measures of criminal nature, in a brief and practical the light of the hitherto existing devices in our legal system. Otherwise it is also analyzed the wounds still forgotten by the legislature in criminal proceedings, from the perspective of fundamental rights and guarantees, given the emergence of a new order of values established by the Constitution of 1988. With this mission, this study also sought to evaluate the legislative proposal of the New Code of Criminal Procedure, without, however, forget to

¹ Artigo Científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

² Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. renandsfernandes@gmail.com

³ Orientador. Professor Especialista em Direito Penal e Processo Penal Direito Penal da FARN. linrufino@yahoo.com.br

compare it to the Code of Criminal Procedure, 1941, to the doctrine and case law built from this last model, and mainly, insert it in the context of Constitutional Criminal Procedure.

Keywords: Precautionary Measures Law 12.403/11. Constitution. New Code of Criminal Procedure.

1. INTRODUÇÃO

Em sua essência, a Lei 12.403/2011 que alterou o Código de Processo Penal tem como objetivo diminuir o número das prisões cautelares, que enchem os presídios com pessoas sem antecedentes, e os Tribunais com milhares de habeas corpus contestando a legalidade desse tipo de segregação. A maioria dessas prisões carecem de fundamentação, e diante de um Poder Judiciário replato de demandas, inúmeras injustiças são praticadas em decorrência da lentidão na análise de pedidos de liberdade.⁴ O princípio da presunção de inocência, um dos mais importantes na seara penal, é violado toda vez que alguém é preso antes de trânsito em julgado de sentença condenatória, ainda que diante de elementos de grande convicção.

Com a reforma introduzida pela lei 12.403/11 põe fim ao que a doutrina denominava bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significava dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia o processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente ou então lhe era deferido o direito a liberdade provisória.

Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa evidente prejuízo, quer a liberdade de locomoção do agente, quer a própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que é muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares também é verdade que a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações. Como o juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a privação da liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo.

⁴ Luiz Flávio Gomes, na introdução à sua obra sobre o tema, arremata que: "Em dezembro de 2010, o Brasil atingiu o número recorde de mais de 500 mil presos.(cf. nossa pesquisa em www.ipclfg.com.br). Desse total, 44% são de presos provisórios. Mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. Muitas poderiam estar em liberdade, mas continuam sob a custódia do Estado antes mesmo de encerrada a ação penal e de formado o juízo da culpa. Isso por força da atual sistemática da prisão: antiquada, que prioriza a privação da liberdade como única forma de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a lisura da instrução criminal, assim como assegurar o cumprimento da pena imposta. [...] Há um excesso por parte de alguns magistrados do País. Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente antes mesmo de serem condenadas. A prisão processual, tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira."(Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 15).

Seguindo a orientação do direito comparado, e com o objetivo de por fim a essa bipolaridade cautelar do sistema do CPP, a reforma ampliou de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha da providencia mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade. De acordo com a redação do art.319 do CPP, são previstas 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de forma isolada ou cumulativa, como vínculos da liberdade provisória (CPP, art. 321) ou, ainda, de forma autônoma à prisão.

Com o advento da reforma, elimina a péssima cultura judicial do país de prender cautelarmente os que são presumidamente inocentes pela Constituição Federal, tendo como base, única e exclusivamente, a opinião subjetiva do julgador a respeito da gravidade do fato, além do que é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibiliza-la com o principio da presunção de inocência⁵, afinal, a imagem do encarceramento cautelar é por demais nociva a figura do réu.

Será, portanto, necessário abordaremos a prisão preventiva, como espécie de prisão processual, e seus pressupostos autorizadores. Daí, alcançaremos uma proposta de leitura do dispositivo legal à luz da Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, observando-se para tanto a direção lançada sobre o tema pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de modo a compatibilizar a prisão, não apenas com a Constituição, mas igualmente com os compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional.

O Direito ou a edição de leis penais mais severas com o abandono de conquistas históricas não é o que nos afastará da constante insegurança de que vivermos sob a proteção de alguma impunidade ou do suposto aumento da criminalidade. Tais anomalias, por certo, dependem da atuação sempre conjunta e constante de todas as esferas da administração pública e da sociedade e inclusive do Direito, com seus instrumentos apaziguadores de conflitos sociais. Esta reforma não pode ser analisada do ponto de vista de saber se irá contribuir ou não para o aumento da impunidade ou, por outra via, no aumento da criminalidade.

Neste atual momento do Processo Penal, não se admite mais a prisão cautelar sem que seja demonstrada em concreto e de modo fundamentado a efetiva necessidade da prisão preventiva e mesmo outras medidas restritivas da liberdade de locomoção devem atender ao binômio-necessidade e proporcionalidade. Não podemos sair por ai aprisionando todos

⁵ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

aqueles que cometeram delitos com o único pretexto de que, desde logo, já são merecedores da prisão sem que seja observado o devido processo legal.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1. SISTEMA INQUISITORIAL

Adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como características principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem concentradas em um única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado juiz inquisidor.

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação a Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH, art.8º, nº1)⁶.

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

De maneira distinta, o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação de funções de acusar, defender e julgar.

Segundo Ferrajoli, são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e a acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento.⁷

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inc. I)⁸, que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal

⁶ Artigo 8º - Garantias judiciais - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.518.

⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

pública, a relação processual somente tem início mediante provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policial e do Ministério Público.

2.3. SISTEMA MISTO OU FRANCÊS

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Quando o código de processo penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial, porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Todavia, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

3. JUIZ DAS GARANTIAS DE ACORDO COM O PL N° 156/2009

Foi constituída uma comissão de juristas no Senado Federal, com o objetivo de apresentar um anteprojeto com um novo Código de Processo Penal. Este Projeto de Lei do Senado Federal n° 156/2009, o qual pretende implementar no país um Novo Código de Processo Penal.

Dentre várias alterações, há uma grande inovação oriunda do projeto à instituição do juiz das garantias no nosso ordenamento jurídico.

Na sistemática do Código que está em vigor, o magistrado que tornou conhecimento do feito na fase de investigação ficará prevento para conhecer a ação penal que posteriormente será ajuizada. O projeto altera substancialmente este panorama.

