

Rogério Schietti Cruz

PRISÃO CAUTELAR

Dramas, Princípios e Alternativas

Prefácio

J. P. Sepúlveda Pertence

Posfácio

Luís Roberto Barroso

9^a edição

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



VI

1. DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES

A Lei 12.403/11, ao modificar grande parte dos dispositivos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, promove substanciais mudanças no sistema cautelar penal.

São indicadas 9 (nove) medidas de natureza cautelar, hábeis a substituir a prisão preventiva, que há de ser reservada para os casos em que a providência menos gravosa seja considerada inadequada ou insuficiente à proteção do bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.

Releva enfatizar que as medidas a seguir comentadas podem ser aplicadas “isolada ou cumulativamente” (artigo 282, § 1º), por decisão adotada “de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (artigo 282, § 2º), e, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, após dar oportunidade ao acusado para manifestar-se sobre o pedido (artigo 282, § 3º).

De todo modo, ao analisar o caso concreto, para fins de avaliação do cabimento e da escolha da medida ou das medidas a serem aplicadas, deverá o magistrado observar, nos termos do artigo 282 do CPP, a

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;¹

1. Não partilhamos da opinião de André NICOLITT (2014, p. 721), ao repudiar a previsão de medidas cautelares diversas da prisão com o propósito de “evitar a prática de infrações penais”,

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.²

ao argumento de que “o que se está pretendendo, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares.” Já nos posicionamos, acima, quanto a essa crítica, mas, aqui, o citado doutrinador acresce: “Percebe-se assim, que a necessidade de evitar a prática de infrações penais previstas no inc. I do art. 282 do CPP é o objetivo da pena, não podendo ser perseguido por via cautelar. Tal dispositivo antecipa os objetivos da pena, o que viola a presunção de inocência, sendo, portanto, inconstitucional. Além disso, o inc. II do art. 282 é vago ao falar que a necessidade deve observar as circunstâncias do fato e, o que é pior, ao invocar as condições pessoais do indiciado ou acusado, expressões capazes de remeter aos riscos de um direito penal do autor”. Com todas as vênias, a inovação legislativa, no particular, foi adequada e trouxe alguma racionalidade (ainda que com diversas falhas técnicas e sistêmicas, como acentuado ao longo deste trabalho) às cautelas pessoais previstas no Código, semelhantemente ao que ocorre em todos os códigos modernos do mundo ocidental. Em verdade, o objetivo de toda medida cautelar é, de modo provisório, precário, excepcional, com lastro em juízo de probabilidade (e não de certeza), prover algum interesse ameaçado por uma situação de risco (o qual, no processo penal, decorre da plena liberdade do réu), juízo que não se confunde com o de mérito, do qual poderá decorrer a imposição de pena, esta, sim, impregnada do propósito (entre outros) de prevenção especial. Se aparentemente a prisão preventiva (ou qualquer outra medida cautelar, como, por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, ou a de manter contato com pessoas determinadas (art. 319, inc. II e III) equivale a uma pena (tal qual a imposição, em sede de *sursis* processual, no que se refere às condições de cumprimento do acordo), com esta não se confunde; ali não se pune, se acautelam interesses dignos de proteção, enquanto perdura o processo, até mesmo para que os seus fins últimos possam ser alcançados. Ademais, quando a lei orienta o juiz a, no exame de qualquer providência cautelar, tomar como referência dados do processo relativos às condições pessoais do acusado, a lei vincula a discricionariedade do juiz, impondo-lhe critério que há de ser explicitado na motivação do ato decisório, de sorte a individualizar a escolha da medida adequada, necessária e proporcional para o caso concreto, escolha que deverá, sim, ter como referência não apenas as circunstâncias do fato mas também as condições pessoais do acusado (como, por exemplo, a circunstância de ele possuir fortes laços funcionais e influência sobre outros servidores, a justificar a providência cautelar de afastamento do exercício de suas funções públicas e de proibição de acesso ao local de trabalho, ou, ainda, de contato com seus colegas, quando acusado, v.g., da prática de corrupção passiva).

