



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISMAEL NEDEHF DO VALE CORRÊA

**A LEI Nº 12.403/2011 E AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL
DIVERSAS DA PRISÃO**

**FORTALEZA
2011**

ISMAEL NEDEHF DO VALE CORRÊA

**A LEI Nº 12.403/2011 E AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL
DIVERSAS DA PRISÃO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Livre-Docente José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque.

**FORTALEZA
2011**

ISMAEL NEDEHF DO VALE CORRÊA

**A LEI Nº 12.403/2011 E AS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL
DIVERSAS DA PRISÃO**

Monografia submetida ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Professor Livre-Docente José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Eric de Moraes e Dantas
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Janaina Sena Taleires
Universidade Federal do Ceará – UFC

A meus pais, Lúcio e Valeska, e avós,
Paulo e Thereza, que com este dia
sempre sonharam.

A Letícia, a quem dedico cada linha
desta obra e cada instante de meu futuro.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e avós, maiores incentivadores e entusiastas da minha vida acadêmica, alicerces de minha formação, como pessoa e como profissional, por todo o esforço e amor, e pelo suporte incondicional oferecido em todos os momentos.

A meus irmãos, pelo amor, carinho e preocupação com meu sucesso.

A Letícia de Mattos Brito Sales, minha futura família, pelas críticas construtivas e observações oportunas, bem como pelo amor e cumplicidade compartilhados nesses primeiros anos de convivência.

Ao Professor Cândido Albuquerque, por ter aceitado o desafio de me orientar neste trabalho e haver confiado em minha capacidade.

Enfim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para a realização deste trabalho.

*“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se
um dia encontrares o Direito em conflito
com a Justiça, luta pela Justiça”.*

Eduardo Juan Couture

RESUMO

Analisa as principais modificações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, com especial enfoque nas medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão (descarcerizadoras). O novel diploma pôs fim ao sistema binário ou bipolar, baseado unicamente na prisão e na liberdade provisória e que norteou a tutela cautelar penal até 2011. Por se tratar de recente diploma, existem poucos temas pacificados no meio acadêmico. Assim, através de vasta pesquisa na doutrina e na jurisprudência, procurou-se analisar, após um breve esboço histórico das prisões cautelares, as maiores polêmicas relativas às novas medidas, focando-se em cautelaridade, princípios norteadores, pressupostos essenciais, finalidades, âmbito de aplicação, procedimento, cautelares em espécie, descumprimento e detração. Os argumentos aqui desenvolvidos e defendidos buscam conferir maior eficácia à nova sistemática, pugnando pela necessária mudança de mentalidade dos operadores do direito, a fim de que se atinja a devida efetividade das modificações e a real aplicação de sua principiologia, sem olvidar dos princípios decorrentes do modelo acusatório e das garantias do réu.

Palavras-chave: Processo penal. Medidas cautelares. Lei nº 12.403/2011.

ABSTRACT

Analyzing the key changes introduced by Law Number 12.403/2011, with special focus on injunctions to avoid prison. The new law ended the bipolar or binary model, based only on arrest and provisional liberty, which guided the cautionary criminal system until 2011. Because it is recent statute, there are few subjects pacified in academia. Thus, through extensive research in the doctrine and jurisprudence, we tried to analyze, after a brief history of precautionary arrests, the biggest controversies concerning the new measures, focusing on precaution, guiding principles, essential requirements, objectives, reach of application, procedure, injunctions, infringement and detraction. The arguments developed here seek to make more effective the new system, advocating for the necessary change of mentality of legal community, so that it reaches the appropriate changes and the real effectiveness of the application of its principles, without forgetting the accusatory model and rights of the accused.

Keywords: Criminal procedure. Injunctions. Personal protective measures. Law No. 12.403/2011.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	NOÇÕES BÁSICAS.....	14
2.1	Escorço histórico acerca das prisões cautelares no Brasil.....	14
2.2	Medidas cautelares na legislação especial.....	24
2.3	Aplicação da Lei nº 12.403/2011 no tempo.....	26
3	DISPOSIÇÕES GERAIS REFERENTES ÀS MEDIDAS CAUTELARES.....	31
3.1	Cautelaridade.....	31
3.2	Características.....	34
3.3	Pressupostos essenciais.....	38
3.4	Princípios norteadores.....	42
3.4.1	<i>Presunção de não culpabilidade. Compatibilização.....</i>	42
3.4.2	<i>Proporcionalidade.....</i>	47
3.4.3	<i>Cláusula de reserva jurisdicional.....</i>	52
3.4.4	<i>Contraditório.....</i>	56
3.4.5	<i>Legalidade. Poder geral de cautela?.....</i>	57
4	MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS EM ESPÉCIE.....	61
4.1	Finalidades.....	61
4.2	Âmbito de aplicação. Procedimento.....	63
4.3	Medidas cautelares em espécie.....	70
4.3.1	<i>Comparecimento periódico em juízo.....</i>	70
4.3.2	<i>Proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares.....</i>	71
4.3.3	<i>Proibição de manter contato com pessoa determinada.....</i>	73
4.3.4	<i>Proibição de ausentar-se da comarca.....</i>	74
4.3.5	<i>Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.....</i>	75
4.3.6	<i>Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira.....</i>	75
4.3.7	<i>Internação provisória.....</i>	77
4.3.8	<i>Fiança.....</i>	79
4.3.9	<i>Monitoramento eletrônico.....</i>	82
4.3.10	<i>Comparecimento a todos os atos processuais.....</i>	86
4.3.11	<i>Prisão domiciliar.....</i>	87
4.4	Descumprimento das medidas cautelares.....	88
4.5	Detração.....	90
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
	REFERÊNCIAS.....	97
	ANEXO.....	101

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo geral fornecer um estudo acadêmico acerca das novas cautelares pessoais, introduzidas no CPP pela Lei 12.403/2011, analisando as principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como contextualizando o tema na realidade carcerária atual. A metodologia consistirá em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, documental, pura, qualitativa, descritiva e exploratória.

No Capítulo 2, realizaremos um breve esboço histórico acerca das prisões cautelares no Brasil, cuidaremos das medidas alternativas à prisão na legislação especial, bem da aplicação da nova lei no tempo. No capítulo seguinte, analisaremos as disposições gerais relativas às cautelares: cautelaridade, características, pressupostos essenciais e princípios norteadores. Por fim, abordaremos as medidas em espécie, tratando de finalidades, âmbito de aplicação, procedimento, descumprimento e detração.

O atual Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 3.689/1941), editado durante o Estado Novo e sob a égide da Carta de 1937, foi elaborado com um viés autoritário, como se infere da própria Exposição de Motivos, subscrita pelo Ministro Francisco Campos, sob influência da legislação processual penal italiana da década de 1930.

Nestes 70 anos de sua promulgação, sobrevieram três Constituições (1946, 1967 e 1969) até chegarmos à atual Constituição da República de 1988, de modo que diversos dispositivos foram revogados, pois incompatíveis com a nova realidade constitucional e convencional (tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil). Registre-se, ainda, que o CPP sofreu, neste longo período, mais de 40 alterações. Apesar da supremacia da Constituição e das referidas modificações legislativas, ainda restavam inúmeras falhas e incoerências na sistemática processual penal, especialmente no que atine à prisão cautelar e à liberdade provisória.

Nesse diapasão, o Brasil atingiu, em dezembro de 2010, um número recorde de mais de 500 mil presos, dos quais 44% são provisórios (dados atualizados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça). São mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. Em 1990, segundo dados do Departamento Penitenciário

Nacional, aproximadamente 90 mil presos integravam o sistema carcerário, sendo apenas 18% provisórios.

A banalização das prisões cautelares (*carcer ad custodiam*), fruto de uma legislação que sempre priorizou a privação de liberdade como garantia da ordem pública e da efetividade da persecução, bem como de excessos por parte de alguns magistrados, tornava a prisão processual, na prática, mesmo com seu alto custo, prisão penal, como forma antecipada de punição. Diante disso, as prisões cautelares eram utilizadas como respostas instantâneas à opinião pública, de modo a traduzir uma falsa ideia de eficiência e celeridade dos órgãos de persecução penal do Estado, transformando medidas que deveriam ser excepcionais, à luz dos direitos e garantias fundamentais, em algo ordinário, desnaturando-as.

Como é cediço, a privação da liberdade é a forma de ingerência estatal mais agressiva à dignidade do indivíduo, vez que o segrega e o estigmatiza psicológica e socialmente, sendo a banalização da prisão processual capaz de afetar definitivamente o processo de ressocialização. São de conhecimento geral, ademais, os efeitos criminógenos da prisão.

Nesta senda, fazia-se imperiosa a criação de medidas cautelares diversas da prisão, inclusive com o escopo de reservar a segregação a casos excepcionais, respeitando-se, em especial, o princípio da proporcionalidade em suas vertentes negativa (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e positiva (vedação à proteção deficiente).

Em 2001, sete projetos de lei foram apresentados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, com o escopo de aprimorar e racionalizar a prestação jurisdicional na seara processual penal, elaborados por uma Comissão formada pelos eminentes juristas: Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Pedro Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benetti.

A referida Comissão foi instituída pelo então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, por meio da Portaria 61/2000, e apresentou, em dezembro de 2000, sete anteprojetos, dos quais quatro já haviam sido convertidos em lei (Leis 10.792/2003, 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008). Quando era de se esperar que as reformas pontuais cessariam, haja vista a aprovação pelo Senado Federal de um projeto de novo CPP (Projeto de Lei do Senado 156/2009, cujo Relator Geral da comissão de juristas é Eugênio Pacelli de Oliveira), eis que adveio, para surpresa geral, a Lei nº 12.403/2011, decorrente do Projeto 4.208/2001,

aprovado pela Câmara em 7 de abril de 2011, convertido em lei em 4 de maio e em vigor desde 4 de julho do corrente ano.

É comum o advento de normas penais e processuais penais como resultado de acontecimentos midiáticos lamentáveis, quando projetos de lei são pouco debatidos e aprovados às pressas, em busca de uma resposta rápida à imprensa e à população sedenta por providências urgentes. Esse, felizmente, não foi o caso da Lei nº 12.403/2011.

As alterações promovidas pelo novel diploma são muito mais profundas do que se pode imaginar em uma apressada primeira leitura. Muitas mudanças estão implícitas como decorrências da modificação dos próprios fundamentos da prisão e da liberdade provisória, resultado de dez anos de longa tramitação legislativa.

Destarte, a criação de medidas cautelares distintas da prisão (descarcerizadoras), que resultou no fim do sistema bipolar (ou binário – prisão/liberdade provisória) e a adoção do modelo polimorfo, atendendo a uma política criminal não intervencionista e à tendência mundial, iniciada na Europa na década de 1970 (*medidas de coacção* portuguesas; *measure coercitive* e *measure interditive*, na Itália), revela-se como a grande inovação da Lei nº 12.403/2011, aliada à excepcionalidade da prisão preventiva, pelo que merece nosso especial enfoque nesta pesquisa.

2 NOÇÕES BÁSICAS

Neste capítulo, realizaremos um breve esboço histórico acerca das prisões cautelares no Brasil, cuidaremos das medidas alternativas à prisão na legislação especial, bem da aplicação da nova lei no tempo.

2.1 Esboço histórico acerca das prisões cautelares no Brasil

A perspectiva histórica que aqui nos importa, desconsiderando as Ordenações do Reino de Portugal (do século XVI ao início do século XIX) e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância (1832), parte do advento do nosso vigente Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41), promulgado em 03 de outubro de 1941.

O CPP brasileiro foi elaborado com um viés autoritário, conforme se depreende da leitura de sua Exposição de Motivos, subscrita pelo então Ministro Francisco Campos, sob influência da legislação processual penal italiana da década de 1930 (regime fascista). O princípio fundamental que norteava o diploma em comento era o da *presunção de culpabilidade*, defendido pelo penalista italiano VICENZO MANZINI,¹ que não concebia uma consistência lógica no raciocínio a justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente.

Nessa esteira, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA sintetiza as principais características do CPP originário, a saber:

- a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de

¹ “Nada más burdamente paradójico e irracional que la presunción de inocência. Si se presume la inocência del imputado, pregunta el buentido ¿por que entonces proceder contra él? [...] Y además, ¿de que inocência se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él? ¿o lo uno y lo outro a la vez? ¿Y entonces por qué no se aplica el principio em todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no abolir la detención preventiva?” (*apud* LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 57).

inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) na conduta do agente (art. 310, *caput*); b) em uma suposta balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais; c) a busca pela verdade, sinalizada como a da verdade *real*, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional [...]; d) o interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como *meio de prova*, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado *implicitamente*), seja pelo não-comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, CPP).²

Na sistemática original, a prisão em flagrante não possuía apenas as funções acautelatórias de evitar a fuga do infrator, auxiliar na colheita de elementos informativos e impedir a consumação ou o exaurimento do delito. Desde que não se livrasse solto, não fosse admissível a fiança ou não tivesse sua conduta encoberta por alguma excludente de ilicitude, a prisão em flagrante, por si só, ensejaria a manutenção do agente no cárcere ao longo de todo o processo, sem qualquer necessidade de motivação.

A redação originária do art. 312, por sua vez, previa uma espécie de *prisão preventiva obrigatória*, a ser decretada nos crimes a que fosse cominada pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão. Não havia, nesses casos (manutenção desmotivada da prisão em flagrante e prisão preventiva obrigatória), qualquer cautelaridade na medida, que tinha por escopo apenas a repressão policiaisca e a antecipação da pena, sob o manto de uma notória presunção de culpabilidade.

Com o advento da Lei nº 5.349/67, deu-se início à flexibilização de diversas regras restritivas do direito de liberdade, extinguindo-se, *v.g.*, a retrocitada prisão preventiva obrigatória.

A Lei nº 5.941/73, conhecida como Lei Fleury,³ deu nova redação, dentre outros,

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 07.

³ Consoante relatado por Andrey Borges de Mendonça, “referida lei decorreu do episódio de prisão preventiva do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, que liderou o chamado Esquadrão da Morte em São Paulo e foi o verdadeiro ícone da tortura e da corrupção policial na época da ditadura militar brasileira. Em razão da atuação corajosa do Procurador de Justiça Hélio Bicudo, referido delegado foi acusado de homicídio doloso. [...] quando situação trouxe riscos para o Delegado Fleury, que era o personagem-símbolo do regime militar, a lei processual penal foi alterada em regime de urgência, dando origem à Lei 5.941, de novembro de 1973, que ficou conhecida,

ao art. 594, o qual previa, em sua redação original, que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livrasse solto. Com a alteração, ressaltou-se a hipótese de réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, possibilitando a apelação em liberdade e sem a prestação de fiança.

Com a modificação em tela, a apelação contra sentença condenatória passou a ser dotada de efeito suspensivo nos casos de fiança, direito de livrar-se solto e também na hipótese de o condenado ser primário e de bons antecedentes. Fora dessas situações, pelo sistema originário do CPP, a prisão era automática, isto é, imposta por mera presunção legal, sendo desnecessária fundamentação específica.

A Lei Fleury modificou, ainda, o art. 408 do CPP, passando a permitir que o juiz, sumariamente, no momento da pronúncia, deixasse de decretar a prisão, ou a revogasse, se o acusado fosse primário e portador de bons antecedentes. A regra, que era a prisão obrigatória em caso de pronúncia ou condenação, passou a ser a permanência em liberdade, salvo se o acusado não possuísse bons antecedentes ou não fosse primário.

Em 24 de maio de 1977, foi promulgada a Lei nº 6.416/77, que modificou diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais. Dentre as alterações mais relevantes, frise-se a do art. 310, parágrafo único, que permitiu a liberdade provisória para quaisquer crimes, independentemente de serem ou não afiançáveis. A fiança perdeu, assim, qualquer utilidade⁴, haja vista o fato de a liberdade provisória sem fiança, mediante o comparecimento a todos os atos do processo, haver assumido a posição de regra geral. Registre-se, no ponto, o escopo legislativo de revitalização da fiança promovido pela Lei nº 12.403/2011.

portanto, como Lei Fleury. É paradoxal porque a alteração legislativa foi um avanço em termos de garantias processuais, pois expunha que a prisão preventiva somente deveria ser determinada em caso de necessidade – o que assegura o princípio da presunção de inocência.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 332). Acrescenta Walter Nunes da Silva Júnior: “Em recurso ofertado pelo Ministério Público de decisão de impronúncia, o então Desembargador da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo Antônio Alves Braga, desassombradamente, votou pela reforma da decisão de primeira instância, pronunciando o Delegado Fleury pela prática de homicídio, com consequente determinação de sua prisão (a pronúncia tinha o condão de impor a prisão do acusado), no que foi acompanhado pelos seus pares. Ao tempo em que tentou modificar o acórdão por meio de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, o Governo encaminhou à Câmara Projeto de lei, a fim de modificar as regras do processo e, com isso, beneficiar o Delegado Fleury. [...] O interessante é que a decisão do Tribunal de Justiça foi dada em 22 de outubro de 1973 e, logo um mês após, estava em vigor a Lei Fleury.” (*apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 326-327)

⁴ No entanto, em 1990, com a edição da Lei nº 8.035, passou-se a exigir a fiança para a concessão de liberdade provisória para crimes contra a ordem tributária e contra a economia popular (antiga redação do art. 325 do CPP).

A nosso ver, desde a inclusão do parágrafo único do art. 310 em 1977, já não era possível conceber a homologação da prisão em flagrante como medida suficiente, *de per se*, para justificar a manutenção do agente sob custódia. Era dever do juiz, ao verificar o auto, conceder liberdade provisória ao imputado, após oitiva do Ministério Público, caso não se fizessem presentes as hipóteses que autorizavam a prisão preventiva. Prevalencia na jurisprudência, contudo, o entendimento de que a prisão em flagrante era modalidade autônoma de custódia cautelar, independentemente de sua conversão em preventiva. Fazia-se necessário, pois, o requerimento de liberdade provisória sem fiança, com base no antigo art. 310, parágrafo único.

Conforme inteligência da própria Exposição de Motivos do referido diploma, a criação do regime de liberdade provisória sem fiança não teve qualquer relação com os direitos e garantias individuais do acusado. Resultou, sim, dos graves problemas de superlotação carcerárias já existentes à época.⁵

Nesta senda, observa RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

Como se percebe, embora a inserção desse parágrafo único do art. 310 do CPP pela Lei nº 6.416/77 tenha sido imprescindível em face da nova ordem constitucional, essa alteração fez com que a fiança passasse de instrumento central no regime da liberdade provisória a servir apenas para pouquíssimas situações concretas [...]. Essa incongruência e desproporcionalidade fica ainda mais patente quando se verifica que os vínculos a que o agente ficava submetido com tal liberdade provisória eram menores que aqueles a que ficava submetido o agente afiançado (CPP, arts. 327 e 328).⁶

Era comum, na antiga sistemática, a ocorrência de situações incoerentes, de concessão de liberdade provisória mais severa, com diversos vínculos ao processo, em crimes menos graves (delitos afiançáveis apenados com detenção) e de liberdade provisória menos onerosa para delitos graves (inafiançáveis e apenados com reclusão).

Com a promulgação da atual Constituição da República, em 1988, houve intensa evolução do sistema processual penal vigente. A *Constituição Cidadã* positivou um sistema de direitos e garantias que rompeu com grande parte dos paradigmas existentes anteriormente.

⁵ Afirmava o então Ministro da Justiça Armando Falcão, por meio da Mensagem nº 37/1977-CN: “Com a preocupação de resolver o problema da superlotação das prisões, sem contudo, deixar os delinquentes impunes, foi procurada uma solução condizente com a moderna tendência de reservar as penas privativas de liberdade somente para os autores de delitos mais graves”.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 397.

Não mais subsistiam o juízo de antecipação de culpabilidade⁷ nem as feições inquisitivas do CPP de 1941. Foi outorgada a exclusividade para o exercício da ação penal pública ao *Parquet*, bem como instituídas as garantias constitucionais, dentre outras, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da jurisdicionalidade das prisões provisórias, essenciais ao sistema processual penal de um Estado Democrático de Direito.

Com a clareza de sempre, leciona EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA:

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo *justo* deve atentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio. Processo *justo*, a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, e no qual seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial. E o convencimento deve ser sempre *motivado*, como garantia do adequado exercício da função judicante e para que possa impugná-lo com maior amplitude perante o órgão recursal. [...] Disso decorrerá também a vedação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF).”⁸

Nesse diapasão, optou o Constituinte de 1988 pelo *sistema acusatório*⁹, em que pese a existência de divergências advindas do caráter inquisitivo do inquérito policial e da extensa gama de poderes conferidos ao juiz, que caracterizariam o modelo brasileiro em misto ou inquisitivo-garantista.¹⁰ Destarte, fez-se imprescindível uma releitura e uma reinterpretação, à luz da Carta Magna de 1988, de diversos dispositivos do CPP, muitos dos quais não recepcionados.¹¹ As alterações legislativas subsequentes e, principalmente, a

⁷ Art. 5º, LVII, da CRFB/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 08 e 09.

⁹ *Idem*, p. 13-15. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 22. Para Tourinho Filho, “no direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes” (*Processo penal*. v. 1, 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124).

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105; PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4. ed., Niterói: Impetus, 2006. p. 49.

¹¹ No entendimento do STF, *revogados*. Exemplos claros: arts. 21, 186 (modificado em 2003), 198 e 501 (expressamente revogado em 2008).

filtragem constitucional das normas processuais penais permitiram sua vigência até os dias de hoje.

Impende analisar, nesse aspecto, a *inafiançabilidade* prevista na Constituição, em relação aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, racismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, e aos definidos como crimes hediondos.

