

**O CONTRADITÓRIO PRÉVIO NA DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES
PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA: UMA PERSPECTIVA EVOLUTIVA****THE CONTRADICTION PRIOR IN DECREE OF PRECAUTIONARY MEASURES
PRESCRIBED IN MARIA DA PENHA LAW: A PERSPECTIVE EVOLUTION**Fabiana Oliveira Bastos de Castro¹**RESUMO**

Embora o código de processo penal assegure a observância do contraditório, como regra, para a concessão de toda e qualquer medida cautelar, a lei nº 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, previu tratamento desigual, consubstanciado em um contraditório diferido, independente da cautelar pleiteada. Nesse sentido, o presente trabalho visa expor, através de uma pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, a essencial observância da prévia oitiva do acusado/investigado por infringir as disposições da lei nº 11.340/2006, a fim de enaltecer o postulado constitucional do contraditório como poderoso instrumento de limitação a atuação do Estado-Juiz.

Palavras-chave: Processo penal, Medidas cautelares, Prévio contraditório, Lei nº 11.340/2006

ABSTRACT

Although the Code of Criminal Procedure ensure compliance with the contradictory, as a rule, for the grant of any interim measure, Law No. 11,340 / 2006, which deals with domestic and family violence against women, foresaw unequal treatment, embodied in a deferred contradictory, independent pleaded precautionary. In this sense, this paper aims to expose, through legislative and doctrinal research, the essential observance of prior hearsay of the accused / investigated for violating the provisions of Law No. 11,340 / 2006, in order to extol the constitutional principle of contradiction as a powerful tool limiting the role of the State Judge.

Keywords: Criminal proceedings, Precautionary measures, Prior contradictory, Law no. 11.340 / 2006

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, Sergipe, (Brasil). Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, (Brasil). **E-mail:** fabiana.ob@ig.com.br

1. INTRODUÇÃO

O processo penal é compreendido como uma relação jurídica processual, na qual os seus protagonistas são o Juiz, o Ministério Público (ou querelante) e o sujeito passivo. Porém, para os fins que aqui se pretende estudar, essa visão jurídica engloba apenas um processo penal essencialmente condenatório. Mas, não se pode perder de vista que outros processos, no âmbito penal, podem ser desenvolvidos sem o cunho de condenação, tais como as medidas cautelares.

Sob esse enfoque, a discussão a respeito da observância do contraditório prévio para a concessão das medidas cautelares com base na lei que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher constitui a pedra de toque do presente trabalho. Neste contexto, a delimitação da função das medidas cautelares em detrimento do encarceramento puro, é visto como uma evolução da visão penal, que, por diante, observa aquele contra o qual se processa uma medida penal como sujeito de direitos.

Essas digressões acerca da evolução da visão do processo penal são necessárias para delimitar o caminho do presente estudo, cujo fito é demonstrar o sentido mais eficaz da alteração processual realizada pela Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu regras gerais aplicáveis a todas as medidas cautelares pessoais e assentou a ideia da subsidiariedade da prisão processual, relegada para situações extremas.

Nesse sentido, a evolução processual penal que desencadeou na elaboração da referida lei é analisada com o fito de se contrapor à previsão constante da Lei Maria da Penha, que dispõe em seu corpo legal², como regra, o denominado contraditório diferido ou postergado, na decretação da medida cautelar requerida:

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; (...).

² BRASIL. LEI nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.



No decorrer da abordagem serão examinados aspectos gerais acerca do processo penal, tais como o confronto entre o direito de punir do Estado (*jus puniendi*) e o direito de liberdade do cidadão (*status libertatis*), com o fito de agregar á discussão aqui encartada os fundamentos para a observância do princípio do contraditório.

Neste aspecto, serão destacadas, mediante uso do método qualitativo, porque o objeto da pesquisa realizada esteve voltado a uma realidade insuscetível de quantificação, as principais regras que envolvem as medidas cautelares prevista no processo penal, como forma de informar o leitor acerca de que sua inobservância poderá causar um descompasso na etapa evolutiva do direito penal.