2. Rodrigo CAPEZ, com propriedade, assinala ser direito do investigado ou acusado a “individualização da medida cautelar”. Com efeito, “se, uma vez estabelecida a culpa, pressuposto para a imposição da sanção, há o direito fundamental à individualização da pena, a fortiori, durante o processo que poderá levar à formação da culpa, caso se faça necessária uma intervenção no direito à liberdade, há o direito fundamental decorrente à individualização dessa medida cautelar”. Acrescenta que, “diante do rol de medidas cautelares pessoais estabelecido pelo legislador e da prisão como *ultima ratio*, o juiz deverá obrigatoriamente partir da(s) medida(s) de menor intensidade para somente então alcançar a(s) medida(s) de maior intensidade, por força da proporcionalidade e do princípio da gradualidade na intervenção no direito fundamental de liberdade, individualizando a medida cautelar adequada e necessária à espécie” (CAPEZ, 2017, p. 334).

Também é importante anotar que as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva podem, em regra, ser aplicadas a autores de quaisquer infrações penais a que se cominar pena privativa de liberdade, o que inclui crimes culposos e crimes a que a lei preveja a possibilidade de substituição da pena, com a ressalva do que foi dito quando se tratou da proporcionalidade em sentido estrito, no Capítulo IV.

Há tão somente duas restrições legais quanto à possibilidade de imposição das medidas cautelares pessoais: a primeira refere-se à internação provisória do acusado, considerado inimputável ou semi-imputável, cautela que apenas poderá ser aplicada quando se cuidar de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça (artigo 319, inc. VII do CPP); a segunda restrição diz respeito à fiança, cuja utilização é vedada nas situações indicadas nos artigos 323 e 324 do CPP.³

Vale, por derradeiro, recordar que o descumprimento, pelo acusado, de medida aplicada poderá resultar na decretação da prisão preventiva, como uma espécie de sanção processual ao comportamento de quem não soube merecer o benefício de medida menos gravosa. Insista-se, como já dito acima, que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, deverá atentar para o disposto no art. 282, § 3º do CPP, de sorte a promover o contraditório prévio à decisão.

Segue, então, breve análise de cada dessas medidas alternativas à prisão cautelar, não sem antes, pontuar que a Lei nº 13.964/2019 reforçou o dever do juiz das garantias – ou, até que entre em vigor a lei nesse ponto, o juiz a quem for apresentado o preso em flagrante – de justificar o não cabimento da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar, “de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada” (§ 6º do art. 282, do CPP).

1.1. Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

Cuida-se de providência já utilizada como condição do *sursis* processual, na forma do artigo 89, § 1º, inciso IV, da Lei 9.099/95.

3. No tocante, porém, a esta última restrição, ver nossa ressalva no final do item 5 do Capítulo III, retro.

O objetivo é, principalmente, o de verificar que o acusado continua à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual.

Implícito também está o propósito de ser o juízo informado sobre que atividades (escolares, laborativas, sociais etc.) o acusado está exercendo, permitindo ao magistrado acompanhar-lhe os passos na vida cotidiana e certificar-se do seu paradeiro.

O legislador pátrio exige que o comparecimento se dê perante a autoridade judiciária, ao contrário do que ocorre em outros sistemas, onde se permite que tal obrigação seja satisfeita perante outra autoridade (é o caso da Alemanha e da Áustria).

Vale salientar que essa obrigação não se confunde com a que já é prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, qual seja, de comparecimento a todos os atos processuais, bem assim com a que se fez alusão logo acima, condição do *sursis* processual. Com efeito, enquanto o comparecimento periódico a juízo, para informar e justificar suas atividades, é uma medida cautelar autônoma (que pode ser acumulada com outra ou outras), o compromisso de comparecimento aos atos processuais é obrigação a que se sujeita o acusado para poder substituir a prisão em flagrante pelo regime de liberdade provisória; por sua vez, a medida positivada na Lei 9.099/95 é mera condição para a validade da suspensão condicional do processo.

As consequências de uma e de outras também diferem: o inadimplemento da condição do *sursis* processual pode gerar a revogação do acordo (§ 4º do artigo 89 da Lei 9.099/95) e a retomada do curso do processo; o não comparecimento do acusado a ato processual pode resultar-lhe a revogação do benefício da liberdade provisória, com o retorno do réu ao cárcere, não mais a título de prisão em flagrante – que perde sua autonomia tão logo se veja o juiz a proferir uma das decisões indicadas no artigo 310 do CPP – mas a título de prisão preventiva, se, evidentemente, não for adequada e suficiente outra cautelar menos gravosa.