O juiz das garantias seria o magistrado que atua na fase de investigação, adotando as medidas resguardadas pela cláusula de reserva judicial (busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, prisões, etc). Conforme definição do próprio projeto, “O juiz das

garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autoridade prévia do Poder Judiciário”.⁹

Naturalmente, a atuação judicial na fase da investigação não constitui novidade no nosso ordenamento jurídico, pois há cláusulas de reserva de judicial. A inovação desta figura do juiz das garantias reside no fato de que este magistrado ficará impedido de funcionar no processo.

Ao justificar a existência do juiz das garantias, a exposição de motivos do projeto deixou consignada que: “O deslocamento de um órgão da jurisdição com funções exclusiva de execução dessa missão a tende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.

4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AS MEDIDAS CAUTELARES: NOÇÕES GERAIS

4.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima determina que o Direito Penal apenas deva proteger aqueles bens que são imprescindíveis à condição humana, à sua coexistência pacífica no meio social. Portanto, a norma jurídica penal deve atender aos ideais de necessidade e utilidade na incidência da mesma.

O Direito Penal deve ser a *ultima ratio* para a solução dos conflitos existentes, pois se trata da via mais violenta, que mais fere as garantias individuais, como o direito à liberdade. Daí a importância desse princípio, que serve de limite para legislador no momento em que este seleciona as condutas que devem ser tipificadas no Código Penal brasileiro.

Considerando que a maior parte das penas aplicadas aos infratores hoje consiste em penas privativas de liberdade, temos que o Direito Penal, atendendo à sua finalidade precípua, qual seja, tipificar determinadas condutas e atribuir a cada uma delas uma sanção, denominada pena, deve normatizar apenas aquelas condutas que, de alguma forma,

⁹ Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

prejudiquem de maneira grave bens e valores importantes para a boa convivência do homem no meio social ao qual está inserido.

Para alcançar o objetivo supramencionado, o Direito Penal se pauta pelo princípio da intervenção mínima, pois o próprio uso da legislação penal é tida como o último recurso a ser usado a fim de corrigir a conduta praticada pelo agente. Para ilustrar esse pensamento, tomemos como base o seguinte pensamento de Cezar Roberto Bittencourt: “Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas.”.¹⁰

Esse raciocínio é aplicado justamente em respeito ao direito fundamental à liberdade, previsto na nossa Carta Constitucional e, tendo em vista a força normativa que os princípios constitucionais vêm adquirindo recentemente, com o Neoconstitucionalismo, é possível concluir que o Direito Penal deve interferir da menor maneira possível na esfera de liberdade do cidadão.

4.2. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na construção da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça. Todavia, a proatividade judicial na produção probatória encontra forte resistência doutrinária em razão do filtro constitucional desempenhado pela adoção do sistema acusatório, limitando a atuação do julgador, reservado ao estudo da iniciativa instrutória do magistrado.

É de se observar, contudo que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar inatingível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido.

Devemos buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança¹¹ (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido processo legal, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador,

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

¹¹ KHALED JR, Ambição de verdade no processo penal. Salvador: Juspodivm, 2009. P.33

construído com equilíbrio e que reveste como justa medida, seja por sentença condenatória ou absolutória.

4.3. PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

Referindo especificamente a prisão cautelar, Roxin¹² adverte:

O princípio constitucional da proporcionalidade demanda a restrição da medida e dos limites da prisão preventiva ao estritamente necessário, revelando a verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo todos os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, estarem cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida.

"(...) Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário."

O princípio da proporcionalidade possui requisitos extrínsecos e intrínsecos. Subdividem-se os primeiros nos requisitos da judicialidade e da motivação; os segundos, na adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação aos requisitos extrínsecos, entende por judicialidade a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. A denominada cláusula de reserva de jurisdição garante ao Poder Judiciário não apenas dar a última palavra em matéria de restrição de direitos fundamentais, como também assegurar sua manifestação já no primeiro momento em que a restrição se mostrar necessária.¹³

¹² ROXIN, Claus, Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, 1976 (traducción y notas de

Diego-Manuel Luzón Peña)

¹³ STF, Tribunal Pleno, RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJe 104 04/06/2009.

Quanto a motivação há de se ter em mente que, em se tratando de decisões das quais resulte, de alguma forma, restrição a direitos fundamentais, será por meio da fundamentação da decisão judicial que se poderá aferir quais os motivos de fato e de direito levados em consideração pelo magistrado para a formação de seu convencimento, permitindo ao cidadão impugnar o ato se entender inconstitucional ou ilegal.

Já em relação aos requisitos intrínsecos, também denominados subprincípios de proporcionalidade ou elementos de seu conteúdo, são a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Como Salienta Willis Santiago Guerra Filho: “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”¹⁴

É nesse cenário que se avulta a importância das novas medidas cautelares de natureza pessoal introduzidas no CPP pela Lei nº 12.403/11. Ao ampliar o rol dessas medidas cautelares de natureza pessoal a disposição do juiz criminal, a lei dá concretude ao princípio da necessidade, possibilitando que o juiz natural utilize a prisão cautelar somente na hipótese de imprestabilidade das demais medidas cautelares. Portanto, a decretação da prisão preventiva somente será possível quando as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP mostrarem-se insuficientes para a tutela da eficácia do processo penal, conforme o art. 310,II, do CPP.¹⁵

Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção do acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada.

Logo, de modo a se evitar que a prisão cautelar perca sua razão de ser. Passando a desempenhar função exclusivamente punitiva, sempre que o magistrado visualizar que a custódia cautelar pode atingir ou ultrapassar o limite máximo abstrato que a pena resultante da condenação poderia alcançar, deve se abster de adotar a medida extrema, pena de incorrer em grave vício que afasta a legitimidade e justificação das medidas cautelares – o *periculum in*

¹⁴ Ensaio de teoria constitucional. Imprensa Universitária, 1989. P.75.

¹⁵ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão

mora inverso, que ocorre quando houver dano irreparável a parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida cautelar for superior ao se deseja evitar.

