

# O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

**Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro<sup>1</sup>**

Inicialmente, faz-se necessário consignar que a nova Lei que deu nova redação a diversos dispositivos legais do Código de Processo Penal é muito recente e não houve, ainda, amadurecimento necessário dos juristas e muito menos da jurisprudência. Entretanto, o presente trabalho faz algumas considerações e reflexões sobre algumas situações reputadas bastante importantes neste momento, sendo certo que somente o tempo e a jurisprudência permitirão estabelecer uma exegese mais aprofundada e substancial, dando às modificações do sistema processual penal um tratamento justo e adequado e, principalmente, dentro da nossa realidade jurídico-social.

Oportuno desde logo lembrar que, durante o Curso, não se encontrou, tanto entre os magistrados quanto entre os próprios expositores, um entendimento uniforme ou admitido por expressiva maioria em praticamente nenhum dos institutos jurídicos inseridos, mantidos e/ou revogados pela nova Lei, o que impossibilitou, inclusive, a proposta e votação de enunciados que, desde o início, objetivavam algum entendimento dominante para possibilitar maior acerto nas decisões tomadas diuturnamente, evitando-se, assim, constrangimentos desnecessários aos indiciados/acusados ou a fragilidade das decisões, para resguardar a eficácia do processo ou mesmo a ordem pública.

A Lei nº 12.403/11, que recentemente entrou em vigor, decorre de estudos de uma comissão de juristas presidida pela eminente Professora

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito - 1ª Vara Criminal da Capital.

Ada Pellegrini Grinover, cujas conclusões deram origem ao Projeto de Lei nº 4.208/2001, que teve como propósito sistematizar as denominadas Medidas Cautelares.

A referida Lei, segundo o Professor Diogo Malan, teve inspiração nas respectivas legislações italiana (1988) e portuguesa (1987), sendo certo que, na Itália, somente existe a possibilidade da decretação da prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima cominada for superior a 4 anos, enquanto que, em Portugal, a prisão provisória somente tem cabimento nos crimes com pena máxima superior a 3 anos.

Nas duas legislações mencionadas, entretanto, existem medidas cautelares alternativas à prisão, de natureza coercitiva (Itália) e de coação (Portugal), além de outras assemelhadas àquelas recentemente introduzidas aqui no Brasil pela nova lei

Pela sistemática processual penal pátria até então vigente, em regra, o magistrado tinha à disposição apenas duas extremadas medidas: de um lado, a liberdade provisória, com ou sem fiança, e do outro, a prisão preventiva.

O certo é que, muitas vezes, e na ausência de uma disposição intermediária, logo era decretada a prisão cautelar, sendo certo, entretanto, que, em diversas situações, seria suficiente medida intermediária não tão gravosa ao acusado/indiciado e não tão branda quanto à concessão da liberdade provisória, normalmente sem fiança.

É bem verdade que alguns magistrados socorriam-se do Poder Geral de Cautela para aplicar a parte geral das medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil, consoante possibilidade prevista no art. 3º do Código de Processo Penal. A questão, entretanto, era controvertida.

Pelo novo texto legal e como corolário lógico da presunção de inocência estabelecida pela Constituição Federal de 1988, a regra passou a ser a liberdade plena, e somente em situações concretas de cada caso e previstas na Lei é que poderão ser impostas aos indiciados/acusados medidas cautelares, e só em último caso e excepcionalmente, a prisão preventiva.

Assim, o problema agora parece estar solucionado, já que a nova Lei estabeleceu diversas medidas cautelares e alternativas à prisão e, mais

do que isso, vedou expressamente a possibilidade da decretação da prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima for de até 04 anos, salvo pouquíssimas exceções, enquanto que, nos demais crimes com penas mais elevadas, estabeleceu a possibilidade de decretação da prisão provisória, depois de o juiz examinar a possibilidade de impor uma medida cautelar alternativa, para, só então, e não sendo adequadas, necessárias e suficientes uma ou mais medidas alternativas, decretar a prisão do indiciado/acusado.

A recente Lei também impôs uma restrição ao juiz, tanto com relação às medidas cautelares quanto à decretação da prisão preventiva, quando couber. Na fase inquisitorial, o magistrado somente poderá estabelecer uma medida cautelar ou decretar a prisão preventiva do indiciado quando houver provocação do Ministério Público ou de outros sujeitos expressamente previstos na Lei, podendo, entretanto, depois de desencadeada a ação penal, fixar medidas cautelares ou decretar a prisão preventiva, mesmo sem provocação, podendo fazê-lo de ofício, observada a sistemática adotada e as exigências legais aplicáveis.

Os requisitos para a decretação da prisão cautelar vêm expressamente previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. Necessário lembrar, conforme já mencionado, que, em regra, não cabe prisão preventiva em crimes com pena máxima de até 4 anos. Entretanto, o art. 313 do CPP apresenta exceções, quando o indiciado/acusado tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvada a hipótese de prescrição da reincidência; quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo, neste caso, o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da prisão.