1.2. 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

Essa medida cautelar alternativa à prisão já possui um outro objetivo, visivelmente profilático ou preventivo: evitar que a frequência do réu a deter-

minados lugares possa criar condições favoráveis para a repetição do crime objeto do processo em curso ou mesmo de outros crimes quaisquer.

Tem-se como certa a ilação de que as circunstâncias e as peculiaridades subjacentes a certas práticas delitivas podem ser fatores indutores da criminalidade. O bar que costuma ser frequentado pelos desafetos do acusado, entre os quais o que veio a se tornar vítima de lesões corporais, é um exemplo de lugar do qual deve o acusado manter-se distante, de modo a evitar novas situações criminógenas; assim também a repartição pública, onde o réu teria cometido crime funcional, é lugar cujo acesso pode ser temporariamente vedado ao acusado.

Por não ter uma clara finalidade de proteger a jurisdição penal ou proteger o processo – salvo se for possível inferir a probabilidade de que o réu, tendo livre trânsito no serviço público, venha a interferir na prova – e muito menos de assegurar a presença do réu no processo, essa providência se assemelha a uma medida de defesa da sociedade, assumindo, com menor onerosidade, mas com similar preocupação, função homóloga à desempenhada pela prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica. De observar, no entanto, que a terminologia aqui empregada é mais moderna, além de ajustada ao que prevê, para as cautelares em geral, a nova redação dada ao artigo 282, inciso I, parte final, do CPP.

A maior dificuldade relativa a essa medida cautelar diz respeito à fiscalização de seu cumprimento, que demandaria visitas periódicas ao local cujo comparecimento é vedado ao acusado, por pessoas encarregadas judicialmente desse mister. Daí por que se mostra aconselhável a cumulação desta medida cautelar com a de monitoração eletrônica (inciso IX do artigo 319 do CPP), sempre útil nas hipóteses em que se deve fazer um acompanhamento das atividades e dos deslocamentos do investigado ou do acusado.

1.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

Trata-se de medida cautelar muito similar à prevista no inciso anterior, mas com objetivo mais específico, que é ou o de proteger determinada pessoa, em situação de risco ante o comportamento do acusado, ou o de evitar, com o contato do réu com certas pessoas, que se otimize uma situação favorável à reprodução do comportamento criminoso.

Enquanto a medida positivada no inciso II visa à proteção da sociedade em geral ou de pessoas incertas – ainda que circunscritas a um grupo, como, por exemplo, os empregados e frequentadores de determinado estabelecimento comercial ou, como ressalvado, quando se teme a interferência na prova encontrada no local onde o acusado tinha livre acesso – potencialmente colocadas sob risco de lesão em face do possível comportamento criminoso do acusado, em razão de circunstâncias relacionadas ao crime pelo qual já responde, a cautela aqui referida tem como foco uma dada pessoa, ou mesmo mais de uma, que, também por fatores inerentes ao fato criminoso, se veja(m) em situação de vulnerabilidade pela presença física do réu.

É o caso típico da esposa do acusado que, ameaçada de morte em momentos de crise conjugal, deva ser mantida longe do marido, de sorte a obviar situações de discussão que venham a potencializar o risco de que as ameaças se repitam, ou que o imputado realize o mal injusto e grave prometido.⁴

Decerto que também haverá dificuldade de fiscalizar o cumprimento dessa medida, como anotado em relação à providência indicada no item II. Porém, como as pessoas para cuja proteção se volta a cautela são as maiores interessadas em que ela seja respeitada, qualquer tentativa de aproximação por parte do acusado será suficiente para que tal fato seja levado ao conhecimento do juiz da causa, a fim de que, se for o caso, decrete a prisão preventiva daquele que descumpriu a obrigação assumida judicialmente.