Para uma parte da doutrina, a inafiançabilidade decorrente do texto constitucional implicaria, automaticamente, a vedação à liberdade provisória¹². Adotando este entendimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal vem decidindo que haveria, conforme salientado pelo Ministro AYRES BRITTO, uma presunção constitucional de periculosidade da conduta protagonizada pelo agente que é flagrado praticando crime hediondo ou equiparado. A Constituição partiria, assim, de um juízo apriorístico (objetivo), sem possibilidade de discussão.¹³

Ocorre que nenhuma prisão processual pode ser estabelecida sem cautelaridade. O entendimento de que a inafiançabilidade conduziria à vedação total da liberdade provisória somente seria válido se o ordenamento pátrio dispusesse tão somente acerca da liberdade provisória com fiança. A própria Constituição da República, em seu art. 5º, LXVI, prevê a modalidade sem fiança. Nesta senda, não cabe à lei, nem à Constituição, positivar necessidades prévias em matéria de prevenção contra determinados riscos. A antecipação do juízo de conhecimento em sede de medida cautelar depende de um certo nível de visibilidade do perigo (*periculum in mora*), o que somente é possível examinando-se as circunstâncias do caso concreto, jamais no plano abstrato da norma. A imposição de quaisquer medidas restritivas de direitos e de medidas cautelares no processo judicial depende da necessidade, a ser aferida por decisão escrita, individualizada e fundamentada da autoridade judiciária competente.¹⁴ Vedada apenas, pois, a liberdade provisória com fiança aos delitos em comento.

São claramente inconstitucionais, portanto, quaisquer vedações *ex lege* à liberdade provisória, como aquelas previstas nas Leis nº 8.072/90, 9.455/97, 10.826/03, 9.034/95, 9.613/98 e 11.343/06. Frise-se, nesta senda, o entendimento do Plenário do STF na ADI

¹² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 141.

¹³ STF, HC 103.399, Rel. Min. Ayres Brito, Primeira Turma, julgado em 22.06.2010, *DJe* 19.08.2010. No mesmo sentido: STF, HC 101.101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, *DJe* 24.11.2010.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 588.

3.112, julgada em 2007, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento que vedavam a liberdade provisória aos crimes definidos naquele diploma.¹⁵ Não é dada ao legislador legitimidade para vedar, em absoluto, a liberdade provisória, afastando do Poder Judiciário a verificação da necessidade da prisão cautelar.

A gravidade abstrata do delito não possui o condão, por si só, de caracterizar qualquer cautelaridade justificadora da prisão. Haveria uma verdadeira antecipação de pena, sem motivação, em nítida afronta ao princípio da presunção de inocência. Saliente-se, no ponto, mais uma incoerência trazida pela vedação em tela: o agente preso em flagrante de crime inafiançável deveria aguardar todo o processo detido, enquanto se houvesse evitado, com sucesso, a captura em estado de flagrância, poderia aguardar o processo em liberdade, já que não subsiste em nosso sistema a prisão preventiva obrigatória.

Correto, nesse aspecto, o posicionamento da Segunda Turma do Pretório Excelso:

A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva para a liberdade provisória. Não há antinomia na Constituição do Brasil. Se a regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade, sendo a prisão a exceção, existiria conflito de normas se o artigo 5º, inciso XLII estabelecesse expressamente, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal. É inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir dos benefícios da execução penal.¹⁶

A Lei nº 7.960/89 introduziu no ordenamento jurídico pátrio, como conversão da Medida Provisória nº 111/1989, a *prisão temporária*, cujo escopo primordial é auxiliar a investigação de infrações penais graves. Alguns doutrinadores afirmam, no entanto, ser a referida medida mera legalização da malfadada “prisão para averiguações”, questionando sua constitucionalidade¹⁷. ANDREY BORGES DE MENDONÇA, a seu turno, esclarece com precisão:

¹⁵ STF, ADI 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.05.2007, *DJe* 25.10.2007.

¹⁶ HC 100.872, Rel. Min Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09.03.2010, *DJe* 29.04.2010. No mesmo sentido: HC 96.041, Rel. Min Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min, Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02.02.2010, *DJe* 15.04.2010.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-151.

Tal assertiva não condiz com a realidade. A prisão temporária é uma espécie de prisão processual de caráter cautelar, a exigir a presença dos pressupostos necessários de toda medida cautelar, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Assim, a prisão temporária será decretada quando se mostrar imprescindível para as investigações de um fato delituoso já delineado e sempre que houver a presença de elementos indicando a plausibilidade de ocorrência de um dos crimes indicados no art. 1º, inc. III, da Lei. Por outro lado, a prisão para averiguações – realmente vedada pelo nosso ordenamento jurídico e podendo caracterizar até crime de abuso de autoridade –, é uma prisão sem ordem judicial, na qual se prende determinada pessoa para, *posteriormente*, identificar e delinear eventual fato delituoso por ela praticado.”¹⁸

Quanto às prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, expressamente revogadas pelas Leis 11.689 e 11.718/2008, o STF, mesmo antes do advento dos referidos diplomas, havia abandonado o posicionamento tradicional,¹⁹ entendendo que apenas não transgridem o princípio constitucional da presunção de inocência se a privação da liberdade do sentenciado, satisfeitos os requisitos da cautelaridade que lhe são inerentes, encontrar fundamento em situação evidenciadora de real necessidade de sua adoção.²⁰ Com efeito, no momento da sentença condenatória recorrível ou da pronúncia, continua possível a decretação da prisão cautelar, sendo indispensável ao magistrado, porém, a fundamentação de acordo com os requisitos autorizadores da prisão preventiva (art. 312, CPP).

Já a prisão administrativa (revogada pela Lei nº 12.403/2011), desde 1988, nos casos previstos em lei, era o juiz quem devia decretá-la, não a autoridade administrativa, em virtude da denominada reserva de jurisdição.²¹

Forçoso reconhecer que, apesar das alterações legislativas e da releitura do CPP à luz da Constituição de 1988, inúmeras incongruências ainda restavam, sobretudo no que atine à sistemática das prisões processuais. Assim, foi promulgada, em 04 de maio de 2011, a Lei nº 12.403/2011, em vigor desde 04 de julho do corrente ano, fruto do Projeto de Lei nº 4.208,

¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 312 (grifo no original).

¹⁹ Sumulado, inclusive, pelo STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula nº 09). Ao longo do tempo, os Tribunais Superiores consideravam constitucionais as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de pronúncia, sob o equivocado argumento de que contemplariam hipóteses de prisões cautelares fundadas na presunção de que, se o réu não é primário, nem possui bons antecedentes, e foi condenado, era provável a sua fuga, o que justificaria sua prisão com o fito de assegurar a aplicação da lei penal.

²⁰ STF, HC 89.754, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 27.04.2007.

²¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146-148.

apresentado em 2001 pela comissão²² de juristas capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, que também se encarregou dos projetos que culminaram na reforma processual de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719).

Frise-se, contudo, que, em junho de 2008, foi constituída uma comissão de nove juristas²³, coordenados por Hamilton Carvalhido, para elaborar um novo Código de Processo Penal. Subscrito pelo Presidente do Senado, José Sarney, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Diante disso, surge o questionamento: por que aprovar mais uma reforma pontual se existe um novo CPP para ser discutido e votado? AURY LOPES JÚNIOR responde:

E a resposta não é jurídica, é política. Vem à baila, novamente, o argumento da dificuldade de discutir todo o processo penal e aprovar um código novo, frustrando, exatamente, o anseio de todos. O que se deseja(va) é(ra) um CPP inteiramente novo, elaborado pós-constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida. Mas o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011, já superamos a marca dos 500 mil presos, sendo que, destes, quase 200 mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual. O PLS 156, por sua magnitude, terá uma lenta tramitação, pois muitos são os pontos de tensionamento e, principalmente, vasto é o campo para as disputas institucionais e os espaços de poder a serem ocupados.²⁴

A Lei nº 12.403/2011 introduziu em nosso ordenamento jurídico diversas medidas cautelares alternativas à prisão processual (descarcerizadoras), afastando-se, assim, do modelo bipolar (ou binário) até então vigente, em que, diante do *periculum libertatis*, o magistrado somente poderia manter o réu preso ou conceder-lhe liberdade provisória, com vínculos tênues. Evita-se, dessa forma, a decretação da prisão preventiva, que passa a ser a medida *ultima ratio* do sistema. Adota-se, assim, o modelo polimorfo, atendendo a uma política criminal não intervencionista.

Com o fito de modernizar o Código de Processo Penal, reforçando o sistema acusatório e as garantias do investigado ou réu, sem, contudo, olvidar da imprescindível busca pela efetividade do processo, o diploma em tela alterou trinta e dois dispositivos, destacando-

²² A referida Comissão foi instituída pelo então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, por meio da Portaria 61/2000, e era integrada ainda por Pedro Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benetti.

²³ Eugênio Pacelli (relator-geral), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 01-02.

se: a) tratamento sistemático da prisão e demais medidas cautelares pessoais; b) estabelecimento do caráter subsidiário da prisão cautelar, como medida *ultima ratio*; c) criação de diversas medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente; d) vedação, como regra geral, da decretação de prisão preventiva para crimes com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, reservando-a aos delitos mais graves; e) introdução da prisão preventiva substitutiva, a ser decretada, em último caso, como decorrência do descumprimento de outras medidas; f) imperiosa observância à finalidade cautelar, representada pela necessidade e adequação da medida; g) adoção do princípio da proporcionalidade, em sentido positivo e negativo; h) respeito ao contraditório, como regra geral, para aplicação de medidas cautelares; i) impossibilidade de imposição de qualquer prisão que não tenha natureza cautelar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória²⁵; j) revitalização da fiança, alargando as hipóteses de afiançabilidade e permitindo o arbitramento pelo Delegado de Polícia para crimes com pena máxima de até quatro anos; k) caráter precário da prisão em flagrante, que não subsiste com coercibilidade autônoma de medida cautelar; l) determinação cogente da segregação entre presos cautelares e definitivos.

Agora, no que tange às medidas cautelares pessoais, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, em vigor desde 04 de julho do mesmo ano, veio, pelo menos em relação à prisão processual, à fiança e à liberdade provisória sem fiança, trazer um sistema mais consentâneo com o texto constitucional, o que de certa forma já havia sido realizado, em parte, pela reforma processual penal de 2008, introduzindo, ainda, várias medidas cautelares pessoais substitutivas da prisão processual.²⁶

²⁵ Entretanto, desde 2009, o STF já havia modificado seu entendimento tradicional: “HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...]” (STF, HC 84.078, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, *DJe* 25.02.2010).

²⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 04.

2.2 Medidas cautelares na legislação especial

Em que pese a profunda inovação trazida pela Lei nº 12.403/2011, com a adoção do modelo polimorfo, em consonância com a política criminal não intervencionista e com a tendência mundial, iniciada na Europa na década de 1970 (*medidas de coacção* portuguesas²⁷; *misure coercitive* e *misure interditive*, na Itália²⁸), as medidas cautelares pessoais não eram estranhas ao ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, a legislação especial já apresentava alternativas ao magistrado para garantir a eficácia do processo penal, sem a necessidade de custódia preventiva.

Nesse sentido, pode-se apontar como primeiro exemplo de medida cautelar pessoal distinta da prisão e da liberdade provisória o afastamento do cargo, nos crimes de responsabilidade, do prefeito municipal, previsto no Decreto-lei nº 201/67. Segundo dicção do art. 2º, II, “ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos”.

A Lei Orgânica Nacional da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79), a seu turno, prevê a possibilidade de afastamento do cargo do magistrado denunciado, quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, torne-se aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa, e o Tribunal, ou seu órgão especial, pelo voto de dois terços de seus membros, assim o determine.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), por sua vez, prescreve, no parágrafo único do art. 20, que “A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem

²⁷ Título II do Livro IV do CPP de Portugal de 1987: “termo de identidade e residência” (art. 196), “caução” (art. 197), “obrigação de apresentação periódica” (art. 198), “suspensão do exercício de profissão, de função, de actividades e de direitos” (art. 199), “proibição e imposição de condutas” (art. 200), “obrigação de permanência na habitação” (art. 201), “prisão preventiva” (art. 202). Frise-se, ainda, a existência de prazos máximos para a prisão preventiva (art. 215) e para as demais medidas (art. 218).

²⁸ Título I do Livro IV do *Codice di Procedura Penale* italiano (1989). *Misure coercitive*: “divieto di espatrio” (art. 281), “obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria” (art. 282), “allontanamento dalla casa familiare” (art. 282-bis), “divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa” (art. 282-ter), “divieto e obbligo di dimora” (art. 283), “arresti domiciliari” (art. 284), “custodia cautelare in carcere” (art. 285), “custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri” (art. 285-bis) e “custodia cautelare in luogo di cura” (art. 286). *Misure interditive*: “sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori” (art. 288), “sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio” (art. 289) e “divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali” (art. 290).

prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”. Os Tribunais Superiores, contudo, sempre entenderam que a referida medida apenas diz respeito a atos de improbidade administrativa, sendo inviável sua adoção na seara processual penal²⁹. Com o advento da Lei nº 12.403/2011, resta positivada a possibilidade de suspensão do exercício de função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI, do CPP).

Outro exemplo de medida cautelar de natureza pessoal consta do art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), segundo o qual, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, ou, ainda, mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Saliente-se, nesse contexto, as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), a serem adotadas em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, a saber: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.³⁰

Dispõe, por sua vez, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), no art. 56, § 1º: “tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo”. Faz-se mister comprovar, nesse caso, o *nexo funcional* entre a conduta delituosa do agente e a atividade pública por ele desenvolvida.

²⁹ STJ, HC 128.599, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07.12.2010, *DJe* 17.12.2010.

³⁰ Deixamos de frisar a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, prevista no inciso V do artigo em comento, devido a seu nítido caráter patrimonial, não pessoal.

2.3 Aplicação da Lei nº 12.403/2011 no tempo

A lei penal leva em conta, regra geral, o momento da prática do delito (*tempus delicti*), devendo ser observado, ainda, o estabelecido pelo art. 5º, XL, da Constituição da República (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Já o art. 2º do Código de Processo Penal aduz, consagrando o princípio do *tempus regit actum*, que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (imediatidade). Nesta senda, a análise acerca da aplicação da Lei nº 12.403/2011 depende, fundamentalmente, da distinção entre normas penais, processuais e mistas (processuais de cunho material ou híbridas).

Consoante lições de AURY LOPES JÚNIOR, “a lei penal pura é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc”. Já a “lei processual penal pura regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais. Exemplo: perícias, rol de testemunhas, forma de realizar atos processuais, ritos etc.”³¹

O Código de Processo Penal, contudo, não diferencia as normas processuais puras das mistas, o que vem sendo realizado, com algumas divergências, pela doutrina e pela jurisprudência. Existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra de Direito Penal, ou seja, a lei benigna é retroativa, e a mais gravosa, não. Alguns autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais, eis que disciplinam um ato realizado no processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, perempção etc.³²

Surge, aqui, uma significativa controvérsia: e as normas relativas à liberdade?

JOSÉ FREDERICO MARQUES, adotando uma postura mais restritiva, assevera:

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05. Frise-se, porém, que o referido autor propõe uma filtragem constitucional do princípio da imediatidade, consagrado no art. 2º do CPP, de maneira que, para ele, qualquer norma processual (ainda que sem qualquer conteúdo material), teria sua aplicação no tempo de modo semelhante às normas penais.

³² *Idem*. p. 05.

Direito penal é direito penal, e processo é processo. Um disciplina a relação material consubstanciada no *jus puniendi*, e outro a relação instrumental que se configura no *actum trium personarum* do juízo, seja este cível ou penal. É inaceitável assim, como lembra Anton Oneca, a aplicação das regras do direito penal intertemporal ao processo penal [...]. A fiança e a prisão preventiva, a lei nova é que as regula, pois não passam de medidas cautelares de coação processual.³³

Nessa linha, partindo-se da premissa de que as normas mistas são aquelas que atingem o direito de punir, ainda que indiretamente, as normas disciplinadoras das medidas cautelares se enquadram no conceito de normas processuais. A prisão processual não se confunde com a prisão-pena, esta sim relacionada com o direito de punir estatal.³⁴

TOURINHO FILHO, modificando entendimento anterior, alarga, nesse contexto, o conceito de normas mistas: “se a lei processual penal nova disser respeito a qualquer ato que envolva o direito de liberdade (fiança, medida cautelar de cunho pessoal, p. ex.), aplica-se-lhe a mesma regra que rege a lei penal no tempo: *benigna aplianda, odiosa restringenda*.”³⁵

O autor em comentário engloba, ainda, normas relativas a recursos, eis que diretamente relacionados à ampla defesa. Com a devida vênia, ousamos discordar. A extinção de um recurso, como ocorreu com o protesto por novo júri, pela Lei nº 11.689/2008, atine a matéria exclusivamente procedimental, não produzindo efeitos no *jus puniendi* estatal nem reflexos diretos no direito à liberdade. Registre-se, nesse aspecto, a arguta lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCA FERNANDES:

Pode ocorrer que a lei superveniente crie algum recurso contra decisões que eram irrecorríveis, ou suprima algum recurso existente, ou modifique os efeitos ou os requisitos de admissibilidade dos recursos. A matéria é regida pelo princípio fundamental de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada. A norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os efeitos produzidos antes de sua vigência.³⁶

³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 59-62.

³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 481.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Volume 1, 32. ed., rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 157.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. p. 61-62.

Outros doutrinadores ampliam ainda mais o entendimento, abarcando quaisquer dispositivos aptos a refletirem, mesmo que indiretamente, na liberdade do agente (meios de prova, inclusive).³⁷

Entendemos, porém, que normas processuais mistas são aquelas que produzem reflexos, ainda que indiretos, no *jus puniendi* estatal, devendo retroagir para beneficiar o acusado. Acrescente-se nessa categoria, ademais, os dispositivos relativos a prisão, liberdade provisória e demais medidas cautelares, vez que *diretamente* relacionados ao *status libertatis* do indivíduo. Note-se, nesta senda, que a relação apenas indireta da norma com a liberdade de locomoção não possui o condão de caracterizá-la como de cunho material. Se assim o fosse, estar-se-ia levando ao extremo a teoria das normas mistas, pois o próprio procedimento processual penal como um todo afeta, ainda que indiretamente, o direito à liberdade. Não haveria, assim, normas processuais puras.

Oportuna, nessa esteira, a observação de Guilherme de Souza Nucci:

Além dos institutos de dupla-previsão (penal e processual penal), existem aqueles vinculados à prisão do réu, merecedores de serem considerados normas processuais penais materiais, uma vez que se referem à liberdade do indivíduo. Note-se que a finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal, permitindo que a culpa seja apurada com amplas garantias para o acusado, de forma que não tem cabimento cuidarmos da *prisão cautelar* totalmente dissociada do contexto do direito material. [...] Assim, lidando-se com o tema da prisão, é indispensável que se considerem tais normas processuais de conteúdo material. Havendo qualquer mudança legal, benéfica ao réu, podem elas retroagir para abranger situações ocorridas antes da sua existência, desde que isso contribua para garantir a liberdade do réu. [...] Registre-se que a aplicação imediata da norma processual penal, ainda que mais rigorosa, é a regra, desde que não envolva questão de direito material ou *status libertatis* do indivíduo.³⁸

O novel diploma cuida, em sua maior parte, de normas processuais penais de conteúdo material, diretamente ligadas ao direito à liberdade. Destarte, a Lei nº 12.403/2011 aplica-se desde logo, tendo em vista que, em tese, as novas disposições são mais benéficas (*notavio legis in mellius*), devendo retroagir para beneficiar o acusado, eis que introduziu medidas alternativas à prisão provisória, de modo a privilegiar o *status libertatis* do agente.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Corredação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. RT: São Paulo, 2008. p. 22.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT: 2007. p. 123-124. O autor não frisa, contudo, a necessária existência de uma relação *direta* da norma com o *status libertatis* do indivíduo.

A título de exemplo, registre-se que o réu que se encontra preso preventivamente poderá, com o advento da nova lei, requerer o reexame de sua segregação cautelar, ante a possibilidade de substituição por medida menos gravosa.³⁹ Ademais, aquele que estiver em custódia preventiva por crime cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos poderá, em regra, requerer o relaxamento da prisão, cabendo ao juiz ou tribunal substituir a constrição por uma medida cautelar diversa (art. 319), se for o caso. Por fim, é de bom alvitre enfatizar a maior amplitude das novas regras da prisão domiciliar, que também poderão retroagir em benefício do réu (art. 318).⁴⁰

O mesmo raciocínio se aplica no que pertine à fiança, em que pese a considerável elevação de seus valores. Com efeito, restaram significativamente diminuídas as hipóteses de inafiançabilidade (arts. 323 e 324), bem como permitiu-se a fixação da fiança, em crimes de pena máxima não superior a quatro anos, pelo delegado de polícia (art. 322, CPP). Inegável, pois, que as disposições relativas à fiança, globalmente consideradas, são mais benéficas.

Não se pode permitir, nesse contexto, que somente em parte se apliquem os antigos dispositivos, sob pena de se criar uma terceira norma (*tertium genus*), o que é pacificamente rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, em atenção ao princípio da separação de poderes⁴¹. Ademais, a fixação da fiança em valor elevado visa justamente estabelecer uma maior vinculação do acusado ao feito, tornando inadequada a custódia preventiva. Caso se entenda que a fiança deva ser aplicada de acordo com a antiga legislação,

³⁹ “Ante empate na votação, a 1ª Turma concedeu parcialmente habeas corpus a fim de determinar a substituição da decisão que denegara à paciente o direito de recorrer em liberdade por outra que imponha medidas cautelares previstas no novel art. 319 do CPP, cuja redação foi conferida pela Lei 12. 403/2011. [...] Prevaleceu o voto médio do Min. Dias Toffoli, que reputou superado o dispositivo do decreto que retomara os mesmos argumentos que inspiraram o de custódia cautelar em benefício da ordem pública e da segurança jurídica. Ponderou que perturbações de monta justificariam o encarceramento com respaldo na paz social apenas nos casos em que a sociedade se sentisse desprovida de sua tranquilidade. Consignou, outrossim, que a nova redação do art. 319 do CPP introduziria a segregação prisional como exceção e que o fato de a paciente receber ordens e manter contato com organização criminosa não justificaria, por si só, a aplicação dessa medida, que deveria ser a última escolha do magistrado. Por conseguinte, determinou a adoção dos procedimentos alternativos constantes dos incisos I, II, e III do referido artigo [...] em substituição à prisão processual proferida pelo juízo singular” (STF, HC 106.446, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20.09.2011. Informativo nº 641).

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 07.

