

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Ludmilla Vanessa Lins da Silva¹

INTRODUÇÃO

Pretendemos no presente trabalho, com base no curso “Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”, examinar as alterações introduzidas, no âmbito da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, pelo Legislador no Título IX do Código de Processo Penal, as quais trouxeram significativas mudanças. O desafio agora é do Poder Judiciário, não só para harmonizar as alterações com os demais dispositivos do Código de Processo Penal, mas também para interpretá-las e aplicá-las.

Faremos apenas uma análise pontual e sintética dos dispositivos que, no momento, estão sendo alvo de controvérsias e discussões nos encontros jurídicos, sem termos a pretensão de esgotar o tema, até porque cabe aos estudiosos do Processo Penal essa tarefa; a nós, julgadores, cumpre vencer as dificuldades interpretativas e dar eficaz aplicação às novas disposições legais.

Na bem lançada colocação do Professor Auri Lopes Jr., as alterações tiveram como pontos relevantes o rompimento com o modelo binário de prisão cautelar ou liberdade provisória, para adoção do modelo polimorfo, pelo qual oferece ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, bem como o renascimento do instituto da fiança.

Merece destaque inicial que a doutrina, com relação às medidas cautelares, vem entendendo que **elas devem ser provisórias**, na medida em que tutelam uma situação fática e, em menor escala, são constrictivas à liberdade do indivíduo, assim como é a prisão cautelar. Todavia, o legisla-

¹Juíza de Direito em exercício na Vara Criminal de Itaguaí.

dor não estabeleceu prazo, perdendo, na visão da doutrina, boa hora para resolver de vez a problemática da duração máxima da prisão cautelar. Nesse sentido se posiciona o já citado Professor Auri Lopes Jr. (**O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Ed. Lumen Juris. 2º Ed, p. 27).

REQUISITOS DAS MEDIDAS CAUTELARES

O Título IX do Código de Processo Penal inicia-se pelo o art. 282, o qual tratou das medidas cautelares, determinando que devam ser aplicadas observando-se:

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;

Neste dispositivo são destacados, como se vê, os seguintes requisitos: a garantia da aplicação da lei penal; conveniência da investigação ou a instrução criminal; evitar a prática de infrações penais. Há quem entenda que esse último requisito esteja atrelado ao requisito da garantia da ordem pública, mas o entendimento não é pacífico.

Quanto ao requisito da “garantia da ordem pública”, parte da doutrina sustenta ser ele inconstitucional, na medida em que gera injustiças por se tratar de conceito aberto, o qual permite aos aplicadores da lei fundamentar a necessidade da medida cautelar constritiva à liberdade sem critérios objetivos. Nesse sentido, o entendimento de André Nicolitt, Juiz do Estado do Rio de Janeiro, externado na palestra que proferiu no presente curso.

Não obstante as críticas lançadas contra o requisito da garantia da ordem pública, o legislador optou por mantê-lo, uma vez que persistiu na redação do art. 312 do CPP.

O inciso II do art. 282 dispõe:

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Há aqui outra grave controvérsia, pois o legislador estabeleceu que, na adequação da medida, deverá o julgador observar a “gravidade do crime”, “circunstâncias do fato” e “condições pessoais do indiciado ou acusado”, conceitos genéricos e subjetivos tal como na garantia da ordem pública. Isto porque todos os crimes são graves, na medida em que o legislador penal assim optou por entendê-los (Princípios da Fragmentariedade e Subsidiariedade). Ademais, a adequação da medida, observando as condições pessoais do indiciado ou acusado, as quais podem ser amplamente analisadas, inclusive quanto aos maus antecedentes para impor medidas mais gravosas, até mesmo possibilitando a prisão preventiva, permite, para parcela da doutrina, uma análise genérica e subjetiva.

Outro aspecto relevante quanto às medidas cautelares foi a determinação, no parágrafo 3º do art. 282, da necessidade do contraditório, ressalvados os **casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida**.

Aqui também surge a dúvida: como deverá ser a intimação? O Professor Auri Lopes Jr. defende o contraditório no entendimento de que o juiz, diante do pedido de medida cautelar, deverá intimar o indiciado para uma audiência ou no mínimo conceder prazo para defesa manifestar-se acerca do pedido e para que produza prova, para só assim decidir sobre a necessidade e adequação da medida cautelar (ob. cit. p. 21/22).