4.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em 1974, Cesare Beccaria, em sua celebre obra *Dos Delitos e das Penas*, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.¹⁶

Quanto ao princípio da presunção de inocência, considera-se uma grande vitória, pois é o princípio que tem como função garantir a proteção do acusado, e como a presunção é relacionada com a prova, acaba contribuindo na fase probatória a favor do réu.

Apesar de o princípio da presunção de inocência do acusado estar presente há bastante tempo no nosso ordenamento jurídico, somente no ano de 1988, com a Constituição Federal, é que ele foi formalizado.

O princípio da presunção de inocência surge, pela primeira vez no Brasil, em 1948, com a declaração universal dos direitos do homem, feita pela ONU (Organização das Nações Unidas). Nela foi garantido o direito de locomoção do homem, e consagrado um respeito maior ao ser humano.

A principal ideia que trás o princípio da presunção de inocência do acusado, é a de que ninguém poderá ser considerado culpado antes da sentença transitada em julgado. Dessa maneira, protege-se o acusado, para que ele não acabe sendo submetido a uma pena ou medida penal que são adotadas para as pessoas já sido condenadas.

Desde o início, onde o imputado é presumidamente inocente, não lhe é imputado o dever de provar absolutamente nada, pois existe uma presunção que deve ser destruída por quem está o acusando, sem que ele tenha qualquer dever de ajudar nessa desconstrução.

Entende-se que, não se pode conceber como compatível com o princípio da presunção de inocência do acusado, qualquer tipo de cumprimento de pena, que não esteja necessariamente fundamentada com razões jurídicas legítimas e também, com fatos concretos individualizáveis com relação à pessoa acusada. A aplicação de qualquer sanção antecipada, não é abalada com a falta da decisão condenatória transitada em julgado. Porém, o

¹⁶ Beccaria, Cesare Bonessana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução ? lucia guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. 69.

cerceamento preventivo da liberdade da pessoa acusada, não pode ser utilizado como um castigo para aquele que sequer possui uma condenação contra si.¹⁷

Do Princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

4.4.1. REGRA PROBATÓRIA

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado.

Como ocorrência da regra probatória, Antonio Magalhães Gomes Filho destaca: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).¹⁸

4.4.2. REGRA DE TRATAMENTO

Em virtude da regra de tratamento, ninguém pode ser considerado culpado senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O princípio da presunção de inocência impede, portanto, qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a restrição a liberdade do acusado, seja através da decretação de uma prisão cautelar, seja por meio da imposição de uma medida cautelar de natureza pessoal, só deve ser admitida a título cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais. A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota de excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritamente necessárias, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar submetido a uma medida cautelar de natureza pessoal; são manifestações claras desta regra de tratamento a vedação a

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 637.

¹⁸ “O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). In: Revista do Advogado, da AASP, n° 42, abril/94, p.31.

prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. Conforme o entendimento do STF:

“Tráfico de entorpecentes. (...) Prisão em flagrante. Óbice ao apelo em liberdade. Inconstitucionalidade: necessidade de adequação do preceito veiculado pelo art. 44 da Lei 11.343/2006 e do art. 5º, XLII, aos arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB. (...) Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no art. 5º, XLIII, da CB. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no art. 5º, XLIII, da CB. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o art. 5º, XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se, porém, ao juiz, nesse caso, o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo.” (HC 101.505, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, DJE de 12-2-2010.)

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o poder público está impedido de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.¹⁹

O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal ditada por razões excepcionais e tendentes a garantir a efetividade do processo. Como bem assevera J.J. Gomes Canotilho, se o princípio for visto de uma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado., o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal.²⁰

¹⁹ STF, HC nº 89.501/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, D 16/03/2007 p.43

²⁰ Constituição da República portuguesa anotada, 3ª Ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. P. 203.

5. DIREITO INTERTEMPORAL

O surgimento de uma lei nova, no âmbito do processo criminal, invariavelmente produz controvérsias em relação às situações preexistentes a ela. Muitas vezes, formam-se correntes opostas, alguns defendendo a aplicação imediata a todos os casos, enquanto outros, ao contrário, buscam excluir de sua incidência processos que se encontravam em tramitação no tempo da sua entrada em vigor ou aqueles relativos a crimes cometidos na vigência da lei anterior.

Não há dúvidas de que, em se tratando de normas processuais, a regra de incidência é definida pelo princípio *tempus regit actum*. Isto importa dizer que estas normas não possuem aplicação retroativa, incidindo apenas em relação aos fatos praticados após sua vigência, não importando, para tanto, se benéficas ou não ao réu.²¹

Já as normas materiais, por outro lado, na medida em que objetivam assegurar direitos ou garantias, possuem efeitos retroativos no aspecto em que visam a beneficiar o réu, jamais retroagindo para prejudicá-lo. Neste sentido, prevê o art. 5º, XL, da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Ora, a aplicação destes critérios seria bastante simples senão existissem as normas heterotópicas, assim entendidas aquelas que, apesar de inseridas em diplomas com uma determinada natureza, possuem, na verdade, conteúdo distinto.

Assim, há dispositivos que, a despeito de incorporados a leis processuais penais, inserem um conteúdo material, razão pela qual devem retroagir para beneficiar o réu. Em outras situações, estas regras encontram-se incorporadas a leis materiais, mas, em sua natureza, possuem conteúdo processual, devendo reger-se pelo critério *tempus regit actum*. Logo, infere-se que não é a circunstância do diploma em que se encontra inserida a norma legal que define o critério de sua aplicação no tempo e sim a sua essência.

No que concerne, especificamente, às modificações introduzidas pela Lei 12.403/2011, entende-se que os dispositivos relativos à prisão e liberdade provisória possuem natureza material, a despeito de inseridos em diploma que modifica o Código de Processo Penal, uma vez que dizem respeito à garantia constitucional da liberdade. Trata-se, enfim, de dispositivos heterotópicos. Tanto, aliás, que a própria Carta da República, ao tratar dos

²¹ CPP: “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

direitos fundamentais do indivíduo, inseriu, no seu art. 5º, diversas regras pertinentes à prisão e à liberdade provisória do investigado ou imputado (incisos LXI a LXVIII).

