

## A prisão, as medidas cautelares e a liberdade na reforma do Código de Processo Penal

Rômulo de Andrade Moreira\*

O Projeto de Lei nº. 4.208/01 modifica o Título IX do CPP que trata "Da Prisão e da Liberdade Provisória", alterando-lhe para a seguinte epígrafe: "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória" e revogando expressamente o § 2º. e incisos do art. 325, os arts. 393, 594, 595 e os §§ do art. 408 do CPP.

Assim, acabar-se-á com a restrição que se faz àqueles autores de crimes presos em flagrante acusados de praticarem infrações penais contra a economia popular ou de sonegação fiscal, que não podem ser beneficiados com a liberdade provisória sem fiança; ademais, são extintas as absurdas normas estabelecidas nos arts. 393, 594, 595 e os §§ do art. 408, que flagrantemente se chocam com o princípio da presunção de inocência(2), insculpido na Constituição Federal.(3)

Procura-se estabelecer neste Título critérios razoáveis para justificar as medidas cautelares no âmbito processual penal. Assim, a medida de natureza cautelar só será admitida se estiver comprovada a sua "necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais", ou seja, se presente o **periculum libertatis**. Além deste requisito, a medida deverá ser adequada "à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado", o que indica que elas poderão ser determinadas pelo Juiz ainda na fase do Inquérito Policial. Tais medidas, também por determinação expressa, "poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente", atendendo-se, evidentemente aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de se chocarem com a Constituição.

De início, ressalve-se que "as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade."

Permite o projeto de lei que sejam decretadas de ofício pelo Juiz ou "a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial." Aqui vale uma advertência: no sistema acusatório é sempre perigoso deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias. Nos parece desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, **ex officio**, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo(4).

É evidente que o dispositivo é perigoso, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que unido pelos deuses, possa avaliar como "necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que 'o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor'"(5)

Parece-nos claro que há efetivamente um certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade(6) que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, que não se coaduna com a determinação peçoal e direta de medidas cautelares e de diligências investigatórias. Neste sistema, estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa (ou investiga), o advogado defende e o Juiz apenas julga, em conformidade com as provas produzidas pelas partes. "*Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales*", como bem acentua Alberto Binder.(7)

Do pedido da medida cautelar, caso não haja urgência ou perigo de sua ineficácia, deve ser intimada a parte contrária, juntando-se à comunicação a "*cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo*". Parece-nos que em caso da medida ser determinada de ofício pelo Juiz (quando não a ele solicitada), deve assim também se proceder, ou seja, cientificar-se à parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão.

A medida cautelar será imposta acompanhada de determinadas obrigações que, acaso descumpridas, poderão acarretar a substituição da medida, a imposição cumulativa de uma outra ou, até mesmo, "*em último caso*", a decretação da prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312, decisões que podem ser tomadas pelo "*juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante*."

A medida cautelar, evidentemente, só se justificará se estiverem presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis** (ou o **periculum in mora**) e só deverá ser mantida enquanto persistir a sua necessidade. Assim, determina o projeto que o "*juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*." Ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção só se justifica enquanto aquelas circunstâncias iniciais existirem e se mantiverem.

Atenta ao art. 5º., LVII e LXI, a nova redação do art. 283 assim dispõe: "*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*."

Desta forma, a prisão provisória, ou seja, aquela anterior à sentença definitiva, só se legitima se for necessária nos termos da lei, tudo em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

Pelo art. 311, "*em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou por representação da autoridade policial*", o que não constitui nenhuma novidade entre nós.

O art. 312, por sua vez, estabelece os novos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, a saber: a prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, exigindo-se, ademais, que haja "*fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*." Como se disse acima, a prisão preventiva, excepcionalmente, "*também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (artigo 282, § 4º)*."

O art. 313 estabelece as condições legais que devem ser agregadas aos pressupostos e requisitos para justificar a prisão preventiva:

- 1) Nos crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos; ou
- 2) Se o indiciado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada

em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I do Código Penal (reincidência).