Poder-se-á objetar que, ausente o descumprimento da medida, será impossível a decretação da prisão preventiva, tendo em vista a circunstância de ser o crime a que responde o acusado passível de pena máxima não superior a 6 (seis) meses de detenção (artigo 147 do CPB), insuficiente para a decretação

4. [...] 2. Mostra-se devidamente fundamentada a prisão preventiva de paciente preso em flagrante ao ameaçar matar sua ex-companheira do mesmo modo que fizera com o irmão dela, em hipótese na qual, de fato, consta do histórico do acusado condenação por crime de homicídio duplamente qualificado praticado contra o irmão da vítima. 3. A necessidade da segregação é reforçada pelos antecedentes criminais do paciente, nos quais constam diversas ocorrências referentes a violência doméstica, desobediência a decisão judicial, injúrias e ameaças, a despeito da prévia imposição de medidas de segurança pelo Juízo singular. 4. Diante de histórico de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas, fica inviável a concessão do pleito nesse sentido, por ser evidente que não surtiriam o efeito almejado. Precedentes. 5. Ordem não conhecida. (HC 355.466/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016). No mesmo sentido, HC 337.123/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 18/12/2015.

da medida extrema, em face da redação dada ao artigo 313 do CPP, que exige ser o crime punido com pena máxima superior a quatro anos.

De fato, é muito difícil sustentar a legalidade da prisão preventiva de quem é acusado de praticar crime de ameaça (salvo na situação descrita no inciso III do artigo 313 do CPP), antes de fazer uso de alguma outra medida menos gravosa, dentre as elencadas no artigo 319 do CPP.

É que, com a nova sistemática das medidas cautelares introduzida pela reforma ora comentada, a prisão preventiva passa a ser, efetivamente, a *ultima ratio* como providência cautelar dirigida a assegurar não apenas a manutenção da vida humana ameaçada, mas também, sob o aspecto processual – e aqui reside, sob a ótica cautelar, a justificativa endoprocessual da medida –, a preservação da principal fonte de prova do crime em apuração.

A questão a merecer reflexão é: será mesmo que foi intenção do legislador deixar sem proteção o bem maior – a vida de alguém – em nome da tutela de um bem evidentemente menos relevante, embora digno de merecer a necessária e possível proteção estatal, a liberdade?

No cotidiano do foro é extremamente constrangedor explicar para vítimas de ameaças que a lei não autoriza a prisão preventiva de quem as praticou. Os profissionais do Direito a quem cabe a iniciativa de representar (autoridade policial), requerer (titular da ação penal) ou decretar (autoridade judiciária) a prisão preventiva não conseguem disfarçar o mal-estar quando dizem à vítima, desesperada e clamando proteção, que a lei não permite manter sob custódia aquele que lhes ameaça matar. E tal mal-estar transforma-se em inútil sentimento de culpa e impotência quando essas autoridades recebem a notícia de que, por falta da devida proteção do Estado, a ameaça se convolou em crime mais grave (lesões corporais ou até mesmo homicídio).

Nesse ponto é de se ponderar da possibilidade de uma releitura do quadro normativo introduzido com a reforma do sistema cautelar, de modo a perceber a necessidade de que, ao lado das regras técnicas e até de princípios instituídos e reconhecidos com o propósito de proteger o acusado contra o arbítrio estatal, se considerem também outros valores, de igual ou maior relevo, subjacentes a um processo penal que deve assegurar proteção penal eficiente a todos.

Conforme já realçado no Capítulo IV, item 1.4, o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra-

-ataque de terceiros – inclusive e principalmente do acusado, já em conflito com a vítima – mediante a correspondente e necessária ação coercitiva ou punitiva.

Assim, na ponderação de dois interesses em conflito – a liberdade do acusado e a vida da pessoa por ele ameaçada – não há como deixar de, em avaliação serena e racional, fazer pender a balança a favor do direito à vida, impondo-se ao Estado, por conseguinte, valer-se do instrumental jurídico para desincumbir-se, a contento, do seu “dever de proteção penal”, ainda que, para tanto, tenha de sacrificar, provisoriamente, o direito à liberdade, o qual costuma permanecer incólume em situações de menor dignidade penal da infração atribuída ao seu titular.

