



## **Novas medidas cautelares podem ser aplicadas sozinhas ou acompanhadas**

O Projeto de Lei 4.208 de 2001 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em abril deste ano e encaminhado para sanção presidencial. Ainda que esteja passível de veto e somente entre em vigor sessenta dias após a data de sua publicação, é importante analisar desde logo as inúmeras alterações previstas ao Código de Processo Penal nos institutos da prisão processual, fiança e liberdade provisória.

Inicialmente cabe observar que a prisão consiste na privação da liberdade de locomoção, mediante clausura, decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou decorrente de flagrante delito. A prisão pode ocorrer antes, durante ou após o encerramento do processo criminal.

É identificada como prisão penal ou definitiva a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade ao culpado. É a pena atribuída ao condenado e tem finalidade repressiva.

A prisão que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tem por fundamento a justiça legal, que por razões de necessidade ou oportunidade, obriga o particular, enquanto membro da comunidade, a se submeter a restrições e sacrifícios individuais, mas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua principal finalidade. É a chamada prisão processual, cautelar ou provisória. Este gênero de prisão tem como espécies a prisão em flagrante, preventiva e temporária.

Em relação à prisão resultante da decisão de pronúncia e da prisão decorrente de sentença penal condenatória não transitada em julgado, como estão vinculadas à existência dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 312, não subsiste razão para receberem denominação diferente da prisão preventiva.

Registre-se que a prisão temporária (Lei 7.960, de 1989) e a prisão especial (artigos 295, 296 e 300) não sofreram alterações.

Após este panorama geral, passamos a analisar mais detidamente as modificações legislativas.

### **Medidas cautelares**

A grande inovação do projeto aprovado é a adoção de medidas cautelares substitutivas à prisão processual.

A nova redação do artigo 282 estabelece que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a: 1) 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 e 2) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.



Verifica-se que a adoção das medidas cautelares deve ser fundamentada num dos motivos previsto no inciso I e proporcional as circunstâncias previstas no inciso II, ou seja, o juiz deve considerar a gravidade do crime, o fato em si e a pessoa que será submetida à medida.

A adequação da medida é preocupação do legislador, tanto que estabelece que não sendo cominada ao fato pena privativa de liberdade, não é cabível medida cautelar (artigo 283, parágrafo 1º). Assim, da mesma forma que no sistema atual, o réu será solto, independente de fiança.

Pela nova sistemática, deve ser aplicado o procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo, previsto no artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95, que estabelece que após a captura, lavra-se termo circunstanciado se o conduzido se comprometer a comparecer em juízo. Portanto, não caberá prisão em flagrante, fiança nem prisão preventiva. Contudo, será passível medida cautelar para as infrações penais punidas com pena privativa de liberdade.

As medidas cautelares, diversas da prisão em estabelecimento estatal, são: 1) comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; 2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; 3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstância relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; 4) proibição de ausentar-se da Comarca ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; 5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; 6) 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; 7) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; 8) 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 a ordem judicial; 9) monitoração eletrônica e 10) prisão domiciliar, que foi regulamentada em capítulo específico.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. No caso de descumprimento de qualquer das condições impostas o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (artigo 312, parágrafo único).

Da mesma forma que na prisão preventiva, a medida cautelar pode ser revogada quando o juiz verificar que falta motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A nova redação do artigo 310 prevê que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos legais e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A partir deste dispositivo, percebe-se que o juiz deve analisar o caso concreto e: a) identificando ilegalidade no flagrante, na autuação ou excesso de prazo, deve relaxar a prisão; b) sendo a prisão legal,



deverá verificar a possibilidade de concessão de liberdade provisória e a adequação das medidas cautelares diversas da prisão (artigo 321). Anote-se que o arbitramento da fiança, que é uma modalidade de medida cautelar, equivale a concessão de liberdade provisória com fiança, sendo possível também, nesse momento, a concessão de liberdade provisória sem fiança e c) não sendo as medidas adequadas ao caso concreto, nem o caso de concessão de liberdade provisória sem fiança, deve converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do artigo 312.

### **Prisão preventiva**

A Prisão Preventiva é prisão cautelar, de natureza processual, decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos gerais da tutela cautelar: *fumus comici delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal).

Os requisitos legais permanecem os mesmos previstos no artigo 312.

Com a alteração, a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar, quando esta for descumprida ou se tornar inadequada (artigos 282, parágrafos 4º e 6º e 312, parágrafo único). Como vimos, sendo a prisão legal, o juiz analisa a possibilidade de concessão de liberdade provisória e a adequação das medidas cautelares. Somente quando não forem cabíveis, é que o juiz poderá decretar a prisão preventiva.

Em relação à admissibilidade, houve grande inovação na medida em que anteriormente a prisão preventiva era admitida nos crimes dolosos punidos com reclusão e nos punidos com detenção, se o indiciado fosse vadio ou de identidade duvidosa. Portanto, não cabia em crime culposos, contravenção penal, crimes em que o réu se livrava solto ou agiu em excludente de ilicitude.

