

**LEI: 12.403/11: AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À
PRISÃO**

Fernando Collet Ibiapina Júnior¹

Mariana Barbosa Maciel²

RESUMO

Analisa algumas das mudanças promovidas pela Lei 12.403/11, com especial atenção para o novo rol de medidas cautelares diversas da custódia cautelar e para a excepcionalidade da prisão sob a nova ótica da cautelaridade no processo penal brasileiro. Realiza um breve apanhado histórico da contextualização da reforma. Examina as medidas cautelares alternativas ao cárcere previstas na nova redação do artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Lei 12.403/11. Medidas cautelares alternativas. Excepcionalidade da prisão. Medidas descarcerizadoras.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Farias Brito (FFB)

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

ABSTRACT

Examines some of the changes introduced by Law 12.403/11, with special attention to the new list of precautionary measures of various protective custody and the uniqueness of the prison under the new perspective of the criminal proceedings cautelardade Brazil. Perform a brief historical background of the reform. Examines alternatives to incarceration precautionary measures provided for in the new wording of article 319 of Brazilian Code of Criminal Procedure.

Keywords: Law 12.403/11. Precautionary measures alternatives. Exceptionality prison. measures no prison.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, foram muitas as alterações no Código de Processo Penal brasileiro de 1941, não obstante, o CPP ainda carecia de uma profunda “constitucionalização” das normas atinentes às medidas cautelares. O sistema pautado nos extremos da liberdade e da prisão não contribuía para a prevenção da criminalidade, ao contrário, apenas colaborava para a superlotação da população carcerária, ligando o “alerta vermelho” para as autoridades públicas.

Nessa linha, impulsionada pelos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da garantia do processo e, principalmente, pelo princípio da presunção de inocência, todos assegurados constitucionalmente, a Lei 12.403/11 nasceu com a difícil missão de flexibilizar as garantias processuais e as garantias individuais.

Algumas das novidades introduzidas pelo novo diploma foram a) a subsidiariedade da prisão cautelar; b) a revitalização da fiança, com a dilatação das suas hipóteses de incidência; c) a expressa previsão da proporcionalidade na nova redação do art. 282; d) a alteração nas hipóteses de cabimento da prisão preventiva, vedando, como regra, a decretação para crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 anos; e) a observância, em regra, ao contraditório na aplicação de qualquer medida cautelar; f) a imperiosa separação entre presos provisórios e condenados.

A grande novidade foram as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319. Algumas dessas medidas incluídas já eram previstas em leis especiais no nosso ordenamento jurídico, no entanto, fora dessas situações específica juiz não poderia aplicá-las, ante a inexistência de previsão legal no CPP.

2 NOÇÕES SOBRE O CONTEXTO HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal brasileiro, criado por meio do Decreto-Lei nº 3.689 e promulgado em 3 de outubro de 1941, foi elaborado com forte influência do direito processual penal italiano, no qual vigorava o autoritarismo fascista, fruto do regime que prevalecia naquela época na Itália.

Naquele período, prevalecia o princípio da presunção de culpabilidade; a prisão em flagrante, por exemplo, por si só, já permitia um juízo de culpa do acusado, presumindo-se a sua autoria delitiva, a existência e tipicidade do fato e a sua culpabilidade.³ Em algumas situações⁴, a prisão era realizada automaticamente, sem a necessidade de homologação ou fundamentação por parte da autoridade judiciária. Havia, na verdade, um cumprimento de sentença antecipado, uma culpa presumida. Não havia, pois, função acautelatória ou instrumental da medida restritiva de liberdade, que não se constituía em meio para a garantia do processo, mas em um castigo estatal ao “culpado” pelo crime. A regra era a prisão e a liberdade, a exceção.

Na sistemática prisional do CPP não havia preocupação, em regra, com a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado, estava-se diante de situações de prisão *ex vi legis*, com a antecipação da pena e da culpabilidade.⁵ Eugênio Pacelli de Oliveira⁶, por sua vez, complementa:

Na redação primitiva do CPP, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 596). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automaticamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312).

Em suma, a atuação estatal era baseada, sobretudo, na segurança pública, em detrimento à liberdade individual. O preso cautelarmente era tido como o próprio condenado. A fase de investigação era ofensivamente inquisitorial: não havia a intervenção das partes e o interrogatório do acusado não era utilizado como defesa, mas como meio de produção de provas, admitindo-se, inclusive, a valoração do silêncio do acusado em seu prejuízo.

No final da década de 60, o CPP passou por relevantes modificações, como a flexibilização das normas atinentes à restrição da liberdade, oriundas das alterações

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 429.