O mesmo raciocínio, ainda, é aplicável às medidas cautelares diversas da prisão, já que, nos termos do art. 282, § 6º do mesmo diploma, devem ser aplicadas com preferência à decretação da prisão preventiva. Esta conclusão, na prática, em termos de conflito de leis no tempo, produz consequências relevantes, pois implica na retroatividade dos novos comandos unicamente nos aspectos em que beneficiarem o investigado ou acusado, mas não para prejudicá-lo. Assim, um indivíduo que se encontrava preso preventivamente sob a égide da lei anterior, poderá, em tese, ter essa prisão substituída pelas medidas cautelares diversas da prisão arroladas na Lei 12.403/2011.

6. MUDANÇAS BENÉFICAS DA LEI 12.403/2011

6.1. NOVAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Além da fiança e da liberdade provisória, o novo art.319 do CPP traz 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva que, com a reforma da Lei 12.403, passou a ser subsidiária.

Durante anos nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que essa medida de contracautela só podia ser concedida aquele que foi anteriormente preso em flagrante. Tem-se aí que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória.

Seguindo a orientação do direito comparado, e com o objetivo de pôr fim a essa bipolaridade do sistema do Código de Processo Penal, a Lei nº. 12.403/2011 amplia de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha de providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade.

Assim é que, na busca de alternativas para o cárcere cautelar, ou seja, a previsão legal de outras medidas coercitivas que o substituam com menor dano para a pessoa humana, porém com similar garantia da eficácia do processo, o art. 319 do CPP elenca 09 (nove) medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Como espécie de provimentos de natureza cautelar convém ressaltar que tais medidas jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação estará condicionada a presença do *fumus comissi delicti* e de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. A propósito, o art. 282, I, prevê que as medidas cautelares previstas no Título IX do CPP, deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Em outras palavras, verificando o magistrado que tanto a prisão preventiva quanto uma das medidas cautelares previstas no Art. 319 são idôneas a atingir o fim proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, preservando, assim, a liberdade de locomoção do agente. Caso a liberdade plena do agente não esteja colocando em risco a eficácia das investigações, o processo criminal, a efetividade do Direito Penal, ou a própria segurança social, não será possível a imposição de qualquer das medidas cautelares substitutivas e/ou alternativas à prisão cautelar.

Nesse sentido em informativo recente do STJ²²:

²² Informativo Nº: 495 . Período: 9 a 20 de abril de 2012. Quinta Turma. STJ

PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. LEI N. 12.403/2011. Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor do paciente contra acórdão que manteve a decisão que decretou sua prisão preventiva pelo crime de homicídio duplamente qualificado tentado. Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o tribunal de origem não teria apresentado dados concretos que justificassem a necessidade da segregação cautelar do paciente e de que as instâncias ordinárias sequer se manifestaram acerca das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011. O Min. Relator destacou que a matéria referente à incidência de medidas alternativas à prisão foi examinada somente em parte pela autoridade impetrada, a qual se ateve a tecer considerações somente no que diz respeito à impossibilidade de arbitramento de fiança nos crimes hediondos, omitindo-se quanto às demais providências passíveis de aplicação, alternativas à prisão. Isso porque, com a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011, o CPP passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa imposta apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes à repressão e à reprovabilidade do delito, o que, contudo, não foi tratado na espécie. Diante dessa e de outras considerações, a Turma concedeu parcialmente a ordem, determinando que a corte *a quo* proceda ao exame da possibilidade de aplicação de providência cautelar diversa da prisão. HC 219.101-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 10/4/2012.

Como se pode perceber pela leitura dos incisos do art. 319 do CPP, não se trata de medidas desconhecidas da legislação penal e processual penal, porquanto, em sua grande parte, tais medidas já são previstas como penas restritivas de direitos ou como condições para a suspensão condicional da pena.

De nada adianta a imposição de determinada medida cautelar se a ela não se emprestar força coercitiva. De fato, a eficácia de qualquer norma que venha a impor deveres está condicionada à cumulação de sanções, sob pena de transformar em mera recomendação, simples admoestação, desprovida de força coercitiva.

Portanto, de nada adianta a criação de medidas cautelares diversas da prisão se, concomitantemente, não for trabalhada uma estrutura adequada e eficiente para sua operacionalização e fiscalização. Se isso não ocorrer, haverá certo temor quanto à adoção de tais medidas, com o surgimento de uma natural resistência por parte de Juízes e membros do Ministério Público, que irão se voltar novamente à prisão cautelar como instrumento mais eficiente para tutelar a eficácia do processo, a despeito do sacrifício da liberdade de locomoção do agente.

Por isso, apesar do silêncio do legislador em relação ao assunto, que se limitou a prever que do descumprimento de qualquer obrigação imposta poderá resultar a substituição da medida, imposição de outra em cumulação, ou, em ultima caso, a decretação da prisão

preventiva²³, acreditamos que, para cada medida cautelar diversa da prisão, devem ser pensados instrumentos idôneos para assegurar sua operacionalidade e eficácia.

6.2. CONVALIDAÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Uma vez comunicada à autoridade judiciária acerca da prisão em flagrante, com o recebimento do auto acompanhado de todas as oitivas colhidas, tradicionalmente antes da reforma, a jurisprudência majoritária sempre entendeu que, ao receber a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária não estaria obrigada a fundamentar a manutenção da prisão cautelar do agente.²⁴ Se acaso deliberasse pelo relaxamento da prisão, aí sim a decisão deveria ser motivada.

Portanto, quando da comunicação da prisão em flagrante comungava-se do entendimento de que competia ao juiz apenas verificar a existência da infração penal e a devia observância das formalidades legais, estando obrigado a apresentar fundamentação apenas se fosse determinado o relaxamento da prisão²⁵.