⁴¹ Nesse sentido: “O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que, agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*). Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador”. (STF, HC 98766, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 04.03.2010)

poderá o magistrado considerar, no caso concreto, que a referida medida se mostra insuficiente, diante dos antigos valores, optando por decretar a prisão preventiva, o que certamente seria prejudicial ao réu.⁴²

Ressalte-se, ademais, o disposto no art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.931/41), segundo o qual “à prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”. Consoante entendimento sedimentado na jurisprudência do STF e do STJ, não houve revogação do referido diploma, apesar de seu escopo inicial de regulamentar a transição da legislação anterior para o CPP, de modo que continua inteiramente aplicável às modificações legais futuras.⁴³

Em síntese: sob qualquer ótica a Lei 12.403/2011 aplica-se de imediato, seja, como entendemos, por tratar de normas processuais penais de conteúdo material mais benéficas (considerando-se, ainda, a vigência do art. 2º da LICPP), ou por cuidar de disposições processuais puras, ante o princípio da imediatidade (art. 2º, CPP).

Urge proceder, contudo, a uma última observação. Conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, a análise da benignidade da norma há de ser aferida *in concreto*, não no plano abstrato⁴⁴. Nesse aspecto, e considerando o cunho penal dos dispositivos em comento, forçoso reconhecer que se o magistrado verificar, no caso concreto, que as disposições do novel diploma prejudicam o acusado, deve conferir, em benefício deste, *ultratatividade* à lei antiga, vedada, porém, a “criação de uma terceira norma”.

⁴² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 332.

⁴³ STF, RE 89.905, Rel. Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ 05.10.1979; STJ, REsp 896.948, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 21.10.2008. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT: 2007. p. 124 e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 40. Em sentido contrário: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 482.

⁴⁴ Nesse sentido: “Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga” (STJ, Rel 3.546, Rel. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 29.09.2010).

3 DISPOSIÇÕES GERAIS REFERENTES ÀS MEDIDAS CAUTELARES

Passemos, neste terceiro capítulo, à análise das disposições gerais relativas às cautelares: cautelaridade, características, pressupostos essenciais e princípios norteadores.

3.1 Cautelaridade

A efetividade do processo não diz respeito apenas à garantia da prestação jurisdicional definitiva, exauriente, mas, também, à satisfação plena dos anseios da sociedade. Deve-se extrair da atuação do Estado-Juiz todos os resultados necessários à pacificação social. O processo há de ser, pois, *útil*.

A chamada tutela de urgência, que inclui o processo cautelar, encontra fundamento no princípio da *inafastabilidade da jurisdição*, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Uma interpretação constitucional do referido princípio resulta na conclusão de que a garantia de acesso ao judiciário não se satisfaz, tão somente, com a possibilidade de utilização do processo cognitivo exauriente. Exige-se, ainda, o manejo de técnicas processuais aptas a garantir a prestação de uma *tutela adequada* e a contornar os efeitos deletérios do tempo. Essas medidas são imprescindíveis à correta apuração do fato delituoso, à futura e possível execução da sanção, à proteção da coletividade e ao ressarcimento do dano. Nesse contexto, dentro do lapso temporal inerente ao procedimento, podem ocorrer modificações fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo. Na persecução penal, a liberdade do acusado é a principal fonte de risco, ante o perigo de ameaças a testemunhas, destruição de provas, reiteração delituosa e fuga.

A despeito do sedimentado entendimento de que inexistente um processo cautelar autônomo no âmbito penal,⁴⁵ foram positivadas medidas, determinadas incidentalmente, incumbidas de exercer a chamada função cautelar.

⁴⁵ “Quando se diz que existe no processo penal um 'Processo Penal Cautelar' quer se referir que existe uma jurisdição cautelar, mas com a particularidade de que não há propriamente ação ou processo cautelar autônomo, pois a jurisdição cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo principal, via

O estabelecimento de medidas cautelares no processo penal visa à proteção de bens jurídicos relevantes ao processo (*intraprocessuais*) ou à sociedade (*extra* ou *metaprocessuais*). É a expressão da própria coerção estatal, entendida como o uso do poder, de acordo com a lei, para restringir certas liberdades ou faculdades dos indivíduos, com o escopo de alcançar um fim determinado. As medidas cautelares encontram-se dentro deste marco de exercício de coerção estatal.⁴⁶

Consoante classificação de ANTONIO SCARANCA FERNANDES,⁴⁷ as medidas cautelares se dividem em *reais* (de natureza civil – acautelatórias ou assecuratórias), *relativas à prova* e *pessoais*. As primeiras visam à reparação do dano, assegurando o futuro perdimento do bem e recaindo sobre o patrimônio lícito do acusado ou sobre o produto ou proveito do crime (sequestro, arresto, hipoteca legal e restituição de coisas apreendidas). A seu turno, as relativas à prova objetivam acautelá-la e evitar sua destruição ou perecimento (busca e apreensão, produção antecipada de prova testemunhal, *v.g.*). Por fim, as medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas limitativas ou privativas da liberdade de locomoção ou restritivas de outro direito, adotadas contra o agente no curso da investigação ou do processo (prisões preventiva e temporária, recolhimento domiciliar noturno, comparecimento periódico em juízo, dentre outras).

Durante décadas, nosso sistema processual penal adotou o modelo *binário* ou *bipolar* no âmbito das cautelares pessoais, oferecendo aos magistrados somente duas opções: prisão ou liberdade provisória. O acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, em custódia cautelar, ou lhe era concedida liberdade provisória⁴⁸, com o dever de comparecer aos atos processuais ou de cumprir as obrigações decorrentes da fiança.

de regra” (LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 03).

⁴⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 24.

⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scaranca. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 323-324.

⁴⁸ Destaque-se, no ponto, a interessante crítica de Eugênio Pacelli: “E não temos o menor receio em afirmar que a expressão *liberdade provisória* somente foi mantida em razão de seu inadequado manejo no texto constitucional, conforme se vê no art. 5º, LXVI [...]. Eis, então, a primeira crítica às novas regras: não é porque o constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, *com* e *sem* fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra; mesmo após a condenação passada em julgado, a prisão eventualmente aplicada *não será perpétua*, isto é, é sempre *provisória*. Por isso, pensamos que se deveria varrer do mapa essa expressão, limitando a lei a explicitar as medidas cautelares e as modalidades de prisão. Todas elas

Essa reduzida gama de opções era evidente causa de prejuízo tanto à liberdade do agente quanto à própria eficácia da persecução penal. Com efeito, diversas situações demandam a decretação de medidas cautelares, mas nem sempre a prisão revela-se como instrumento idôneo e adequado à efetividade do processo ou das investigações. Inexistiam alternativas intermediárias que pudessem ser adaptadas a casos em que a prisão restaria excessivamente grave, e a liberdade, desaconselhável.

Com a edição da Lei nº 12.403/2011, foram instituídas várias medidas cautelares descarcerizadoras, não apenas limitativas da liberdade, mas também restritivas de direitos, o que resultou no modelo polimorfo de tutela processual penal cautelar. Proporcionou-se ao magistrado a escolha das providências mais adequadas ao caso concreto, aplicáveis isolada ou cumulativamente, dentro dos critérios da legalidade e da proporcionalidade.

Segundo ANDREY BORGES DE MENDONÇA:

O art. 282 passa a ser o núcleo da nova sistemática, trazendo influxos e consequências sobre todas as medidas cautelares (prisão, liberdade provisória e medidas cautelares alternativas). Disciplina *quando* (inc. I) e *como* (inc. II) será possível aplicar as medidas cautelares, trazendo à tona o princípio da proporcionalidade como fiel da balança a permitir a busca do equilíbrio constante entre eficiência da persecução penal e garantias do acusado. Toda a sistemática das medidas cautelares pessoais deverá passar pelo influxo do princípio da proporcionalidade e, como decorrência, pelo binômio necessidade/adequação da medida.⁴⁹

A adoção do sistema polimorfo protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, eis que a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita à opção última. A sociedade, pois a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da

provisórias. Obviamente.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 494).

⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 26.

prisão.⁵⁰ Elogiando a nova sistemática, ressaltou o Min. GILMAR MENDES, em voto proferido no HC 107.607/ES:

Diante desse quadro, à guisa de *obiter dictum*, tenho para mim que andou bem o legislador, sobretudo se se levar em conta que, antes do advento da Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal oferecia ao magistrado apenas duas possibilidades de medidas cautelares de cunho pessoal: a decretação da prisão cautelar ou a concessão da liberdade provisória. É do conhecimento de todos que essa reduzida gama de alternativas acabou por provocar o recrudescimento da utilização das diversas espécies de prisões processuais, em flagrante prejuízo ao acusado, mas também ao processo penal. Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, nos termos da nova redação do art. 319 do CPP, o juiz passa a dispor de outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, o que permite, diante das circunstâncias do caso concreto, seja escolhida a medida mais ajustada às peculiaridades da espécie e, assim, a tutela do meio social, mas também serve, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado.⁵¹

Cumprе enfatizar, ademais, que tanto a imposição de medidas cautelares diversas da prisão quanto a decretação da preventiva pressupõem a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Contudo, enquanto o referido *carcer ad custodiam* exige a presença de algum dos requisitos do art. 313, I, II e III, c/c art. 282, § 6º, ou o descumprimento de medida anteriormente aplicada (art. 282, §4º, c/c art. 312, parágrafo único), a decretação das medidas cautelares diversas requer apenas que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (regra geral para imposição de cautelares pessoais: art. 283, § 1º, CPP).

3.2 Características

As medidas cautelares possuem diversas características que lhes são inerentes. Vejamos.

⁵⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 455.

⁵¹ STF, HC 107.617, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23.08.2011, *DJe* 02-09-2011.

A primeira delas é a *acessoriedade* (ou acessorialidade), isto é, a subordinação das cautelares ao processo principal. Essa dependência, contudo, não elide a possibilidade de imposição de uma medida sem a futura existência de um processo penal, eis que pode haver, v.g., a decretação de uma prisão cautelar no curso da investigação, sem que ocorra a instauração do processo, por se verificar, posteriormente, a inexistência de justa causa para a ação penal. O destino da medida cautelar está umbilicalmente ligado ao do processo a que visa tutelar, não possuindo vida autônoma em relação a este. Assim, se extinto o processo ou absolvido o réu, não subsiste a medida, a teor do art. 386, parágrafo único, II, do CPP.

Conquanto inexista um processo penal cautelar autônomo, a medidas em comento destinam-se a assegurar, incidentalmente, a efetividade da persecução criminal.

Devido ao seu caráter instrumental, a tutela cautelar não se apresenta como um fim em si mesmo; visa garantir a eficácia prática da atividade jurisdicional desempenhada no processo de conhecimento ou de execução. Nas oportunas palavras de FREDERICO MARQUES, é o “meio e o modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem o objeto do processo principal”.⁵² Como instrumento do instrumento⁵³, as cautelares tem por escopo tutelar os fins e os meios do processo principal (instrumentalidade qualificada ou de segundo grau). Tendo em vista, ainda, o resultado incerto que a medida cautelar pretende garantir, a análise a que se procede quando da sua decretação faz-se por mero juízo de probabilidade, não exauriente. Fala-se, destarte, em *instrumentalidade hipotética e qualificada*.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em arguta lição, aduz que:

A instrumentalidade das medidas cautelares às principais (cognitivas ou executivas) é instrumentalidade eventual e de segundo grau. É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se a serviço do instrumento; elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade.⁵⁴

⁵² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4. p. 32.

⁵³ O processo caracteriza-se como o instrumento por meio do qual o Estado aplica o direito objetivo; a medida cautelar consiste no instrumento destinado a assegurar a eficácia do processo.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 261.

Outra característica básica das medidas cautelares é a *provisionalidade*. Desaparecido o suporte fático legitimador da providência, impõe-se sua imediata extinção (*rebus sic stantibus*). Em consonância com as mudanças circunstanciais, podem ser substituídas por outras mais ou menos graves, revelando-se como medidas situacionais. Nessa linha, a Lei nº 12.403/2011 acresceu o § 4º ao art. 282: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

As medidas cautelares possuem vigência limitada no tempo, durando, no máximo, até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Ao final do processo, impõem-se as sanções efetivamente penais, em caso de condenação, ou revogam-se as cautelares, diante de absolvição. São dotadas, pois, de *provisoriedade*.

Registre-se, no ponto, um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação temporal⁵⁵. O legislador português, por exemplo, estabeleceu prazos máximos para a prisão preventiva (art. 215) e para as demais medidas (art. 218). Ao longo da tramitação do PL 4.208/2001, tentou-se, de maneira infrutífera, fixar um limite de duração da prisão cautelar, com a redação do art. 315-A: “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou o acusado tiver dado causa à mora”. O referido artigo, infelizmente, foi rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, em parecer da lavra do relator Deputado José Eduardo Cardozo, sob o frágil argumento de que “não se justifica a adoção do critério temporal para a manutenção ou não da prisão preventiva, mas sim a verificação dos critérios previstos no art. 312.”

Distinta da característica anterior, a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada.⁵⁶

⁵⁵ Excepcione-se, aqui, a prisão temporária (art. 2º da Lei nº 7.960/89 e art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90). Frise-se, ainda, a construção jurisprudencial acerca do prazo máximo para prisão preventiva (81 dias), de acordo com os prazos processuais da legislação pretérita.

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24.

A *sumariedade* atinente às medidas cautelares significa que a cognição, em relação à profundidade, não é exauriente, permanecendo em nível superficial.⁵⁷ A tutela cautelar não se presta com base em uma certeza judicial, mas com fundamento na probabilidade da prática de um delito e no perigo da demora na adoção da medida. Destina-se a prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação, enquanto o processo principal não chega ao fim (*preventividade*).

Em decorrência da provisionalidade e da sumariedade, a *revogabilidade* é uma das características principais das cautelares, eis que a manutenção dessas medidas depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência de sua decretação à tutela do processo. São, nesse mister, dotadas de *variabilidade*, podendo ser modificadas, consoante salientado anteriormente, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Em atenção ao princípio da proporcionalidade, a medida cautelar não deve ser mais gravosa que o provimento final a ser aplicado, devendo entre eles haver *homogeneidade*, ou seja, uma certa correspondência, em termos de gravidade e intensidade. Discorreremos mais sobre o tema no tópico relativo ao citado princípio constitucional.

A medida cautelar deve referir-se a uma situação de perigo a que objetiva superar. Consoante lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, que analisa o tema sob o prisma processual civil, na tutela cautelar, há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistir referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado, ocorrendo neste caso satisfatividade, nunca referibilidade.⁵⁸

No processo penal, porém, a *referibilidade* deve ser analisada sob uma ótica particular, consoante doutrina de JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS:

A ideia de referibilidade, no sentido processual penal, está, pois, ainda mais ligada à ideia de instrumentalidade hipotética do que no processo civil. E isso não se dá por diferença ontológica, mas por mera vedação constitucional, que proíbe que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse princípio reza que a consideração deve se seguir a um devido processo legal, no qual o procedimento e os rituais têm importância vital. Assim, pode-se afirmar que a tutela cautelar do processo penal é referível. Contudo, explica-

⁵⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 28. O autor baseia-se no conceito de *cognição* utilizado por Kazuo Wantanabe, que significaria a própria natureza da atividade do órgão judiciário, de examinar e conhecer a causa, como verdadeiro ato de inteligência, consistente em analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 99.

se a referibilidade penal, porém e mais precisamente, como o liame entre a tutela e o caso penal que é o objeto do processo penal de conhecimento [...]. A situação de perigo e a tutela correspondente se conectam exclusivamente ao caso penal e aos seus aspectos mais diretos, como a situação da vítima, das testemunhas, dos elementos sensíveis do fato delituoso etc. [...] Se transcende o caso penal e suas ramificações mais diretas, não há que se falar em tutela cautelar.⁵⁹

O Código de Processo Penal prevê, de acordo com o art. 282, § 2º, que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, 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”. Aduz, ainda, que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios constantes do art. 282 (art. 321).

Os dispositivos em tela, regulados pela Lei nº 12.403/2011 e em consonância com o Texto Constitucional (art. 5º, LXI), expressam a chamada *jurisdicionalidade* das medidas cautelares, ressalvando-se a possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança em delitos cuja pena máxima cominada não supere quatro anos (art. 322, CPP). Contudo, comentaremos mais acerca do assunto no tópico “Cláusula de reserva jurisdicional”.

3.3 Pressupostos essenciais

Como espécies de provimento jurisdicional de natureza cautelar, as medidas cautelares pessoais destinam-se à tutela do processo, de modo a garantir seu normal desenvolvimento e, em consequência, a eficaz aplicação da lei penal. Jamais poderão ser decretadas como efeito automático da prática de determinado delito, estando sua imposição condicionada à presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

De suma importância, contudo, a observação de AURY LOPES JÚNIOR:

[...] é importante frisar nossa discordância em relação à doutrina tradicional que, ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os como o

⁵⁹ Apud LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 09-10.

fumus boni iuris e o *periculum in mora*, seguindo assim as lições de CALAMANDREI. [...] não se pode transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma imediata e impensada, como tem sido feito. O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia.⁶⁰

O *fumus boni iuris* atine à plausibilidade do direito invocado, a partir de um juízo de mera probabilidade, em cognição sumária. No processo penal, revela-se inapropriado utilizar-se da expressão “fumaça do bom direito”, tendo em vista que o delito é justamente a negação do direito, sua antítese⁶¹, violação. Um dos requisitos para a decretação de uma medida cautelar pessoal é a probabilidade de ocorrência de um delito (*fumus comissi delicti*). No que concerne à prisão preventiva (art. 312), o CPP requer a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Quanto à citada probabilidade, aduz GUSTAVO BADARÓ:

Probabilidade é mais que mera possibilidade. O possível abrange até mesmo o que raramente acontece, já o provável é aquilo cujas possibilidades de ocorrer são maiores que a possibilidade de não acontecer. Embora não se possa estabelecer um critério objetivo, com precisão matemática, para distinguir possível do provável, este é mais próximo da certeza do que aquele. De qualquer forma, não se exige a certeza do perigo de dano, mas apenas a sua possibilidade ou probabilidade [...]. Para a concessão de medida cautelar deve haver prova dos fatos dos quais se infere o perigo de dano. Neste caso, repita-se, não se exige prova plena do perigo de dano, mas dos dados fáticos dos quais se infere tal perigo.⁶²

Cumprido enfatizar, nesse contexto, que a Corte Europeia de Direitos Humanos já frisou que para que se possa falar em suspeita razoável para a prisão (em raciocínio de todo aplicável às demais medidas), devem existir fatos ou informações que poderiam satisfazer um observador imparcial, no sentido de que a pessoa afetada pela medida possa haver cometido o fato delituoso.⁶³

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-14.

⁶¹ *Idem*. p.14.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 426-427.

⁶³ Caso *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, julgado em 30.08.1990: “As regards Article 5-1-c of the Convention (reasonable suspicion of having committed an offence) the Court considered that under section 11 of the Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1978 the suspicion needed only to be honestly held. In the Act there was no requirement that it be a 'reasonable suspicion' which presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence” (grifamos).

Conquanto inexista no CPP a exigência expressa do *fumus comissi delicti* para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, forçoso reconhecer que, diante de provimento de natureza cautelar, não se pode olvidar da necessária presença do pressuposto em comento, sob pena de possível abuso na adoção das cautelares. Inegável, contudo, a imprescindibilidade de mais profunda cognição em se tratando de prisão, ante a maior gravidade da providência.⁶⁴ Pode-se afirmar, destarte, que quanto mais drástica a restrição cautelar, mais profunda há de ser a cognição acerca da materialidade do crime.

Portanto, a lei não exige a prova da materialidade (salvo para a preventiva – art. 312), inclusive pelo fato de que a cautelar pode ser decretada justamente por necessidade da investigação ou da instrução criminal (art. 282, I). Nesse caso, o provimento objetivaria, por exemplo, produzir ou aperfeiçoar a prova da materialidade. Inexistiria sentido, pois, em a legislação prever como requisito o próprio fim almejado pela medida, sob pena de manifesta contradição. Em outros termos: como exigir a comprovação cabal da existência do delito para a decretação da cautelar se esta, no caso concreto, pode visar exatamente à obtenção da prova da materialidade? A esta tautologia, obviamente, como círculo vicioso invencível, não pode se subordinar a decretação de uma cautelar.⁶⁵

Registre-se, ainda, que não se deve vislumbrar, desde logo, qualquer causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (salvo a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, que podem ensejar a internação provisória, nos termos do art. 319, VII). Não há congruência em se impor uma medida cautelar se já é possível prever que nenhuma pena será aplicada ao agente (ressalvada a liberdade provisória sem fiança, com o mero comparecimento aos atos processuais, do novo art. 310, parágrafo único, do CPP).

Imprescindível, ademais, em todo provimento cautelar, a presença do *periculum in mora*, devendo-se demonstrar que o provimento pleiteado revela-se urgente e necessário para evitar um perigo a um bem jurídico relevante ao processo ou à sociedade. A demora no curso do processo pode resultar na ineficácia da tutela jurisdicional.

⁶⁴ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 281. Conforme Nucci, “sendo possível decretar a prisão temporária sem a prova segura da materialidade ou de indício suficiente de autoria, por óbvio, pode-se deferir medida cautelar de menor peso, como as previstas no art. 319 do CPP.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 27). Não se trata, contudo, de dispensar o *fumus comissi delicti* para a decretação de medidas cautelares diversas da prisão, mas de admitir a menor profundidade da cognição acerca da ocorrência do crime.

⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal*. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

Consoante clássica doutrina de CALAMANDREI:

A função dos provimentos cautelares nasce, pois, da relação que se passa entre esses dois termos, a necessidade de que o provimento seja eficaz e a inaptidão do processo ordinário a criar, sem demora, o provimento definitivo. Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação, nas necessárias formas do procedimento ordinário.⁶⁶

No âmbito processual penal, mostra-se mais técnica a expressão *periculum libertatis*, no que se refere às medidas cautelares de natureza pessoal. Com efeito, não é a demora que justifica a adoção dessas medidas, mas, sim, o estado de liberdade do agente.⁶⁷ Para as medidas cautelares reais, a expressão *periculum in mora* amolda-se perfeitamente, vez que a demora na prestação jurisdicional pode permitir a dilapidação do patrimônio do acusado.

