I CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

D598
Direito penal, criminologia e processo penal [Recurso eletrônico on-line] organização Congresso de Direito do Vetor Norte – Belo Horizonte;

Coordenadores: Henrique Abi-Ackel Torres, Marcelo Sarsur e Hudson Oliveira Cambraia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-648-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Perspectivas para o Profissional do Direito no Sec. XXI

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Processo Penal. I. I Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

CONGRESSO DE DIREITO
VETOR NORTE BELO HORIZONTE

I CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL, do I Congresso de Direito do Vetor Norte de Belo Horizonte, realizado entre os dias 28 e 30 de agosto de 2017, na FAMINAS-BH.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

Como é sabido, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

Professor Dr. Henrique Abi-Ackel Torres

Professor Dr. Marcelo Sarsur

Professor: - Hudson Oliveira Cambraia

O PROCEDIMENTO CAUTELAR: UMA FORMA DE CONSTRUIR UMA TUTELA CAUTELAR PRÓPRIA AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR: UNA FORMA DE CONSTRUIR UNA TUTELA CAUTELAR PROPIA AL PROCESO PENAL BRASILEÑO

Brunna Laporte Cazabonnet

Resumo

Este trabalho tem por escopo o estudo da tutela cautelar no processo penal brasileiro. Assenta-se na necessidade de alteração do quadro de encarceramento em massa atual, criado, em parte, pelo elevado número de prisões cautelares. A questão orientadora cingiu-se à possibilidade da construção de uma cautelaridade penal própria. Com isso, dentre as teses sobre a natureza jurídica da tutela cautelar - processo cautelar; medidas cautelares autônomas e procedimento cautelar -, optou-se por desenvolver esta última hipótese, como condição para se gerar uma ruptura metodológica na aplicação de medida cautelar penal.

Palavras-chave: Prisão cautelar, Contraditório, Procedimento cautelar

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo tiene por escopo el estudio de la tutela cautelar en el proceso penal brasileño. Se basa en la necesidad de modificación del cuadro actual de encarcelamiento en masa, producido, en gran parte, por el elevado número de prisiones cautelares. La cuestión orientadora se circunscribe a la posibilidad de construcción de una tutela cautelar propia. Con eso, entre las tesis sobre la naturaleza jurídica de la tutela cautelar – proceso cautelar; medidas cautelares autónomas; y procedimiento cautelar -, se optó por desarrollar esta última hipótesis, como condición para generar una ruptura metodológica en la aplicación de medida cautelar penal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prisión cautelar, Contradictorio, Procedimiento cautelar

Introdução

O panorama atual do sistema prisional brasileiro que, segundo as estatísticas oficiais do Conselho Nacional de Justiça, possui mais de 650 mil pessoas encarceradas, sendo que 243.273 são presos cautelares, justificou o aprofundamento do estudo na temática cautelar.

Mesmo após o advento da Lei nº 12.403/2011, que reformou o título "da prisão e da liberdade provisória" do Código de Processo Penal, a forma de decidir em matéria cautelar permaneceu a mesma, pois manteve-se inalterada a procedimentalização de aplicação de medidas dessa natureza.

Partindo da construção da cautelaridade penal contemporânea - que tem suas raízes normativas no CPP da década de 40, de matriz claramente autoritária - questionou-se se o emprego de medidas cautelares autônomas não seriam uma manifestação dessa origem, de forma a privilegiar a decisão discricionária e vertical, por parte do Magistrado, quando da aplicação da prisão cautelar. Por isso, o principal objetivo da pesquisa é erigir uma cautelaridade penal, de cunho acusatório, que respeite as categorias próprias do processo penal.

Por tratar-se de resumo expandido de pesquisa em andamento, pelo espaço do presente trabalho, foi apresentado parte do caminho percorrido para se sustentar a hipótese do procedimento cautelar como premissa para se falar numa tutela cautelar delineada para o processo penal. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica

Do procedimento cautelar penal

Explica Giacomolli que a estrutura do processo penal é eminentemente dialética e essa característica a diferencia dos demais procedimentos. Por isso "a impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição leva a doutrina a situar a cautelaridade do processo penal, fora da compreensão estrita de processo (medidas cautelares)".[1] Não obstante, essa premissa não é suficiente para sustentar a impossibilidade da participação efetiva dos sujeitos na elaboração de decisão que aplica medidas cautelares. No ponto, o autor apresenta questão interessante, ao aduzir que as disposições constitucional e ordinária encetam uma evolução na discussão sobre um verdadeiro processo penal cautelar – partindo do art. 282, §3, do CPP.