Observando-se a exigência do art. 93, IX da Constituição, o novo art. 315 exige que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva seja sempre motivada (trata-se, a propósito, de uma decisão interlocutória simples e não de mero despacho, como no atual art. 315).

Inovação importante e salutar é a possibilidade de que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar caso se trate de indiciado ou acusado maior de 70 (setenta) anos, ou sujeito a severas conseqüências de doença grave, ou seja necessário aos cuidados especiais de menor de 7 (sete) anos de idade, ou de deficiente físico ou mental, além da gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (qualquer que seja o período de gestação), devendo o Juiz, em todos os casos, exigir prova idônea destas circunstâncias.

Esta prisão domiciliar "*consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial*", sob pena de sua revogação. Entendemos que estas hipóteses são taxativas, não podendo o julgador elastecê-las.

Se não for o caso de se decretar a prisão preventiva (por ausência de algum dos seus pressupostos, requisitos ou condições legais acima indicados), poderá o Juiz decretar outras medidas cautelares previstas no art. 319, quais sejam:

- 1) Comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;
- 2) Proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- 3) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- 4) Proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; neste caso, a proibição será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, notificando-se o indiciado ou acusado a entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.
- 5) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;
- 6) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;
- 7) Internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- 8) Fiança, nas infrações que a admitem(8), para assegurar o comparecimento aos atos do processo (medida, portanto, de contra-cautela), evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial, providência que poderá ser cumulada com outras medidas cautelares, em decisão devidamente motivada e justificada pela autoridade judiciária.

Por outro lado, se não for o caso de decretação da prisão preventiva, por ausência de seus pressupostos, requisitos e das suas condições legais, "*o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no artigo 319 (acima elencadas), atentando-se para aqueles critérios acima estabelecidos, quais sejam: "necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais" e "adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado"*.

Mesmo sendo o caso de pagamento de fiança, a liberdade provisória poderá ser concedida, sem fiança, se o juiz verificar ser o acusado insolvente, hipótese em que ele ficará sujeito às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do atual CPP e a outras medidas cautelares, se for o caso. Na hipótese

de descumprimento injustificado, ser-lhe-á aplicado o disposto no art. 282, § 4º., ou seja, "*substituição da medida, imposição cumulativa de uma outra ou, em último caso, decretação da prisão preventiva*", se for cabível.

Determina o projeto que "*a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio*", é dizer, resguardando-se a garantia constitucional da casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º., XI, Constituição Federal).

O novo art. 300 repete a regra estabelecida na Lei de Execução Penal (art. 84) e na que dispõe sobre a prisão temporária (art. 3º.), disposições que, na prática, nem sempre são obedecidas, apesar de constarem nas Regras Mínimas da ONU (nº. 8.b): "*As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.*" Com o nosso atual sistema carcerário muito dificilmente tal artigo será observado, como não o são os artigos das Leis nºs. 7.210/84 e 7.960/89.

O novo art. 310 prescreve que o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente:

1. Relaxar a prisão ilegal, tal como já determina o art. 5º., LXV, da Constituição Federal.
2. Ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312, disposição que entendemos conflitante com o nosso sistema, pois se o flagrante está perfeitamente caracterizado e o respectivo auto em conformidade com a lei, qual o sentido de se decretar a prisão preventiva, que também é modalidade de prisão provisória e cautelar? Pergunta-se mais uma vez: se já há uma prisão provisória (em flagrante) regularmente efetuada, por que se decretar uma outra (preventiva)?
3. Ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ademais, repetindo a regra estabelecida no atual **caput** do art. 310, estabelece-se que "*se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.*" Estranhamente, esta nova redação dispensa a ouvida do Ministério Público, em mais um dispositivo que distancia-se do sistema acusatório; afinal de contas, quem melhor para avaliar se o agente atuou sob qualquer daquelas excludentes que não o Promotor de Justiça que, inclusive, poderá pedir o arquivamento do inquérito policial por faltar interesse de agir?(9) Entendemos que o Juiz, por cautela, e em respeito ao art. 129, I, da Constituição Federal, deverá sempre, nada obstante o silêncio da lei, ouvir o representante do **parquet** nestes casos.