A nova redação do artigo 313 estabelece que será admitida a prisão preventiva: 1) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; 2) se for reincidente em crime doloso; 3) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência e 4) houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

Além das hipóteses elencadas acima, deve ser acrescida a possibilidade de decretar prisão preventiva quando não forem adequadas ou suficientes as medidas cautelares e estiverem presentes os requisitos do artigo 312. Isto porque, nos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos *a priori* não seria admitida a prisão preventiva. Entretanto, tal restrição pode ser bastante prejudicial no caso concreto, posto que crimes com pena máxima de três (ex.: seqüestro e cárcere privado, artigo 148) ou quatro (ex.: furto e receptação, artigos 155 e 180) anos não são considerados de menor potencial ofensivo e pode ser necessário acautelar a investigação ou processo criminal.

Registre-se que nesses casos primeiro o juiz deverá aplicar uma medida cautelar, sendo possível inclusive a fiança, e apenas se esta não for suficiente é que poderá decretar a prisão preventiva.

### **Prisão provisória domiciliar**



A prisão domiciliar é uma das medidas cautelares e recebeu regulamentação específica na nova redação dos artigos 317 e 318 do CPP, consistindo no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Registre-se que atualmente não existe controle do cumprimento da prisão domiciliar, ou seja, não há escolta verificando se de fato o preso domiciliar está cumprindo a medida, razão pela qual sustenta-se que nesses casos pode ser feito monitoramento eletrônico através do uso de tornozeleiras, regulamentada na Lei 12.258, de 2010.

A prisão domiciliar cautelar poderá ser substitutiva da prisão preventiva quando o indiciado ou acusado for maior de 80 anos; estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; for imprescindível aos cuidados especiais de menor de seis anos de idade ou de pessoa com deficiência; ou gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou de alto risco.

A substituição da prisão preventiva pela domiciliar exige prova idônea do motivo alegado.

### **Fiança**

A fiança é uma medida cautelar e deve ser aplicada quando possível a concessão da liberdade provisória. Isto porque o legislador manteve a liberdade provisória com e sem fiança, como se depreende do artigo 310, inciso III. Entretanto, também será possível o mero arbitramento de fiança como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

Nas infrações afiançáveis, esta será prestada para assegurar o comparecimento nos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial (artigo 319, inciso VIII). O pagamento da referida caução visa acautelar o processo na medida em que o indiciado ou réu vê-se motivado a comparecer em juízo para ao final, sendo absolvido, ser restituído de toda quantia. É fato que muitos acusados desrespeitam o compromisso firmado com o pagamento e quebram a fiança.

No intuito de fortalecer o instituto e incentivar o comparecimento do acusado e o não quebraamento da fiança, os valores foram aumentados, havendo a possibilidade inclusive do juiz aumentá-la em até cem vezes (artigo 325, parágrafo único).

Uma inovação importante é a de que a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. A alteração é importante, propiciará maior celeridade e desafogará as delegacias de pessoas autuadas em flagrante e que ficavam aguardando o arbitramento da fiança pelo juiz.

Além disso, pela nova redação, percebe-se que não existe mais critério objetivo para identificar as infrações afiançáveis. No sistema anterior eram afiançáveis as infrações punidas com pena máxima privativa de liberdade não superior a dois anos.

Pela nova redação do CPP, excluindo as hipóteses indicadas nos artigos 323 e 324, em regra todas as infrações são passíveis de fiança. Efetivamente tal alteração amplia significativamente os crimes afiançáveis e permitirá maior celeridade na concessão da liberdade provisória.



Por outro lado, não se vislumbra grande alteração no número de presos provisórios, posto que apesar de inafiançáveis, para estas infrações sempre foi possível a concessão de liberdade provisória sem fiança, permitindo portanto, a soltura do autuado por crime inafiançável.

Registre-se que esta possibilidade existia na sistemática antiga e persistirá no novo modelo, posto que taxar o crime de inafiançável não impede a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Assim, admite-se a concessão de liberdade provisória sem fiança em relação aos crimes inafiançáveis, elencados na nova redação dos artigos 323 e 324, quais sejam: 1) racismo (artigo 5, inciso XLII, CF); 2) tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5, inciso XLIII, CF); 3) cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5, inciso XLIV, CF); 4) quem já tiver quebrado fiança ou infringido injustificadamente qualquer das obrigações previstas nos artigos 327 e 328; 5) quem estiver submetido a prisão civil ou militar e 6) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Percebe-se que por imposição de dispositivo constitucional, a incongruência que já existia quanto à vedação do arbitramento de fiança para crimes graves irá permanecer, posto que ocorrendo um crime hediondo, um homicídio qualificado pela crueldade, por exemplo, o acusado poderá ser solto mediante liberdade provisória sem fiança se não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva. Ou seja, será solto sem ter que pagar qualquer fiança. Não desembolsará valor algum.

Enquanto o autor de crime menos grave, não hediondo, terá que pagar fiança para ser solto, o autor de crime hediondo sairá sem desembolsar qualquer valor. O absurdo permanece.

Desse modo, em que pese a boa intenção do legislador ao aumentar os valores da fiança, na prática, esta medida atingirá o efeito esperado em apenas alguns casos específicos, como por exemplo nos crimes contra a Administração Pública ou de colarinho branco; não tendo aplicação em crimes graves e de repercussão, como normalmente são os homicídios, latrocínios e estupros.

Em síntese, são estas as principais alterações nos institutos da prisão provisória e da liberdade provisória. Em que pese as incongruências apontadas, esperamos que o novo sistema alcance o efeito esperado: redução do número de presos provisórios no sistema prisional.

#### **Date Created**

09/05/2011