[1] GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto san josé da costa rica. São Paulo: Atlas, 2014. 364 p.

No presente trabalho não se sustenta a hipótese de um processo propriamente dito, já que a forma da cognição cautelar não permite digressões sobre condições da ação cautelar, nem recortes entre o que são condições e o que é mérito - se estariam no *fumus commissi delicti* ou no *periculum libertatis* -, ou mesmo numa sentença como decisão. Todavia, partindo-se da referida disposição legal, aduz-se a necessidade de um procedimento que diminua os custos advindos da prisão anterior à condenação transitada em julgado.

Explica Choukr que o modo de formação da decisão cautelar é a mesma desde a década de 40, pois a reforma de 2011 não modificou nada nessa seara. Permanece sendo iniciado por um peticionamento escrito, não seguido de contraditório, e concluído por uma decisão, também escrita, por parte do juiz. No âmbito doutrinário diz-se que a cognição cautelar, presente nessa decisão judicial, é superficial e sumária, não tão vertical como ocorre em sentença condenatória ou absolutória. Não obstante, no Brasil, não foi elaborada a extensão dessa forma de cognição, uma vez que a procedimentalização do CPP traz parâmetros para tanto.[2]

Deve-se evidenciar que a funcionalidade incorporada pela prisão cautelar, como medida de defesa social, é dissimulada e reforçada pela estrutura legal e pela forma de aplicação afinada com o modelo inquisitivo de processo. Há um novo paradigma de leitura das disposições processuais penais, lançado pela Constituição Federal de 1988, há quase trinta anos, ainda não integrado. Os reflexos daquele "são inúmeros e impõem a releitura de várias de suas normas, mormente no que concerne ao embasamento, processamento, cumprimento e prazo de duração da prisão provisória".[3]

É insustentável manter o contraditório num plano burocrático e formal, restrito à forma escrita, em franca oposição à disposição do Pacto San José da Costa Rica, quando determina a necessidade de levar o sujeito preso à presença do Magistrado. Nesse sentido, "a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa. "[4]

Com a inexistência de decisão técnico-racional, torna-se inviável a formação de uma base de cognição oponível pela defesa. Ademais, a fungibilidade *ex officio* dos

---

[2]Curso ministrado pelo Prof. Dr. Fauzi Hassan sobre prisão cautelar na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul no primeiro semestre de 2016.

[3] DELMANTO JR., Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2 ed. ver. e ampl. Rio de janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

[4] BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011. Belo horizonte: Del rey, 2011. p. 23.

fundamentos para a decretação da prisão cautelar, torna mais incontrolável a decisão judicial. Por isso a relevância de uma decisão construída com efetivo contraditório, que "na cautelar (art. 282, § 3º, do CPP) abre um espaço de argumentação e de diálogo, de modo a diminuir o risco de uma decisão tomada na única base da produção de elementos incriminatórios."[5]

Portanto, objetiva-se uma ruptura metodológica na produção da decisão da prisão *ante tempus*. Agregando um elemento procedimental, típico da acusatoriedade, como é a audiência para aplicação, que incorpora um rito oral, desgasta-se o *ethos* inquisitivo. Cria-se novo ambiente de cognição, diferente da procedimentalização apenas escrita.[6] Por esse ângulo, Choukr aponta que o exame da necessidade cautelar deve ocorrer pela análise do art. 282, e incisos, e artigos 312 e 313, todos do CPP, que serão o cerne da audiência, não abrangendo questões de mérito, alheias a ótica cautelar.

Esse ponto pode iniciar os contornos da argumentação cautelar, percorrendo a adequação da medida, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito[7], evitando as decisões-padrão cautelares. Por evidência que uma decisão nessa seara não pode adentrar no mérito do processo, porém existe a necessidade de motivação de qualquer decisão judicial, impõe-se, assim, identificar o que deve integrar uma decisão judicial cautelar.