Agrega-se, ainda, à discussão aqui proposta, a abordagem da legislação infraconstitucional e da Constituição Federal, com a observância do pensamento dos principais doutrinadores a respeito do assunto, bem como a implantação da denominada “audiência de custódia” na atuação do judiciário, visando a materialização do princípio constitucional do contraditório.

2. O ESTADO E O CONTROLE SOCIAL

No princípio, o homem vivia em um estado de liberdade plena, na fase do estado de natureza, momento em que era regido por seus próprios instintos, sem ter a preocupação dos efeitos que a sua ação poderia causar.

Porém houve necessidade de se impor um regramento para o convívio social. Foi neste momento que surgiu a sociedade civil, oriunda do contrato social, deixando a cargo do Estado o denominado *ius puniendi*, ou direito de punir, cujo objetivo essencial era restringir a liberdade individual do indivíduo para o alcance do bem comum.

Com base nesse “contrato social”, todos são iguais perante o direito, eliminando, assim, a lei do mais forte vigente no estado de natureza. Neste estágio, o Estado passa a deter o dever-poder do *ius puniendi*, visto que, no momento que o estado civil exige um pacto social para uma convivência harmônica entre os indivíduos que compõem a sociedade, este

pacto também legitima o Estado a punir o indivíduo que comprometer a paz social ao cometer um delito.

O *ius puniendi* é o direito conferido ao Estado de punir todo indivíduo que pratica um fato típico, antijurídico e culpável, visando à defesa dos bens jurídicos da sociedade. A esse respeito, vale destacar o pensamento de Rousseau, que exortava que o criminoso deveria ser afastado do convívio da sociedade: “O Estado tem que ter o formidável direito de punir, pois o infrator se torna o inimigo comum”. E, mais adiante, concluía: “Todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria; a conservação do Estado é então incompatível com a sua personalidade”. (ROSSEAU, 2010, não paginado).

Porém, mesmo o Estado sendo o único a deter o *ius puniendi*, este o uso é limitado pelo interesse público, não podendo ser usado de forma indiscriminada.

No nosso ordenamento jurídico pátrio, o *ius puniendi* encontra-se adstrito ao princípio da reserva legal (*nullu crimen, nula poena sine lege*), encontrando previsão no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil. No momento em que um crime é praticado, nasce para o Estado, em nome da coletividade, o direito de perseguir o provável autor da infração – o *ius perseguendi* -, cujo objetivo é dar efetividade ao *ius puniendi* através das fases investigativa e judicial.

Para que o acusado seja submetido à sanção prevista em lei, é necessária a apuração da veracidade da acusação, sempre respeitando princípios como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e, principalmente, a presunção de inocência, que norteia o *ius libertatis*.

Porém, apesar de a Carta Magna anunciar, em seu art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, assegurando que “ninguém será considerado culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, existe a hipótese estabelecida no art. 5º, LXI, da mesma Constituição, que afirma que “ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, estabelecendo, assim a possibilidade constitucional de um indivíduo ser levado à prisão antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma preventiva (art. 310, II do CPP).



2.1. O SURGIMENTO DA PENA

Como visto alhures, com o surgimento do Estado surgiu também a necessidade de se efetivar o controle social, de modo a reprimir condutas individualizadas prejudiciais ao Bem-Estar coletivo. Essa reprimenda estatal, consubstanciada no denominado *jus puniendi* e *jus perseguendi*, materializou-se na pena. Nesse contexto, salienta Aury Lopes Jr³:

A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada por muitos contra um.

A antiguidade desconhecia a privação de liberdade como sanção penal. Até finais do século XVIII, a prisão tinha a função de contenção do acusado até a sentença e execução da pena, visto que, nesse período, não existia uma verdadeira pena, porquanto as sanções se esgotavam com a morte. Nesse contexto, portanto, o “encarceramento” não era tido como pena, mas como uma fase preliminar à execução da pena.

