

O tratamento de inocência nas medidas cautelares

Carlos Frederico Manica Rizzi Cattani

Advogado

Professor de Processo Penal do Centro Estácio Bahia

Professor de Pós-Graduação na Universidade Salvador (UNIFACS, Salvador – BA)

Mestre em Ciências Criminais (PUCRS, Porto Alegre – RS)

Especialista em Direito Empresarial (FSG, Caxias do Sul – RS)

Membro do IBRASPP

A prudência exigida nas medidas cautelares pode ser analisada segundo diversos prismas, sendo que se destacam dois: a) acautelar a investigação e/ou o processo penal; b) cautela com as garantias individuais do acusado.

A leitura de ambas deve dar-se em conjunto, ou seja, uma não exclui a outra. Trata-se de uma avaliação que o julgador deverá ter sobre suas mãos.

Quando se trata de medida cautelar, o que realmente se busca em uma decisão na qual a mesma é deferida, são as razões que levaram o julgador a decretá-la (art. 5º. LXI CF/88), a demonstração do objeto jurídico que está sendo protegido (art. 282, I, CPP), a busca por uma fixação de medida diversa da prisão (art. 319, CPP) e, em última instância e devidamente justificada, o aprisionamento do réu (art. 282, §6º CPP).

A importância destes passos está em assegurar ao réu que se manifeste pontualmente contrário à decisão ou, ao menos, que tenha conhecimento de que está sendo abrigado pela decisão judicial para que, quando cessadas as razões da medida, possa requerer sua liberdade. Desta forma, estar-se-á efetivamente analisando e debatendo questões cautelares, e não de mérito ou conhecimento de uma sentença final. Pertinente anotar que a medida cautelar não pode ser justificada por razões amplas e diversas de seu motivo de ser. Destarte, deve realmente ser atendido a um interesse legal. Por isso, quando “tendo por único fundamento a gravidade em abstrato do delito”, mesmo que somada a periculosidade do agente, “não autorizam por si sós a custódia cautelar” (HC 95460/SP, rel. Min, Joaquim Barbosa, 31.08.2010).

Observa-se, com isso, que o sujeito passivo do processo (o réu) não pode ser ele visto como o objeto da medida, devendo ser respeitado o seu lugar enquanto parte, com direitos e deveres (LOPES Jr., 2010, v.1, p. 13), sendo que as medidas cautelares não

buscam afligir a ele enquanto indivíduo, “mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado.” (LOPES Jr., 2010, v. 2, p. 54). Isto é, fala-se “em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova)” (LOPES Jr., 2010, v. 2, p. 54).

Assim, a prisão, anterior à sentença, não pode ser tida como aplicação de pena, tendo por escopo “proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar” (GRECO FILHO, 2012, p. 296).

Observa-se que a prisão no direito penal moderno é uma pena a ser imposta, sendo que sua utilização de forma antecipada à decisão judicial final e condenatória não se trata simplesmente de uma exceção, trata-se de um arbítrio de prévio conhecimento da matéria sub *judice* e, de nenhuma forma poderá servir como antecipação da pena ou para saciar clamores sociais. Nesse sentido, deve ser observada a estrita legalidade da medida, a qual ficará restrita aos limites impostos por lei, e deverá ter um objeto próprio, “e não sobre os aspectos de mérito do processo de conhecimento ou de execução a serem acautelados” (CHOUKR, 2011, p. 35). Isto, pois, a medida cautelar não busca responder às expectativas de um clamor que sequer tem contato com o processo. A cautela a ser pesada pelo julgador não pode sofrer da mesma simplicidade de um leigo, de uma pessoa externa aos fatos, ser influenciada por algo que não reflete a necessidade processual e não conhece seu conteúdo. Muito além, deve-se compreender a necessidade da medida cautelar restritiva da liberdade sob o risco de causar o que se poderia denominar de controle sobre os corpos com o predomínio da visão inquisitiva (CHOUKR, 2011, p. 42).

O desenvolvimento do instituto das medidas cautelares se dá, exatamente, quando se consegue afastar o *temor* em não dar uma resposta rápida a um fato para saciar um público externo ao processo, de sorte a *garantir* aos indivíduos submetidos a este ritual um tratamento digno e humano. Daí falar no conhecido princípio da presunção de inocência, oriundo da queda do absolutismo, que foi recepcionado pelo constituinte de 1988 não mais como presunção, “mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto à fase processual propriamente dita (ação penal)”. (PACELLI, 2012, p. 491).

Uma grande ressalva deve ser feita. Quando se trabalha a ideia de assegurar direitos, ou garantismo, não se busca assegurar qualquer tese defensiva ou a falsa alusão

ao *ninguém vai preso*. O que se está buscando é garantir a todo e qualquer indivíduo uma leitura e interpretação constitucionais e democráticas de seus direitos, e evitar decisões distorcidas com objetivo *super-heróico!* Logo, assim como o processo penal, a medida cautelar não deve ser usada como instrumento de segurança pública ou defesa social, distanciando interpretações de que deveria ter qualquer visão efficientista (LOPES Jr., 2010, v.1, p. 25), pois “nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país” (RANGEL, 2012, p. 739).

Sob essa perspectiva, quando é defendida a ideia de direitos do acusado, importa, quando possível, ouvi-lo antes do juiz antecipar qualquer decisão. Sendo assim, a Lei Processual Penal enfatiza ao julgador que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (situação imediata, acontecendo, um passo além da ideia de *próxima a acontecer*), antes de manifestar sobre o pedido de medida cautelar, irá ouvir em contraditório o requerido (art. 282 §3º). Ora, isto porque a medida cautelar é uma exceção, a liberdade sempre será a regra, e qualquer restrição a este direito deverá ser sopesada. Nesta senda, “provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos”. (PACELLI, 2012, p. 488). Por isso dizer que o “Estado para que possa atingir o fim precípua de sua atuação, ou seja, o bem comum, exige do indivíduo determinados sacrifícios para sua consecução, e um deles é a privação de sua liberdade antes de sentença definitiva, desde que haja extrema e comprovada necessidade” (RANGEL, 2012, p. 740). Ora, essa necessidade deverá ser demonstrada pelo juízo-Estado de tal sorte que autorize afastar, por exemplo, a previsão constitucional de não culpabilidade (inocência até final decisão).

Então, o que é tratamento de inocência nas medidas cautelares? É exatamente a ponderação do julgador sobre a medida a ser imposta antes de uma decisão final e as razões de periculosidade (e não culpabilidade) do agente frente à conformidade da instrução processual, devendo considerar os elementos prematuros de informação existentes – dessa forma possibilitando sempre que possível o contraditório – e, mesmo que presentes indícios de autoria e a materialidade, deve se diferenciar do clamor público para, nos limites constitucionais e estrita aplicação da Lei, assegurar além da cautela processual os direitos e garantias individuais do acusado. Tem-se, por fundo, vedar a prisão processual desnecessária, o sistema inquisitivo e a presunção de culpa, o que não se trata negar ao Estado a adoção de medidas cautelares, “mas de permitir sua intromissão na esfera das liberdades individuais apenas quando absolutamente

necessário” (PRADO, 2010, p. 219). Por fim, o tratamento de inocência nunca será um instituto simples, e nem deve ser tratado como se o fosse, entretanto, sua complexidade não deve ser resumida em frágeis pressupostos que têm por finalidade algo que está extrínseco ao processo.

REFERÊNCIAS

1 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

2 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 2 v.

4 _____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 2 v.

5 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

6 PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

7 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas: 2012.