Embora, a um primeiro olhar, a letra do art. 313, inc. III, do CPP impeça a decretação da medida extrema de modo originário, é de se ponderar que a importância e supremacia do bem jurídico concretamente ameaçado de perecimento – a vida humana – não pode ficar sem proteção penal efetiva e eficiente. Se o juiz, na análise do caso, conclui não haver outro meio idôneo para evitar o mal prometido pelo acusado – a morte da vítima – parece irrazoável e temerário impedir o uso da prisão preventiva.⁵

5. A preocupação com a violência contra a mulher é mundial e organismos internacionais produzem documentos que, incorporados ao direito interno de cada estado, passam a ter validade supralegal, como é o caso do direito brasileiro, no que diz com esses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, entre os quais a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, positivado pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. E um dos órgãos de implementação dessas políticas pró-mulher – o CEDAW, iniciais do *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women* – formado por *experts* independentes que monitoram a implementação da Convenção nos diversos países, emitiu, em data muito recente (julho de 2017), um documento – a *Recomendação Geral nº 35* – cujo art. 40, “b” reforça a ideia de ser necessária a adoção de providências efetivas a favor dos direitos (entre os quais a vida) de mulheres sob risco de violência, independentemente de condições ou prévias barreiras cujo ônus recaiam sobre a vítima da violência. Eis o texto original: 40. *Adopt and implement effective measures to protect and assist women complainants and witnesses of gender-based violence before, during and after legal proceedings, including through: (...) b) Providing appropriate and accessible protection mechanisms to prevent further or potential violence, without the precondition for victims/survivors to initiate legal actions, including through removal of communication barriers for victims with disabilities. This should include immediate risk assessment and protection, comprising a wide range of effective measures and, where appropriate, the issuance and monitoring of eviction, protection, restraining or emergency barring orders against alleged perpetrators, including adequate sanctions for non-compliance. Protection measures should avoid imposing an undue financial, bureaucratic or personal burden on women victims/survivors. Perpetrators or alleged perpetrators’ rights or claims during and after judicial proceedings, including with respect to property, privacy, child custody, access, contact and visitation, should be determined in the light of women’s and children’s human*

Na percepção de MENDONÇA, “decorre do princípio constitucional da proporcionalidade, em sua vertente positiva, que não se pode permitir a proteção deficiente ou insuficiente aos direitos fundamentais” (2011, p. 258) e arremata:

Deve-se lembrar, ademais, que decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da CF) que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Deflui disso a necessidade de uma tutela adequada e efetiva sempre que houver alguma ameaça a direito. Realmente, não se pode excluir do Poder Judiciário a possibilidade de enfrentar e neutralizar a ameaça a um bem jurídico, sob pena de macular o referido princípio. Se assim é, inviável retirar do magistrado a possibilidade de, no caso concreto, determinar a melhor e mais adequada proteção aos bens jurídicos indicados no art. 282, inc. I, manietando-o diante de uma situação concreta de risco. Aceitar que o magistrado nada possa fazer em situações concretas graves, em que há um risco sério a bens jurídicos relevantes, seria reconhecer a total incapacidade de o Poder Judiciário fazer frente ao risco que é a liberdade do réu (*periculum libertatis*). (MENDONÇA, 2011, p. 259).⁶

Não deve ter sido outra a razão pela qual o legislador espanhol, ao atualizar, por intermédio da *Ley Orgánica* 13/2003, os dispositivos da antiga *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, relativos à prisão provisória, no art. 503, elencou, como exigência cautelar justificadora da cautela extrema, o fim de “*evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del*

rights to life and physical, sexual and psychological integrity, and guided by the principle of the best interests of the child.

6. Consistentes, nessa mesma linha de pensamento, as ponderações feitas em correspondência eletrônica, do Promotor de Justiça do MPDFT Amom Albernaz PIRES, em que sustenta a legitimidade da prisão preventiva, em casos de extrema necessidade de proteção da mulher vítima de ameaças de morte pelo marido ou companheiro. Aduz o missivista: “Em muitos casos de violência doméstica, o perfil do agressor é de alguém que não possui quaisquer antecedentes penais formalizados em um Boletim de Ocorrência e não há medidas protetivas anteriormente aplicadas, porém estão presentes circunstâncias (não aceitação do término do relacionamento, possessividade, ciúmes excessivo, ameaça anterior com uso de arma, existência de filhos menores etc.) que denotam a gravidade concreta da conduta e o risco para a vida da mulher, de sorte que o juiz não pode se eximir da tutela efetiva do bem jurídico de maior relevo humano – a vida da mulher sob ameaça do marido ou companheiro – sob a justificativa, amparada em leitura meramente literal do art. 313 do CPP, de que as medidas protetivas constituiriam etapa anterior necessária para o deferimento da prisão preventiva.” Em sentido contrário à possibilidade de decreto preventivo originário, na hipótese referida no texto, consultar, exemplificativamente, CABETTE (2013, p. 381).

