

## **Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização**

A prisão cautelar pode dar uma aparência de que a justiça foi feita – e de forma rápida. Mas, por vezes, acaba sendo um instrumento de ilegalidade. Há vários exemplos de como podem ser graves as consequências de uma prisão indevida.

Nos Estados Unidos, recentemente, um caso envolveu o então chefe do Fundo Monetário Internacional (FMI), Dominique Strauss-Kahn. Ele era um dos favoritos à Presidência da França até ser preso ao embarcar em um voo, acusado de crime sexual. A versão da suposta vítima foi desmentida, diante de diversas contradições e um histórico de mentiras por parte da camareira que o acusava. O caso perdeu força e pode nem ser levado a julgamento, diante das restrições impostas pela legislação do país. Mas as investigações continuam.

Outro caso histórico de “condenação” antecipada, no Brasil, é o da Escola Base. Em 1994, os donos da escola infantil foram presos acusados indevidamente de crimes sexuais contra os alunos. A escola foi depredada e saqueada, e os acusados amplamente expostos pelas autoridades e pela imprensa. A investigação foi arquivada por falta de indícios mínimos de prova. Aos investigados, restou buscar alguma compensação cível pelos danos.

Uma história peculiarmente similar é retratada no filme “Acusação” (Indictment: The McMartin Trial, 1995). A película conta o caso real de uma família, também proprietária de uma pré-escola, acusada de abusar de quase 50 crianças, ocorrido no início dos anos 80. Um dos réus chegou a ficar preso por cinco anos; nenhum deles foi condenado depois dos quase sete anos de duração dos diversos processos iniciados com base nas denúncias. Em 2005, um dos alunos, já adulto, desmentiu as acusações.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça (DoJ) investe na pesquisa do assunto. Em [documento](#) de março deste ano, que levanta o “estado da arte” da pesquisa sobre a lá chamada justiça pré-julgamento, o DoJ classifica a decisão de manter ou não o acusado preso como uma das mais importantes até a sentença. “Acertar ao tomá-la é criticamente importante tanto para o acusado quanto para a comunidade em geral. O desenvolvimento da justiça pré-julgamento é uma história de debates filosóficos, desafios práticos, ampliação de pesquisas e evolução de padrões”, registra o documento.

As situações indicam como uma versão preliminar dos fatos pode ser alterada com o desenrolar das investigações, o risco de uma eventual prisão indevida e as complicações ao redor do tema. A prisão de um réu nessa situação, antes de ser submetido ao contraditório, sem o confronto de argumentos e provas da defesa, é justa? Ou, até mesmo, necessária? O tema é atual e polêmico, e a nova legislação brasileira que entrou em vigor neste mês reacende a discussão no país.

As novas regras de prisão cautelar foram recebidas por parte da mídia com terror. Dezenas de milhares de presos perigosos seriam postos, do dia para a noite, em liberdade, colocando em risco as pessoas de bem. Será que há tal risco? Ou a lei é positiva? Para esclarecer o assunto, o STJ ouviu especialistas em Direito Penal e criminologia sobre a nova Lei de Prisões Cautelares, como vem sendo conhecida a Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal (CPP). As alterações estão bem claras no [quadro comparativo](#) entre as duas redações do CPP elaborado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).

### **Elogios**

A possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão antes da condenação é vista de forma positiva por todos os especialistas ouvidos. Para o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Gilson Dipp, as medidas são polêmicas, mas necessárias. “As modificações são bem-vindas e eram necessárias. O aumento do leque de medidas cautelares possíveis é positivo. Antes, o juiz se via numa sinuca: ou decretava a prisão provisória ou preventiva, ou deixava o réu solto. Agora, ele pode não aplicar a prisão provisória ou preventiva e também não deixar o réu sem qualquer medida penal”, afirma.

A pesquisadora do [Grupo Candango de Criminologia](#) (GCCrim), vinculado à Universidade de Brasília, e professora de Direito Penal e Processual Penal Carolina Costa Ferreira, aponta que a lei resolve uma contradição. Antes, era comum manter réus presos cautelarmente por tempo superior ao da condenação final. “Muitas vezes havia a prisão provisória por dois, três anos, e a sentença condenatória vinha para um ano e dois meses convertendo em pena alternativa. Ou seja, aquela pessoa não precisava estar ali. Enquanto ela passou dois, três anos, na prisão, aprendeu outras formas de delinquir muito piores”, observa.