Outro ponto igualmente relevante é o parágrafo 4º do artigo em comento. Aqui o legislador permitiu que, no caso de **descumprimento de qualquer das obrigações impostas**, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá **substituir a medida, impor outra em cumulação**, ou, em **último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

De se observar, portanto, que as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente e que a prisão preventiva é a *ultima ra-*

tio, servindo apenas para o caso de reiterado descumprimento das medidas anteriormente impostas. O juiz, ao nosso sentir, poderá **revogar a medida cautelar de ofício**, independentemente do contraditório, quando verificar a falta de motivo para a sua subsistência, mas, quando se tratar de **substituí-la ou de voltar a decretá-la**, se sobrevierem razões que a justifiquem (parágrafo 5º), deverá abrir o contraditório. O parágrafo 6º - “A **prisão preventiva** será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”, deixa clara opção do legislador no sentido de ser a prisão preventiva só aplicável em último caso.

TIPOS DE PRISÃO

Dispõe o art. 283 do CPP que “Ninguém poderá ser preso senão em **flagrante delito** ou por **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Temos, portanto, quatro tipos de prisões: a prisão em flagrante, a prisão definitiva (sentença condenatória transitada em julgado) e duas cautelares - temporária e preventiva.

No parágrafo 1º desse dispositivo, o legislador restringiu as medidas cautelares ao dispor que elas não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Mais quais são as medidas cautelares diversas da prisão? Pode haver outras medidas além daquelas que estão elencadas?

Respondendo a primeira indagação, os artigos 319 e 320 do CPP trouxeram um rol de medidas cautelares.

“Art. 319: São **medidas cautelares** diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando,

por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha **residência e trabalho fixos;**"

Tais requisitos, ao nosso sentir, são cumulativos.

"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;

VII - **internação provisória** do acusado nas hipóteses de crimes praticados com **violência ou grave ameaça**, quando os peritos concluírem ser **inimputável** ou **semi-imputável** (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;"

Nestes casos, quando a perícia (judicial) verifica a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade e o crime for praticado com violência ou grave ameaça, ao invés da prisão, interna-se provisoriamente o acusado (em hospital de tratamento).

"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;

IX - **monitoração eletrônica**.

§ 4º A **fiança** será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser **cumulada com outras medidas cautelares.**" (NR)

"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."

No que diz respeito à segunda indagação, cremos não ser possível estabelecer outras medidas cautelares senão as elencadas pelo legislador. E assim é porque elas são, ainda que de modo mais brando, medidas restritivas de liberdade. É bem verdade que, antes do advento da Lei n. 12.403/2011,

aplicava-se medida cautelar utilizando-se o Poder Geral de Cautela. Mas hoje, é de se entender que o rol de medidas cautelares diversas da prisão é taxativo, pelo que qualquer restrição fora dos limites estabelecidos pela referida lei é ilegal.

OUTRAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Os artigos 306 (e seus parágrafos), 310 e 311 do CPP contêm outras questões relevantes, mas vamos abordá-las em conjunto, em face dos objetivos deste trabalho.

Dispõe o art. 306: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao **juiz competente**, ao **Mi-nistério Público** e à **família** do preso ou à **pessoa por ele indicada**.

§ 1º Em até **24 (vinte e quatro) horas** após a realização da prisão, será encaminhado ao **juiz competente** o **auto de prisão em flagrante** e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a **Defensoria Pública**.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a **nota de culpa**, assinada pela autoridade, com o **motivo da prisão**, o **nome do condutor** e os das **testemunhas**.”

“Art. 310: “Ao receber o **auto de prisão em flagrante**, o juiz deverá **fundamentadamente**:

I - **relaxar a prisão ilegal**; ou

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

III - conceder **liberdade provisória**, com ou sem fiança.”

De se ressaltar que parte da doutrina passou a sustentar que o prazo do art. 10 do CPP foi tacitamente revogado pelo art. 306, uma vez que este estabeleceu o prazo de 24 horas, com a entrega do auto de prisão em flagrante, para análise do art. 310.