No período em que o indivíduo encontrava-se encarcerado, no aguardo da sua pena, o Estado utilizava de sua mão-de-obra com o fito de aumentar o poderio econômico e fomentar o capitalismo, que nessa época surgia como principal ideologia. A respeito, colaciona-se, mais uma vez, o magistério de Aury Lopes Jr⁴:

Existe uma forte influência do modelo capitalista implantado. É o controle da força de trabalho, da educação e da domesticação do trabalhador. Essa era a síntese dos princípios que orientavam a sociedade. Assim, aquele excluído da sociedade deveria ser reaproveitado em favor da sua construção.

Posteriormente, mas precisamente no século XIX, é que surge a privação de liberdade como a principal pena. Porém, o fato da pena – no seu fim social – ganhar contornos de privação - temporária ou definitiva – de liberdade, não é considerado como evolução do direito penal, conforme ensinava Luigi Ferrajoli (*apud* LOPES JR, 2014, p. 37): “No sentido cronológico, a pena substituiu a vingança privada, não como evolução, mas como negação, pois a história do direito penal e da pena é uma longa luta contra a vingança”.

³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

2.2. A PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo Capez⁵, existem duas espécies de prisão, quais sejam: a prisão-pena (penal), que é aquela imposta em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, e a prisão processual (provisória ou cautelar), destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo ou da execução da pena.

A prisão processual é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção mesmo sem sentença definitiva.

Para Aury Lopes Jr⁶:

Essa opção ideológica, em se tratando de prisões cautelares, é de maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Segundo a Lei nº 12.403/11 que deu nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal, a prisão processual compreende as seguintes formas: prisão em flagrante; prisão preventiva e prisão temporária.

Ademais, é de bom alvitre ressaltar que com a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.689/08, deixou de existir a prisão prevista no artigo 408, §2º, chamada de prisão pela pronúncia. Portanto, caso estejam presentes os requisitos da preventiva, o juiz, após pronunciar o réu, deverá mantê-la, no caso de réu preso, ou decretá-la, no caso de réu solto.

A lei 11.729/08 também revogou o art. 594 do CPP, que dispunha sobre a prisão pela sentença condenatória recorrível, quando o réu era obrigado a recolher-se a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, sob pena de ser impedido de apelar.

As prisões processuais (ou cautelares) são espécies do gênero medidas cautelares, que visam a proteção da efetividade do processo toda vez que ocorra situação da qual se depreenda o *fumus comissi delicti* caracterizado na existência do crime e nos indícios de autoria, bem como na hipótese que caracterize *periculum libertatis*, consubstanciado na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal em virtude da fuga do agente.

⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11.ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.



A lei 12.403/2011 que entabulou diversas reformas no capítulo que trata das medidas cautelares pessoais não tratou apenas de estabelecer as prisões processuais, discriminadas *an passant* neste tópico. Mas, foi além disso, estabelecendo medidas cautelares alternativas à prisão e regras aplicáveis a todas as medidas cautelares pessoais (inclusive as prisões processuais).

3. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Com a entrada em vigor da lei nº 12.403/2011, a prisão processual passa a ser vista como medida excepcional e subsidiária, de modo a enrijecer a diretriz de que a liberdade é a regra.

Nesse compasso, com o intuito de garantir de não violar a liberdade do indivíduo e concretizar o caráter subsidiário da prisão, não obstante a necessidade de se aplicar uma medida necessária ao controle social. Por esse rumo, Andrey Borges de Mendonça⁷ leciona:

Em síntese, o legislador trouxe alternativas à prisão processual, para que o magistrado possa adequá-las à realidade e á hipótese que está sub judice, pois o sistema anterior não permitia uma verdadeira gradação das medidas cautelares. (...) Hoje, buscou-se conceder-lhe vários “remédios”, para que possa aplicar aquele mais adequado ao mal que possa busca prevenir. Passam a existir várias medidas cautelares, não apenas privativa de liberdade, mas restritivas de direitos.

O art. 319 do Código de Processo Penal⁸ (Decreto-lei 3.689/41) enumera os tipos de medidas cautelares diversas da prisão. São elas:

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;

⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 26.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

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;

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;

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.