A opinião é reforçada também pelo juiz paulista Guilherme de Souza Nucci, que atua como desembargador no TJSP: “Medidas céleres colaboram com a Justiça célere, algo que toda a sociedade deseja. Sejam gravosas ou não, o ponto fundamental é que tenham efetividade. As modificações são positivas. Conferem maior flexibilidade para a atuação do magistrado, possibilitando a aplicação de várias medidas alternativas, evitando-se a inserção do acusado no cárcere.” Para ele, um dos destaques é a recomposição do valor da fiança, que a torna efetivamente aplicável.

O procurador regional da República Wellington Cabral Saraiva, indicado pela Procuradoria Geral da República (PGR) para representar o Ministério Público da União (MPU) no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também concorda com os aspectos positivos da lei, como a maior flexibilidade dada ao juiz.

Mas ele ressalva que há riscos concretos de manter em liberdade acusados que, em sua opinião, deveriam aguardar presos. “Alguns acusados de crimes importantes, como receptação e formação de quadrilha, não poderão ser, em princípio, presos, porque a pena máxima não permite a prisão. A percepção de ineficiência do sistema judiciário pela sociedade pode aumentar”, afirmou.

### **Fiscalização**

Para o procurador, a lei falha ao não dar condições de fiscalização das medidas alternativas. “A estrutura de fiscalização é inexistente. A proibição de frequência a determinados lugares, por exemplo, pode ser inócua”, alerta. “O Estado brasileiro não tem condições de fiscalizar o cumprimento de algumas dessas medidas”, completa. Para ele, deveria ter havido um prazo maior para sua entrada em vigor, entre um e dois anos, permitindo ao Judiciário se organizar administrativamente para observar o cumprimento das medidas.

Mas Saraiva pondera que as prisões podem ser também um problema. “As deficiências das prisões são um dos defeitos mais graves do nosso sistema criminal. As prisões são em número insuficiente e alguns estabelecimentos prisionais são absolutamente desumanos e indignos. Essas prisões se tornam fatores criminógenos. O que se deveria fazer é investir em dar ocupação e formação aos presos, para evitar a reincidência”, afirma.

A falta de fiscalização também é o maior risco da lei na opinião do ministro Dipp: “Duvido muito que no Brasil, com as carências que temos de magistrados, do Ministério Público (MP), de servidores do Judiciário, de polícia – que já não cumpre nem seu papel primordial e ainda vai ter que fiscalizar uma série de outras medidas –, a lei será bem cumprida.” Segundo ele, “não adianta ter medidas boas, modernas, protetivas dos direitos fundamentais, se não houver uma efetiva fiscalização da aplicação dessas medidas”.

“Essas medidas precisam de um mínimo de fiscalização”, completa. “Quem é que vai fiscalizar adequadamente, nessa imensidão do Brasil, se alguém que teve como medida cautelar a imposição de se recolher em período noturno, ou se aproximar de uma determinada pessoa, está cumprindo a medida?”, questiona o ministro.

Para Carolina Ferreira, que também é coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República, o Executivo terá disposição e condição de aplicar as medidas previstas. “A política de segurança pública está voltada para a política de segurança cidadã. A política de evitar, cada vez mais, a prisão como forma de retribuição é complementar dessa política de segurança pública”, explica. “Quase todos os países um pouco mais desenvolvidos ou países que querem solucionar o problema da violência têm incluído mais medidas ‘desencarceradoras’ em seu

ordenamento”, acrescenta.

“A intenção é essa: incluir cada vez mais medidas de política criminal que diminuam o acesso à prisão, mas não necessariamente diminuam o controle penal. Elas requerem o controle da polícia, controle do próprio Judiciário, no comparecimento diário, no monitoramento eletrônico. Há uma série de medidas que, na verdade, não colocam todo mundo em liberdade e sim aumentam o controle penal, mas pensando na prisão de fato como última possibilidade”, avalia a mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB.

Curiosamente, Nucci, que é um conhecido crítico da função inócua de algumas medidas alternativas como forma de condenação, após o processo, não vê a mesma inutilidade em seu uso cautelar. “Como pena definitiva, acho, de fato, uma inócua sanção a proibição de frequentar lugares. Porém, como singela medida cautelar, pode ser útil, afinal, o réu fará tudo para cumpri-la, evitando ser preso”, afirma o doutrinador. “Lembremos que o temor do cárcere é muito maior no espírito do acusado do que no condenado. Um tem a esperança de ser absolvido; o outro já está condenado”, sustenta.