⁴ Como na redação original do artigo 312 do CPP, no qual era previsto a decretação automática e obrigatória da prisão preventiva para os delitos com a cominação de pena máxima igual ou acima de 10 anos de reclusão.

⁵ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 24.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 1.

promovidas pela Lei nº 5.349/67. Mais adiante, com as Leis nº 5.941/73 e nº 6.416/77, sobrevieram outras mudanças, como a) a possibilidade do réu, após sentença condenatória, apelar em liberdade e sem a necessidade da prestação de fiança, com a ressalva de que, no momento da sentença, fosse constatada a primariedade e os bons antecedentes do condenado⁷; b) a desnecessidade da prisão obrigatória no caso de réu pronunciado (primário e de bons antecedentes), podendo o juiz deixar de decretá-la ou revogá-la, nos casos em que o réu já se encontre encarcerado⁸; c) a possibilidade de concessão da liberdade provisória pela autoridade judiciária quando verificada a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.⁹

Mais uma vez, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁰ esclarece:

Resumo da ópera: desde 1977, a legislação processual fez uma opção claríssima em tema de prisão, ou seja, o preso em flagrante somente terá mantida a sua prisão se, e somente se, pelo auto de prisão em flagrante, for possível verificar a ocorrência de razões que determinem a decretação de sua prisão preventiva, tal como previsto no art. 312 do CPP. Consequência: a prisão provisória, como medida cautelar que é, nos termos dos arts. 312 e 313 do CPP, passava, desde aquela época, a constituir exceção do sistema. A regra, como se observa, era (e é) a restituição da liberdade logo depois de cumpridas as funções do flagrante, tendo em vista a inexistência de sentença condenatória definitiva.

O panorama, contudo, mudou drasticamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Os direitos e garantias fundamentais insculpidos na mais nova Carta Política inverteram o sistema fascista e inquisitório norteador de todo CPP. Não mais subsistiu o princípio da culpabilidade. O Estado passou a garantir

⁷ Assim previa a nova redação dada ao art. 594 pela Lei 5.941 de 22.11.1973: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”

⁸ Nova redação do § 2º do art. 408: “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.”

⁹ “Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977).”

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 470.

expressamente que ninguém seria mais considerado culpado até o trânsito em julgado¹¹. No processo, a preocupação estatal deixou de ser primordialmente a segurança pública, passou, pois, a ser o direito à liberdade do indivíduo a maior responsabilidade do Estado em sua prestação jurisdicional, por meio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,¹² do juiz natural,¹³ etc. A liberdade, na teoria, passou a ser a regra. A prisão, a exceção.

Desse modo, com o advento dos novos princípios norteadores do ordenamento jurídico, muitos dos artigos do ainda vigente Código de Processo Penal de 1941 tornaram-se inadequados aos preceitos estabelecidos na Lei Maior. Muitos artigos foram revogados, por meio de reformas pontuais¹⁴, como, mais recente, as promovidas em 2008 pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, que acabaram com a prisão decorrente de pronúncia e a decorrente de sentença recorrível, restando apenas três modalidades de prisão cautelar, qual seja a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em virtude de flagrante. Não obstante as reformas já produzidas até então, a bipolaridade do sistema cautelar brasileiro, contribuía, cada vez mais, para o aumento da população carcerária, tornando o Brasil um dos países com o maior número de presos em todo o mundo.

A adoção desse sistema dicotômico, pautado nas limitadas opções de prender provisoriamente alguém ou conceder liberdade provisória, choca-se frontalmente com o princípio da proporcionalidade.

¹¹ “Art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

¹² “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

¹³ “Art. 5º, XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

¹⁴ Tratando sobre a opção pelas reformas pontuais ou setoriais, Fauzi Hassan Choukr conclui que: “Desta forma, o Brasil se coloca tardiamente na rota das reformas globais empreendidas pela maioria dos países latino-americanos que reconstruíram suas bases político-jurídicas no Estado de Direito, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal que, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais diretamente aplicáveis ao tema e buscaram dar, assim, vida prática – e não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal “o sismógrafo da constituição” CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: Comentários à lei 12.403/2011. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

Nessa esteira, questiona Luiz Flávio Gomes¹⁵:

A pergunta principal a ser feita, no campo da política criminal, é: todas essas prisões são realmente adequadas e necessárias? A resposta, obviamente, é negativa. Há um excesso por parte de alguns magistrados do País. Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente antes mesmo de serem condenadas. A prisão processual tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira.