Código Penal”, casos em que “*no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado*”. As pessoas referidas no Código Penal são “a esposa ou mulher que esteja ou tenha estado ligada ao acusado por uma análoga relação de afetividade, ainda que sem convivência, ou pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor”.

Observação ainda importante a fazer refere-se ao fato de que medida complementar à que ora se examinou já integra o ordenamento positivo brasileiro, tanto por força da alteração produzida pela Lei nº 10.455, de 13 de maio de 2002, que conferiu nova redação ao artigo 69 da Lei 9.099/99 – possibilitando ao juiz determinar, como medida de cautela, o afastamento do autor do fato do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima –, quanto pela introdução, via Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), de *medidas protetivas* de urgência, elencadas no artigo 22 desse diploma legal.

Releva atentar para a circunstância de que as medidas protetivas de urgência, incorporadas ao direito pátrio por força da Lei nº 11.340/06, distinguem-se em relação às medidas alternativas à prisão preventiva, posteriormente positivadas no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.403/11. Em verdade, conquanto voltadas tanto umas quanto outras à proteção, em caráter urgente, da mulher vítima de violência doméstica,

Os requisitos indispensáveis ao deferimento das medidas protetivas não se confundem com os requisitos típicos das ações cautelares (*fumus boni juris* e *periculum in mora* nas cautelares cíveis e *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* nas cautelares penais, nos termos dos arts. 282, I e II, e 312 do CPP). Foi a própria Lei 11.340/06 que determinou, sem fazer qualquer referência ao disposto no art. 312 do CPP, e independentemente de qualquer outro fator ou circunstância processual, que as medidas protetivas serão aplicadas isolada ou cumulativamente sempre que os direitos reconhecidos pela Lei 11.340/06 forem ameaçados ou violados, ou ainda substituídas (fungibilidade das medidas), sem mais nada exigir ou mencionar (art. 19, § 2º). Outrossim, se o juiz entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, também concederá as medidas protetivas pertinentes (art. 19, § 3º). A única ressalva que se deve fazer é que o art. 19, caput, da Lei impede a concessão *ex officio* pelo juiz das medidas, malgrado ele possa deferir medidas diversas das requeridas quando entender serem mais eficazes, a depender do caso. De mais a mais, o art. 22, caput, da Lei é clarividente ao prever que, constatada quaisquer daquelas formas de violência contra a mulher especificadas no art. 7º da Lei (logo, independentemente da existência de prova de crime, de juízo positivo de tipicidade

jurídico-penal ou ainda do oferecimento ou não de representação nos casos de ação penal pública condicionada), o juiz poderá aplicar quaisquer das medidas protetivas previstas expressamente na Lei, sem prejuízo de outras previstas na legislação extravagante, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem (art. 22, § 1º) (PIRES, 2011)⁷

1.4. Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

O inciso prevê que a proibição de que o réu se ausente da comarca pode ser determinada quando sua permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

De início, afigura-se inadequado relacionar uma medida cautelar restritiva da liberdade humana a razões de mera *conveniência*. A crítica vale também, *a fortiori*, para a redação do artigo 312, onde se prevê, como um dos motivos para a decretação da prisão preventiva, a “conveniência da instrução criminal”: deveria o legislador limitar-se tão somente a razões de efetiva necessidade da cautela, sob pena de afrontar a regra da excepcionalidade de toda medida dessa natureza.