A implantação de novas alternativas à decretação da prisão, gerida pela Lei nº 12.403/201, demonstra um respeito à gravidade da conduta do indivíduo, de modo a lhe impor uma sanção proporcional com a sua conduta, sem, contudo, destoar da prisão processual, que passa a ser medida cautelar subsidiária para tutelar os bens jurídicos do processo.

3.1. REQUISITOS OU PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES

O artigo 282 do Código de Processo Penal é o núcleo de observância obrigatória para a imposição de qualquer que seja as medidas cautelares, consolidando a observância do princípio da proporcionalidade como o fiel da balança a permitir a busca do equilíbrio constante entre a eficiência da persecução penal e garantias do acusado.

Assim, todas as medidas cautelares (prisão ou não) devem ser lidas em compasso com os pressupostos gerais aplicáveis a todas as medidas cautelares, a teor do art. 282 do Código de Processo Penal⁹, cujo teor prescreve:



Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se 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;

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

Da leitura do dispositivo acima, depreende-se que toda e qualquer medida cautelar somente será admitida se evidente o *periculum libertatis e o fumus comissi delicti*, ambos representado pela necessidade da medida para assegurar a aplicação da lei penal, da investigação ou instrução criminal, conjugado com a probabilidade ou verossimilhança da prática de um delito pelo investigado/acusado.

Os dois requisitos acima, devem ser lidos sob o prisma da proporcionalidade e adequação da medida (inciso II), com o fito de assegurar sempre a legalidade do *jus puniendi* estatal visto alhures. Conforme leciona a doutrina¹⁰:

Somente se presentes tais fins – que representam a própria cautelaridade de qualquer medida – é que se poderá decretar uma medida cautelar. Em outras palavras, todas as medidas cautelares buscam a mesma finalidade de proteção aos interesses do processo ou da própria sociedade.

Nesta arquitetura, pode-se afirmar que o magistrado atua na chamada *discricionariedade cognitiva*, isto é, presentes os requisitos ensejadores, isto é, constatado no caso concreto que se encontram os pressupostos previstos na lei penal, pode, então, lançar mão do instrumento cautelar adequado. Assim, infere-se que o poder de cautela do juiz penal encontra sérios limites no direito liberdade do cidadão, em conflito constante com o dever do Estado de garantir a eficácia da persecução penal.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30.

3.2. AS MEDIDAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Inovação trazida pela lei nº 12.403/11 é a observância, como regra, do contraditório para a concessão da medida cautelar. Com efeito, dispõe o §3º do art. 282 do Código de Processo Penal¹¹:

§3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Da análise evolutiva do processo penal, infere-se a predominância do entendimento no sentido de que não seria possível admitir a prévia oitiva do investigado para a concessão da medida cautelar, sob o argumento de que a referida medida poderia perder a sua eficácia.

Todavia, na contramão desse entendimento, a Lei nº 12.403/2011 materializou a observância do contraditório, como regra, de modo que, ouvindo a parte contra quem a cautelar pretende se insurgir, o magistrado possa formar a convicção da sua discricionariedade recognitiva. Nesse sentido, importante a Lição do jurista Renato Brasileiro¹²:

Na esteira da moderna legislação europeia, o art. 282, §3º, do CPP, passou a prever o contraditório prévio à decretação da medida cautelar. Em face desse preceito, pelo menos em regra, a parte contrária deverá ser chamada para opinar e contra argumentar em face da representação da autoridade policial, do requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, confiando-se ao juiz a ponderação plena e com visibilidade, em face da presença de mais uma e justificada variável, de todos os aspectos que tangenciam a extensão da medida, permitindo-lhe chegar a um convencimento mais adequado sobre a necessidade (ou não) de adoção da medida cautelar pleiteada.

Em verdade, a observância do princípio do contraditório para a concessão da medida cautelar, amplia o preceito previsto no art. 5º, LV, da atual Constituição Federal¹³, segundo o qual:

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

¹² DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: editora JusPodivm, 2015, p. 943.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de agosto de 2015.