Não obstante o entendimento pretoriano, a doutrina já encaminhava no sentido que a própria Constituição Federal determina que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (CF, art. 5º, inc. LXV) e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (CF, art. 5º, inc., LXVI), ao receber a comunicação da prisão em flagrante, e a fim de se assegurar a necessária e inafastável apreciação judicial sobre os pressupostos da privação cautelar do direito à liberdade de locomoção deveria o magistrado não só se manifestar quanto à legalidade ou ilegalidade da prisão em flagrante, como também acerca da necessidade (ou não) de manutenção da prisão do agente, se acaso presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Em face do art. 310, inc. II, do CPP,²⁶ a prisão em flagrante deixa de ser motivo para que alguém permaneça preso durante todo o processo, o que se afigura correto, porquanto a

²³ CPP, art. 282, § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

²⁴ STJ, 6ª Turma, RHC 5.650/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 01/09/1997, p. 40884

²⁵ STJ, 5ª Turma, RHC 10.080/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 25/09/2000, p.114

²⁶ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

finalidade cautelar do flagrante, no tocante a seu caráter processual, esgota-se precisamente na sua função probatória.

Para que o acusado possa permanecer preso, para além da evidência da prova do crime e de indícios de autoria, decorrentes da prisão em flagrante delito em si, deve-se acrescentar outra e nova fundamentação, confirmando a imprescindibilidade da constrição à liberdade de locomoção a partir da presença do suporte fático e normativo autorizadores da prisão preventiva. Deve o magistrado logo após receber cópia do auto de prisão em flagrante, examinar não só a legalidade da medida – para fins de eventual relaxamento da prisão -, como também se há algum motivo que justifica a decretação da prisão preventiva a luz dos art. 312 e 313 do CPP.

Cabe ao juiz, nesse momento, questionar-se acerca da existência de alguma hipótese que autorize a prisão preventiva do acusado: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Em síntese, após analisar os aspectos relacionados à legalidade da prisão em flagrante, relaxando-a em caso de ilegalidade, deve o juiz se questionar: se o agente estivesse em liberdade, seria caso de decretação da sua prisão preventiva? As medidas diversas da prisão são adequadas suficientes para assegurar a eficácia do processo ou será necessária à decretação do cárcere *ad custodiam*?

Se o juiz entender que, no caso concreto, existe uma hipótese que autoriza a prisão preventiva do acusado, e que as medidas cautelares diversas da prisão revelam-se inadequadas ou insuficientes, como preceitua o art.310, II, deve converter a prisão em flagrante em prisão preventiva²⁷.

Da mesma forma que se exige do Estado à demonstração da presença do suporte fático e de direito, justificadores da prisão preventiva em relação ao acusado que esteja solto, também se impõe ao Estado o ônus da prova da necessidade da manutenção da prisão na hipótese do art. 310, inc. II, do CPP, sob pena de se estabelecer indevida presunção de necessidade da custódia cautelar daquele que foi preso em flagrante, violando a regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência.

²⁷ Nesse sentido : STJ, 5ª Turma, RHC 21.278/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dj 15/10/2007, p. 299;

7. PRAZO DETERMINADO DA PRISÃO PREVENTIVA

Impera, no processo penal comum brasileiro, absoluta indeterminação acerca do prazo de duração da prisão preventiva, que passa a assumir contornos de verdadeira pena antecipada. Isso porque, ao contrário da prisão temporária, que possui prazo determinado o Código de Processo Penal não prevê prazo determinado para a duração da prisão preventiva. Assim, a prisão preventiva, cuja natureza cautelar deveria revelar a característica da provisoriedade, acaba por assumir caráter de verdadeira prisão definitiva.

Uma exceção a essa indeterminação estaria prevista na Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, cujo art. 8º estabelece que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata a referida lei, será de 81 (oitenta e um) dias quando o acusado estiver preso. Outra exceção consta do art. 390 do Código de Processo Penal Militar, que estabelece o prazo de 50 (cinquenta) dias para a conclusão da instrução criminal quando o acusado estiver preso.

Ao longo dos anos, em virtude dessa indeterminação do prazo da custódia preventiva, diversos abusos foram cometidos, em patente violação à natureza provisória da prisão cautelar, que se via transformada, mediante subversão dos fins que a legitimam, em inaceitável antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito a razoável duração do processo.

Sobre tal matéria, o Supremo Tribunal Federal também se posicionou, asseverando que:

Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar, considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento

constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, itens 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável e inconstitucional, meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes (BRASIL, 2008, SP) ²⁸.

Apesar das críticas sobre a omissão legislativa em fixar um prazo legal como sendo aquele razoável para a fixação da prisão preventiva, a reforma processuais penais advindas em 2008 e 2011, silenciaram quanto a tal matéria, permanecendo a ausência de previsão legal sobre o tempo da prisão cautelar. Ainda, com o advento da reforma processual, além da percepção de que se permanece sem um limite legal para tal medida cautelar, constata-se também que o prazo de 81 dias já não pode mais ser considerado como limitador de tal medida, haja vista as alterações ocorridas nos procedimentos, que necessariamente alteraram os prazos existentes no Processo Penal.

Com o incremento da criminalidade no país, e a crescente e consequente complexidade dos processos criminais, consolidou-se perante os Tribunais Superiores o entendimento de que o prazo para a conclusão da instrução processual de réu preso não tem natureza absoluta, podendo ser dilatado com fundamento no princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade), seja em virtude da complexidade da causa, seja em face da pluralidade de réus envolvidos no fato delituoso.

Portanto, não é o simples somatório aritmético dos prazos abstratamente previstos na lei processual penal que servirá de balizamento para fins de delimitação do excesso de prazo na formação da culpa. Dependendo da natureza do delito e das diligências necessárias no curso do processo, então, que eventual dilação do feito seja considerada justificada.