Nessa linha, pode-se afirmar que o *periculum* é o fundamento das cautelares, não seu requisito ou pressuposto. O fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da aplicação da lei penal (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento da persecução. O perigo não é consequência do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O fundamento é a situação de liberdade do sujeito passivo.⁶⁸ O *periculum libertatis* é, pois, o perigo concreto⁶⁹ que a permanência do agente em total liberdade acarreta para a

⁶⁶ Apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 39.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. RT: São Paulo, 2011. p. 34.

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14-15.

⁶⁹ "A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu [...]. A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. *Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária*. Precedentes. [...] *A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar*

investigação criminal, para o processo penal, para a aplicação da lei penal ou para a segurança social⁷⁰.

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011, a indispensabilidade da existência do *periculum libertatis* em qualquer cautelar não era expressa, à exceção da prisão preventiva e da temporária, embora defluísse do próprio texto constitucional. Com o advento do novel diploma, porém, restou positivado no art. 282, I, do CPP, que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a “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”. É justamente no risco trazido pela liberdade do agente que se verifica a *necessidade* da medida.

Assim, todas as medidas cautelares, desde a menos gravosa até a prisão preventiva, devem buscar preservar uma das finalidades cautelares indicadas no art. 282, I. Sem a presença destas finalidades, nenhuma medida cautelar poderá ser decretada. Como já decidiu o STF,⁷¹ sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. E este raciocínio agora é expressamente aplicável não apenas à prisão preventiva, mas a toda e qualquer medida cautelar.⁷²

3.4 Princípios norteadores

É o modo de aplicação dos direitos e garantias fundamentais que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização da

daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. [...] Sem que se caracterize *situação de real necessidade*, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. (STF, HC 96.095 SP Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03.02.2009, DJe 12.03.2009 – grifo nosso).

⁷⁰ Abordaremos as finalidades das medidas cautelares no Capítulo 4.

⁷¹ STF, HC 93.883, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 27.03.2009.

⁷² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 32.

barbárie. Afinal, a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária.⁷³

Consoante clássica lição de NOBERTO BOBBIO:

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relação de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (rule of law).⁷⁴

3.4.1 Presunção de não culpabilidade. Compatibilização

Uma das maiores dificuldades encontradas durante a aplicação de medidas cautelares pessoais diz respeito à sua compatibilização com o princípio da presunção de não culpabilidade (ou de inocência), fruto da evolução civilizatória do processo penal.

Em 1764, na festejada obra *Dos Delitos e das Penas*, CESARE BECCARIA alertava que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.⁷⁵

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispôs no art. 9º que “todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

⁷³ STF, HC 91.386, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 15.05.2008.

⁷⁴ Apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 122.

⁷⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

Posteriormente, as Organizações das Nações Unidas (ONU) proclamaram o princípio da presunção do estado de inocência na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, no art. 11.1: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. A Organização dos Estados Americanos (OEA), a seu turno, prescreveu, no art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969), que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.⁷⁶ Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais⁷⁷ (1950) e no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos⁷⁸ (1966).

Desde a promulgação da Constituição de 1988, ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII) e toda prisão no curso do processo deve se basear em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), ressalvados os casos de transgressão militar e de crimes militares definidos em lei, que não serão objeto do nosso estudo.

Em consonância com o texto constitucional, a Lei nº 11.719/2008 procedeu a significativas modificações na matéria. Cite-se, à guisa de exemplo, o novo parágrafo único do art. 387, que se amolda ao princípio da presunção de inocência, à garantia constitucional do duplo grau de jurisdição e ao direito de apelar em liberdade. Passou-se a estabelecer que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.” Coerentemente, o referido diploma revogou o art. 594 do Código de Processo Penal, esquecendo-se, porém, de extirpar do ordenamento o art. 595, não recepcionado pela Constituição Federal e somente revogado de modo expresso pela Lei nº 12.403/2011.⁷⁹

⁷⁶ O referido diploma foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁷⁷ Art. 6.2: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (*Cour Européenne des Droits de l'Homme* - Roma, 04 de abril de 1950).

⁷⁸ Art. 14.2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas; Nova York, 19 de dezembro 1966 - adotado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992).

⁷⁹ O art. 594, com redação dada pela Lei Fleury (1973), dispunha que: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na

No que atine à presunção de inocência, princípio fundamental de civilidade⁸⁰, leciona EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA:

O princípio da presunção de inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica de *presunção*, recebeu tratamento distinto por parte do nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). [...] Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na *necessidade* ou na *indispensabilidade* da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade.⁸¹

Conforme oportunas palavras do jurista espanhol PEDRO ARAGONESES ALONSO, o grande problema das medidas cautelares consiste em que, se não se adotam, corre-se o risco da impunidade, e, se adotadas, criam o perigo de injustiça.⁸² O princípio em tela, fruto de uma opção ideológica protetora do indivíduo, malgrado o alto preço pago pela impunidade de culpados, revela-se fundamental em um Estado Democrático de Direito, na medida em que se apresenta como principal interesse o de que todos os inocentes, sem exceção, restem protegidos.

Nesse diapasão, enquanto não definitivamente condenado, a prisão do presumidamente inocente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente será admitida a título de *cautela*. Do contrário, haveria nítida antecipação de pena, absolutamente vedada pela ordem jurídica constitucional.

O alcance da presunção de inocência, contudo, é objeto de divergências. Para uma primeira teoria, restritiva, estabelece-se apenas uma *regra de julgamento*, relativa ao ônus da prova (*in dubio pro reo*), de modo que somente é possível a condenação do réu quando devidamente demonstrada a sua responsabilidade pelo titular da ação penal. Como

sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.” O art. 595, por sua vez, previa: “Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”. Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça editara a Súmula nº. 347 com a seguinte redação: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

⁸⁰ FERRAJOLI *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 497.

⁸² ARAGONESES ALONSO *apud* LOPES JR, Aury. *Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 0, 28/02/2000. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060>. Acesso em 18/10/2011.

consequência da regra probatória, GOMES FILHO enfatiza: a) a incumbência de o acusador demonstrar a culpabilidade do acusado; b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) a conformidade da comprovação com o *due process of law*; d) a impossibilidade de obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (*nemo tenetur se detegere*).⁸³

A segunda corrente, ampliativa e majoritária no Brasil,⁸⁴ engloba também uma *regra de tratamento*, de sorte que o acusado deve ser tratado como inocente enquanto não definitivamente condenado, vedada qualquer antecipação de juízo de culpabilidade.

No ponto, impende compatibilizar o princípio em testilha com as medidas cautelares. Se o réu é considerado inocente durante a persecução, devendo assim ser tratado, como admitir a restrição de direitos ou a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória? Como bem salienta J. J. GOMES CANOTILHO, a presunção de inocência não pode ser interpretada de maneira absoluta, sob pena de inviabilizar o processo penal, impossibilitando a aplicação de qualquer medida cautelar.⁸⁵

Com efeito, pode surgir durante o processo a necessidade do estabelecimento de restrições, com o fito de tutelar bens jurídicos processuais ou metaprocessuais, igualmente protegidos pela Constituição. É na harmonização do princípio em comento com outros de semelhante importância, decorrentes direta ou indiretamente do texto constitucional (busca da verdade real, garantia da segurança da sociedade, eficácia da persecução penal), que se justifica a possibilidade de imposição de medidas cautelares pessoais, desde que necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito.

⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). In: Revista do Advogado, AASP, nº 42, abril de 1994. p. 31.

⁸⁴ “A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII)-presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. *O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.* Precedentes.” (STF, HC 96.095 SP Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03.02.2009, DJe 12.03.2009 – grifo nosso). Nesse sentido, a Lei nº 12.403/2011 revogou o art. 393 do CPP.

⁸⁵ Apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar*. Niterói: Impetus, 2011. p. 17.

Registre-se, ademais, que, como consequência imediata da presunção de não culpabilidade, não se admite a decretação de qualquer modalidade de medida cautelar de natureza pessoal como meio inconstitucional de antecipação executória da própria sanção penal, consoante já enfatizado neste trabalho.

3.4.2 Proporcionalidade

Segundo o princípio⁸⁶ da proporcionalidade, originário do direito germânico e costumeiramente tratado como sinônimo de razoabilidade pela doutrina e pela jurisprudência, o ato estatal praticado como meio à consecução de um fim, ainda que lícito esse fim, e além de naturalmente atender a outros requisitos decorrentes de outras normas jurídicas, deve ser *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito*.⁸⁷

Malgrado inexista consenso acerca do tema, LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA faz a devida distinção entre razoabilidade e proporcionalidade:

Mais frequente é a associação entre a proporcionalidade e a razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseada no chamado *substantive due process*. [...] Em algumas decisões recentes, a Suprema Corte dos Estados Unidos introduziu, para certos casos, a exigência de *proporcionalidade aproximada*. Tal exigência não guarda, contudo, qualquer semelhança com a regra da proporcionalidade, na forma aqui analisada. A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.⁸⁸

⁸⁶ Robert Alexy afirma que os subelementos da proporcionalidade “devem ser classificados como *regras*”. Já Humberto Ávila utiliza o termo *dever de proporcionalidade* (apud SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: RT, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 26-27).

⁸⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 29-31. Hugo de Brito Machado Segundo, a seu turno, esclarece: “Tida por muitos como sinônimo de proporcionalidade, a razoabilidade na verdade com ela não se confunde, embora ambas tenham algumas semelhanças. Assim como a proporcionalidade, a razoabilidade possibilita um maior controle dos atos do poder público. [...] a maneira como esses dois princípios possibilitam um controle entre meios e fins é um tanto diferente. Pelo princípio da razoabilidade, originário do Direito norte-americano e inglês, os meios empregados para atingir determinada finalidade devem não apenas ser adequados e necessários a essa finalidade,

Embora parem divergências no que concerne ao exato fundamento constitucional da proporcionalidade, se decorrente do próprio Estado de Direito, da estrutura dos direitos fundamentais como mandados de otimização, do devido processo legal em sua acepção substantiva⁸⁹, do caráter objetivo dos direitos humanos ou de um postulado jurídico de natureza suprapositiva, é certo que o princípio em comento possui hierarquia constitucional.

A despeito da concepção inicial de *proibição de excesso* (aspecto negativo), a moderna doutrina vem apontando uma faceta positiva à proporcionalidade, constituída pela *proibição da proteção insuficiente* ou vedação à proteção deficiente. Conforme lição do jurista alemão BERNHARD SCHLINK, se se comparam situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Para ele, a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente, porque “ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz”, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito”.⁹⁰

No que pertine à proibição de excesso, leciona o lusitano J. J. GOMES CANOTILHO:

O princípio da proibição do excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da *necessidade* pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não

mas devem, também, estar em conformidade com o senso comum, o que nos conduz à ideia de consenso, de legitimidade, de compatibilidade com os valores prevalentes naquela comunidade na qual o princípio será aplicado. Além disso, a razoabilidade pode ser usada não apenas na aplicação de princípios a serem conciliados, mas também na aplicação de regras jurídicas, assemelhando-se, nesse caso, à equidade. [...] É nesse derradeiro requisito [proporcionalidade em sentido estrito] que a proporcionalidade diferencia-se com mais nitidez da razoabilidade, pois, enquanto a razoabilidade faz o controle da relação entre os meios e fins de acordo com o 'senso comum', a proporcionalidade o faz conciliando os princípios pertinentes que estejam positivados na constituição” (*Op. cit.*, p. 22-23).

⁸⁹ Cf. STF, ADI 1.158, medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 24.11.1994.

⁹⁰ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 367.

for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coactivo, relativamente aos direitos restringidos. O princípio da *proporcionalidade* em sentido estrito (princípio da justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte cargas coactivas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos.⁹¹

Consoante já enfatizado neste trabalho, a aplicação de medidas cautelares pessoais envolve uma permanente tensão entre princípios constitucionalmente previstos, especialmente em relação à presunção de inocência e aos atinentes à efetividade da persecução penal. Nessa ponderação entre valores constitucionais, assume o princípio da proporcionalidade um papel primordial na busca pelo equilíbrio entre os bens jurídicos em testilha.

Seguindo o modelo adotado por diversos países europeus,⁹² a Lei nº 12.403/2011 passou a prever expressamente a obrigatoriedade de que a aplicação de quaisquer medidas cautelares de natureza pessoal seja guiada pela proporcionalidade. Assim, dispõe o atual art. 282, I e II, do CPP, que se observará a “*necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” e a “*adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

O princípio da proporcionalidade possui como pressuposto formal a legalidade, de modo que todas as medidas restritivas de direitos fundamentais devem ser previstas em lei (*nulla coactio sine lege*) prévia e escrita, conferindo-se segurança jurídica aos cidadãos e previsibilidade quanto aos atos do poder público. Como pressuposto material, apresenta-se a chamada justificação teleológica, segundo a qual se busca a legitimação do uso da medida cautelar a partir da demonstração das razões por que a sua aplicação fez-se necessária em relação aos fins perseguidos, constitucionalmente legítimos e socialmente relevantes.

Pode-se afirmar, ainda, que a judicialidade e a motivação⁹³ constituem os requisitos extrínsecos da proporcionalidade. Os intrínsecos, por sua vez, são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação* da medida consiste no primeiro ponto a ser analisado ao se proceder à restrição de qualquer direito fundamental. Deve-se perquirir se o meio escolhido revela-se

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (7. reimp.). Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 457.

⁹² Art. 193 do CPP Português, art. 275 do *Codice di Procedura Penale* Italiano, art. 502.2 da *Ley de Enjuiciamiento* da Espanha e art. 137 do *Code de Procédure Pénale* Francês.

⁹³ A judicialidade e a motivação serão abordadas no tópico relativo à cláusula de reserva jurisdicional.

idôneo a alcançar a finalidade pretendida (adequação qualitativa). Insta observar, ainda, o aspecto quantitativo, atinente à intensidade e à duração da medida, bem como o âmbito subjetivo de aplicação (individualização do sujeito passivo, vedada a extensão indevida). Ademais, outro fator deve condicionar a análise da adequação da medida: *a sua efetividade prática*. Sempre que se verificar que a medida afigurar-se-á ineficaz, por falta de fiscalização ou de meios que garantam sua operacionalidade, deve ser considerada inadequada e, portanto, não pode ser decretada. Assim, a questão da possibilidade ou não de fiscalização da medida deve ser considerada concretamente pelo magistrado, no momento da análise de sua adequação.⁹⁴

Com efeito, conquanto o novo diploma legal haja positivado diversas medidas alternativas à prisão, não disciplinou de maneira pormenorizada a sua fiscalização. Destarte, inexistindo possibilidade prática de se fiscalizar a medida, deve o magistrado deixar de decretá-la, pois inócua e, por conseguinte, inadequada para neutralizar os perigos indicados no art. 282, I, e para tutelar os bens jurídicos em testilha no processo penal.

Registre-se, ainda, como decorrência do princípio da adequação, a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares, bastando que sejam logicamente compatíveis, como, *v.g.*, o recolhimento domiciliar noturno e o monitoramento eletrônico.

A segunda questão concernente à proporcionalidade diz respeito à *necessidade*, em que se verifica a inexistência de outro meio igualmente adequado, porém menos nocivo, ou menos agressivo, aos direitos fundamentais. Assim, somente se decreta uma medida cautelar quando imprescindível à proteção de determinado bem jurídico e inexistente outra forma menos gravosa de protegê-lo. Desse subelemento derivam a subsidiariedade da prisão cautelar (medida *ultima ratio*), a preservação de direitos não atingidos pela medida, a variabilidade das cautelares (cláusula *rebus sic stantibus*) e a revisão periódica da necessidade da restrição.

A referida revisão periódica, prevista na legislação portuguesa,⁹⁵ foi incluída no Senado durante a tramitação do Projeto nº 4.208/2001, no § 7º do art. 282, determinando que o juiz ou tribunal que houvesse decretado ou mantido a medida cautelar deveria, obrigatoriamente, reexaminá-la a cada 60 dias, ou em prazo menor, quando situação

⁹⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 43.

⁹⁵ Art. 213, § 1º, *a*, do CPP Português.

excepcional assim exigisse. Porém, com base em parecer da Comissão de Segurança Pública e de Combate ao Crime Organizado, de lavra do Deputado João Campos, o referido parágrafo foi excluído na Câmara, sob os discutíveis argumentos de que os magistrados restariam sobrecarregados e de que o ônus de provocar a revisão caberia à defesa.

Conquanto ausente expressa previsão legal, faz-se recomendável, em consonância com o princípio da necessidade, que o magistrado proceda periodicamente às análises em comento, conforme entendimento do STF.⁹⁶ Nessa linha, O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público editaram, em setembro de 2009, a Resolução Conjunta nº 01, determinando que as unidades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com competência em matéria criminal, infracional e de execução penal, implantarão mecanismos que permitam, com *periodicidade mínima anual*, a revisão da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei.⁹⁷

O terceiro e último requisito intrínseco da proporcionalidade consiste na *proporcionalidade em sentido estrito* (princípio da homogeneidade), segundo o qual se deve saber se, da conciliação do ato praticado, da finalidade por ele buscada, e do valor a eles subjacente, de um lado, e de outros princípios constitucionais, de outro, devem prevalecer, à luz do caso concreto, os primeiros ou os últimos. Cuida-se de um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de se constatar uma real justificação à restrição dos direitos fundamentais do indivíduo.

A medida cautelar de natureza pessoal somente se apresenta legítima quando o sacrifício à liberdade de locomoção do agente revelar-se proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. De fato, além de necessária e adequada, a imposição de determinada medida cautelar não pode implicar um gravame superior ao decorrente de eventual decreto condenatório. Evita-se, assim, que a medida perca sua essência cautelar, assumindo notório caráter punitivo.

⁹⁶ “Os fundamentos da prisão cautelar, considerada a excepcionalidade dessa medida, devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado, em evidente afronta ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil” (STF, HC 98.233, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJe* 28.10.2009).

⁹⁷ Art. 1º da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 01/2009. Aduz o art. 2º, ademais, que “A revisão consistirá, quanto à prisão provisória, na reavaliação de sua duração e dos requisitos que a ensejaram; quanto à prisão definitiva, no exame quanto ao cabimento dos benefícios da Lei de Execução Penal e na identificação de eventuais penas extintas; e, quanto às medidas socioeducativas de internação, provisórias ou definitivas, na avaliação da necessidade da sua manutenção (art. 121, § 2º, da Lei 8.069/90) e da possibilidade de progressão de regime”.

Seguindo o princípio da homogeneidade, o legislador brasileiro passou a admitir a prisão preventiva originária,⁹⁸ como regra geral, somente em caso de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP). Com efeito, havendo um prognóstico de que, ao final do processo, impor-se-ão penas restritivas de direitos, há nítida incongruência em se admitir tratamento mais gravoso durante o processo. Da mesma forma, não se afigura admissível a imposição de cautelares em caso de crime culposos. Frise-se, todavia, que, excepcionalmente, quando o acusado for reincidente em condutas lesivas a terceiros, mesmo culposas, constada a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, poder-se-á vislumbrar a decretação de alguma medida cautelar.⁹⁹

3.4.3 Cláusula de reserva jurisdicional

Consoante o princípio da jurisdicionalidade (ou judicialidade), requisito extrínseco da proporcionalidade e diretamente ligado ao *due process of law*, a decretação de qualquer medida cautelar de natureza pessoal condiciona-se à manifestação fundamentada da autoridade judiciária (art. 5º, LXI, do Texto Maior¹⁰⁰). A ordem há de ser, pois, escrita, motivada e prévia, no que concerne às prisões preventiva, temporária e às demais medidas, ressaltando-se o controle judicial posterior da legalidade da prisão em flagrante, que carece de força própria para, por si só, manter o agente encarcerado, conforme já enfatizado neste estudo.

Em harmonia com o princípio em tela, a Lei nº 12.403/2011 prevê, no art. 282, § 2º, que “*as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das*

⁹⁸ Discorreremos mais acerca do assunto no tópico “Descumprimento de medidas cautelares”, no Capítulo 4, quando abordaremos a prisão preventiva substitutiva ou subsidiária.

⁹⁹ Defendo a possibilidade excepcionalíssima de aplicação de medidas cautelares em crimes culposos: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 505.

¹⁰⁰ “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Ressaltem-se, no ponto, o disposto nos incisos LXII (“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”), LXV (“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”) e LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), todos do art. 5º, que reforçam a necessidade de apreciação do Poder Judiciário.

partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifamos). No mesmo sentido, dispõe o art. 321 do CPP, com redação dada pelo referido diploma, que, ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o *juiz* deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319, observados os critérios constantes do art. 282 do CPP. Como observa LUIZ FLÁVIO GOMES, “existe uma reserva absoluta de jurisdição, não se admitindo ordem nem sequer das CPIs”.¹⁰¹ Obtempera, ainda, o autor:

Antes da reforma legal que estamos aqui analisando, a prisão em flagrante era apontada como uma medida carente de judicialidade. Agora, com a nova redação do art. 310 do CPP, toda prisão em flagrante será imediatamente submetida ao juiz, que a converterá em prisão preventiva, quando presentes os seus requisitos legais. Não há mais dúvida de que também a prisão em flagrante está (agora) sujeita ao princípio da jurisdicionalidade.¹⁰²

Decorre ainda do princípio em comento a necessidade de fundamentação da medida cautelar, sendo imprescindível a demonstração dos motivos concretos que justificam a restrição ao direito de liberdade antes da sentença penal condenatória.¹⁰³ Ressalte-se, nesse aspecto, o disposto no art. 5º, LXI, e no art. 93, IX, ambos da CRFB/88. Nesse diapasão, aduz o art. 315 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

Costumam-se apontar como finalidades da fundamentação das decisões judiciais o controle do ato e a busca do convencimento da decisão. Revela-se fundamental sob a ótica de um processo penal garantidor de direitos individuais e coletivos a natureza instrumental que

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. RT: São Paulo, 2011. p. 48.

¹⁰² *Idem*. p. 48.