Não é coadunável uma audiência de instrução para analisar o cabimento de uma medida cautelar, mas incluir o indivíduo, na estrutura judiciária e no ato decisório, é imprescindível para criar paridade de armas entre as partes, e assim expandir a concepção do contraditório. Martins, com precisão, assevera que é a observação imediata que modifica e desenvolve as palavras, o que em termos de conteúdo poderá ser favorável ou

---

[5]GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto san josé da costa rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 365.

[6] Cumpre destacar que não se desconhece a implementação das audiências de custódia, disciplinadas pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, desde o ano de 2015 no Brasil. O seu principal objetivo é a condução do preso em flagrante, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à presença de autoridade judicial competente. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidncia.pdf> Acesso em 10 de out. de 2016.) Contudo, como estão sendo utilizadas apenas nessa hipótese, se reduz o input ao sistema prisional, mas o output permanece significativamente inalterado. Dessa forma, não há modificação no status de liberdade de presos cautelares já inseridos no sistema prisional (BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relatório: um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relatorio_1_Ano_Audiencia_Custodia.pdf > Acesso em 10 de nov. de 2016).

[7]MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de janeiro: lumen juris, 2010. p. 312-313.

prejudicial ao sujeito, mas é fundamental. [8] Essa etapa é inafastável para o emprego do processo penal como limite. Nesse sentido, com Lopes Jr., aduz-se que o melhor caminho para garantir o contraditório e o direito de defesa é mediante uma audiência.[9]

O procedimento tem de ser o elemento intermediador e minimizador da evidência e do imediatismo, o mecanismo de constrangimento.[10] A prisão possui uma íntima ligação com a evidência, que se estabelece com o preenchimento de uma expectativa, anulando o elemento intermediador. Por conseguinte, a inserção de um procedimento cautelar ocuparia o espaço de um elemento com potencial para minimizar a evidência. Compreende-se como uma etapa estratégica fundamental - no sentido de reduzir o uso da prisão cautelar - a inserção de uma forma processual delimitada. O que por si só, na seara processual penal, a alça à condição de garantia, e conduz a discussão sobre o tema a um outro nível epistemológico.

A convergência entre a prisão preventiva e a periculosidade (própria da medida de segurança) e a ausência de uma estrutura cautelar assente o cumprimento de funções alheias à necessidade cautelar, que se reflete em decisões de mérito, convertendo a prisão em um elemento de prova propriamente dito. [11] É imperiosa a criação de um procedimento que controle a racionalidade existente na decretação das medidas e a extensão da cognição, estabelecendo-se uma cognição cautelar, sumária e limitada.

Nesse ponto, é evidente a impossibilidade de reivindicar que o próprio julgador crie limitações (no seu conhecer), para não transpor um certo nível na apreensão dos dados expostos, de forma a não contaminar o julgamento do processo. Haverá apreensão de todo o material que for exposto, do qual o julgador não se livrará para realizar o julgamento subsequente. É exatamente dessa constatação que decorre a imprescindibilidade de uma estrutura procedimental que assegure esse limite, externo aos quadros mentais do homem

---

[8] MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito: the brazilian lessons. 3 ed. São paulo: ed. Atlas, 2013 p. 13.

[9]LOPES JR., Aury Celso Lima. Direito processual penal. Ed. 9. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 811 p.

[10] MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito: the brazilian lessons. 3 ed. São paulo: ed. Atlas, 2013. p. 29.