---

## NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1)Cf. as referências embaixo do nome do autor no topo.

(2)Tucci, respaldado pelas lições de Guglielmo Sabatini, prefere a expressão *não-consideração prévia de culpabilidade*, pois "*l'imputato è sempre e solo imputato ai fini dello svolgimento del processo. Quindi non va considerato nè come innocente, nè come colpevole.*" (in *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 401). Outros autores falam em princípio da não-culpabilidade e, como Dotti, em princípio da incensurabilidade.

(3)A esse respeito leia-se o que escrevemos no texto: "O ARTIGO 594 DO CPP – UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO", publicado nesta obra. Infelizmente, a nova lei de tóxicos (Lei nº. 10.409/020, art. 46, § 12), estabelece absurdamente que os recursos respectivos terão o efeito apenas devolutivo.

(4)Parece-nos interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico

sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), Cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe o brasileiro: "*Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus.*" Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o Cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: "*Ninguém me telefona... foi preciso você me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...*" (in Revista Caros Amigos – As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

(5)Lopes Jr., Aury, Investigação Preliminar no Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

(6)Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, "*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.*" (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

(7)Iniciación al Proceso Penal Acusatório, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

(8)Quanto à fiança, observa-se que "*a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima de prisão não seja superior a 4 (quatro) anos*" e, "*nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas*". Em caso de recusa ou demora do Delegado de Polícia em arbitrar 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.*" Ademais, em consonância com a Carta Magna (art. 5º., XLII, XLIII e XLIV), são inafiançáveis os crimes de racismo, de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90) e os delitos cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Além destes casos, o art. 324 impede a concessão da fiança: "*I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os artigos 327 e 328; II - em caso de prisão civil; III - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).*" O art. 325, por sua vez, estabelece os limites da fiança nos seguintes termos: "*I - de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a 2 (dois) anos; II - de 5 (cinco) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena de prisão, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; III - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena de prisão cominada for superior a 4 (quatro) anos.*" Dependendo da situação econômica do indiciado ou acusado, "*a fiança poderá ser reduzida até o máximo de dois terços ou aumentada, pelo juiz, até cem vezes.*" Esta medida cautelar "*poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.*" Pelo art. 336, o "*dinheiro ou objetos dados como fiança prestar-se-ão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária ou perda de bens e da multa, se o réu for condenado*", ainda que seja o caso de "*prescrição depois da sentença condenatória (Código Penal, art. 110).*" "*Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o acusado ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto*", salvo no caso do art. 110 do Código Penal. A fiança considerar-se-á quebrada quando o acusado "*regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV - resistir injustificadamente a ordem judicial.*" Este quebramento "*importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva*", que, evidentemente, só poderá ser decretada se estiverem presentes os requisitos, pressupostos e as condições legais já estabelecidas. Já pelo art.

344, "*entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.*" Julgada perdida a fiança "*seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido a fundo penitenciário, na forma da lei.*" Por outro lado, decidindo-se pelo seu quebramento e feitas as deduções legais "*o valor restante será recolhido a fundo penitenciário.*"

(9)A esse respeito, confira-se a excelente obra de Paganella Boschi, Ação Penal, Rio de Janeiro: AIDE, 1993, p. 62.

\*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado da Bahia. Ex-Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS na graduação e na pós-graduação. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Autor da obra “Direito Processual Penal”, Rio de Janeiro: Forense. No prelo: “Estudos de Direito Processual Penal”, São Paulo: BH Editora. **E-mail do autor** : [moreira@e-net.com.br](mailto:moreira@e-net.com.br)

**Jus Vigilantibus**, Vitória. Disponível em: <<http://jusvi.com/>>. Acesso em: 10 jul. 2006.