¹⁰³ “Ao aplicar a nova redação do art. 313, I, do CPP [‘Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos’], alterado pela Lei 12.403/2011, a 2ª Turma concedeu habeas corpus para cassar o decreto de prisão preventiva exarado em desfavor dos pacientes. Na espécie, eles foram acusados pela suposta prática dos delitos de resistência (CP, art. 329) e de desacato (CP, art. 331), ambos com pena máxima abstratamente cominada de 2 anos de detenção. Apontou-se que, com as inovações trazidas pela referida lei — a qual dispõe sobre matérias pertinentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, e demais medidas cautelares — a segregação, no caso, seria imprópria. Ademais, entendeu-se que o magistrado não reunira dados concretos hábeis a justificar a necessidade da constrição cautelar como meio necessário e inafastável para se resguardar a aplicação da lei penal. Ao contrário, assinalou-se que fora utilizado formulário padrão, previamente elaborado, o que evidenciaria, de forma flagrante, a ausência de individualização dos decretos prisionais” (STF, HC 107.617, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 23.08.2011. Informativo nº 637).

desempenha o princípio da motivação em relação às demais garantias.¹⁰⁴ Conforme lição do Ministro CELSO DE MELLO:

A privação cautelar da liberdade individual, não obstante o caráter excepcional de que se reveste, pode efetivar-se, mesmo tratando-se de réu primário e de bons antecedentes (RTJ 99/651 - RTJ 121/601 - RTJ 169/1030), desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos formais de decretabilidade da prisão preventiva. Uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de indícios suficientes de autoria, nada impede a válida decretação, pelo Poder Judiciário, dessa modalidade de prisão cautelar, sempre que ocorrente motivo de real necessidade que justifique a adoção dessa medida excepcional. [...] A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.¹⁰⁵

Ademais, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que a fundamentação da decisão deve pautar-se em elementos concretos, extraídos do mundo fenomênico, sendo insuficiente a mera repetição dos termos legais.¹⁰⁶ Digna de nota, nesse ponto, a veemente crítica de HÉLIO TORNAGHI:

Não basta, de maneira nenhuma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: ‘considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...’. Ou então: ‘a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal’. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania e ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas, o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.¹⁰⁷

A decisão não precisa ser excessivamente extensa, podendo perfeitamente apresentar-se de maneira concisa, desde que demonstre suficientemente o *fumus comissi*

¹⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 173.

¹⁰⁵ STF, HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 22.11.2007.

¹⁰⁶ Nesse sentido: STF, HC 98.006, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 05.02.2010.

¹⁰⁷ Apud MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 71.

delicti e o *periculum libertatis*,¹⁰⁸ com lastro em elementos concretos existentes nos autos e de modo individualizado para cada um dos atingidos pela medida.

Cumpra ressaltar, no que pertine à cláusula de reserva jurisdicional, a previsão do art. 322 do CPP, modificado pela Lei nº 12.403/2011, segundo o qual “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”. Nada impede, contudo, o posterior controle judicial da medida, com a cassação da fiança (art. 338 do CPP¹⁰⁹), em caso de ilegalidade cometida pela autoridade policial. Ademais, “recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da 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” (art. 335 do CPP).

Por fim, urge enfatizar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm admitindo a chamada fundamentação *per relationem* ou *aliunde*, em que a decisão judicial se baseia em manifestação anterior do processo, incorporando seus fundamentos. Deve-se verificar, apenas, se esta, à qual se faz remissão, afigura-se devidamente fundamentada e se possui os requisitos necessários à decretação da medida.¹¹⁰

Grande parte da doutrina, entretanto, posiciona-se contrariamente à fundamentação *per relationem*, por inexistir explicitação, pelo magistrado, das razões de decidir, não bastando o mero reenvio a uma manifestação *aliunde*. A íntegra do provimento consistiria em manifestação de uma das partes, o que afetaria até mesmo a imparcialidade da decisão. Com razão, aduz GOMES FILHO que “essa prática, além de não atender à apontada exigência de legitimidade, transferindo o ônus de motivar a sujeito diverso, também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a imparcialidade da decisão”.¹¹¹ A seguir, arremata: “incumbe ao juiz efetivamente decidir sobre esse ponto, até porque sua função é indelegável, não cabendo remissão ao que entenderam a autoridade policial ou o órgão de acusação, sendo imprescindível, portanto, a fundamentação expressa.”¹¹²

¹⁰⁸ STF, HC 97.967, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 16.04.2010.

¹⁰⁹ “A fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo”.

¹¹⁰ STF, HC 86.532, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15.08.2006, *Informativo* 436.

No mesmo sentido: STJ, HC 84.262, Rel. Min. Jane Silva, Quinta Turma, DJ 28.10.2007.

¹¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001. p. 199.

¹¹² *Idem*. p. 221.

3.4.4 *Contraditório*

A Lei nº 12.403/2011 inovou ao prever o contraditório prévio como regra geral à decretação de medidas cautelares pessoais, consoante disposto no art. 282, § 3º, do CPP: “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”.

Antes da reforma, as medidas cautelares de natureza pessoal eram decretadas *inaudita altera pars*, de modo que o contraditório restava diferido, postergado, exercido somente depois da execução da provimento judicial. Com o advento do novel diploma, assegura-se à parte a ciência prévia da decisão e a possibilidade de oferecer elementos de prova aptos a elidir os fundamentos da restrição. Abre-se, assim, uma maior possibilidade de acerto para o magistrado na medida a ser decretada. O contraditório, que pode parecer, em uma primeira impressão, burocrático, acaba por exercer a importante função de iluminar a decisão do juiz na sua tarefa de fazer justiça.¹¹³

AURY LOPES JÚNIOR critica a expressão “parte contrária”, salientando que ali deveria constar indiciado, acusado ou imputado, ironizando que “ainda não se tem notícia de réu pedindo a prisão preventiva de promotores...”. O referido doutrinador aduz, ademais, que, malgrado a lei não preveja se a intimação deve ter por escopo a realização de uma audiência ou a apresentação de resposta escrita, o ideal seria o juiz, à luz do pedido de adoção de alguma medida cautelar, intimar o imputado para uma audiência, em que, sob a égide da oralidade, efetivar-se-ia o contraditório e o direito de defesa, na medida em que o acusador sustentaria os motivos de seu pedido, e o réu, de outro lado, argumentaria sobre a falta de necessidade da medida.¹¹⁴ Nada obsta, porém, que se intime o acusado para oferecer resposta escrita, em prazo razoável estipulado pelo magistrado.

Ressalva a nova lei os casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida. Com efeito, revela-se incongruente a observância do contraditório nessas circunstâncias, ante a notória inocuidade do decreto judicial. Frise-se, todavia, que o risco de ineficácia há de ser

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. RT: São Paulo, 2011. p. 72.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21-22.

analisado à luz da própria finalidade da medida e das circunstâncias concretas, devendo o juiz, a despeito do silêncio legislativo, indicá-lo nos fundamentos do provimento cautelar. Na prática, revela-se excepcional a hipótese de o magistrado intimar a defesa para que se manifeste previamente acerca da possibilidade de prisão. De fato, a urgência caracteriza-se como inerente à própria custódia cautelar, de modo que o contraditório prévio possui âmbito especial de aplicação nas medidas pessoais diversas da prisão.

A nova sistemática também omite a necessidade de aplicação do princípio do contraditório quando da decretação de ofício pelo juiz. A nosso ver, inexiste qualquer justificativa razoável para a diferenciação. Constituindo-se a oitiva do acusado como regra geral, somente mostra-se dispensável nas situações expressamente previstas na lei (urgência e perigo de ineficácia da medida).¹¹⁵ Destarte, deve ser observado o contraditório, inclusive, quando o magistrado decreta a medida de ofício.

3.4.5 Legalidade. Poder geral de cautela?

Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, o princípio da legalidade consiste, em um primeiro aspecto, na exigência da estrita observância das formalidades legais estabelecidas para cada medida. Sob um outro prisma, a legalidade implica a necessidade de previsão legal de todas essas restrições (*nulla coactio sine lege*). Fala-se, pois, em tipicidade das medidas cautelares, embora inexista previsão explícita no ordenamento pátrio, mesmo com o advento da Lei nº 12.403/2011.¹¹⁶

Toda cautelar deve possuir base legal expressa (*lex scripta*). A lei restritiva de direitos há de ser certa, precisa, taxativa (*lex certa*), emanada dos representantes do povo (*lex*

¹¹⁵ Com entendimento semelhante: LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 50, e MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares*. Comentários à Lei nº 12.403/11. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2877, 18 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19131>>. Acesso em: 16 out. 2011.

¹¹⁶ Registre-se, no ponto, as previsões do CPP Português (art. 191, § 1º: “a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei”); e do *Codice di Procedura Penale* italiano (art. 272: “Le liberta' della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo”).

populis), clara (*lex clara*), inteligível, proporcional (*lex proporcionalis*) e prévia (*lex praevia*), devendo ser interpretada restritivamente (*lex stricta*).¹¹⁷

A doutrina majoritária entende que, no processo penal, inexistente poder geral de cautela e medidas cautelares inominadas. Caso contrário, haveria afronta ao princípio da legalidade, na sua dimensão da taxatividade, que protege os cidadãos de medidas restritivas à liberdade de locomoção não autorizadas por lei. Nesse sentido, leciona GOMES FILHO:

Assim é que, em primeiro lugar, não se pode cogitar em matéria criminal de um “poder geral de cautela”, através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede na jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à “legalidade da inteira pretensão”, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.¹¹⁸

Para essa corrente, admitir o poder geral de cautela pelo juiz criminal violaria o *due process of law*, haja vista o processo penal funcionar como instrumento limitador do *jus puniendi* estatal, restando inviabilizada a interpretação extensiva ou a aplicação analógica do art. 798 do CPC com o escopo de restringir a liberdade de locomoção do indivíduo.

Conforme lição de AURY LOPES JÚNIOR, na persecução penal, forma é garantia, inexistindo espaços para “poderes gerais”, de modo que não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil. Para o citado autor, a Lei nº 12.403/2011 criou um rol *taxativo* de medidas cautelares, sem jamais contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras providências além das previstas na legislação.¹¹⁹

De outra ponta, parte minoritária da doutrina sustenta a existência de um poder geral de cautela no processo penal. Nesse sentido, os tribunais superiores admitiam-no, antes da promulgação do novel diploma, em determinadas situações, com fulcro no art. 798 do CPC, combinado com o art. 3º do CPP, especialmente no que concerne à possibilidade de

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. RT: São Paulo, 2011. p. 46.

¹¹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 57.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16-19.

recolhimento do passaporte de réu com residência em Estado estrangeiro.¹²⁰ Nesse diapasão, ANDREY BORGES DE MENDONÇA pontifica:

[...] em relação às prisões cautelares, não se pode admitir qualquer restrição baseando-se no poder geral de cautela. [...] Ademais, nas hipóteses de medidas cautelares típicas, em que os requisitos estão expressamente previstos em lei [...], não se pode admitir a utilização do poder geral de cautela para burlar referidos requisitos, criando-se medidas inominadas em detrimento do investigado ou acusado. [...] Porém, fixados esses dois limites – prisões processuais e medidas cautelares típicas, com requisitos expressamente estabelecidos –, onde vigora a tipicidade das medidas cautelares, ainda haverá campo para aplicação do poder geral de cautela, inclusive nas medidas cautelares penais não prisionais. É verdade que hoje com menor amplitude, após a reforma trazida pela Lei 12.403/2011, mas nos parece que ainda persiste um poder geral de cautela no processo penal.¹²¹

Impende transcrever, ainda, a opinião de RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

[...] pensamos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, para fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação de prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado.¹²²

Acerca das divergências em testilha, entendemos que se revela inadmissível conferir, como regra, um poder geral de cautela ao magistrado criminal. Em se tratando de restrição à liberdade do indivíduo, somente se podem admitir medidas cautelares nas hipóteses expressamente previstas em lei, sob pena de se incorrer no odioso arbítrio estatal. Mister, contudo, proceder a uma última ressalva.

¹²⁰ STF, HC 94.147, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, *DJe* 12.06.2008; STJ: STJ, HC 114.734, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, *DJe* 30.03.2009.

¹²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 80.

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar*. Niterói: Impetus, 2011. p. 377. Com entendimento semelhante: LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25-28 e DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

Situações há em que, mesmo com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, que instituiu diversas medidas alternativas à prisão processual, poderá o juiz vislumbrar a possibilidade de aplicação de uma medida inominada necessária, adequada e proporcional em sentido estrito, com o escopo de evitar uma custódia provisória. Partindo-se do pressuposto de que, no processo penal, forma é garantia, e de que o princípio da legalidade objetiva justamente evitar o abuso do poder do Estado na liberdade individual, verificando-se, no caso concreto, que nenhuma das cautelares típicas se mostra útil e que só restaria ao julgador decretar a prisão preventiva do acusado, a imposição de uma restrição não prevista em lei apresenta-se inofismavelmente benéfica ao indivíduo. Um excessivo apego à legalidade tornaria por prejudicar o cidadão, subvertendo a própria lógica garantidora do princípio em comento.

Não se trata, todavia, de admitir um poder geral de cautela no processo penal, mas de conferir ao magistrado, *excepcionalmente*, a possibilidade de lançar mão de uma medida cautelar inominada em favor do réu, de modo a evitar a decretação da preventiva ou de outra restrição significativamente mais gravosa. Forçoso reconhecer, por fim, que a Lei nº 12.403/2011, ao prever diversas medidas típicas, reduziu sobremaneira essa possibilidade, mas não se pode olvidar da complexidade do mundo fenomênico e da necessidade de acautelamento de situações não previstas legalmente. Frise-se, contudo, que somente se deve permitir excepcionar o princípio da legalidade *em benefício do acusado*.

4 MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS EM ESPÉCIE

Cuidaremos, por fim, das medidas em espécie, tratando de finalidades, âmbito de aplicação, procedimento, descumprimento e detração.

4.1 Finalidades

Conforme já ressaltado neste estudo, a Lei nº 12.403/2011 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o modelo polimorfo, em substituição ao sistema binário (ou bipolar), que regia a tutela cautelar pessoal no processo penal e que se fundava unicamente na possibilidade, diante do *periculum libertatis*, de decretação de prisão ou de concessão de liberdade provisória.

Um dos principais escopos da nova lei consiste justamente na transformação da custódia provisória em providência *ultima ratio*, de modo que a positivação de diversas medidas alternativas à prisão veio a viabilizar o estabelecimento da excepcionalidade da prisão preventiva. Disciplinadas no Capítulo V (“Das Outras Medidas Cautelares”) do Título IX (“Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”), em especial no art. 319 do Código de Processo Penal, as referidas medidas, eis que dotadas de cautelaridade, devem preencher os pressupostos essenciais à sua decretação (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*).

Nesse aspecto, o art. 282, I, do CPP,¹²³ com redação dada pelo novel diploma, estabelece as finalidades dos provimentos em comento, que deverão visar neutralizar o perigo para a aplicação da lei penal e para a investigação ou instrução criminal, e evitar a prática de infrações penais. A primeira finalidade volta-se a prevenir a fuga do réu durante o processo, o que inviabilizaria a futura aplicação da lei penal. A segunda, por sua vez, relaciona-se à proteção das fontes de prova contra alteração, destruição ou ameaça por parte do imputado, de

¹²³ 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*; [...].

modo a favorecer a busca pela verdade real. Ademais, almeja-se coibir o risco de reiteração criminosa, tomando por base elementos concretos que indiquem a probabilidade de cometimento de novos delitos.

Em complemento às finalidades genéricas para decretação de medidas cautelares, previstas no art. 282, I, que indica qual o perigo a ser neutralizado, alguns incisos do art. 319 prevêem fins específicos para cada espécie. Assim, a proibição de se ausentar-se da comarca ou do país, por exemplo, será imposta “quando conveniente ou necessária para a investigação ou instrução” (inciso IV). Para AURY LOPES JÚNIOR, “a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não para tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível, mas infelizmente não foi esse o texto final aprovado”. A seguir, arremata incisivamente o autor: “e, como não vemos espaço hermenêutico para, por passe de mágica, mudar de 'tutela da lei penal' para 'tutela da prova', a medida deve ser utilizada nos limites legais e não subvertida. E, nos limites legais, é inadequada aos fins que se pretende...”.¹²⁴ Outro exemplo de propósito específico estabelecido pelo legislador encontra-se no inciso II do artigo em epígrafe, a saber: “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*” (grifamos).

ANDREY BORGES DE MENDONÇA, contudo, aduz que a decretação de quaisquer medidas cautelares deve observar as finalidades previstas no art. 282, I, do CPP, de maneira que os objetivos firmados pelo legislador nos incisos do art. 319 não vinculariam o juiz, afigurando-se como mera orientação ao magistrado na indicação da adequação da medida alternativa e, também, na aptidão dela para tal ou qual fim. Inexistiria, pois, óbice à possibilidade de o julgador impor uma cautelar com o fito de neutralizar outros riscos, desde que restritos aos indicados no art. 282, I, do CPP.¹²⁵

A seu turno, aduz EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, com razão, que a referência feita na lei às finalidades e propósitos de cada medida não pode afastar o juízo de pertinência para situações diversas daquelas. Em seguida, salienta:

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 133-134.

¹²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 427-428.

E que nem se venha a alegar que entraria em cena o princípio da legalidade em matéria de limitações de direito. Não se trata disso. [...] Veja-se, por exemplo, que a medida de suspensão de função pública ou de atividade econômica ou financeira, tal a hipótese do art. 319, VI, pode se revelar muito mais útil em determinadas situações que para aquelas nominadas na lei. [...] desde que mantida a vinculação da fundamentação da cautelar às finalidades genéricas de sua concessão (art. 282, I e II, CPP), nada impedirá a aplicação de qualquer uma delas, mesmo quando afastada da definição legal de seu objetivo. Entendimento contrário, além de conduzir a grave retorno a um arcaico positivismo legalista, em que se vê o legislador como ser onipotente e incapaz de erros ou limitações, poderá justificar o incremento e a preferência pela prisão preventiva, sempre que uma finalidade cautelar não estiver contida na respectiva definição legal.¹²⁶

Com efeito, as finalidades específicas previstas nos incisos do art. 319 do CPP não possuem o condão de restringir em absoluto a escolha do juiz no que atine à medida mais adequada (art. 282, II). Pode o julgador, excepcionalmente, optar pela melhor providência com finalidade diversa da prevista, desde que respeitadas os objetivos gerais do art. 282, I, de modo a evitar que o excessivo apego à legalidade positivista resulte na prisão preventiva do acusado.

4.2 Âmbito de aplicação. Procedimento

As medidas cautelares distintas da prisão podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante, conforme se depreende da leitura do art. 282, §2º, do CPP, diferentemente do que ocorria sob a égide da legislação pretérita, que somente previa a concessão de liberdade provisória (e a consequente imposição de restrições ao imputado) a quem fosse capturado em estado de flagrância.

Nesta senda, parte da doutrina entende que, com o advento da Lei nº 12.403/2011, a imposição de cautelar diversa da prisão equivale, em qualquer fase do processo e independentemente de prévia prisão em flagrante, à concessão de liberdade provisória, com os deveres inerentes a cada medida. Para alguns autores, a nova sistemática modificou o instituto em comento de mero sucedâneo do flagrante ao status de cautela originária.¹²⁷

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 519-520.

¹²⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 338.

Com a devida vênia, pensamos que a melhor interpretação consiste em conceber a liberdade provisória como uma *contracautela*, alternativa à prisão cautelar, situando-se após a prisão em flagrante e antes da preventiva, como medida impeditiva da segregação provisória. Continua sendo substitutiva da prisão em flagrante já efetivada, sem caracterizar-se como medida originária.¹²⁸

Nessa esteira, leciona EDILSON MOUGENOT BONFIM, já sob o pálio da nova lei:

[...] a liberdade provisória deve ser entendida como uma verdadeira medida ‘contracautelar’ alternativa à decretação da prisão preventiva, justamente visando impedir que o acusado, preso em flagrante, tenha sua detenção convertida em prisão preventiva. [...] é medida que se sobrepõe à prisão provisória, cautelar, sendo compatível com a prisão em flagrante legal. Não se aplica, em razão mesmo de incompatibilidade essencial – em substituição à prisão preventiva e à temporária (uma vez ausente qualquer um de seus requisitos, devem ser revogadas), bem como à prisão em flagrante ilegal (que deve ser relaxada).¹²⁹

De fato, não há falar em concessão de liberdade provisória para aquele que já se encontra em liberdade, mas, sim, em decretação de alguma medida cautelar distinta da prisão, com as obrigações dela decorrentes. Da mesma forma, substituir a preventiva por uma medida diversa implica não a concessão de liberdade provisória, mas a revogação da prisão e a imediata imposição de outra cautelar. Destarte, a Lei nº 12.403/2011 não modificou, a nosso ver, a natureza da liberdade provisória, permanecendo esta como *contracautela* à prisão em flagrante.

Conforme dicção do art. 283, §1º, do CPP, “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”. Verifica-se, no dispositivo, a única restrição relativa à

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

¹²⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal*. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156. No mesmo sentido, ensina Pacelli: “[...] a imposição de qualquer outra medida cautelar desacompanhada da fiança poderia se qualificar como *liberdade provisória sem fiança*. Evidentemente, se for assim, sequer haverá a necessidade do uso dessa expressão (liberdade provisória), sendo ela em tudo equiparada a modalidades diferentes de medidas cautelares. Por isso, e seguindo a tradição de nosso direito, pensamos que ela, a expressão *liberdade provisória*, deve ser reservada para as diversas formas de *restituição da liberdade*, após a prisão em flagrante, exatamente como era o nosso regime anterior à Lei 12.403/11. Note-se que, no caso de eventual substituição da prisão preventiva por outra cautelar menos gravosa, não se poderá falar em liberdade provisória, mas de *substituição entre cautelares* (art. 282, § 5º, CPP)” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 577).

aplicação das cautelares, ressalvando-se apenas a necessidade de ocorrência de violência ou grave ameaça no caso de internação provisória do inimputável ou semi-imputável. Acrescenta, ainda, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA:

Com redobradas razões, não se imporá a prisão preventiva e nem mesmo qualquer outra medida cautelar nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo, segundo assim dispuser a respectiva Lei 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. [...] Relembre-se que o parágrafo único do art. 69, Lei 9.099/95 veda também a imposição de fiança para tais infrações, permitindo apenas o afastamento do lar em hipóteses de violência doméstica. Por fim, pensamos que, para as infrações penais para as quais sejam cabíveis e (desde que) aceitas as hipóteses de suspensão condicional do processo, tais como previstas no art. 89 da Lei 9.099/95, não se poderá recorrer às novas medidas cautelares. E assim nos parece porque a suspensão do processo, em si, já determina a ausência de necessidade de preservação da efetividade do processo. Não bastasse isso, as condições exigidas e impostas para a suspensão, segundo o ali disposto (art. 89, I, II, III e IV), já oferecem garantias acauteladoras, guardando, inclusive, identidade com as novas regras trazidas pela Lei 12.403/2011.¹³⁰

Dessa maneira, os critérios para fixação das medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente, devem ser observados pelo magistrado à luz do caso concreto e, em especial, do princípio da proporcionalidade, inexistindo uma escala de gravidade legalmente prevista entre as cautelas.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, I, II e III, CPP). Ademais, se o magistrado verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato acobertado por excludente de ilicitude, poderá, em decisão motivada, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único). Adicione-se, ainda, uma quarta possibilidade, em caso de inexistência de qualquer cautelaridade: a concessão de liberdade plena e incondicionada.¹³¹

¹³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 505-506.