Assim, segundo entendimento pretoriano:

Aplica-se o princípio da razoabilidade, para justificar o excesso de prazo, caso haja regular tramitação do feito, com eventual retardamento no julgamento do paciente causado pela complexidade do processo, decorrente da pluralidade de acusados (onze), do desmembramento do feito em relação aos pacientes, bem como pela necessidade de expedição de diversas cartas precatórias para o interrogatório dos réus. Justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de

²⁸ HC 95464 SP Relator(a):CELSO DE MELLO

incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos. É correto o decreto de prisão preventiva fundamentado em dados concretos do processo, evidenciando assim a periculosidade do paciente e da quadrilha que ele integra. O *modus operandi* do delito, que traduz a elevada periculosidade do agente e a necessidade de sua custódia, pode ser utilizado para reforçar a motivação da prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública. Ordem denegada.²⁹

Alias, Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil (Decreto Legislativo 27/92, assegura, em seu art. 7º, item 5: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

A prisão preventiva foi banalizada pelo poder judiciário, sendo perceptível que o tempo os motivos fundamentam a decretação da prisão preventiva estão livre arbítrio subjetivo do juiz, o qual na maioria das vezes se investe de poderes para decretar tal modalidade de prisão cautelar e deixar o réu encarcerado por tempo indeterminado, sendo que alguns casos se chega ao absurdo da prisão preventiva ultrapassar o tempo máximo da pena prevista para o delito objeto de ação penal.

Por causa disso os ilustres juristas que integram a comissão de reforma do código de processo penal incluíram no projeto de lei do Senado nº 156/2009 (reforma do Código Processo Penal), já aprovada pelo Senado Federal, dispositivo que prevê um tempo máximo de duração da prisão preventiva e obriga o juiz a indicar no decreto a prorrogação da prisão preventiva e o prazo da duração da medida.

A alteração processual se vier a se confirmar, será mais uma correção nas distorções processuais hoje existentes, já que na prática o que se vê é a utilização arbitrária e inconstitucional por parte de alguns magistrados que utilizam do cargo para desprestigiar diversos princípios constitucionais ligados, direta ou indiretamente, ao direito à liberdade, fato este que leva à incontestável banalização do instituto da prisão preventiva de modo a tornar evidente a falta de critério para a decretação e, principalmente, para a manutenção da medida privativa de liberdade, o que na maioria dos casos acaba provocando o prejudicial e combatido excesso de prazo.

Os tribunais superiores tentaram iniciar uma mudança de paradigma com relação ao tempo de duração da prisão preventiva, mas acabaram regredindo ao aceitar o excesso

²⁹ STJ 5ª Turma, HC 91.982/CE, Rel.ª Min.ª Jane Silva, Des.ª convocada do TJ/MG, DJ 17/12/2007, p. 285

justificado em questões ligadas à complexidade da ação penal, quantidade de réus, necessidade de expedição de cartas precatórias.

Até que a reforma do código de processo penal ganhe corpo no ordenamento jurídico, resta aos bravos advogados que lutam contra o império das arbitrariedades levarem ao conhecimento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos a mácula aos diversos princípios constitucionais e humanitários decorrentes do excesso de prazo da prisão preventiva, de modo a obstar que o Estado utilize da própria torpeza para penalizar aqueles que nada contribuem para a ineficiência do poder Judiciário.

8. PRISÃO CAUTELAR E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para iniciar este estudo, relembremos o maior erro cometido por autoridades judiciais (romana) na história da humanidade, a acusação, o julgamento e a condenação capital de Jesus Cristo, prisão ilegal, sem motivos, provas forjadas – ilícitas -, juiz arbitrário e imparcial. O réu tornou-se vítima e suas últimas palavras foram “Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem”³⁰.

Em ralação ao nosso ordenamento jurídico o caso verídico que envolveu os irmãos Joaquim e Sebastião Naves, na época de 1937, na cidade de Araguari, Estado de Minas Gerais, condenados por homicídio inexistente, onde a autoridade policial prendeu e torturou até a mãe dos acusados, somente após mais de oito anos de prisão restou provada a inocência. Um dos maiores erros judiciais na história da administração da justiça brasileira definido pelo Supremo Tribunal Federal, através do Ministro relator Henrique D’Ávila, que o responsável responde pelas indenizações de direito, ou seja, obrigações decorrentes de ato ilícito³¹.

No tocante à responsabilidade civil do Estado quando no exercício de sua função administrativa, atribuição típica do Poder Executivo, é plenamente aceito nos dias de hoje que o Poder Público deve responder pelos seus atos lesivos ao particular, ideia essa que passou por uma evolução de fases distintas em que predominou a teoria da irresponsabilidade, passando pelas teorias civilistas até as teorias publicistas com a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado.

³⁰ (Habib, Sérgio, in “O Julgamento de Jesus”; Revista Prática Jurídica,)

³¹ (Dotti, René Ariel, in “O Caso dos Irmãos Naves”; Revista Brasileira de Ciências Criminais; ano 2, n.º 8, outubro-dezembro, 1994, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo).

Todavia em relação à responsabilidade civil do Estado pela função jurisdicional a questão ainda é não pacificada, apesar de se admitir que a atividade jurisdicional seja capaz de causar danos aos particulares, assim como as demais funções essenciais exercidas pelo Estado. É que neste quesito, o debate se dá quando se trata de admitir o dever estatal de indenizar o indivíduo prejudicado.

As nefastas consequências advindas de uma prisão cautelar sem a real necessidade, de certo, são presumíveis a qualquer pessoa, no entanto, não há previsão constitucional, e nem legal, de obrigação do Estado indenizar quem seja submetido à prisão processual indevida.

Não raras são hipóteses em que o acusado em processos criminais amarga por vários anos preso preventivamente, e quando da sentença acaba absolvido, por vezes até sob pedido do próprio órgão acusador, ou pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Bem como, recorrentemente se vê na prática o manejo da prisão preventiva, ao argumento de garantir-se a ordem pública e o regular deslinde da instrução criminal, verdadeira medida acessória de punição estatal, pois se impõe ao acusado aguardar preso o curso do processo, mesmo sabendo-se que a pena ao final alcançada não será cumprida por espécie privativa de liberdade em regime fechado.

Isso porque, conforme previsão no art. 5º inciso LXXV da Constituição Federal, somente será indenizada quem for condenado por erro judiciário, ou quem ficar preso além do tempo fixado na sentença, assim, somente não há que se falar em indenização nos casos de decretação de prisão processual equivocada, ou carente de fundamentação., em nível da nossa Carta Magna.

Tal artifício hodiernamente utilizado mostra-se reprovável, pois deturpa a real função social do processo penal, que é permitir a materialização final do poder-dever estatal de punir. Isso porque, quando o processo se torna mais gravoso ao acusado, do que a pena que lhe espera ao final imposta pela sentença, o feito valeu como instrumento ilegal de punição ao acusado, atrás do véu dos motivos autorizadores da prisão preventiva, previstos na Lei Processual.