Com efeito, em que pese as alterações promovidas ao longo dos anos no CPP, bem como as novas interpretações dadas em consonância com o novo ordenamento jurídico, a sistemática da prisão processual carecia, ainda, de razoabilidade. Com a missão de alterar essa realidade, uma comissão de juristas formada por Rogério Lauria Tucci, Luis Flávio Gomes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Petrônio Calmon Filho, René Ariel Dotti, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Sidney Beneti e Rui Stoco elaborou proposta¹⁶ que, posteriormente, veio a ser tornar o Projeto de Lei nº 4.208/2001.

Com base nesse projeto, foi promulgada a Lei 12.403/2011, a qual alterou o Título IX do CPP, antes denominado *Da Prisão e da Liberdade Provisória*, para *Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*, e introduziu várias medidas acautelatórias diversas da prisão, tornando a prisão processual medida cautelar subsidiária e excepcional.

3 A PRISÃO PROCESSUAL COMO *ULTIMA RATIO*

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p 15.

¹⁶ “A proposta transformou-se no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, de iniciativa do Poder Executivo, que remeteu à Câmara dos Deputados, juntamente com a Mensagem nº 214 /01, a Exposição de Motivos nº 00022 – MJ, de 25 de janeiro de 2001, do Ministério da Justiça. Após tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC, foi aprovada, em 2008, a emenda substitutiva global de Plenário apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processual Penal, instituído no âmbito daquela Casa Legislativa, sob a coordenação do deputado João Campos. Na justificação da referida emenda, o grupo de trabalho promoveu a atualização do projeto original, tendo em vista a evolução da jurisprudência desde 2002. No Senado, o projeto foi distribuído ao senador Demóstenes Torres para emitir relatório pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, tendo esta aprovado, em abril de 2009, parece desfavorável com algumas emendas, posteriormente afastadas pela Câmara dos Deputados, na votação final do dia 7 de abril de 2001.” GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 16.

O princípio da proporcionalidade era flagrantemente ultrajado na vigência do sistema binário. Na falta de um leque maior de medidas alternativas à prisão, bem como da impossibilidade do uso do poder geral de cautela em matéria processual penal, o juiz, na maioria das vezes, não tinha a possibilidade de aplicar uma medida mais proporcional. Via-se o magistrado obrigado a aplicar desnecessariamente uma medida mais gravosa porque não havia nenhuma outra “menos branda” (do que a liberdade provisória) ou mais “intermediária” que se moldasse ao caso.

A aplicação dos subprincípios da adequação e da necessidade se tornava árdua no momento de dar singularidade às situações de cautela. No âmago da “vedação ao excesso” e da “vedação a insuficiência”, oriundos do subprincípio da necessidade, era improvável a proporcionalidade na decretação cautelar, pois a liberdade provisória mostrava-se suave demais, enquanto o *carcer ad custodiam* se demonstrava demasiadamente excessivo. Na colisão com as garantias do acusado, prevalecia em sua maioria a garantia da efetividade processual.

Em virtude dessa realidade, o Brasil possui hoje mais de 200 mil presos provisórios, representando 44% do total de mais de 500 mil presos no país, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos. Junto aos presos que ainda não tiveram sentença condenatória definitiva, somam-se os que estão presos de forma irregular, pois não deveriam mais estar detidos. É o caso, por exemplo, dos mais de 60 mil presos (mais de 30 mil respondendo por furto simples) condenados a penas de até 4 anos de reclusão que, de acordo com o art. 44 do Código Penal, poderiam ter suas penas restritivas de liberdade substituídas por restritivas de direitos quando não reincidentes em crimes dolosos e com critérios subjetivos favoráveis (antecedentes, conduta social e personalidade).¹⁷

Com efeito, o Brasil acabou o primeiro semestre de 2011 com a quantidade de presos 69% superior ao número de vagas existentes nas penitenciárias, conforme os dados do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional.¹⁸ Já no Ceará, a população

¹⁷ BUNDY, Mariana Cury; GOMES, Luiz Flávio. **Alternativa à prisão não é impunidade**. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/alternativa-a-prisao-nao-e-impunidade/#more-14349>>. Acesso em 05/05/2012

¹⁸ BUNDY, Mariana Cury; GOMES, Luiz Flávio. **Brasil: Número de presos é 69% superior ao número de vagas**. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/brasil-numero-de-presos-e-69-superior-ao-numero-de-vagas/>>. Acesso em 05/05/2012.

carcerária “flutuante” de 17 mil pessoas faz do estado o 8º com maior número de presos. No Nordeste, o Ceará só perde para Pernambuco¹⁹.

Na busca de uma política criminal não intervencionista, a Lei 12.403/11 incluiu diversas medidas alternativas à custódia cautelar, realizando a substituição do modelo bipolar (prisão ou liberdade) para o polimorfo. Assim, a prisão processual passou a ter caráter subsidiário, ante a variabilidade e possibilidade de aplicação isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º, CPP) das outras medidas diversas do encarceramento.