¹³¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 334.

As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, 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 (art. 282, § 2º, do CPP). O § 5º do artigo em tela, por sua vez, prevê que a possibilidade de o juiz revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim, infere-se dos citados dispositivos que as medidas cautelares são decretadas em três situações distintas: a) em substituição à prisão em flagrante homologada pelo juiz (significando, pois, concessão de liberdade provisória); b) autonomamente, estando o réu em liberdade no curso do processo; c) ou em substituição a uma prisão temporária ou preventiva anteriormente aplicada.

Durante a investigação criminal, possuem legitimidade para requerer a decretação de uma cautelar pessoal o Ministério Público, como *dominus litis* e titular exclusivo da ação penal pública, e a autoridade policial, não se admitindo ao magistrado, em respeito ao modelo acusatório adotado pelo nosso ordenamento, o poder de decretá-las de ofício, sob pena de se acarretar prejuízos à imparcialidade do órgão julgador. Haveria, ainda, a formação de um juízo antecipado acerca da *opinio delicti*, usurpando atribuições constitucionalmente asseguradas ao *Parquet*. Antes do início do processo, não cabe ao magistrado exercer, sem prévia provocação, qualquer atividade que possa ensejar colaboração com o acusador, mas somente tutelar as liberdades fundamentais e a legalidade da investigação.¹³² O afastamento da atividade investigatória não o transmuda em mero espectador da instrução preliminar, mas, ao contrário, tem como consequência o reconhecimento e o robustecimento de seu verdadeiro papel em um Estado Democrático de Direito: de *garantidor da legalidade da investigação*.¹³³

Para alguns autores, o delegado não possuiria capacidade postulatória autônoma para requerer, sem a oitiva do MP (como ocorre, não raras vezes, na prática) ou com

¹³² “Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal” (STF, HC 97.553, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJe* 09.09.2010).

¹³³ CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: Fundamentos e Limites Constitucionais*. São Paulo: RT, 2007. p. 159.

manifestação contrária deste, medidas cautelares durante o inquérito.¹³⁴ Em sentido oposto, argumenta-se que, tendo a fase de investigação, no Brasil, natureza administrativa, as cautelares que não estão vinculadas a um processo penal (rigorosamente falando), mas dependem de ordem judicial, podem ser objeto de representação da autoridade policial, nos termos do art. 282, § 2º, do CPP, sem que se possa aduzir uma ausência de capacidade postulatória.¹³⁵ Pensamos, porém, que se afigura de bom alvitre a intimação do *Parquet*, titular da ação penal pública, para manifestar-se acerca da representação do delegado, desde que ausente qualquer urgência na decretação da medida.

Na fase judicial, diferentemente, uma vez provocada a jurisdição por meio de denúncia do *Parquet* ou por queixa-crime do ofendido, a lei permite a atuação oficiosa do juiz, caso verifique a necessidade de provimento cautelar para preservar o resultado do processo, a prova ou a segurança da sociedade. Nesse diapasão, sintetiza PAULO RANGEL:

Assim, devemos ressaltar que o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus lictis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautela real (busca e apreensão). Assim, fazemos distinção: no curso do inquérito policial não pode (e não deve) o Juiz decretar a medida de ofício, porém no curso do processo nada obsta que o faça em nome dos postulados acima mencionados.¹³⁶

Impende salientar que, no decorrer do processo, o assistente habilitado possui legitimidade, como “parte acessória” do órgão acusatório, para requerer medidas cautelares. Na ação privada, o ofendido, a despeito do silêncio legislativo, também poderá solicitar medidas no curso da investigação. Ora, se a lei lhe atribui legitimidade para a ação penal de iniciativa privada, devem-se considerar a ele conferidos também todos os instrumentos pertinentes ao exercício de seu direito, dentre os quais a legitimação para pleitear a imposição de medidas cautelares.

¹³⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 244.

¹³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 521-522.

¹³⁶ RANGEL, Paulo. *Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 19 out. 2011.

Em conformidade com o exposto no tópico 3.4.4, relativo ao princípio do contraditório, o magistrado deverá, ressalvadas situações de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, ouvir o imputado não apenas em caso de requerimento de cautelar, como se pode inferir de uma interpretação literal do art. 282, § 3º, mas também quando decretá-las de ofício. Segundo o princípio da jurisdicionalidade, somente o magistrado poderá impor a restrição, à exceção do arbitramento de fiança pela autoridade policial em crime cuja pena máxima não supere quatro anos.

Ademais, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 282, § 5º, do CPP – provisionalidade). Desaparecida a situação fática que ensejou a decretação da cautelar, cabe ao órgão julgador revogá-la ou substituí-la (*rebus sic stantibus*). Registre-se, ainda, que, em sintonia com o escopo legislativo de transformar a prisão preventiva em medida *ultima ratio*, o § 6º do artigo em tela reza que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.¹³⁷

Prescreve o § 1º do art. 282, em perfeita harmonia com o princípio da proporcionalidade, especialmente do que diz respeito à adequação das restrições, que “as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente”. Assim, a lei confere ao magistrado a possibilidade de, diante do caso concreto, aplicar cumulativamente duas ou mais medidas, desde que logicamente compatíveis, como, *v.g.*, o recolhimento domiciliar noturno e o monitoramento eletrônico, na busca pela concretização do princípio da adequação.

Quanto ao prazo de duração das medidas cautelares, saliente-se que o legislador não fixou seus limites, podendo-se conceber que durarão enquanto necessárias à neutralização dos riscos que visam tutelar. Porém, não significa que seja possível sua eternização. As medidas cautelares alternativas à prisão constituem medidas restritivas de direitos, aplicáveis durante o trâmite do processo. Tendo em vista o princípio da proporcionalidade, da duração razoável do processo e da própria característica da provisoriedade das medidas cautelares, não se pode admitir que as medidas alternativas à prisão durem indefinidamente. Deve o magistrado, à luz da razoabilidade e da análise concreta da complexidade do caso, da conduta defensiva e da atuação dos órgãos envolvidos com a persecução, verificar a ocorrência de

¹³⁷ Falaremos sobre o descumprimento das cautelares em tópico apartado (4.4).

eventual excesso de prazo. Porém, o raciocínio não pode ser tão estrito quanto em relação ao excesso de prazo na prisão do réu, vez que as medidas descarcerizadoras revelam-se muito menos restritivas aos direitos fundamentais que a segregação cautelar.¹³⁸

Com base em interpretação extensiva do disposto no art. 581, V, do CPP,¹³⁹ é possível afirmar que, apesar de não se encontrar referência expressa às novas medidas cautelares, caberá recurso em sentido estrito da decisão que deferir ou indeferir tais provimentos. Se estiver contida na sentença, porém, o recuso oponível será o de apelação, *ex vi* do art. 593, I.¹⁴⁰ Caso o juiz indefira o pedido de substituição da prisão preventiva por uma medida alternativa, não restam dúvidas quanto ao cabimento do *habeas corpus*, em razão da inegável restrição à liberdade de locomoção do indivíduo. O mesmo se diga em relação recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga (art. 319, V).

Seguindo-se o entendimento jurisprudencial dominante de que se revela cabível o manejo do *writ* em epígrafe ainda que o risco à liberdade ambulatorial seja indireto, admitir-se-á o uso do remédio heroico também para as demais medidas, diante da possibilidade de sua conversão em prisão preventiva, em caso de descumprimento (art. 282, § 4º, do CPP).¹⁴¹ Frise-se, ainda, o parcial constrangimento à liberdade causado por algumas dessas medidas, o que viabiliza a impetração do *writ*. EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, contudo, não adere à tese (que deverá prevalecer), ressaltando apenas o recolhimento domiciliar, em que há efetiva restrição à liberdade de locomoção. Para este doutrinador, o risco da decretação da preventiva dependeria unicamente do investigado ou do acusado submetido à restrição, estando a custódia vinculada, portanto, ao cumprimento da medida a ele imposta. Não haveria que se falar, em tese, em risco de agravamento da situação do investigado ou acusado por ato de órgãos do Estado.¹⁴²

¹³⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 469.

¹³⁹ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.

¹⁴⁰ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular.

¹⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo. *Medidas cautelares*: projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 459.

¹⁴² Obtempera o autor ainda que “o problema, para nós, sequer é a possibilidade da utilização do *habeas*, que até pode existir, enquanto instrumento processual e constitucional de proteção individual. No entanto, o que nos parece injustificado, *exclusivamente no caso de réu solto*, é a *preferência no seu julgamento*. A situação atual nos Tribunais, sobretudo os Superiores, indica que as matérias constantes dos inúmeros e infindáveis

4.3 Medidas cautelares em espécie

Abordaremos, agora, cada uma das medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/2011.

4.3.1 Comparecimento periódico em juízo

O art. 319, I, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê como medida cautelar distinta da prisão o “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”.

A denominada apresentação periódica já era prevista no Código de Processo Penal Português (art. 193, I) e no *Codice di Procedura Penale* Italiano (art. 282), com a diferença de que nestes ordenamentos se permite a apresentação à polícia judiciária.

Objetiva-se com a medida descarcerizadora em comento a vinculação do imputado ao juízo, possuindo especial utilidade para a garantia da aplicação futura da lei penal, quando há risco de fuga do réu ou probabilidade de que este se ausente por considerável período, em paradeiro indeterminado. Revela-se adequada a situações em que o réu não possui vínculos com o local, havendo perigo de não ser encontrado posteriormente.

Havendo aplicação dessa medida, o réu comparecerá, *pessoal* e periodicamente, perante a Secretaria do Juízo, com o fito de informar sua residência e suas atividades, caso empregado. Não há óbice, obviamente, à imposição da cautelar em epígrafe ao acusado

habeas corpus que são ali impetrados rotineiramente são *as mesmas* dos inúmeros recursos de apelação que também deságuam nas instâncias recursais (inépcia da inicial, *error in procedendo*, nulidades várias etc.). Por que então se dar preferência àqueles que impetram o *habeas*, quando não há ninguém preso???” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 527 – grifos no original).

desempregado. Do contrário, incorrer-se-ia em inadmissível discriminação em relação a considerável parcela da população nacional.¹⁴³

Cumpra registrar que dispositivo semelhante encontra-se no art. 89, § 1º, IV, da Lei nº 9.099/1995, como dever imposto ao acusado beneficiado pela suspensão condicional do processo. Diferencia-se, entretanto, pela previsão, neste, de comparecimento mensal. O novel diploma, por sua vez, atribui ao magistrado o dever de estabelecer a periodicidade adequada ao caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, das condições pessoais do agente e da gravidade dos fatos (art. 282, II, do CPP). Ademais, esse comparecimento periódico também deve atentar para o horário da jornada de trabalho do acusado, de modo a não prejudicá-la, haja vista que toda medida cautelar deve pautar-se pela menor danosidade possível, inclusive no que tange à estigmatização social do imputado. É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e a certificação do paradeiro do réu, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal.¹⁴⁴

Registre-se, ademais, que, ainda que o investigado ou acusado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação,¹⁴⁵ afigura-se possível a imposição da cautelar em comento, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, por meio de precatória ou por simples registro em livro próprio e posterior confirmação ao juiz da causa.¹⁴⁶

4.3.2 Proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares

Prescreve o inciso II do art. 319 a medida de “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou

¹⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 431.

¹⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 129.

¹⁴⁵ No que tange à prisão preventiva do réu que não reside no distrito da culpa, manifestou-se recentemente o STF: “O fato de o réu não residir no distrito da culpa não constitui, por si só, motivo bastante para justificar a denegação do direito de recorrer em liberdade. [...] Consignou-se que constituiria discriminação de ordem regional, vedada pelo art. 3º, IV, da CF, considerar o fato de a residência do réu não estar localizada no distrito da culpa. Ressaltou-se não haver motivo idôneo para a manutenção da custódia cautelar (STF, RHC 108.588, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 13.9.2011. Informativo nº 640).

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 507.

acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações”. Dispositivo semelhante encontra-se previsto no art. 89, §1º, II, da Lei nº 9.099/1995, como condição para o deferimento da suspensão condicional do processo. Nesta norma, contudo, não há proibição explícita de acesso, apenas de frequência a determinados lugares.

A restrição em tela possui utilidade, por exemplo, em relação a membros de torcidas organizadas que costumam delinquir em estádios de futebol, de modo a evitar a reiteração delituosa. Revela-se hábil, pois, a proibir o acesso (adentrar por uma única vez) ou frequência (contumaz repetição de acessos) a determinados locais que, por sua natureza, localização, tipo de frequência ou finalidade, favorecem a prática de infrações penais, sejam públicos (estádios, pontos de venda de drogas) ou privados (casas noturnas, bares, residências de comparsas). Urge observar, todavia, que a vedação deve ser específica e individualizada, não se permitindo a proibição de acesso a lugares em termos genéricos.

Registre-se, ainda, que a medida pode dizer respeito, inclusive, à própria residência do imputado, quando a vítima lá residir, em relação de coabitação. Nela estaria implicitamente incluída, destarte, a possibilidade de afastamento do lar (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, e art. 22, II, da Lei nº 11.340/2006).¹⁴⁷

Faz-se mister, contudo, que se confira operacionalidade e eficácia à restrição em tela, com o manejo de instrumentos idôneos à sua fiscalização, comunicando-se de imediato à Polícia Judiciária ou à Polícia Militar,¹⁴⁸ para apoio ao cumprimento, ou, até mesmo, cumulando-a com o monitoramento eletrônico.

Enfatize-se, por fim, que a cautelar em epígrafe é cabível, também, por conveniência da investigação ou da instrução criminal, como forma de evitar pressões sobre testemunhas ou para acautelar outras provas, eis que as referências dispostas na lei aos propósitos de cada medida não podem afastar, de modo absoluto, o juízo de pertinência para situações diversas, desde que atendidas as finalidades genéricas do art. 282, I, do CPP.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 434.

¹⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 359.

¹⁴⁹ Conforme exposto no tópico “Finalidades” (4.1).

4.3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada

O art. 319, III, do Código de Processo Penal, dispõe acerca da “proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”, que já era prevista na Lei Maria da Penha (art. 22, III, *b*, da Lei nº 11.340/2006).

Como parece nítido, a medida pode trazer algumas dificuldades práticas. Encontros e desencontros são, de modo geral, imprevisíveis. Assim, o que deve ser evitado e proibido é a procura de contato com a pessoa para com a qual se estabeleceu a cautelar.¹⁵⁰

Podem-se destacar duas finalidades básicas no que pertine à cautelar em comento: a) evitar a reiteração delituosa, protegendo-se pessoas determinadas que se encontrem em situação de risco causado pelo comportamento do agente (principalmente em caso de violência ou grave ameaça), ou, até mesmo, proibindo-se o contato com coautores; b) preservar o regular andamento da investigação ou da instrução criminal, de maneira a impedir que o imputado influencie o depoimento do ofendido ou da testemunha, o que prejudicaria a busca pela verdade real.

É possível a vedação a qualquer tipo de contato (pessoal, telefônico, escrito, eletrônico), bem como a determinação judicial de distância mínima entre o acusado e a vítima (ou testemunha), ou, ainda, da residência desta. Dessa forma, é de bom alvitre a comunicação da decretação da medida à pessoa com a qual o imputado encontra-se proibido de contatar, advertindo-a de que, em caso de violação à ordem, poderá comunicar o fato imediatamente à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao juízo. Espera-se, todavia, o devido cuidado dos juízes na avaliação de eventuais denúncias de descumprimento da medida, de modo a evitar decisões precipitadas, que poderiam conduzir à prisão preventiva em manifesta violação à proporcionalidade.¹⁵¹ Com efeito, cumpre ao magistrado levar em consideração os demais elementos do acervo probatório, de acordo com seu livre convencimento motivado, sendo de bom tom, antes de substituir a medida por uma mais gravosa ou cumulá-la com

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 509.

¹⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 132.

outra, ouvir o acusado, caso inexista urgência ou perigo de ineficácia da providência (art. 282, § 3º, do CPP).

4.3.4 Proibição de ausentar-se da comarca ou do País

Estabelece o art. 319, IV, a “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”.¹⁵² O art. 320, a seu turno, reza 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”.

Fácil perceber, de plano, que a valia prática maior da proibição de ausentar-se da comarca ou do país é justamente garantir a aplicação da lei penal, ante o risco de fuga, conquanto a lei fale em conveniência da investigação ou da instrução criminal. Todavia, o magistrado não se encontra integralmente adstrito a esta finalidade expressa, conforme frisado no tópico 4.1. Segundo MARCELLUS POLASTRI LIMA, “na verdade, o que se quer é evitar a fuga, além de deixar o acusado presente para fins de prova, desde que estas não sejam passíveis de autoincriminação, quando a diligência ou prova dependerá de concordância do agente”.¹⁵³

Com efeito, o réu não pode ser compelido a participar da produção de provas que ensejam intervenção corporal com sua colaboração ativa (exame grafotécnico, teste de alcoolemia, v.g.), ante o princípio do *nemo tenetur se detegere*, decorrente da presunção de inocência. A proibição de ausentar-se da comarca será útil, contudo, para a investigação ou instrução criminal, em caso, por exemplo, de necessidade de reconhecimento de pessoa, podendo o juiz, inclusive, determinar a condução coercitiva do acusado para esse fim (art. 260, parte final, CPP).¹⁵⁴

¹⁵² Semelhante ao art. 89, § 1º, III, da Lei nº 9.099/1995.

¹⁵³ LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 158.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 509.

4.3.5 Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga

O inciso V do art. 319 do CPP dispõe acerca do “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”.

Verificando o magistrado a desnecessidade de privação total da liberdade do acusado e a proporcionalidade da restrição em comento, deverá optar pela medida do art. 319, V, com o escopo de tutelar a investigação ou a instrução criminal ou para evitar a reiteração delituosa. Cuida-se de medida de valiosa utilidade para o réu cuja privação do trabalho acarrete prejuízos financeiros consideráveis a si ou a sua família. Deve-se englobar na expressão “trabalho fixo”, também, a atividade de estudante. Nesse aspecto, se o agente estiver à procura de emprego ou, ainda, se o juiz entender que, à luz do caso concreto, mostra-se relevante a necessidade de recolhimento ao domicílio no período noturno e nos finais de semana, também poderá ser decretada a medida.¹⁵⁵

Impende ressaltar que a cautelar em tela baseia-se, principalmente, no senso de responsabilidade do acusado e na autodisciplina. Malgrado o silêncio da lei, é de bom alvitre a sua imposição cumulativa com o monitoramento eletrônico, haja vista a dificuldade de sua fiscalização, caso decretada isoladamente.

4.3.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira

Seguindo a linha de disposições da legislação extravagante (art. 56, § 1º, da Lei de Drogas; art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967; art. 29 da LOMAN) e dos ordenamentos estrangeiros (art. 199 do CPP Português; art. 293, nº 4, do CPP Italiano), a Lei nº 12.403/2011 introduziu no Código de Processo Penal a medida cautelar de natureza pessoal consistente na “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza

¹⁵⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 438.

econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais” (art. 319, VI).

Na primeira hipótese, a medida em tela poderá recair sobre *função pública*, concebida, segundo lições do Direito Administrativo, como atividade exercida pelo agente público junto à Administração, em cargo ou mandato eletivo, por autorização ou delegação do Poder Público ou, ainda, no âmbito de empresas públicas e sociedades de economia mista. Englobam-se todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta: agentes políticos, servidores públicos e os particulares em colaboração com o Poder Público.¹⁵⁶

O conceito de atividades econômico-financeiras é bastante amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigando ou processando. A atividade empresarial, de modo geral, implica o simples desempenho de atividade de natureza econômica. A seu turno, a atuação junto a bancos, comerciais ou não, e demais instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfaz o conceito de atividade financeira.¹⁵⁷

No que se refere à finalidade específica de evitar a reiteração delituosa, faz-se imprescindível verificar a existência de *nexo funcional* entre a atividade a ser suspensa pela cautelar e a conduta imputada ao agente. Destarte, revela-se indispensável que o imputado haja se aproveitado das vantagens fornecidas pela sua função pública ou pela atividade de natureza econômico-financeira para a prática do delito. Somente assim, a medida em epígrafe revestir-se-á da cautelaridade necessária para neutralizar o risco de prática de novas infrações penais.

Em sintonia com a explanação constante do tópico 4.1, a referida cautelar também será cabível para a tutela da prova, por conveniência da investigação ou da instrução criminal, quando existente o perigo de o acusado utilizar-se da função exercida para destruir provas, intimidar vítimas ou pressionar testemunhas.

Outro ponto importante acerca da restrição sob enfoque diz respeito à continuidade da percepção mensal da remuneração por parte do agente público. Em face do princípio da presunção de não culpabilidade, já deliberou o Supremo Tribunal Federal que,

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 431.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 512.

em caso de prisão do funcionário público, a diminuição ou cessação do salário antes do trânsito em julgado violaria o referido princípio.¹⁵⁸ Seguindo esse raciocínio, o Pretório Excelso deverá aplicar o mesmo entendimento em caso de aplicação de medidas cautelares alternativas.