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O ambiente dialético em que se desenvolve o processo impõe que se permita a manifestação das partes em momento precedente ao ato decisório, como forma de legitimá-lo. Por essa diretriz, o magistério de Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2011, p. 278) estabelece que: “o princípio do contraditório possui várias funções, tais como: dar a parte o direito de informação, o direito de influência, o dever de colaboração, entre outras”.

No que concerne ao contraditório como direito da parte de informação-reação, o contraditório abarca não somente o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende, assim, o direito de presenciar e de ser comunicado dos fatos processuais.

Por outro lado, a função influenciadora do contraditório consubstancia-se na visão de que o processo é o cenário onde o Estado produz decisões vinculativas e imperativas. Assim, os atos dos demais sujeitos processuais incluem-se no espectro maior de influir na decisão. Trata-se de uma análise da repercussão do exercício do contraditório no ato decisório.

Por fim, além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar no ato decisório, mas também tem a finalidade de colaboração no desenrolar do exercício da jurisdição estatal.

4. A DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E O CONTRADITÓRIO PRÉVIO NA LEI 11.340/2006

A lei nº 12.403/11 estabeleceu uma nova conjectura no procedimento cautelar brasileiro, promovendo a efetiva observância do contraditório para a regular decisão acerca de cautelares, encerrando uma tradição no processo penal brasileiro em que somente se

trabalhava com a hipótese de atuação judicial "*inaudita altera pars*". Neste sentido, a regra no processo penal passou a ser a de que o juiz, antes de decidir sobre um pedido de cautelar, deve disponibilizar ao sujeito passivo da medida a possibilidade do contraditório, com vistas a contra-argumentar, exercendo o direito de influenciar o magistrado na prolação da futura decisão.

Em verdade, a observância da regra insculpida no art. 282, §3º do Código de Processo penal favorece ao indivíduo que está na iminência de ser preso, após ser intimado e ter sido estipulado prazo para sua defesa, expor todos os motivos que entende cabíveis para evitar sua segregação, materializando a garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Por esse viés, relevante se faz a observação de Renato Brasileiro de Lima¹⁴:

De fato, as razões apresentadas pela defesa técnica podem levar o juiz a não adotar a medida cautelar pretendida, não só em uma hipótese de eventual erro quanto á qualificação do verdadeiro autor do delito, como também na hipótese em que ele conseguir demonstrar a desnecessidade do provimento cautelar, ou, ainda, a possibilidade de adoção da medida menos gravosa.

Não obstante a sistemática introduzida pela Lei nº 12.403/11 ter inserido o contraditório prévio como regra para a decretação das medidas cautelares, de modo a dar uma segurança maior ao magistrado o momento de decidir sobre a aplicação de qualquer medida cautelar em detrimento do imputado, pois o requisito e o fundamento de sua decretação restarão analisados (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*, respectivamente), a lei nº 11.340/06 (denominada Lei Maria da Penha) ainda faz referência à regra do contraditório diferido ou postergado.

A Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha)¹⁵ que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ao contrário da sistemática processual entabulada pela lei nº 12.403/2011, determina a concessão imediata da protetiva, no prazo de 48 horas e independentemente de manifestação prévia do acusado e do próprio Ministério Público:

¹⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: editora JusPodivm, 2015, p. 943.

¹⁵ BRASIL. LEI nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2015.



Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

Por esse viés, ao contrário das cautelares gerais, não se aplica o contraditório para a concessão de medidas protetivas. Para os defensores do contraditório diferido ou postergado, a razão de ser da referida norma é o fato de que a sua finalidade não é resguardar processos, e sim pessoas, de forma que a oitiva prévia do acusado poderia inviabilizar a própria segurança das vítimas. A respeito, destaca-se a diferenciação realizada pelo ilustre promotor de justiça do Distrito Federal, Fausto Rodrigues de Lima¹⁶:

As medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, embora sejam espécies das medidas cautelares criminais, têm finalidade diversa das cautelares previstas no CPP. Os requisitos típicos destas (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, nos termos dos artigos 282, I e II, e 312 do CPP), não se confundem com os requisitos indispensáveis ao deferimento das medidas protetivas.