De toda sorte, a medida cautelar referida no inciso IV do artigo 319 terá aplicação nas hipóteses em que se deva praticar ato instrutório para cuja produção seja indispensável a presença física do acusado, tal como se dá em

7. No mesmo sentido, LIMA. Fausto Rodrigues de. Lei das Cautelares mudou aplicação da Maria da Penha. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>, acesso em 14/11/2016. A seu turno, Thiago Pierobom de Ávila compreende as medidas protetivas como “medidas cautelares intermediárias”, e observa que “Nos EUA, existem as *protective orders* e as *restraining orders*, sendo as primeiras com natureza criminal e as segundas com natureza cível. As medidas de natureza criminal possuem duração limitada à duração da ação penal. Já as medidas cíveis possuem duração independente, estabelecendo-se o prazo adequado para sua validade. Regra geral, as medidas restritivas de natureza cível são muito mais adequadas que as de natureza criminal para conflitos familiares, pois em casos de ameaça, v.g., é muito comum que o maior interesse da vítima seja apenas que o agressor seja afastado de seu convívio e seja proibido de aproximação, sob pena de prisão e responsabilidade criminal. A interpretação que venha permitir ao juiz fixar prazo razoável para duração da medida protetiva de urgência de proibição de aproximação e contato, mesmo após o término do procedimento criminal, é certamente aquela que proporcionará maior efetividade à finalidade da lei de proteção integral à mulher, e será ao mesmo tempo a menos violenta, pois permitirá que a vítima informe desinteresse na sanção criminal e interesse apenas da ordem de restrição de aproximação.” (Disponível in <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13477-13478-1-PB.pdf>, acesso em 18/07/2017).

alguns exames periciais (pense-se no exame de dependência toxicológica), na acareação entre corréus etc., com a ressalva, por óbvio, de que tais meios de prova dependerão da voluntária aquiescência do imputado, protegido que está pelo direito de não produzir prova que o incrimine (*privilege against self-incrimination*), na interpretação elástica que lhe tem sido dada pela jurisprudência pátria.

Este item merece uma explicação a mais, em face da alteração do texto do Projeto 4.208/01 durante sua tramitação no Congresso Nacional. Deveras, na redação do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, o inciso IV do artigo 319 permitia a imposição da cautela de “IV – proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução”. O Senado Federal (onde o PL 4.208/01 se transformou no PLC 111, de 2008, sob a relatoria do então Senador José Eduardo Cardozo), acertadamente complementou tal dispositivo, acrescentando, à proibição de ausentar-se *da comarca*, também a proibição de ausentar-se do *país*.

O inciso IV, portanto, na redação final do substitutivo do Senado, restou assim redigido: “IV – proibição de ausentar-se da Comarca ou do País, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.”

O único reparo a essa nova redação foi a supressão do motivo principal para tal providência cautelar, qual seja, “para evitar fuga”, o qual constava expressamente da versão aprovada na Câmara dos Deputados.

Fato é que, ao voltar para a sua casa original, o PL 4.208/01 acabou recebendo, nesse particular, uma terceira redação, dando origem ao atual inciso IV do artigo 319, *verbis*: “IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;” e previu-se, em artigo próprio (320), que “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.”

É de concluir-se, então, que, muito embora o artigo 320 fale de proibição de ausentar-se do país, com a possibilidade de impor outra cautela de caráter subsidiário – a retirada do passaporte do indiciado ou acusado –, a proibição de ausentar-se do país não constou do elenco das medidas cautelares indicadas no artigo 319 e particularmente de seu inciso IV. A proibição de ausentar-se da comarca ficou vinculada apenas à necessidade de *proteger a investigação ou*

a instrução, não indicando o objetivo voltado a *evitar a fuga* do investigado ou acusado.

Provavelmente essa falha legislativa produzirá questionamentos judiciais, centrados em alegações de ofensa à legalidade da proibição de ausentar-se do país e da retirada do passaporte, mas, em uma interpretação sistemática e teleológica, é possível sustentar que tais providências cautelares complementam o rol do artigo 319 e se justificam ante eventual necessidade da cautela para a aplicação da lei penal (artigo 282, I).

Feita essa ressalva, vale acrescentar que a proibição de ausentar-se do país – para evitar a fuga do investigado ou acusado e para, conseqüentemente, assegurar a aplicação da lei penal – não significará, se isoladamente aplicada, nada além de mera exortação judicial a que o acautelado não se ausente do país.

Será mister, por conseguinte, que o juiz se valha de outras providências cautelares autorizadas pela reforma, a saber, o comparecimento periódico em juízo (artigo 319, inc. I) e a comunicação da proibição às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, cumuladas com a retirada do passaporte do iminente evasor, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (artigo 320).