Neste ponto, nos posicionamos contrariamente àqueles que defendem a revogação do art. 10 do CPP, pelos seguintes motivos: **a uma**, por-

que não seria razoável tal revogação, uma vez que importaria impor à autoridade policial uma obrigação excessiva; **a duas**, porque **auto de prisão em flagrante** não pode ser confundido com inquérito policial. Auto de prisão em flagrante é a peça que informa ao juiz a captura de uma pessoa, deflagrando o inquérito policial para os casos de indiciado em flagrante delito. O art. 304 do CPP estabelece que a autoridade policial deverá ouvir o condutor e colher, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, **o auto**. E, mais: o parágrafo 2º do art. 304 do mesmo diploma legal dispõe: “a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante (...)”. Portanto, está claro que o auto de prisão em flagrante não é o inquérito policial; **a três**, porque é cediço que em muitos casos a autoridade policial, para concluir o inquérito, necessita ouvir testemunhas, as quais podem não estar disponíveis de imediato. Assim, entendemos que o auto de prisão em flagrante é, e continua sendo, a peça que, em conjunto com a comunicação do flagrante, é levada ao juiz dando conta da constrição da liberdade de uma pessoa, adequando-se tal posicionamento às resoluções 66 e 87, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

Defendendo que o prazo do art. 10 do CPP não foi revogado, posicionou-se o doutrinador e Desembargador do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Paulo Rangel.

Continuando, o relaxamento da prisão por ilegalidade pode ser material, quando da análise verificar-se a atipicidade da conduta, ou pode ser meramente formal, quando ocorrer à inobservância do procedimento previsto em lei.

Com relação ao inciso II (art. 310), outra questão surge na prática.

O Juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva sem a oitiva do Ministério Público? E mais, quando o Juiz converterá a prisão em flagrante em preventiva? No momento da entrega do auto de prisão em flagrante ou quando da entrega do inquérito policial?

Com relação à primeira pergunta, há quem sustente não ser possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem a oitiva do Ministério Público, por força do sistema acusatório adotado pelo legislador brasileiro.

Abordando o tema, o doutrinador Auri Lopes Jr. faz severas críticas ao legislador ao permitir a prisão preventiva decretada de ofício, uma vez que gera a violação da imparcialidade, conforme segue:

“Talvez o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terceiro, um estar alheio aos interesses das partes na causa” (ob. cit p. 70).

Em sentido contrário estão aqueles que entendem não haver violação do sistema acusatório, já que apenas estar-se-ia convertendo o ato administrativo em jurisdicional.

Em qualquer caso, para haver a conversão da prisão em flagrante em preventiva, defendemos a necessidade da análise não só do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, mas, também, dos requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal e do não cabimento das medidas cautelares menos gravosas, além da necessária expedição do mandado de prisão, com comunicação ao Conselho Nacional de Justiça. Aliás, o artigo 289-A já estabelece a necessidade de o juiz competente providenciar o imediato registro do mandado de prisão em **banco de dados** mantido pelo **Conselho Nacional de Justiça** para essa finalidade.

Quanto ao momento, também não temos posição firmada. No curso oferecido aos Magistrados fluminenses pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em conjunto com o Tribunal de Justiça deste Estado, parte dos palestrantes (que tratou do tema) sustentou que o momento seria quando da entrega do auto de prisão em flagrante e a outra entendeu ser quando da entrega do inquérito, após promoção ministerial.

Prosseguindo, parágrafo único: “Se o juiz verificar, pelo auto de

prisão em flagrante, que o agente **praticou** o fato nas condições constantes dos **incisos I a III do caput do art. 23** do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

Os incisos I a III, a que se refere o parágrafo único, dizem respeito às excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou regular exercício de um direito).

Por sua vez, o art. 311 estabeleceu: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a **prisão preventiva** decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Aqui, é de se entender que o indiciado ou acusado encontra-se solto, diferentemente do art. 310, quando o indiciado estará preso em virtude de prisão em flagrante. Essa é a razão pela qual, na hipótese do art. 311, a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício pelo juiz, se no curso da ação penal. Se no inquérito, deverá haver requerimento ou do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou, ainda, por representação da autoridade policial.

O parágrafo único do art. 312 reforça a possibilidade da prisão preventiva ser decretada em caso de **descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares** (art. 282, § 4º).

