

DAS MEDIDAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL MOTIVADA

MASSIMO PALAZZOLO

Doutorando em Processo Penal pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UNIMES/Santos/SP e Juiz Federal em Bauru/SP.

“Justiça é um sentimento que em sua abstração abarca harmonia, simetria e equidade. Ihering foi muito feliz ao comparar o sentimento de justiça ao sentimento de amor, afirmando que sua força jaz no *sentir*. Sobre o sentimento que uma injustiça acarreta, diz que ‘quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o *corpus juris*. Não é raciocínio, mas só o sentimento que pode dar-nos essa compreensão, e é por isso mesmo que o sentimento de justiça costuma ser designado com toda razão como a fonte psicológica primordial do direito’.”^(*)

Assim, não resta a menor dúvida de que a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, trouxe profunda transformação no que diz respeito à prisão e à liberdade provisória, pois, faz valer àquela, conforme o Direito Processual Penal Constitucional, o instituto da *ultima ratio* para o cerceamento da liberdade ambulatoria de alguém que tenha violado norma penal incriminadora.

É certo que a nova lei fez inserir inúmeras alternativas, como medidas cautelares, que não o cárcere, conforme prescrito nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*).

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; (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

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; (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou

^(*) FÉLIX, Luciene. *Justiça ou vingança?* Artigo de Filosofia. Carta Forense. 2009

semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

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; (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

IX - monitoração eletrônica. (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*)."

Também é certo que as medidas cautelares podem ser impostas ainda durante a primeira fase da persecução penal, mesmo sem que tenha havido prisão em flagrante ou mesmo em substituição desta, quando não cabível a prisão preventiva, consoante dispõem os arts. 282, I, II e §§ e 310, I, II e III, e 321, todos do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

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; ou (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (*Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011*).

Art. 321. 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 art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (*Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011*)."

Notamos, pelos dispositivos supracitados, que se busca garantir o princípio da não

culpabilidade, com a imposição de medidas cautelares que não a prisão, mas, se esta for necessária e indispensável, deve se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos termos do que prescreve o art. 5º, LVII e LXI, exceto as transgressões militares e os crimes propriamente militares, *ipsis verbis*:

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

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

É certo que, por meio da persuasão racional motivada, pode o juiz, em um determinado caso concreto, entender que a prisão do infrator é a única medida adequada e indispensável naquele caso, nos termos constitucionais, conforme dispõe o art. 93, IX, *ipsis verbis*:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*).”

Por outro lado, também é certo que, por meio da persuasão racional motivada e/ou livre convencimento motivado, pode o tribunal, através de recurso, entender que a prisão do infrator, naquele caso concreto, não foi adequada e indispensável, podendo ser substituída por outra medida cautelar, que não a prisão.

Ocorre que o tribunal, para fazer valer sua decisão, não deve determinar ao mesmo juiz que decidiu pela prisão do infrator, como necessária e indispensável, que aplique outra medida cautelar que entender necessária e adequada.

Pensamos que, para não serem violados os princípios da persuasão racional motivada e da independência funcional, nestes casos, deveria o próprio tribunal aplicar a medida cautelar que entendesse necessária e adequada, ou mesmo que determinasse a outro órgão judicial aplicar a medida cautelar, a exemplo do que ocorre se o órgão do Ministério Público vier a propor o arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação, ao invés de oferecer a denúncia, nos termos do art. 28, do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*:

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

As mudanças estruturais no trato das prisões e da liberdade provisória, se desacompanhadas do respeito aos princípios da persuasão racional e da independência funcional, colocarão em xeque o arcabouço do Direito Processual Penal Constitucional. Portanto, o respeito a estes princípios fortalece o Poder Judiciário como independente, sendo uma garantia para todos os direitos.

BIBLIOGRAFIA

Código de Processo Penal. Disponível em www.planalto.gov.br

MORAES, Alexandre de (org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Manuais de Legislação Atlas. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.