Com tais providências, disponibilizadas ao prudente arbítrio do magistrado, deverá haver maior esforço para justificar o uso da medida cautelar extrema, para impedir a fuga do investigado ou acusado, a menos que se evidencie temor razoável de que ele planeja empregar meios ilícitos para evadir-se (falsificação de passaporte, corrupção de agentes responsáveis pelo controle de aeroportos etc.), ou que já tenha, anteriormente, empreendido fuga. Mesmo assim, não se há de desconsiderar a dificuldade a ser enfrentada pelo acusado de manter-se muito tempo foragido, visto que, no atual mundo globalizado, os povos se interconectam facilmente, e cada vez mais estabelecem regras de direito internacional e procedimentos policiais voltados a impedir que autores de crimes comuns, fúgitivos, permaneçam impunes.

1.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

Neste inciso se prevê medida cautelar muito similar, ainda que com objetivos diversos, à prisão-albergue (artigo 93 da LEP), destinada aos presos

definitivos que cumprem a pena em regime aberto (artigo 36 do CPB) ou dos que cumprem pena de limitação de fim de semana (artigo 48 do CPB).

Assim como ocorre em relação aos presos definitivos que cumprem suas penas sob tais condições, a medida cautelar em exame baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do acusado, que, para não perder seu emprego e poder manter sua rotina de vida praticamente intacta, sujeita-se tão somente à obrigação de não se ausentar de sua residência durante a noite e nos dias em que não trabalha.

O PL 4.208/01 previa que o recolhimento domiciliar somente poderia ser deferido a quem respondesse a processo por crime punido com pena mínima superior a dois anos, a indicar que o seu uso seria direcionado a pessoas acusadas de crimes mais graves, excluindo de igual benefício aqueles a quem se atribuem crimes de média potencialidade lesiva.

Destacou-se, na primeira edição deste livro, que essa opção legislativa não se mostrava feliz. A uma, porque, se o propósito do legislador reformista era o de reservar tal medida cautelar, alternativa à prisão preventiva, a crimes mais graves (pena mínima superior a dois anos), acabou por excluir do âmbito de incidência dessa medida alguns crimes também relativamente graves, embora punidos com pena mínima inferior ou igual a dois anos de reclusão (de que são exemplos os crimes de estelionato, furto, lesões corporais graves etc.). A duas, porque, se o objetivo era precisamente o de permitir ao magistrado uma opção intermediária entre as duas que lhe seriam então permitidas – conceder liberdade provisória ou decretar a prisão preventiva –, não haveria sentido em afastar essa opção precisamente em crimes de menor gravidade, quando, para satisfazer as exigências cautelares, bastava que se assegurasse a permanência do acusado em sua residência, nos dias de folga e durante o período noturno.

Em suma, se prevalecesse a redação original do projeto, estaria afastada a lógica que deve nortear a avaliação das medidas cautelares alternativas à prisão, que devem estar sempre condicionadas ao exame da suficiência, adequação e proporcionalidade da providência.

Felizmente houve a devida correção do projeto: a Lei nº 12.403/11 não fez qualquer distinção, na redação dada ao inciso V do artigo 319 do CPP, quanto à gravidade ou espécie de crime a ensejar, ao seu autor, a aplicação da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno.

Vale registrar que o *recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga* não se confunde com a *prisão domiciliar* de que tratam os artigos 317 e 318

do CPP – objeto de análise mais adiante – embora em ambas as hipóteses se tenha o propósito de obviar a prisão preventiva.

A *prisão domiciliar* é justificada por razões humanitárias, nas situações indicadas no artigo 318 (já com a redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016):

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Em 2018, com a edição da Lei nº 13.769, acrescentaram-se dois dispositivos ao art. 318, nos seguintes termos:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Já o *recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga* (artigo 319, inciso V) cinge-se aos critérios de idoneidade e suficiência da medida, como alternativa à prisão preventiva, para a salvaguarda do direito ameaçado pela completa liberdade do acusado.

Em outras palavras, tanto uma quanto outra das mencionadas medidas cautelares assentam-se em pressupostos fáticos inerentes a toda medida dessa natureza – *fumus comissi delicti* – e se mostram úteis e suficientes como alternativa à prisão *ad custodiam*. A primeira, porém, pode ser compreendida como uma espécie de prisão preventiva atenuada, porquanto impõe ao acusado a obrigação