[11]Não é por acaso que as bibliografias mais antigas tratavam do tema cautelaridade e na sequência dos elementos de prova, pois os requisitos são a materialidade do crime e os indícios de autoria. Vê-se essa proximidade no livro de Tornaghi, principalmente, quando o autor, numa obra que pretende tratar dos meios acautelatórios do processo penal, reserva um capítulo inteiro para a prova, sua finalidade, produção, meios, etc. Aproxima-se a medida cautelar de um ato de prova. TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1978. Índice geral.

juiz, bem como da inclusão de uma segunda figura: um juiz para julgar as medidas cautelares.[12]

A permanência de um mesmo julgador para decidir sobre o mérito do processo e aplicação de medidas cautelares dá ensejo a uma tendência confirmatória das primeiras decisões tomadas, convertendo-se em um atalho cognitivo, subordinando às crenças inerentes a cada sujeito. Explique Gloeckner que a possibilidade de diminuir a tendência confirmatória está em uma audiência, para que, assim, o juiz logre decidir sobre eventual medida, regida pelo contraditório.[13] Sustenta-se que, para a materialização de um processo penal disfluente, é fundamental o contraditório, que possibilita a permuta de versões e atos processuais, evitando que um fragmento se acomode na impressão inicial do julgador.

A audiência que se pretende não cabe no espaço de uma medida, que por sua essência é um ato jurídico isolado, decorrente de uma decisão do Magistrado, avessa ao contraditório, de modo que não exige a manifestação da defesa para se concretizar e, por vezes, sequer do órgão acusador. Ou seja, imperioso é o alargamento entre a postulação por aplicação de medida e a decisão que a aplica ou rejeita. Esse interregno se concretizará com a incorporação de um procedimento cautelar que carregue o reflexo da construção dialética entre defesa e acusação e a fundamentação necessária para a restrição de liberdade ou de outro direito de modo antecipado – chegando-se a uma decisão que não adentre no conteúdo probatório do processo principal, nem como ele se misture.

Considerações finais

1. Considera-se como etapa fundamental para a criação de uma cautelaridade penal própria e autônoma a estruturação de um procedimento cautelar, como forma de inserir a contribuição das partes na construção da decisão do juiz e, consequentemente, dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais.

---

[12] Se nos valermos da experiência de outros países, apontando um exemplo latino-americano e outro europeu, Itália e Chile, há uma procedimentalização que acompanha a aplicação de qualquer medida que vise restringir a liberdade do sujeito presumidamente inocente. No CPP italiano o livro quarto trata das medidas cautelares e no CPP chileno estão as disposições no livro quinto. CHILE. Lei nº 19.696/2000, Código de processo penal. Disponível em: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1 Acesso em: 05 de setembro de 2016; ITALIA. Código penal italiano. Disponível em: www.altalex.it Acesso em 05 de setembro de 2016.

[13] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol 117. ano 23. P. 263-286. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015. p. 277.

2. Dessa forma, o procedimento será o mecanismo intermediador e minimizador da evidência e do imediatismo, tão patente na prisão cautelar, que prescinde do decurso de um processo para ser aplicada, bem como de uma fundamentação mais estruturada. Nesse sentido, tem sido espaço privilegiado para absorver expectativas alheias à necessidade cautelar.

3. Por fim, não se propõe o procedimento como uma panaceia para o uso abusivo da prisão cautelar, mas como uma etapa hábil para se concretizar um processo penal de cunho acusatório-democrático, já que não se desconhece a cultura punitiva na qual estão inseridos os atores do processo penal. Ou seja, o desenvolvimento de um procedimento cautelar é levantado como uma das estratégias a ser adotada para reduzir o quadro de aprisionamento atual.

Referências

BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – lei 12.403/2011. Belo horizonte: Del rey, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Geopresídios. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php > Acesso em 19 de julho de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidncia.pdf> Acesso em 10 de out. de 2016.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Relatório: um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatorio_1_Ano_Audiencia_Custodia.pdf > Acesso em 10 de nov. de 2016.

CHILE. Lei nº 19.696/2000, Código de processo penal. Disponível em: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1 Acesso em: 05 de setembro de 2016.

DELMANTO JR., Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2 ed. ver. e ampl. Rio de janeiro: Renovar, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto san josé da costa rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol 117. ano 23. P. 263-286. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2015.

ITALIA. Código penal italiano. Disponível em: www.altalex.it Acesso em 05 de setembro de 2016.

LOPES JR., Aury Celso Lima. Direito processual penal. Ed. 9. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito: the brazilian lessons. 3 ed. São paulo: ed. Atlas, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de janeiro: lumen juris, 2010.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1978.