Ademais, além das referidas hipóteses, também caberá a decretação da prisão preventiva nos crimes cuja pena máxima for de até 4 anos, quando tiver sido imposta ao indiciado/acusado uma ou mais medidas cautelares e ele, voluntária e injustificadamente, descumpri-las (parágrafo único do art. 312 do CPP).

Oportuno lembrar que, durante as exposições dos palestrantes no Curso, chegou a surgir um entendimento praticamente isolado no sentido de que, nos crimes cuja pena máxima fosse de até quatro anos, não caberia sequer a imposição de medidas cautelares, tendo em vista que, se as cautelares existem alternativamente ou para substituir a prisão preventiva, em não cabendo prisão, não teria cabimento a imposição de medidas que a substituem.

Entretanto, diante dos diversos dispositivos legais do Código de Processo Penal, modificados pela Lei nº 12.403/11, a referida posição não se sustenta pela interpretação sistemática da nova Lei e, em especial, pelo disposto no art. 321 do CPP, com sua nova redação.

Por outro lado, por maioria esmagadora, tanto dos magistrados que frequentaram o Curso quanto dos próprios palestrantes, a mencionada posição jurídica restou totalmente afastada.

No que se refere às medidas cautelares propriamente ditas e que foram introduzidas na sistemática processual penal pela nova Lei, observa-se, segundo o Desembargador Cairo Ítalo David, referendado pelo Professor Diogo Malan, que as novas medidas já são conhecidas no mundo jurídico pátrio.

O comparecimento periódico em juízo já era previsto tanto no *sursis* processual quanto na suspensão condicional da execução da pena; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares também já estava prevista na legislação pátria para as duas formas de *sursis* antes mencionadas e também no caso de livramento condicional e na fixação de penas alternativas; a proibição de manter contato com pessoas já vinha previsto na chamada Lei Maria da Penha para casos de violência doméstica; o recolhimento domiciliar já existia em hipóteses de execução penal; a suspensão para o exercício de função pública já estava prevista no Código Penal e visa a prevenir a prática de novos crimes e esta medida só cabe em crimes próprios de funcionários públicos; segundo o Professor Diogo, a internação provisória de inimputável ou semi, cuja finalidade é a resguardar a sociedade de novos atos violentos, também já estava prevista como forma de condenação (imposição) à medida de segurança; a fiança foi revitalizada e

incrementada com novos valores e, também, como forma de assegurar, inclusive, a indenização à vítima; e, finalmente, o monitoramento eletrônico, recentemente introduzido em nossa sistema na execução da pena e que o legislador não explicitou, mas, com toda certeza, poderá ser bem utilizado, como forma de fiscalizar e assegurar e tornar mais efetivo o cumprimento de outra medida cautelar.

Também foi estabelecido como medida cautelar a proibição de ausentar-se do país, com o recolhimento (entrega) do passaporte, hipótese que já era prevista e muito utilizada por legislações estrangeiras.

Necessário destacar que, em regra, para a imposição de medidas cautelares se faz necessário a intimação da parte contrária, estabelecendo-se, assim, o contraditório, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (§ 3º do art. 282 do CPP).

O tema “imposição das medidas cautelares” gerou bastante debate no Curso, principalmente no que tange a saber em que delitos têm cabimento tais medidas; discutiu-se se têm pertinência nas contravenções e em crimes culposos. O certo é que a nova lei não especifica se as medidas cautelares cabem nessas modalidades delituosas, tendo se limitado a estabelecer, tão somente, que as referidas medidas não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (§ 1º do art. 283 do CPP), fazendo parecer, assim, que tais medidas têm cabimento tanto nas contravenções quanto nos crimes culposos, já que em ambas as modalidades de infração há previsão de pena de prisão.

Outro tema que causou bastante controvérsia foi: em que momento a prisão em flagrante deveria ser convertida em prisão preventiva? Alguns expositores defenderam que o momento seria quando fosse encaminhado a juízo o auto de prisão em flagrante, ou seja, em 24 horas, conforme previsto no § 1º do art. 306 c/c. art. 310 ambos do CPP, e que, por via de consequência, o art. 10 do CPP e outros da legislação extravagante estariam revogados. Outros sustentaram que o antigo art. 306 e seu parágrafo já existiam e empregavam as mesmas expressões e prazos empregados na nova lei e jamais se cogitou de revogação do art. 10 do CPP e de outras disposi-

ções correlatas de outras leis; o novo art. 310 do CPP, na verdade, manteve incorreta e inadvertidamente a expressão auto de prisão em flagrante, eis que melhor seria que tivesse empregado simplesmente inquérito, ou seja, a integralidade do procedimento inquisitorial que se iniciou com a lavratura do auto de prisão em flagrante, já que é esse o entendimento que nos remete uma interpretação sistemática da nova lei, com as disposições não revogadas, entre elas, o art. 10 do CPP e disposições semelhantes previstas em outros diplomas legais.