Sabe-se que a prisão cautelar tem por escopo garantir a aplicação da lei penal e garantir a instrução processual, dentre outros. Assim, o descumprimento das medidas cautelares, as quais, frise-se, para serem decretadas também exigem a observância dos requisitos descritos no art. 282, I, c/c art. 312, demonstra a clara necessidade de medida mais gravosa, pois o indiciado ou acusado não se mostrou apto a permanecer em medida mais branda, violando determinação judicial. Aqui não se questiona a excepcionalidade da prisão preventiva; esta é a exceção. Contudo, se descumpridas as medidas cautelares descritas no art. 282 de forma injustificada, a prisão

poderá ser decretada sem qualquer violação ao Princípio da Inocência.

O art. 313 elenca as hipóteses que possibilitam a decretação da prisão preventiva: “Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos **crimes dolosos** punidos com **pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos**;

II - se tiver sido **condenado por outro crime doloso**, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se 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**;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver **dúvida sobre a identidade civil da pessoa** ou quando **esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la**, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR)

Importante destacar o inciso III do art. 313. Sabe-se que a Lei n.11.340/2006 é aplicável à mulher vítima de violência doméstica ou familiar. Assim, o referido inciso deve ser aplicado, com exclusividade, aos crimes praticados contra a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência e para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

DA FIANÇA

O instituto da fiança, que se encontrava esvaziado, o legislador optou por ressurgir-lo. O art. 322 permite à **autoridade policial** conceder a fiança, porém, limita-a aos casos de infração cuja **pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos**. Na redação antiga, o Delegado podia conceder a fiança também nos crimes punidos com detenção ou prisão simples.

O legislador, consoante parágrafo único do art. 322, optou por fazer uma limitação ao poder da autoridade policial, na medida em que dispôs que, “nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.”

Nos artigos 323 e 324 temos os casos de inadmissibilidade do instituto da fiança.

O art. 325 tratou do valor da fiança, determinando o limite de:

“I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.”

O art. 334, por sua vez, permitiu que a fiança seja prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

Entendendo ser um direito subjetivo do acusado, o art. 335 dispõe que, havendo recusa ou retardamento pela autoridade policial em conceder a fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

O destino do dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das **custas**, da **indenização do dano**, da **prestação pecuniária** e da **multa**, se o réu for condenado (art. 326 e parágrafo único), mesmo no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

O art. 337 disciplinou a restituição da fiança se e quando esta for declarada sem efeito ou nos casos de ter ocorrido o trânsito em julgado de

sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal. O valor que a constituir será restituído, atualizado e sem desconto, salvo na hipótese do disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

A quebra da fiança ocorrerá quando o acusado, regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; resistir injustificadamente a ordem judicial; praticar nova infração penal dolosa.

E se o quebramento for injustificada, haverá a perda de metade do valor da fiança, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

Na hipótese de o condenado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta, ocorrerá o perdimento, na totalidade, do valor da fiança.

Havendo a hipótese de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

O artigo 346 dispõe que, no caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Já o art. 350 manteve a possibilidade de ser concedida a liberdade provisória sem a imposição da fiança, para os casos em que o preso seja hipossuficiente econômico. No entanto, estabeleceu que, se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.

DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Quanto à liberdade provisória, a novidade trazida pela Lei n. 12.403/2011 foi que, nas hipóteses de crimes punidos com pena de 01 até 04 anos de reclusão, não será imposto a prisão, exceto nos casos de descumprimento de medidas cautelares elencadas nos arts. 319 e 320, ou, para parte da doutrina, na hipótese de reincidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como toda lei que ingressa no ordenamento jurídico, a Lei n. 12.403/2011 surge com lacunas e, por isso, é passível de críticas.

Se, por um lado, assiste razão àqueles que dizem que o legislador, ao introduzir alterações no Código, perdeu boa hora de elaborar e aprovar um novo Código de Processo Penal, pois leis em demasia modificando dispositivos de um código geram uma “colcha de retalhos”, o que dificulta a interpretação e aplicação harmonicamente com os demais dispositivos, de outro lado temos que enfrentar a problemática a fim de que, em conjunto, possamos aprovar entendimentos coesos e harmoniosos com a sistemática do Processo Penal, evitando, com isso, interpretações conflituosas, as quais, diga-se, geram insegurança jurídica e descrédito para o Poder Judiciário.

Daí a importância de cursos como este ministrado pela EMERJ e o TJRJ, proporcionando a oportunidade de amplo debate sobre as novas questões trazidas pela Lei 12.403/2011, com as quais teremos que conviver no exercício da função jurisdicional. ♦