Nesse sentido, o assunto das prisões cautelares seguidas de absolvição do acusado. Tem se entendido a concepção do erro judiciário, no qual a Constituição Federal prevê indenização nos casos de condenação e posterior absolvição em processo de revisão criminal e quando um indivíduo permanece mais tempo encarcerado do que o previsto na sentença.

Todavia, boa parte da doutrina entende que esses não são os únicos casos que o Estado deva indenizar, tendo em vista existirem diversas prisões ilegais no Brasil, mormente o uso abusivo das prisões cautelares.

Em sentido contrário, a outra corrente sustenta que havendo uma absolvição, deve-se analisar se realmente a prisão aplicada durante o processo foi indevida, mediante o exame da existência, ou não, dos pressupostos declinados pelo magistrado quando da decretação do encarceramento cautelar, sendo esse posicionamento que atualmente prevalece no Superior Tribunal de Justiça.

Todo erro judiciário que implique prisão ou encarceramento ilegal deve naturalmente gerar a consequência da indenização: "A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização." Assemelha-se a essa hipótese por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar direito fundamental à vida, livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos.

É um direito do réu ser julgado o mais rápido possível, sem que isso, no entanto, importe em atropelos às etapas processuais e aos direitos do acusado. Mais do que isso: em atenção ao postulado constitucional da razoável duração do processo, é dever do Estado julgar, com celeridade, o réu que se encontre preso cautelarmente, sob pena de, não o fazendo, ter que indenizá-lo pela demora injustificada na prestação da tutela jurisdicional, além do mais O art. 9º, n. 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, aduz que: *"Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação"*.

O fato é que, em situações como essa, de prisão cautelar manifestamente ilegal, cujo excesso de prazo transcende os limites da razoabilidade, há inequívoca ofensa aos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana da presunção de inocência, do devido processo legal e, por fim, da razoável duração do processo de modo que, em razão da demora injustificada da prestação da tutela jurisdicional, nasce o dever do Estado de indenizar o particular que se encontre preso provisoriamente há tempo bem superior ao que se entende por razoável. Sobre este entendimento, assim se posicionou Roberto Delmanto Junior:

Somente quando respeitados os direitos de cada um dos cidadãos, indenizando-se, em termos individuais, aqueles que tenham sofrido danos materiais e/ou morais em função de prisões decretadas de forma arbitrária, mantidas em desacordo com as nossas leis, ou, ainda, embora formalmente legais, injustas, posto que seguidas de absolvição, é que o Estado acabará efetivamente respeitando os ditames de nossa Constituição da República, reafirmando, portanto, aqueles valores atinentes ao respeito ao cidadão, ínsitos a uma verdadeira democracia. Em outras palavras, o Estado, nesse

âmbito, há que dar o exemplo em também reparar o dano causado a alguém, mesmo que por atos do Poder Judiciário.

(...)

Usamos a expressão 'verdadeira revolução' ao lembrarmos o art. 9º, nº 5º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque, porque, em nosso entendimento, a questão indenização por ato jurisdicional passou a abranger, sem dúvida, toda e qualquer prisão configuradora de constrangimento ilegal, e não somente aquele fruto de comprovado erro judiciário, proferida em sede de revisão criminal. A norma interna, portanto, restou ampliada. Desta feita, se o art. 5º, LXXV, e o art. 37, § 6º, da Constituição da República parecem esquecer os abusos atinentes à prisão provisória, o referido art. 9º, nº 5º, do Pacto de Nova Iorque impôs um ponto final a essa questão. De qualquer forma, uma vez adotada a responsabilidade objetiva do Estado, através da afirmação da teoria do risco administrativo, afastam-se, neste âmbito, ultrapassados teorias que deixavam o cidadão absolutamente desamparado, como a da irresponsabilidade total, representada pelos aforismos "Le roi ne peut mal faire" e "The King can do no wrong", bem como da responsabilidade subjetiva (adotando os princípios da culpa ou dolo do direito civil também para os atos do Estado em face de seus cidadãos), muito bem resumida por David Alves Moreira, e de certa forma reportada, esta última, no art. 133 do Código de Processo Civil, o qual deve reger, tão somente, a relação entre o Estado e o seu funcionário, e não aquela outra, entre o Estado e o cidadão. Destarte, a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores.³²

Comungando desse mesmo entendimento, em dois julgados do STJ, Recursos Especiais 802.435/PE e 872.630/RJ, a Primeira Turma do STJ entendeu ser devida a indenização a réus que, aguardando o término de seus processos, encontravam-se recolhidos cautelarmente há treze e sete anos, respectivamente.

Em um dos casos considerado o mais grave de responsabilidade civil do Estado, pelos ministros do STJ, foi por prisão indevida, que garantiu, em 2006, uma indenização de R\$ 2 (dois) milhões por danos morais e materiais a um cidadão mantido preso ilegalmente por mais de 13 anos no presídio Aníbal Bruno, em Recife (PE). Para o Min. Luiz Fux, foi o mais grave atentado e violação aos direitos humanos, já visto na sociedade brasileira, um caso de extrema crueldade a que foi submetido um cidadão pelas instituições públicas³³.

³² "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração -2ª edição - Renovar - páginas 377/386)

³³ REsp 802.435-PE

O Estado constitucional e democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como ideal buscar a construção de uma sociedade justa e solidária. O cidadão que fica encarcerado quase treze anos, sem condenação final transitada em julgado, faz jus a uma indenização a ser paga pelo Estado, em razão da grave ofensa a vários direitos fundamentais (sobretudo quando, dentro da prisão, vem a contrair doença pulmonar grave e fica cego dos dois olhos, em razão de uma rebelião

(...)