Isso porque o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, na grande maioria das vezes não tem todos os elementos fáticos existentes no caso, de modo a avaliar plenamente qual das medidas previstas no art. 310 do CPP deve ser adotada, eis que, somente no corpo do inquérito é que virão outros elementos e circunstâncias fáticas, como laudos, oitivas de outras testemunhas e novas diligências realizadas na investigação, permitindo, assim, uma avaliação completa pelo juiz de todo o procedimento existente até aquele momento.

Desse modo, num primeiro momento e enquanto a jurisprudência não sinalizar o sentido que se deve tomar, parece mais adequado que, quando for encaminhado o auto de prisão em flagrante, o juiz faça uma avaliação quanto à legalidade da prisão, relaxando-a desde logo se for o caso e, posteriormente, quando for encaminhado o inquérito (que se iniciou com o APF), se pronuncie nos termos do art. 310 do CPP.

Esse posicionamento, aliás, também foi adotado por alguns expositores, destacando-se, entre eles, o Professor e Desembargador Paulo Rangel.

Uma situação bastante curiosa e que não foi abordada durante o Curso é a hipótese em que, em um crime com pena máxima cominada igual ou inferior a 4 anos, o réu, respondendo ao processo solto e uma vez citado por edital, não é localizado nem constitui advogado (art. 366 do CPP).

Por dever de ofício, é imposto ao juiz determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional, na forma do mencionado dispositivo legal. E, então, a justiça ficará parada, aguardando o réu resolver ser processado e espontaneamente comparecer em juízo para o prosseguimento

do feito? Qual a solução? Não se corre o risco de aguardar e chegar-se à prescrição pela pena máxima cominada (há decisões neste sentido!)? Aparentemente, essa hipótese é de clara e flagrante impunidade! Parece não haver solução, já que a nova lei proíbe a prisão preventiva nos crimes com pena de até 4 anos.

O eminente Professor e Desembargador Luis Gustavo Grandinetti, em breve conversa com este Magistrado, ponderou que, nessa hipótese e tratando-se de réu com paradeiro ignorado, deveria ser imposta uma medida cautelar ao réu, intimando-o a cumpri-la por edital e, diante do descumprimento da medida pelo acusado, poderia o juiz decretar sua prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 do CPP.

A solução apresentada pelo talentoso Professor parece ser a única forma possível de não se permitir que, em hipótese como a acima aventada, não ocorra mais um caso de impunidade em nosso país, e acredito que esse posicionamento deverá vir a ser consolidado pela jurisprudência.

Em síntese, acredito que a nova lei, com as imperfeições e dificuldades de interpretação que apresenta, foi boa, no sentido de estimular e estabelecer a adoção de medidas alternativas à prisão e, somente em último caso determinar a manutenção da prisão cautelar do réu durante o processo; entretanto, para conseguir essa escala, não precisava o novo diploma legal afastar a possibilidade de o juiz decretar, desde logo, a prisão preventiva do réu nos crimes leves e médios (pena máxima de até 4 anos), já que somente o magistrado, como guardião maior das liberdades individuais e, em especial, da de locomoção, poderá avaliar, caso a caso, quando e em que situação a prisão provisória deverá ser estabelecida imediatamente, não apenas para assegurar a efetividade do processo, mas também a ordem pública.

Para finalizar, no I Tribunal do Júri, onde exerço minhas funções jurisdicionais há longos anos como titular, tive oportunidade, recentemente, durante o período de *vacatio* da nova lei, mas já influenciado pelas suas novas disposições, de revogar a prisão preventiva de um réu, que era advogado e que teria procurado um amigo para ser testemunha e ratificar seu *álibi*, ficando estabelecida a ele a proibição de se aproximar e de man-

ter qualquer contato com as testemunhas que seriam ouvidas em juízo, inclusive as pessoas de seu círculo de amizades. O processo tem sua tramitação regular e ainda não ocorreu a audiência de Instrução e Julgamento, e somente quando da realização daquele ato é que poderemos saber se a medida foi suficiente e atingiu aos fins almejados. Tomara que sim!

Assim, encerro o presente trabalho, destacando que o Curso foi apresentado num momento bastante oportuno, em que todos, expositores e magistrados presentes, trouxeram suas ideias para o debate, na esperança estabelecer alguns pontos comuns, na certeza de se chegar a melhor prestação jurisdicional com a justa aplicação da nova lei, sendo certo, entretanto, que a ausência de uniformidade de entendimentos não ofusca os objetivos do curso; muito pelo contrário, motivou a todos uma ampla reflexão sobre a aplicação da lei nova, que somente a jurisprudência irá acalmar e pacificar o entendimento adequado sobre a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva. ◆