Todavia, tal argumento não merece prosperar, haja vista que, se a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal prevista no Código de processo Penal, notadamente mais gravosas que aqueles provimentos previstos na Lei Maria da Penha, passou a ter o contraditório prévio como regra, seria de todo desarrazoado não aplicar o mesmo raciocínio às medidas protetivas de urgência inseridas nos artigos da Lei nº 1.340/2006.

Ademais, apesar de o art. 282, §3º, do Código de Processo Penal, ter instituído o contraditório prévio à decretação da medida cautelar, o próprio dispositivo ressalta que, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o provimento cautelar poderá ser determinado pelo magistrado sem a prévia oitiva da parte contrária.

Outro argumento importante para a observância do contraditório prévio na decretação das medidas cautelares é o ativismo judicial. Nesse passo, poderá o magistrado, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, aplicar por integração o disposto no artigo 802 do Código de Processo Civil¹⁷, que permite a citação do requerido para contestar o

¹⁶ DE LIMA, Fausto Rodrigues. “Lei das cautelares mudou aplicação da Lei Maria da Penha”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>; Acesso em: 12/08/2015.

pedido, oportunizando-lhe a produção de provas.

Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.

Neste viés, com os olhos voltados para o processo penal, caberia ao magistrado a aplicar o referido dispositivo para oportunizar o contraditório antes da decretação preventiva nos casos regidos pela Lei nº 11.340/06. Seria uma forma de observar a evolução do processo penal, no tocante à decretação das medidas cautelares.

Por fim, insta salientar que, recentemente (em fevereiro de 2015) o Conselho Nacional da Justiça (CNJ), órgão da função administrativa do Poder Judiciário, em parceria com o Ministério da Justiça, lançou o projeto “Audiência de Custódia”, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Dessa maneira, durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Além disso, o juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Não há dúvidas: a antecipação e a observação do contraditório às decretações de quaisquer medidas processuais penais, pelo julgador, constitui medida que respeita o sujeito participante do procedimento penal, atribuindo-lhe a condição de sujeitos de direitos e garantias. A decretação *inaudita altera pars* deve ser observada, apenas, quando a própria eficácia da medida processual estiver em jogo.

¹⁷ BRASIL. LEI nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2015.



5. CONCLUSÃO

Portanto, depreende-se que a inovação trazida pela lei nº 12.403/2011, no tocante ao contraditório prévio, constitui um caminho para a aplicação dos princípios constitucionais que regem o tema, especialmente, o do contraditório e da presunção de inocência, sendo desarrazoável a sua não aplicação no âmbito da Lei Maria da Penha.

Outrossim, o avanço consistente no estabelecimento do contraditório prévio no procedimento cautelar processual penal, enseja a superação das possíveis mazelas que o encarceramento *prima facie* poderá ocasionar ao sujeito passivo. Em verdade, o magistrado, no caso concreto, deve pautar a sua atuação com base no que prescreve a Constituição Federal, buscando efetivar os direitos e garantias ali previstos.

Assim, se o caso permitir, faz-se necessário a observância do contraditório prévio no procedimento das cautelares prevista na Lei Maria da Penha, com vistas a assegurar ao sujeito passivo a possibilidade de influenciar o juiz.

Por tal rumo, ganha relevância a implementação das audiências de custódia previstas em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose, cujo objetivo, nitidamente, é ouvir previamente aquele contra quem possivelmente correrá um processo penal.

Acreditamos que, constatado que as peculiaridades do caso não demonstram o perigo da ineficácia da medida pleiteada, a regra a ser observada pelo magistrado, seja qual for o procedimento penal (se especial ou não), ao analisar um pedido para a decretação da medida liminar, deverá ser a do contraditório prévio, por ser forçosa a demonstração do efetivo prejuízo ao sujeito passivo da cautelar advindo do contraditório diferido.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.



CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE LIMA, Fausto Rodrigues. “Lei das cautelares mudou aplicação da Lei Maria da Penha”. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>; Acesso em: 12/08/2015.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: editora *JusPodivm*, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – teoría del garantismo penal**. Trad. Andrés Ibáñez. 2.ed. Madrid, Trotta.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROSSEAU, J.J. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2010.