A responsabilidade do Estado existe, sem sombra de dúvidas; vem com uma excludente da responsabilidade, que também é mérito, falando em prescrição. Como falar em prescrição quando dizendo que o fato ocorreu anterior a Constituição de 1988, que é a vigente, que consagra esse tipo de responsabilidade civil existe no nosso ordenamento jurídico do Código Civil desde 1916 no seu art. 159 porque este ato ou atos praticados são atos ilícitos, naturalmente, à época, indenizáveis. Com a Constituição de 1988 veio especificamente, veio nominada de dano moral. E mesmo se considerar apenas da vigência da Constituição Federal, o dano sofrido por Marcos Mariano supera em tudo, pelo ato praticado da sua restrição da liberdade até a sua soltura, leva a não se atender as filigranas jurídicas de prazos prescricionais eximindo a responsabilidade. Era bastante a sua prisão injusta e indevida para que se caracterizasse o dano moral, o sofrimento, o constrangimento; ainda mais quando somados a essa dor moral que hoje tem a sua compensação deforma monetária, de forma econômica, financeira, e o que soma, o que pesa nesse constrangimento é o sofrimento físico. Um homem que adquiriu doenças, como se afirma, uma tuberculose, em razão do seu detrimento, situações comuns nos presídios, há um motim e desse movimento chega a perder a visão da explosão de granada.

Em outro caso, ocorrido no ano de 2007, 14 anos depois da chacina de Vigário Geral, o STJ garantiu a um policial militar, preso indevidamente por mais de dois anos por suposta participação no crime, indenização do Estado do Rio de Janeiro. O policial foi absolvido por insuficiência de indícios de sua participação no crime sem sequer ser pronunciado em juízo. O Tribunal, seguindo o entendimento do ministro Luiz Fux, reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado e restabeleceu a indenização fixada em sentença e posteriormente reformada em segundo grau. O policial recebeu R\$ 100 (cem) mil a título de danos morais, também foi enfatizada a responsabilidade estatal por manter o autor em prisão preventiva por 741 dias, não tendo sido, posteriormente, pronunciado pelo Juiz, no conhecido caso da "chacina de Vigário Geral".³⁴

Cumprir registrar que não é qualquer demora na conclusão da instrução criminal apta a indenizar o particular que se encontre preso provisoriamente. Com efeito, segundo pacífica jurisprudência do STJ e do STF, há situações excepcionais que justificam a demora no

³⁴ 872.630/RJ

término da instrução criminal, tais como pluralidade de réus ou de crimes, necessidade de expedição de prática de atos processuais em outra unidade jurisdicional (cartas precatórias, rogatórias ou de ordem), e, ainda, a prática de atos protelatórios pela defesa. Afora qualquer dessas situações, persiste o dever do Estado de reparação de danos.

Desse modo, convém reiterar, o réu que tem sua liberdade de locomoção tolhida por força de prisão provisória a tempo além do que se entende por razoável, seja em razão da ineficiência do aparato estatal, seja também em razão da desídia do magistrado, tem o pleno direito de buscar em juízo a reparação dos danos que lhe forem causados, mormente os de índole moral, considerando que a manutenção exagerada na prisão fere sua própria dignidade enquanto ser humano.

Enfim, mais do que um direito do preso, é um dever do Estado dizer o direito, no processo penal, da forma mais rápida possível – sem atropelos ao devido processo legal, obviamente –, assegurando-se ao acusado, em todas as fases do processo, o exercício, em sua plenitude, dos direitos constitucionais que lhes são colocados à disposição, tais como o do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, dentre outros.

9. CONCLUSÃO

A eficiência e a celeridade da Justiça criminal não se mensuram por número de presos, mas sim por número satisfatório de funcionários, de Juízes, de Promotores, de Delegados e de Defensores Públicos, todos qualificados, fator este que deve ser aliado ao fornecimento pelo Estado de condições satisfatórias para o funcionamento e aprimoramento do aparelho estatal tanto preventivo como repressivo do crime, fato este que inclui as medidas cautelares diversas da prisão.

É preciso que a cultura jurídica brasileira siga os precedentes citados. Está havendo muito abuso na decretação de prisões no Brasil. Quase metade da nossa população carcerária não tem condenação definitiva (presos provisórios) e estão sofrendo a violação de inúmeros direitos fundamentais. Se no final são absolvidos ou impronunciados etc., claro que contam ou deveriam contar com direito à indenização, a ser paga pelo Estado.

O criminoso encarcerado, em sistemas penitenciários como o nosso, tende a ocupar-se das mais diversas atividades, exceto da arte de meditar, pois o meio em que se acha lhe propicia tanta dor, humilhação e revolta que seu espírito naturalmente tende a preferir extravasar tais sentimentos por atos de vandalismo, ociosidade ou promiscuidade a dar asas a uma auto-avaliação crítica de sua conduta pretérita, objetivando seu reingresso social.

Na verdade, a prisão cuida-se de um artifício de origem imemorável, constituindo-se atualmente como um dos diversos meios para punir o criminoso, meio este a ser utilizado de forma restritíssima antes do trânsito em julgado do processo penal, afinal de contas, nossa Constituição Federal adota o princípio da não culpabilidade, não se olvidando que mesmo após a sentença transitada em julgado, a prisão deve ser evitada, priorizando-se a aplicação de medidas alternativas.

A lentidão para finalização em definitivo da persecução penal com o consequente trânsito em julgado da condenação, não pode servir de pretexto para a execução antecipada de pena, ainda mais quando sabemos que não raro, temos casos de condenações injustas ou, quando não, de aplicação de excesso de pena, que invariavelmente somente são revistos no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

Se o que almejamos é celeridade, justa punição e o cumprimento efetivo da reprimenda penal então precisaram continuar trabalhando, todos os operadores do Direito, para que o processo penal tenha o seu término no menor prazo possível ou que tenha duração razoável como determina a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br acesso em 21 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br acesso em 20 de março de 2012.

BONFIM, Edílson Mougenot. Curso de processo penal. 4ª Ed. São Paulo, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do processo. 24^a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. Alice Bianchini, Ivan Luís Marques, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches e Silvio Maciel. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 16 e 25.

DINAMARCI, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12^a Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarence. Processo penal constitucional. 3^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. Nova Prisão Cautelar. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

ROXIN, Claus, Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, 1976 (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña)

TÁVORA, Nestor. E outro. Curso de Direito Processual Penal. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.