Registre-se, por fim, a possibilidade de suspensão temporária e excepcional das atividades de uma empresa, caso utilizada como instrumento para prática criminosa pelo acusado, desde que justificada a medida na necessidade de prevenir novas atividades delitivas ou a ocorrência de seus efeitos. Diante da extrema gravidade da medida e de sua significativa repercussão na marcha da entidade, todavia, deve ser reservada a casos excepcionais, quando o afastamento do réu da direção mostrar-se insuficiente ou inadequado.¹⁵⁹ Ademais, pode-se admitir, em caráter preventivo, a suspensão das atividades empresariais de uma pessoa jurídica à qual se imputa a prática de delitos ambientais.¹⁶⁰

4.3.7 Internação provisória

A Lei n° 12.403/2011 preencheu uma lacuna legislativa existente desde a revogação do art. 80¹⁶¹ do Código Penal, modificado pela reforma da parte geral de 1984 (Lei n° 7.209/1984). Entendia-se, desde então, que não se mostrava mais possível a internação provisória do inimputável, de modo que, em caso de risco de reiteração delitiva, decretava-se, na prática, a prisão preventiva.

¹⁵⁸ STF, RE 482.006, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, *DJe* 13.12.2007. No mesmo sentido: BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do Código de Processo Penal*. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50; e LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 364.

¹⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 444.

¹⁶⁰ Para Aury Lopes Júnior, “não se descarta a utilização [da suspensão das atividades da empresa] nos crimes ambientais, como interdito de caráter preventivo” (LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 135).

¹⁶¹ “Art. 80. Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no art. 78, n. I, e os ébrios habituais o toxicômanos às medidas de segurança que lhes sejam aplicáveis. Parágrafo único. O tempo de aplicação provisória é computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança”. No HC 112.042, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJe* 13.09.2010, o STJ afirmou que a medida de segurança provisória é inexistente no nosso ordenamento desde a reforma penal de 1984.

Não se concebia, à luz da presunção de inocência consagrada na Constituição de 1988, a custódia provisória do inimputável como medida automática, quando constatada a insanidade mental, mas somente quando verificada a presença dos pressupostos necessários à decretação da prisão e comprovada a periculosidade do agente.¹⁶²

Com a entrada em vigor da nova lei, o Código de Processo Penal passou a prever expressamente, no art. 319, VII, a “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”. Como se nota, três são os requisitos para a imposição da referida cautelar: a) crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; b) conclusão dos peritos no sentido de que o agente é inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP); c) risco de reiteração criminosa.

Assim, a internação provisória será aplicável ao inimputável ou ao semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos praticados com violência ou grave ameaça, desde que haja perigo de reiteração. Apesar da restrição legal, no entanto, parece-nos possível também a decretação da internação provisória para a garantia da aplicação da lei penal (risco de fuga) ou para tutela da investigação ou da instrução criminal. Se o escopo da norma é justamente evitar “a prisão preventiva de doentes mentais, colocando-os em estabelecimentos prisionais ao lado de pessoas sãs, com todos os problemas decorrentes dessa situação para o enfermo, para os demais presos e para o estabelecimento prisional”,¹⁶³ também se deve admitir a decretação da medida nos casos de risco de obstrução à prova ou à aplicação da lei penal, sobretudo quando a internação provisória mostrar-se mais adequada (art. 282, II, CPP) do que a preventiva.¹⁶⁴

Quanto à verificação da inimputabilidade, faz-se mister a realização de um prévio incidente de insanidade mental, determinado pelo magistrado no inquérito ou no processo (art. 149, CPP¹⁶⁵), em caso de dúvida quanto à saúde mental do agente. Constatada a

¹⁶² STJ, RHC, 22.666, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* 13.10.2008.

¹⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *As Medidas Cautelares Pessoais nos Projetos de Reforma do Código de Processo Penal*. *Revista de Informação Legislativa* ano 46, n. 183, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2009. Edição Especial – Reforma do Código de Processo Penal. p. 17.

¹⁶⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 453.

¹⁶⁵ Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. § 2º O juiz nomeará curador ao

inimputabilidade ou semi-imputabilidade, o magistrado poderá, desde que preenchidos os demais requisitos, decretar a internação provisória. Todavia, não se pode olvidar do fato de que existem situações urgentes em que não se afigura possível esperar pelo trâmite completo do incidente em comento, podendo o juiz, em casos extremos e por meio de decisão minuciosamente fundamentada, impor a medida em tela antes da conclusão dos peritos. Evita-se, dessa forma, a decretação da preventiva e o indesejável convívio do acusado com outros detentos.¹⁶⁶ Repita-se: internação provisória sem o prévio laudo pericial apenas excepcionalmente, com enorme cautela, sob pena de se criar, como adverte AURY LOPES JÚNIOR, “a situação do ‘inimputável provisório’, para não dizer, do ‘louco temporário’... correndo o risco de depois, no exame definitivo, o diagnóstico ser diferente”.¹⁶⁷

Enfatize-se, por fim, que, como toda medida cautelar, a decretação da internação provisória também se condiciona à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. A medida em epígrafe visa, ainda, à recuperação clínica do agente, colocando-o à disposição médica, de modo a facilitar sua reinserção social.

4.3.8 Fiança

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, a fiança deixou de ser utilizada somente como *contracautela* à prisão em flagrante, quando da concessão de liberdade provisória com fiança, passando a ser admitida também como *cautela originária*, aplicável independentemente de prévio flagrante. A referida garantia real¹⁶⁸ objetiva o cumprimento das obrigações processuais do réu, bem como o pagamento das custas, da indenização do dano causado pelo crime e da multa (art. 336, CPP), além de servir como fator inibidor de fuga e como meio de vincular o acusado ao processo.

acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

¹⁶⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 454.

¹⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 137.

¹⁶⁸ Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Desde a edição da Lei nº 6.416/77, que inseriu o parágrafo único ao art. 310, permitindo a liberdade provisória para quaisquer crimes, independentemente de serem ou não afiançáveis, desde que ausentes os pressupostos para decretação da preventiva, a utilidade da fiança restou praticamente nulificada, vez que a liberdade provisória sem fiança, mediante o mero comparecimento a todos os atos do processo, assumiu a posição de regra geral.

Com o escopo de revitalizar o instituto em tela, a nova lei: a) introduziu dentre o rol das medidas cautelares alternativas à prisão, no art. 319, VIII, do CPP, a “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”; b) restringiu as hipóteses de inafiançabilidade aos delitos a que a própria Carta Magna veda sua imposição;¹⁶⁹ c) elevou consideravelmente seus valores (art. 325, do CPP), de modo a conferir maior eficácia à garantia patrimonial prestada e coercibilidade à medida; d) alargou as hipóteses de arbitramento por parte da autoridade policial (art. 322: pena privativa de liberdade máxima não superior a quatro anos¹⁷⁰); e) aumentou a quantidade dos casos de quebra da fiança (art. 341, CPP¹⁷¹).

Em relação à caução real em comento como medida cautelar autônoma, GUILHERME DE SOUZA NUCCI considera-a “medida útil, especialmente para crimes econômicos, financeiros e tributários, onde o agente, como regra, tem maior poder aquisitivo. É uma forma alternativa à prisão preventiva, para a garantia da ordem econômica”.¹⁷² Segundo apontamentos de NOBERTO AVENA, o valor da fiança alcançava, na sistemática

¹⁶⁹ “Art. 323. Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. Ademais, o art. 324 também veda a 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 arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”.

¹⁷⁰ Na sistemática anterior, o delegado somente poderia arbitrar fiança em caso de infrações apenas com detenção ou prisão simples.

¹⁷¹ “Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: I - 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; V - praticar nova infração penal dolosa”. Registre-se que a legislação pretérita previa somente os casos em que o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixasse de comparecer, sem provar, *incontinenti*, motivo justo, ou quando, na vigência da fiança, praticasse outra infração penal (antigo art. 341, CPP).

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 86.

pretérita, o patamar máximo de R\$ 6.189,00.¹⁷³ Hoje, pode chegar a 200 mil salários mínimos, se assim recomendar a situação econômica do preso, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a quatro anos (art. 325, II, c/c art. 325, § 1º, III, do CPP).¹⁷⁴ Ante a atualização dos valores, vislumbra-se o exercício de uma efetiva coerção indireta da medida sobre o afiançado, obrigando-o a observar as condições que lhe forem determinadas, haja vista a possibilidade de quebra (art. 341), perdimento (art. 344), cumulação com outras cautelares ou, ainda, de decretação da prisão preventiva (art. 282, § 4º, CPP).

Consoante dicção do art. 319, § 4º, a fiança poderá ser imposta cumulativamente com outras cautelares. Não há óbice, pois, à concessão de liberdade provisória com fiança (contracautela em relação ao flagrante) ou à imposição de fiança, como cautelar autônoma, de modo cumulativo com outra medida do art. 319, desde que logicamente compatíveis. Nessa esteira, afigura-se incongruente a aplicação da fiança em conjunto com a internação provisória, bem como, por óbvio, com as prisões preventiva ou domiciliar.

Dentre as hipóteses de quebra da fiança, prescritas no art. 341 do CPP, o inciso IV (“resistir injustificadamente a ordem judicial”) vem sendo alvo de intensas críticas da doutrina. Diante da vagueza e da inconsistência do dispositivo, resta-nos interpretar a previsão legal apenas como reforço de fundamentação quanto à necessidade do comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sempre que a tanto intimado. Assim, a resistência injustificada seria às obrigações decorrentes do Termo de Fiança, a serem entendidas como ordens do juízo.¹⁷⁵

Havendo recusa ou demora por parte da autoridade policial, “o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas” (art. 335). Diferentemente da antiga disciplina, a nova lei dispensa a oitiva do delegado pelo juiz e fixa prazo para este decidir sobre a fiança requerida.

A garantia patrimonial em epígrafe poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (art. 334), inclusive durante as investigações, e, como toda

¹⁷³ Apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 408.

¹⁷⁴ Conforme reza o art. 326 do CPP, “para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento”.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 513-514.

cautelar, será decretada e mantida enquanto houver necessidade, atendendo sempre ao princípio da proporcionalidade.

4.3.9 Monitoramento eletrônico

Sob a rubrica de *monitoração eletrônica*, a Lei nº 12.403/2011 introduziu, no art. 319, IX, a maior novidade atinente à tutela cautelar penal no ordenamento pátrio. No âmbito da execução penal, a medida já era prevista na Lei de Execução Penal (art. 146-B¹⁷⁶, denominado monitoramento-sanção) desde a edição da Lei nº 12.258/2010. Trata a LEP do sistema denominado *back-door*, em que se retira o preso antecipadamente do cárcere, para que conclua o cumprimento da pena em espécie de “liberdade vigiada”.

Segundo narrativa de CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ e CELINA MARIA MACEDO,¹⁷⁷ as primeiras experiências de controle de presos em seu domicílio ocorreram a partir de 1946, no Canadá. Nos anos sessenta do século XX, um professor da Universidade de Harvard, Ralph Schwitzgebel, propôs medidas eletrônicas como forma de controle penitenciário de delinquentes e enfermos mentais. Na década posterior, L. Barton Ingraham e Gerald Smith defenderam o uso do monitoramento eletrônico como uma alternativa real ao cárcere. Entretanto, a verdadeira origem do bracelete eletrônico decorre de uma prática judiciária iniciada em agosto de 1979, quando o magistrado estadunidense Jack Love, de Albuquerque, Novo México, idealizou a criação de um dispositivo que pudesse melhor vigiar os presos. A seu pedido, o engenheiro eletrônico Michael Goss desenvolveu um sistema de monitoramento, testado em 1983 e utilizado pelo referido juiz. Destarte, foi nos Estados Unidos que se deu início ao monitoramento eletrônico, cujo desenvolvimento originou-se de projetos pilotos, notadamente em Washington, na Virgínia e na Flórida, já sendo adotado atualmente em diversos países da Europa, Ásia e Oceania.

¹⁷⁶ “Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I – (vetado); II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III - (vetado); IV - determinar a prisão domiciliar [...]”.

¹⁷⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. In: *Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 15.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, instituiu-se o monitoramento eletrônico também como modalidade de medida cautelar, imposta ao imputado no curso do processo, de maneira a evitar seu ingresso no cárcere (sistema *front-door*¹⁷⁸). A referida medida consiste na utilização de dispositivo *não ostensivo*, afixado ao corpo do indivíduo, que indique permanentemente, à distância, a localização geográfica do agente, permitindo o controle judicial de seus atos fora da prisão.¹⁷⁹

Pode-se afirmar que a cautelar em comento poderá, em tese, ser aplicada de modo isolado ou cumulativo, a teor do art. 282, § 1º. Na primeira hipótese, possui utilidade específica no que concerne à garantia da aplicação da lei penal (evitar o risco de fuga), facilitando a captura do acusado foragido.¹⁸⁰ A segunda (e principal) modalidade de aplicação reside na sua adoção cumulativa como medida auxiliar a outras alternativas à prisão, especialmente para fiscalizá-las, revelando-se compatível com a prisão domiciliar (art. 317) e com as previstas nos incisos II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares), III (proibição de manter contato com pessoa determinada), IV (proibição de ausentar-se da comarca) e V (recolhimento domiciliar noturno e dos dias de folga) do art. 319 do CPP.

Frise-se, *ab initio*, que se trata de sistema que trabalha com zonas de inclusão (locais em que o monitorado poderá ou deverá permanecer) e de exclusão (lugares nos quais se veda o comparecimento ou a permanência do acusado).¹⁸¹ Consoante lição de P. LANDREVILLE,¹⁸² existem três gerações de tecnologias relativas ao monitoramento eletrônico. A primeira engloba os sistemas passivo e ativo. No passivo, de grande serventia ao recolhimento domiciliar noturno e à prisão domiciliar, um computador ou uma pessoa efetua

¹⁷⁸ “Registre-se que a adoção do monitoramento eletrônico pode ser feita, basicamente, por meio de dois sistemas, o *front-door* e o *back-door*. A variante *front-door* busca evitar o ingresso do condenado na prisão, podendo consistir em uma pena principal ou em uma alternativa à execução da pena privativa de liberdade, além de aplicar-se a casos de suspensão condicional da pena e prestação de serviços à comunidade. Por sua vez, o modelo *back-door* pressupõe uma redução do tempo do condenado na prisão por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo monitoramento eletrônico, de forma a proporcionar uma readaptação gradual do presidiário ao meio extramuros” (*Idem*. p. 15).

¹⁷⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 459.

¹⁸⁰ Saliente-se, no ponto, a discordância de parte da doutrina no que tange à utilidade da aplicação do monitoramento como medida isolada: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico. In: *Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 173.

¹⁸¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. In: *Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 16.

¹⁸² *Idem*. p. 16-18.

ligações para o monitorado, em momentos certos ou aleatoriamente, a fim de verificar se este encontra-se no local determinado, devendo haver uma forma de reconhecimento do réu (voz, v.g.). O sistema ativo consiste no monitoramento contínuo do indivíduo, permitindo-se conhecer seu paradeiro independentemente de qualquer colaboração sua, sendo composto por três essenciais elementos: um transmissor acoplado ao corpo do réu (bracelete ou tornozeleira); um receptor transmissor, geralmente instalado na residência do monitorado, e que envia os sinais, em regra, via telefone; e uma central, a qual recebe as informações do transmissor.

Ainda com base nos ensinamentos do autor retrocitado, diz-se que o sistema de segunda geração é formado por dispositivos de localização global (*Global Positioning System* – GPS), em que há três componentes: satélites, uma rede de estações em terra e braceletes ou tornozeleiras eletrônicas. Aduz-se que “tal mecanismo, que poderia parecer extremamente futurista no passado, possui grandes chances de substituir por completo os sistemas ativo e passivo, embora apresente um custo maior”¹⁸³.

Registre-se, por fim, a terceira geração, pouquíssimo aceita mundialmente, que comporta a utilização de *chips* inseridos sob a pele ou no corpo do réu, os quais detectam a iminência do cometimento de um delito, disparando choques ou liberando sedativos na corrente sanguínea da pessoa, segundo escólio de CARLOS EDUARDO JAPIASSÚ e CELINA MARIA MACEDO.¹⁸⁴

Quanto às finalidades da monitoração eletrônica, podemos apontar três principais, a saber: a) detenção: manter o indivíduo em lugar predeterminado, normalmente em sua própria residência; b) restrição: garantir que o agente não frequente certos lugares, ou para que não se aproxime de determinadas pessoas (testemunhas, vítimas ou coautores); e c) vigilância: monitorar continuamente o agente, sem restrição de sua movimentação.¹⁸⁵

Devido ao silêncio legislativo, ANDREY BORGES DE MENDONÇA defende, com razão, a aplicação analógica do art. 146-C da LEP, no que diz respeito aos deveres do

¹⁸³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. In: *Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 18.

¹⁸⁴ *Idem*. p. 16-18. Os autores em tela asseveram, ademais, que se estuda no Reino Unido a aplicação do referido controle para pedófilos.

¹⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 369.

monitorado¹⁸⁶: receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça. Recomendável, ainda, a realização de uma audiência de advertência. Ademais, malgrado a inexistência de disposição expressa no CPP ou na LEP, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana a necessária discrição do aparelho (*não ostensivo*). Nessa esteira, eventual inconstitucionalidade do monitoramento eletrônico não se infere de sua previsão abstrata, que se mostra inegavelmente cabível, mas de sua efetiva aplicação concreta em dissonância com os direitos fundamentais. Assim, faz-se imprescindível a adesão e a concordância do imputado para a aplicação da medida, ante o notório constrangimento causado pela cautelar em epígrafe.¹⁸⁷

Urge enfatizar, por fim, que o monitoramento eletrônico, como medida descarcerizadora, poderá trazer consideráveis benefícios econômicos ao Estado, além de ser muito menos gravosa ao acusado. Ao contrário do que se pode imaginar, revela-se menos onerosa ao erário do que a custódia provisória. De fato, estudos franceses apontam que o dia na prisão custa cerca de R\$ 180,00, enquanto a utilização do bracelete estaria estimada em valor equivalente a R\$ 45,00 diários. Ademais, os benefícios em tela repercutem também indiretamente, eis que o vigiado se mantém produtivo, a ponto de arcar com a indenização da vítima, bem como com as despesas de sua família, restando viabilizada, ainda, a contribuição financeira do monitorado para o sistema.¹⁸⁸

¹⁸⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 462.

¹⁸⁷ Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 515. Para o autor, na hipótese de monitoramento passivo, afigura-se desnecessário o consentimento do réu, eis que não se exigirá o porte de qualquer dispositivo, mas apenas a sua localização na residência.

¹⁸⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. In: *Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 13.

4.3.10 Comparecimento a todos os atos processuais

As medidas cautelares alternativas à prisão não se encontram apenas no art. 319 e no art. 320 do Código de Processo Penal. Com efeito, o art. 310, parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, reza que, se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato acobertado por excludente de ilicitude¹⁸⁹, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Transportou-se, assim, a redação do antigo *caput* para o atual parágrafo único do art. 310, CPP, mas sem a exigência de prévia oitiva do Ministério Público.

Na hipótese, ante a probabilidade de que, ao final do processo, não se aplique qualquer pena ao réu, não se mostra cabível a imposição de fiança ou de qualquer outra medida, restando ao magistrado somente a possibilidade de exigir o comparecimento do imputado a todos os atos do processo, sob pena de revogação, como espécie de *liberdade provisória vinculada*.¹⁹⁰ Mister enfatizar, no ponto, que a nova disciplina, ao modificar o art. 321 do CPP, revogou a previsão de concessão da liberdade na hipótese em que o réu “livrava-se solto”, a qual já tivera seu âmbito de aplicação reduzido desde a entrada em vigor do parágrafo único do art. 69, da Lei nº 9.099/1995.¹⁹¹

Objetivando revigorar o instituto da fiança, restou revogada, ainda, a liberdade provisória sem fiança, quando incabível a decretação da preventiva (antiga redação do art. 310, parágrafo único, introduzido pela Lei nº 6.416/1977).

¹⁸⁹ “O certo é que a lei não autoriza a liberdade provisória, neste caso, para excludentes de culpabilidade”. (LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 186). Em sentido contrário, admitindo interpretação extensiva do dispositivo: LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 394.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 574.

¹⁹¹ “Ao autor do fato [contravenções penais ou crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos] que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”. Tacitamente revogado, destarte, o art. 309 do CPP.

4.3.11 *Prisão domiciliar*

A nova sistemática cautelar passou a dispor, nos arts. 317 e 318 do CPP, acerca da prisão domiciliar, como modalidade de segregação provisória menos rigorosa, por razões humanitárias, consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, somente podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Afigura-se, destarte, como medida *substitutiva* da prisão preventiva.

Conforme prescrição do art. 318, o magistrado poderá substituir a preventiva pela domiciliar quando o agente for: maior de oitenta anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; gestante a partir do sétimo mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco. O parágrafo único do referido dispositivo exige, ademais, prova idônea da existência dos referidos requisitos, sendo do réu o ônus da prova, não valendo aqui o *in dubio pro reo*.

A prisão domiciliar não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319. Somente será aplicada como substitutiva da prisão preventiva e desde que presentes algumas das hipóteses arroladas no art. 318 do CPP.¹⁹²

Frise-se, ainda, que a substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar, ora introduzida no ordenamento pátrio, não se confunde com a medida constante do art. 117 da Lei de Execução Penal, que cuida da possibilidade de recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência particular, de acordo com os requisitos ali estabelecidos.¹⁹³ Com efeito, o CPP dispõe acerca de uma medida substitutiva da preventiva, espécie de prisão cautelar, enquanto a prisão-albergue domiciliar do art. 117 da LEP consiste em modalidade de prisão aberta, ou seja, na hipótese de cumprimento de prisão penal de regime aberto em residência particular.

Impende observar, por fim, a nítida utilidade da aplicação cumulativa da prisão domiciliar com o monitoramento eletrônico, como forma de fiscalizar o cumprimento da

¹⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 561. Em sentido contrário: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 417-419.

¹⁹³ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

cautelar em tela, conferindo-lhe a eficácia necessária à neutralização do *periculum in mora* existente no caso concreto.

4.4 Descumprimento das medidas cautelares

Conforme dicção do art. 282, § 4º, do CPP, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. A seu turno, estabelece o art. 312, parágrafo único, que a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras cautelares.