“Quanto às novas medidas, somente o tempo dirá se elas serão eficientes. O ponto relevante é o Executivo proporcionar os meios cabíveis para executar as medidas alternativas, como o monitoramento eletrônico. Sem recursos financeiros, nada será eficaz”, acredita o magistrado paulista.

### **Credibilidade do sistema judicial**

O fato de a lei ser mais branda em relação ao acusado pode favorecer a idéia de que “a polícia prende e a Justiça solta” e afetar a credibilidade do sistema judicial? Não, na opinião de nossos entrevistados.

“Estranho seria a polícia soltando e o juiz prendendo”, contrapõe Nucci. “A função da polícia é mesmo prender, mormente quando em flagrante delito. E a função do juiz, de lastro constitucional, é averiguar a prisão realizada e promover a medida legalmente cabível. Se tiver que manter a prisão, deve fazê-lo. Se for o caso de soltar, cumpra-se a lei”, argumenta.

“Há uma atenção exagerada da sociedade e da imprensa ao papel da polícia. A sociedade se esquece de que ela é só a primeira fase do sistema penal. A polícia deve investigar, o MP denunciar e o Judiciário julgar. A polícia é uma peça, não tem sentido sozinha”, afirma o procurador Wellington Saraiva. “O cidadão deve ter a clara noção de que polícia é uma coisa e juiz é outra. Faz parte dos sistemas que um prende e outro solte”, acrescenta, na mesma linha, Guilherme Nucci.

“Não é a gravidade da lei que atemoriza o criminoso, mas a sensação de impunidade é que o autoriza a agir contra a lei”, avalia o ministro Gilson Dipp. “Como a lei é mais benéfica, gera a percepção de que o Judiciário brasileiro é benevolente com os criminosos. Mas não é porque queira, é porque a legislação brasileira determina. A benevolência é da lei”, completa.

“Muitos veículos da mídia disseram que 200 mil presos seriam colocados em liberdade. Não é verdade”, adverte a pesquisadora Carolina Ferreira. “Nós temos 200 mil presos provisoriamente, mas não temos dados suficientes para dizer que todos esses respondem por crimes com pena de até quatro anos de prisão. Muitas vezes eles já são reincidentes, ou já estão cumprindo pena por concurso ou estão respondendo a processos em concurso, como furto com formação de quadrilha, o que aumenta a pena teórica para além de quatro anos. Esses já não terão direito a essas medidas cautelares alternativas”, explica a professora.

“O apelo da mídia foi totalmente desproporcional ao objetivo da lei, que vem complementar todo o sistema de penas alternativas que já estamos criando desde 1998, com a Lei 9.714”, critica. “A prisão cautelar continua sendo autorizada. Na verdade, a Lei 12.403 impõe as medidas cautelares para crimes cujas penas não chegam a quatro anos. Nos outros, ela deixa a critério do juiz”, elucida Ferreira.

“Para mim, a nova lei não trará modificações profundas no sistema carcerário”, corrobora Nucci. “É impossível que réus perigosos sejam colocados em liberdade por conta da nova

lei, afinal, a prisão preventiva resta intocada. Toda vez que surge alguma lei, trazendo benefícios ao acusado, cria-se uma aura de especulação em torno do caos. Mito puro. Quem merece continuará na cadeia. Outros, no entanto, terão oportunidades diferentes, evitando-se o cárcere indevido”, assevera o doutrinador.

### **Direitos, superlotação e Judiciário**

“Essa lei tem o cunho de atender o direito fundamental do indivíduo, mas também um viés que é suprir uma deficiência que não é da lei penal ou do sistema judiciário. Ela veio tentar suprir uma deficiência do Executivo: não construir prisões. Parece que estamos reconhecendo a inépcia, a falta de vontade política e de recursos do Poder Executivo em criar presídios, casas de albergados e para crianças e adolescentes infratores”, afirma o ministro Dipp.

“A lei deve desafogar o sistema carcerário, mas não o Judiciário. A prisão vai ser uma raríssima exceção, mas as medidas cautelares podem não satisfazer aqueles a quem forem aplicadas, o que fará haver uma procura pelo Judiciário, como sempre se faz, através do habeas corpus”, acredita o ministro.