Infere-se das disposições supracitadas a instituição de uma nova modalidade de custódia preventiva, ao lado da tradicional espécie originária ou autônoma, como forma de conferir operacionalidade e eficiência à sistemática disciplinada pela Lei nº 12.403/2011: a prisão preventiva *substitutiva* ou *subsidiária*, a ser decretada em caso de descumprimento das medidas alternativas, quando não se afigurar suficiente a substituição ou a aplicação cumulativa de outras cautelares.

Parte minoritária da doutrina defende a necessidade de observância dos requisitos do art. 313¹⁹⁴ para a decretação da prisão preventiva substitutiva, de maneira que, devido ao princípio da proporcionalidade (na sua dimensão homogeneidade), não se mostra cabível a referida constrição na hipótese, por exemplo, de crimes cuja pena privativa de liberdade não supere o patamar de quatro anos. Assim, como se vislumbra, nesses casos, a aplicação de

¹⁹⁴ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

penas restritivas de direitos ao final do processo, a imposição de gravame mais oneroso no curso da persecução violaria o princípio em epígrafe.¹⁹⁵

De outro giro, entende EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, acompanhado pela maior parte dos autores, que:

Quando decretada *autonomamente*, ou seja, como *medida independente* do flagrante, ou, ainda, como *conversão deste*, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e 313, ambos do CPP; quando, porém, for decretada *subsidiariamente*, isto é, como *substitutiva* de outra cautelar *descumprida*, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP.¹⁹⁶

Correta a segunda posição. Seguir o primeiro entendimento equivaleria a negar a própria *coercibilidade* e a eficácia das medidas cautelares, pois, quando não fosse cabível a preventiva originária, restaria possibilitado ao réu furtar-se do cumprimento das obrigações impostas, sem cominação de qualquer sanção. Pôr-se-ia em xeque, assim, a utilidade das inovações trazidas pela nova legislação em uma considerável gama de casos, violando-se, inclusive, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, do qual decorre a exigência de uma tutela processual adequada e *útil*. Ocorreriam, ademais, inúmeras situações de impunidade e de inefetividade, com graves riscos a bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Nessa linha, a primeira corrente parece olvidar da faceta positiva do princípio da proporcionalidade: a *vedação à proteção deficiente* dos direitos fundamentais.

A proibição da prisão preventiva originária a delito cuja pena máxima não supera quatro anos relaciona-se diretamente à alta probabilidade de aplicação de pena restritivas de direitos ao acusado. Nesse diapasão, obtempera, com argúcia, ANDREY BORGES DE MENDONÇA:

[...] na situação em que há descumprimento pelo acusado de medidas alternativas à prisão, será possível negar, ao final do processo, o cabimento da pena restritiva de direitos, afastando, inclusive, qualquer risco de violação ao princípio da proporcionalidade. Devemos lembrar que as condições de admissibilidade do art. 313 estão umbilicalmente ligadas ao art. 44 do CP [...]. Ora, o agente que

¹⁹⁵ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011. p. 326-327; e BOTTINI, Pierpaolo. *Medidas cautelares: projeto de Lei 111/2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 480.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 495. No mesmo sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 292-299.

descumpre durante o processo as medidas cautelares alternativas à prisão não deverá fazer jus, em princípio, ao benefício da pena restritiva de direitos. Primeiro, porque o descumprimento demonstrará um aspecto da própria personalidade do agente, que não pode ser desconsiderado pelo magistrado, pois expressamente indicado como fator relevante à substituição. Segundo, porque, se não cumpriu sequer as medidas alternativas à prisão, há um elemento concreto a indicar que tampouco irá observar as penas restritivas de direitos, de sorte que a pena alternativa lhe será, no caso, insuficiente para prevenir e reprimir a infração. [...] Tanto isso é verdade que se houver o descumprimento das penas restritivas de direitos, será possível a conversão desta em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do CP.¹⁹⁷

Conclui-se, destarte, que o legislador instituiu uma modalidade de prisão preventiva independente das condições do art. 313 do CPP, sendo suficientes: a) a decretação inicial de medida cautelar diversa da prisão; b) o descumprimento posterior de qualquer das obrigações impostas; c) a ineficácia ou inadequação da imposição de outra medida alternativa em substituição ou em cumulação.

4.5 Detração

Como é cediço, a detração consiste no desconto, na pena aplicada ao fim do processo, do tempo em que o réu esteve preso cautelarmente. Assim, reza o art. 42 do Código Penal: “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Verifica-se, pois, que somente há expressa previsão legal para a detração em caso de prisão provisória, de prisão administrativa (revogada) e de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Portanto, dentre as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, apenas a detração relativa à internação provisória (art. 319, VII, CPP) revela-se explícita.

No que tange às demais cautelares, para a aplicação da detração, diante da lacuna legislativa, deve-se recorrer à analogia. Destarte, há de se analisar, no caso concreto, a existência de *similitude* entre a gravidade da restrição imposta no decorrer do processo e da

¹⁹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 297-298.

pena ao final aplicada.¹⁹⁸ Em opinião irreparável, aduz PIERPAOLO CRUZ BOTTINI¹⁹⁹ que, se a cautelar de restrição de direitos for equivalente ou mais grave do que a pena aplicada ao final do processo, deve haver detração; caso a cautelar seja menos grave do que a pena aplicada ao fim da persecução, não deve ocorrer o desconto. A seguir, utiliza como exemplo a proibição de frequentar determinados lugares (art. 319, II, CPP): se aplicada pena restritiva de direitos de proibição de frequentar determinados locais, é justo que se realize a detração; mas se ao final do processo for aplicada pena privativa de liberdade, a detração não ocorrerá, pois equivaleria a uma indevida substituição, não autorizada pelo legislador, de uma sanção mais grave por uma mais branda. Por fim, arremata que a jurisprudência, com base no princípio da igualdade, terá de construir um caminho alternativo, sempre com a cautela de não substituir o legislador na determinação dos rumos da política criminal.

¹⁹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 474.

¹⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares*: projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 485-486.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo o exposto, podemos concluir que a Lei nº 12.403/2011 trouxe inegáveis avanços no âmbito da tutela cautelar penal, especialmente no que concerne à introdução de diversas medidas cautelares alternativas à prisão, adotando o modelo polimorfo, pondo fim ao sistema binário ou bipolar (prisão – liberdade provisória) e transformando a preventiva em medida *ultima ratio*.

Atualmente, o Brasil conta com mais de meio milhão de presos (dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do CNJ) e é o 4º no ranking mundial de encarceramento, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Desse número total, mais de duzentos mil (44%) correspondem a presos provisórios. Consoante dados do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, o número de presos condenados cresceu 278%, entre 1990 e 2010, enquanto o de provisórios aumentou 1253% no mesmo período.

Não restam dúvidas, diante desse quadro, de que já se afigurava necessário o rompimento da cultura excessivamente encarcerizadora, tanto por parte da política criminal legislativa, cujo sistema bipolar conduzia à banalização das prisões cautelares, quanto pelos próprios magistrados, de quem se passou a exigir a estrita observância ao princípio da proporcionalidade, quando da decretação de medidas cautelares.

Como é cediço, o *carcer ad custodiam* caracteriza-se como forma de ingerência estatal deveras agressiva à dignidade da pessoa humana, segregando e estigmatizando psicológica e socialmente o indivíduo, sendo capaz de afetar definitivamente seu processo de ressocialização, eis que desagrega seus laços comunicativos normais e insere-o em contexto de valores distintos. Nesse aspecto, são de conhecimento geral os efeitos criminógenos da prisão e a desumanidade indescritível dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Dessa forma, é elogiável a determinação do caráter subsidiário da prisão preventiva como medida *ultima ratio* no sistema cautelar, de maneira que a instituição de cautelares alternativas (descarcerizadoras) funciona justamente como instrumento voltado ao alcance desse escopo almejado pela nova disciplina.

Com o fito de modernizar o Código de Processo Penal, reforçando o sistema acusatório e as garantias do investigado ou réu, sem, contudo, olvidar da imprescindível busca pela efetividade do processo, o diploma em tela alterou 32 dispositivos, destacando-se: a)

tratamento sistemático da prisão e demais medidas cautelares pessoais; b) estabelecimento do caráter subsidiário da prisão cautelar, como medida *ultima ratio*; c) criação de diversas medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente; d) vedação, como regra geral, da decretação de prisão preventiva para crimes com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, reservando-a aos delitos mais graves; e) introdução da prisão preventiva substitutiva, a ser decretada, em último caso, como decorrência do descumprimento de outras constringências; f) imperiosa observância à finalidade cautelar, representada pela necessidade e adequação da medida; g) adoção do princípio da proporcionalidade, em sentido positivo e negativo; h) respeito ao contraditório, como regra geral, para aplicação de medidas cautelares; i) impossibilidade de imposição de qualquer prisão que não tenha natureza cautelar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; j) revitalização da fiança, alargando as hipóteses de afiançabilidade e permitindo o arbitramento pelo Delegado de Polícia para crimes com pena máxima de até quatro anos; k) caráter precário da prisão em flagrante, que não subsiste com coercibilidade autônoma de medida cautelar; l) determinação cogente da segregação entre presos cautelares e definitivos.

Conforme visto nesse trabalho, quanto à aplicação da nova lei no tempo, sob qualquer ótica a Lei 12.403/2011 aplica-se de imediato, seja, como entendemos, por tratar de normas processuais penais de conteúdo material mais benéficas (considerando-se, ainda, a vigência do art. 2º da LICPP), ou por cuidar de disposições processuais puras, ante o princípio da imediatidade (art. 2º, CPP). Vimos, ainda, que a aferição da “benignidade” na norma há de ser realizada em cada caso concreto.

O rol de medidas cautelares implementado pelo novel diploma é taxativo, não havendo espaço para um chamado “poder geral de cautela”. Defendemos, contudo, a possibilidade de o magistrado, excepcionalmente, lançar mão de uma medida cautelar inominada em favor do réu, de modo a evitar a decretação da preventiva ou de outra restrição significativamente mais gravosa. Forçoso reconhecer, nesse aspecto, que a Lei nº 12.403/2011, ao prever diversas medidas típicas, reduziu sobremaneira essa possibilidade, mas não se pode olvidar da complexidade do mundo fenomênico e da necessidade de acautelamento de situações não previstas legalmente.

Salientamos nesta pesquisa, ainda, que, malgrado a omissão legislativa, o princípio do contraditório deve ser observado, inclusive, quando o magistrado decreta a

cautelar de ofício, inexistindo qualquer justificativa razoável para diferenciação. Constituindo-se a oitiva do acusado como regra geral, somente mostra-se dispensável nas situações expressamente previstas na lei (urgência e perigo de ineficácia da medida).

Também ressaltamos que não há falar em concessão de liberdade provisória para aquele que já se encontra em liberdade, mas, sim, em decretação de alguma medida cautelar distinta da prisão, com as obrigações dela decorrentes. Da mesma forma, substituir a preventiva por uma medida diversa implica não a concessão de liberdade provisória, mas a revogação da prisão e a imediata imposição de outra cautelar. Destarte, a Lei nº 12.403/2011 não modificou a natureza da liberdade provisória, permanecendo esta como contracautela à prisão em flagrante.

No que pertine à duração das medidas, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, da duração razoável do processo e da própria característica da provisoriedade das medidas cautelares, não se pode admitir que durem indefinidamente, a despeito do silêncio do legislador. Deve o magistrado, à luz da razoabilidade e da análise concreta da complexidade do caso, da conduta defensiva e da atuação dos órgãos envolvidos com a persecução, verificar a ocorrência de eventual excesso de prazo. No entanto, o raciocínio não pode ser tão estrito quanto em relação à prisão do réu, eis que as medidas descarcerizadoras revelam-se muito menos restritivas aos direitos fundamentais que a segregação cautelar.

Ademais, frisamos que o legislador instituiu uma modalidade de prisão preventiva independente das condições do art. 313 do CPP, sendo suficientes: a) a decretação inicial de medida cautelar diversa da prisão; b) o descumprimento posterior de qualquer das obrigações impostas; c) a ineficácia ou inadequação da imposição de outra medida alternativa em substituição ou em cumulação. Seguir o entendimento contrário equivaleria a negar a própria coercibilidade e a eficácia das medidas cautelares, violando-se, inclusive, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, do qual decorre a exigência de uma tutela processual adequada e útil. Ocorreriam, ainda, inúmeras situações de impunidade e de inefetividade, com graves riscos a bens jurídicos constitucionalmente protegidos, malferindo-se, assim, o princípio da vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais.

No que pertine às finalidades específicas expressas em determinados incisos do art. 319, defendemos que não possuem o condão de restringir, em absoluto, a escolha do juiz, no que atine à medida mais adequada (art. 282, II). Pode o julgador, excepcionalmente, optar

pela melhor providência com finalidade diversa da prevista, desde que respeitados os objetivos gerais do art. 282, I, de modo a evitar que o excessivo apego à legalidade positivista resulte na prisão preventiva do acusado.

Quanto à detração, concluímos que, se a cautelar de restrição de direitos for equivalente ou mais grave do que a pena aplicada ao final do processo, deve haver detração; caso a cautelar seja menos grave do que a pena aplicada ao fim da persecução, não deve ocorrer, pois, o desconto.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011, esperamos a melhoria desse quadro caótico das prisões cautelares no Brasil. Contudo, já é possível vislumbrar duas grandes preocupações: a banalização das medidas alternativas, com sua utilização massiva e indevida; e a falta de efetividade, operacionalidade e fiscalização, quando do seu cumprimento.

As medidas descarcerizadoras não podem ser banalizadas, de modo a servir para aumentar a intervenção estatal de maneira injustificada. Não se deve olvidar da gravidade das restrições por elas impostas. Revela-se incabível a deturpação de suas finalidades e o incremento desnecessário do controle estatal, com a imposição de cautelares prescindíveis em caso de condutas de pouca reprovabilidade penal e que, antes da nova lei, sequer ensejariam qualquer tipo de medida. As novas regras das cautelares pessoais nasceram precisamente para evitar o excesso da encarcerização provisória, somente justificando-se a sua imposição, principalmente quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, quando baseadas em concreto receio quanto ao risco à efetividade do processo.

Nessa linha, o princípio da proporcionalidade, agora consagrado no art. 282 do Código de Processo Penal, assume extrema importância na decretação de medidas cautelares, como “fiel da balança”, na busca pela restrição necessária, adequada e proporcional em sentido estrito. Atente-se, ainda, para sua vertente positiva: a vedação à proteção deficiente de direitos fundamentais.

Ademais, de nada adianta a imposição de determinada cautelar pessoal se a ela não se conferir força coercitiva. A cominação de sanções ao descumprimento de determinados deveres é imprescindível à eficácia da norma, evitando-se sua transformação em mera admoestação, desprovida de coercibilidade. Nesse diapasão, apesar de já haver previsão para, em caso de descumprimento, aplicação cumulativa de outras medidas ou, em último caso, decretação da prisão preventiva (art. 282, § 4º), devem ser concretizados instrumentos idôneos

à operacionalidade e à eficácia de cada cautelar, com estrutura adequada para sua efetivação e fiscalização. Caso contrário, os magistrados, verificando, no caso concreto, a inadequação das medidas, podem acabar por retornar à cultura da prisão cautelar, em sacrifício à liberdade do agente. Citem-se, nesse aspecto: monitoramento eletrônico, que carece de maior regulamentação e instrumentalização para aplicação prática; recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de contato com pessoa determinada, e prisão domiciliar, todas de difícil fiscalização.

Por fim, concluímos que a efetividade das modificações em comento e a real aplicação de sua principiologia dependerão, primordialmente, da mudança de mentalidade dos operadores do direito, a quem incumbe buscar a máxima eficácia da nova sistemática, bem como da execução de políticas públicas voltadas à implementação operacional das novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy . *Direito Intertemporal*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. (Org.). **As Reformas no Processo Penal**. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma. 1 ed. São Paulo: RT, 2008, v. 1, p. 19-48.

_____. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal**. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares: projeto de Lei 111/2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: RT, 2008, v. 1, p. 448-501.

_____. *Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico*. In: **Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008. p. 169-183.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Fundamentos e Limites Constitucionais**. São Paulo: RT, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. (7. reimp.). Coimbra: Edições Almedina, 2010.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **As Medidas Cautelares Pessoais nos Projetos de Reforma do Código de Processo Penal**. Revista de Informação Legislativa ano 46, n. 183, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2009. Edição Especial – Reforma do Código de Processo Penal. p. 11-19.

_____. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. RT: São Paulo, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. In: **Revista do Advogado**, AASP, nº 42, abril de 1994. p. 30-34.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico*. In: **Monitoramento Eletrônico: Uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória** (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 0, 28/02/2000. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5060>. Acesso em 18/10/2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares**. Comentários à Lei nº 12.403/11. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2877, 18 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19131>>. Acesso em: 16 out. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2007

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT: 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. 4. ed., Niterói: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 19 out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: RT, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 23-50.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume 1, 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANEXO

Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.208/2001.

EM nº. 22 – MJ

Brasília, 25 de janeiro de 2001.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos às medidas cautelares e liberdade.

2. A presente propositura foi elaborada pela Comissão constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti.

3. A proposta foi amplamente divulgada, tendo sido objeto de diversos debates com os seguimentos da sociedade envolvidos com o tema, cujo ponto alto aconteceu na ocasião das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, ocorridas em Brasília, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000.

4. Pelos abalizados argumentos trazidos pela douta Comissão para justificar sua proposta, permito-me transcrevê-los na íntegra:

“O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema. Exemplo significativo é o da fiança que passa, com as alterações do Código, de instituto central no regime de liberdade provisória, a servir só para poucas situações concretas, ficando superada pela liberdade provisória sem fiança do parágrafo único do artigo 310. As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.

Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são:

a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória;

b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança do artigo 310, parágrafo único;

c) manutenção da prisão preventiva, de forma genérica para a garantia da instrução do processo e para a execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa;

d) impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgada, haver prisão que não seja de natureza cautelar;

e) valorização da fiança.

Os dispositivos alterados concentram-se em sua grande maioria no Título IX, do Livro I, agora denominado DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA.

Neste título, agruparam-se as regras gerais a respeito da prisão e de outras medidas cautelares, proporcionando uma visão ampla do novo sistema, cuja estruturação é completada com as disposições específicas contidas nos diversos capítulos.

Depois de estabelecidos os critérios gerais de aplicação das medidas cautelares, são indicadas as espécies de prisão admitidas no ordenamento: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Mantêm-se, no Código, os capítulos destinados à prisão em flagrante e à prisão preventiva, e se conserva na Lei 7960/89 a regulação da prisão temporária. Fora do âmbito da prisão cautelar, só é prevista a prisão por força de sentença condenatória definitiva. Com isso, revogam-se as disposições que permitiam a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória, objeto de crítica da doutrina porque representavam antecipação da pena, ofendendo o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

Nesses casos, a possibilidade de prisão fica reconduzida às hipóteses da preventiva.

Alteram-se alguns dispositivos da prisão preventiva. Assim, na nova redação do artigo 311, a prisão poderá ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou ainda mediante representação da autoridade policial. O artigo 312 apresenta alterações mais profundas no tocante às hipóteses autorizadas da preventiva. Mantém-se a prisão para garantia da instrução do processo e da execução da sentença. Sugere-se a substituição da referência à expressão “garantia da ordem pública” e da “garantia da ordem econômica”, como motivos que autorizam a prisão preventiva, de conteúdo indeterminado, pela existência de fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. É acrescentada nova hipótese de prisão preventiva, no parágrafo único do artigo 312, decorrente de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das medidas cautelares (artigo 319). Reafirma-se a exigência constitucional de que todas as decisões sejam fundamentadas (art. 93, IX, da Constituição Federal), impondo-se a necessidade de ser motivada a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva.

Ainda sobre a prisão preventiva, abre-se a possibilidade de o juiz substituí-la por prisão domiciliar em situações bem restritas, indicadoras da inconveniência e da desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere. Correspondem, em linhas gerais, às hipóteses que autorizam prisão albergue no regime aberto (art. 117 da Lei 7210, de 11-7-1984, de Execuções Penais). Tais situações estão relacionadas no artigo 318: pessoa maior de 70 (setenta anos); pessoa sujeita a severas conseqüências de doença grave; pessoa necessária aos cuidados especiais de menor de 7 (sete) anos de idade, ou de deficiente físico ou mental; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. A substituição depende de prova idônea dos requisitos necessários (par. único do artigo 318)

Grande avanço pretendido no sistema resulta da ampliação do leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando-se ao juiz a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto (artigo 319). São elas, dentro de uma ordem de graduação estabelecida segundo a intensidade das obrigações impostas ao acusado: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou de freqüência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se do país; recolhimento domiciliar nos períodos noturnos e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou

financeira; internação provisória e fiança. Poderão ser determinadas isolada, ou cumulativamente. Caso o indiciado ou acusado descumpra alguma das obrigações impostas pelas medidas cautelares o juiz poderá substituir a medida por outra, impor outra em cumulação, e, até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva. Também poderá ser revogada ou substituída quando o juiz verificar a falta de motivo para que subsista, o que não impede nova decretação, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Completam e uniformizam o sistema as sugestões apresentadas para a liberdade provisória. Assim, regula-se de forma diversa o artigo 310 que, atualmente, dispõe sobre a liberdade provisória sem fiança ao réu preso em flagrante. São previstas três decisões possíveis ao juiz que recebe o auto de prisão em flagrante: relaxar o flagrante, se ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 e conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Está esse dispositivo em harmonia com o disposto a respeito da liberdade provisória no artigo 321, segundo o qual ela só será possível quando ausentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva e, sendo cabível, consistirá na imposição de uma das medidas cautelares previstas no artigo 319.

No que concerne ao estatuto jurídico da fiança cabe realçar, dentre outros aspectos relevantes: a ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la, o alargamento das suas hipóteses de incidência, observando-se as proibições constitucionais nessa matéria, a atualização dos seus valores e a adequação da disciplina do seu quebramento.

A revogação dos artigos 393, 594, 595 e os parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo definir que toda prisão antes do trânsito em julgado final somente pode ter o caráter cautelar. A execução “antecipada” não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito”.

5. Estas, em síntese, as normas que integram o projeto que ora submeto ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, com elas, estar-se-á dotando o processo penal de instrumentos eficazes e consentâneos com o ordenamento constitucional vigente.

Respeitosamente,

JOSE GREGORI

Ministro de Estado da Justiça