Segundo Nucci, a única medida cabível contra a aplicação de uma medida cautelar é o habeas corpus. “A prisão em flagrante, hoje, dura 24 horas. A partir daí, torna-se preventiva. E nesse caso respeita-se o princípio da razoabilidade, ou seja, não há prazo certo para findar. Cada caso é um caso. Se os juízes seguirem fielmente a nova lei, creio que o número de habeas corpus cairá”, avalia.

Para Carolina Ferreira, que pesquisou especificamente a efetividade das penas alternativas no Distrito Federal entre 1998 e 2005, a substituição da prisão é eficaz. “A lei tutela direitos e garantias, especificamente em relação à proporcionalidade da pena. O público-alvo dessa lei são os acusados de crimes com pena de até quatro anos de prisão que depois de condenados já teriam direito a uma pena alternativa. Em nossa pesquisa, chegamos à conclusão de que para quem foi aplicada uma pena substitutiva, o índice de reincidência foi muito menor”, aponta.

“O Poder Legislativo não está errado em entender que devemos aplicar outras medidas menos gravosas que a prisão, afinal a atual situação do nosso sistema penitenciário é inconcebível. O que é necessário fazer agora é fiscalizar”, completa a pesquisadora.

### **Jurisprudência em habeas corpus**

Em um tópico relacionado, o ministro Gilson Dipp criticou a formação da jurisprudência penal brasileira sobre habeas corpus. “O habeas corpus hoje é usado como remédio para todos os males penais. Isso não é uma crítica ao instituto, pelo contrário. O habeas corpus é um direito constitucional fundamental ao cidadão e que deve sempre ser preservado”, ressalva.

“Mas os tribunais abriram demais as possibilidades de uso do habeas corpus, até que fosse substituto de todos os recursos processuais cabíveis no nosso sistema. Hoje o habeas corpus serve para substituir até o recurso especial e o extraordinário”, critica.

A opinião é respaldada pelo procurador regional Wellington Saraiva: “A formação de jurisprudência penal em habeas corpus é um dos principais temas que precisam ser debatidos sobre o sistema judiciário brasileiro. A amplitude dada pelos tribunais superiores ao cabimento do habeas corpus é um importante fator de ineficiência do sistema.”

“O recurso especial é o meio vocacionado para fazer a devida aplicação da lei federal, uniformizá-la e formar nossa jurisprudência penal. Onde nós estamos formando nossa jurisprudência penal? Em recurso especial, que é o vocacionado, que tem o contraditório, a paridade de armas? Ou em habeas corpus, decorrente de um caso concreto? Quase toda nossa jurisprudência decorre de habeas corpus”, diagnostica Dipp. “O habeas corpus, por suas características de celeridade e informalidade, muitas vezes não se presta para formar doutrina e tese jurídica”, avalia o ministro.

“O habeas corpus é usado para subverter as regras e a lógica orgânica do sistema

recursal”, afirma Wellington Saraiva. “Um exemplo significativo é um advogado que pode levar em poucos dias ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma decisão de recebimento de denúncia por um juiz de qualquer comarca do Brasil. Usando de habeas corpus sucessivos contra decisões que negam liminares, em duas semanas o recebimento da denúncia passa do juiz ao Supremo. Isso elimina o contraditório recursal, coloca o MP em posição de inferioridade e prejudica a análise das questões jurídicas pelos tribunais superiores, que decidem com autos incompletos”, argumenta.

Guilherme Nucci discorda. “O habeas corpus tem, sim, contraditório por parte do MP. Há sempre parecer do MP, que, invariavelmente, atua em nome da sociedade. Diz-se que o faz como fiscal da lei, porém a realidade demonstra o contrário”, avalia o magistrado, com base em pesquisa desenvolvida por si mesmo.

Mas o ministro Dipp aponta outro indício do uso desmedido do instituto: o crescimento do número de recursos extraordinários contra decisões concessivas de habeas corpus. “Como o habeas corpus é usado para tudo, em caso de concessão, ao MP cabe apenas recorrer extraordinariamente ao Supremo, não tem outro caminho a não ser esse. E por que o MP está usando o recurso extraordinário? Porque nesses habeas corpus não se está definindo a questão apenas em relação à parte interessada, mas a própria tese jurídica. Exatamente pelo desvirtuamento do habeas corpus, que está fazendo jurisprudência em cima de sua celeridade, o MP tem verificado essa distorção e recorrido, mas dentro do meio adequado, que é o recurso extraordinário”, conclui.

Fonte: STJ