Não obstante, com o advento do novo diploma, o recolhimento ao cárcere assumiu formalmente sua função como medida excepcional e extrema (*ultima ratio - extrema ratio*). O § 6º do art. 282 do Código de Processo Penal orienta de forma expressa que a “prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”.

Destarte, do ponto de vista morfológico, a sistemática anterior era bastante limitada, de forma que se reduzia a complexidade da tutela a dois extremos: de um lado, a banalização da custódia cautelar; do outro, o sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições do acusado²⁰. Assim, a nova lei passou a apresentar a prisão preventiva como última opção, em respeito e observância às garantias e aos direitos individuais constitucionalmente assegurados, assim como em consonância com o princípio da intervenção mínima²¹.

Geraldo Prado²² ensina que a excepcionalidade da manutenção ou a imposição da prisão preventiva deve ser vista por três ângulos. O primeiro diz respeito, essencialmente, à proporcionalidade em sentido estrito da medida e a homogeneidade das cautelares pessoais. A prisão, como medida subsidiária, não pode ser decretada

¹⁹ CASTRO, Bruno de. PRESOS: Ceará tem a oitava maior população carcerária do Brasil .Disponível em:<<http://pastoralcarcerarianucleojuridico.blogspot.com.br/2012/04/presos-ceara-tem-oitava-maior-populacao.html>>. Acesso em 05/05/2012.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS156/2009 (e mais algumas preocupações...). São Paulo: Boletim do IBCCRIM, Ed. Especial, agosto de 2010.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 32.

²² FILHO, Antônio Magalhães Gomes *et al.* **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121-123.

quando for pouco provável que o agente sofra uma pena restritiva de liberdade ao final do processo. Há na legislação situações onde é possível a suspensão condicional do processo²³ ou a aplicação de penas restritivas de direitos (art. 43 e 44 do CP). Em razão disso, o novel diploma vedou, ordinariamente, a decretação da preventiva aos acusados de crime cuja pena não seja superior a quatro anos.

O segundo ponto defende a utilização de meios menos gravosos às garantias do indivíduo para a efetividade do processo. Com esse intuito, o art. 319 do CPP foi alterado, incluindo diferentes tipos de medidas alternativas, seguindo a orientação da Corte Interamericana em diminuir o uso a prisão preventiva.

A terceira orientação é no sentido da razoável duração da prisão preventiva. O estado tem o dever constitucional de garantir a razoável duração do processo (art.4º, LXXVIII, CF de 88), mais ainda por se tratar de restrição de liberdade. Assim, em caso de excesso, deve haver fundamentação idônea que justifique a demora. Nesse sentido, a jurisprudência do STF²⁴ é firme no sentido de que não procede a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou a defesa contribuem para eventual dilação do prazo.

Logo, por exigência legal, o juiz realizará o cotejo dos demais dispositivos processuais, determinando a decretação da preventiva apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, bem como visualizando se, ao final do processo, aquela imposição não terá sido mais gravosa do que a pena cominada em caso de condenação.

4 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Ao longo dos anos, o legislador seguiu a tendência de realizar alterações pontuais no ultrapassado Código de Processo Penal de 1942. Deixando de lado os ideais fascistas, os arts. 311 e 312 foram alterados pela Lei 5.329/1967, a qual reformulou a

²³ Art. 89 da Lei. 9.099/95, *in verbis*: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

²⁴ STF, HC 110729, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13.03.2012, DJe 26.03.2012

prisão preventiva. A Lei 6.416/1977, por sua vez, ampliou as hipóteses de cabimento de fiança e incluiu a possibilidade de ser concedida liberdade provisória sem fiança nos casos que não coubesse prisão preventiva. Essas foram apenas algumas das alterações. Em meio a outras mudanças, foi promulgada a Constituição Federal de 1998, a *Constituição Cidadã*, assegurando várias garantias e direitos fundamentais. No entanto, o CPP carecia (e carece), ainda, de reformas visando a dar maior efetividade aos princípios constitucionais, principalmente aos ligados à presunção de inocência e à liberdade. O legislativo e o judiciário continuavam o difícil e cuidadoso trabalho de “filtragem constitucional” da legislação processual penal.

A Lei 11.113/2005 alterou o *caput* e o § 3º do art. 304 do CPP, dispondo sobre a lavratura do auto de prisão em flagrante. Em 2007, com o advento da Lei 11.449, o art. 306 modificou a questão da comunicação do auto de prisão em flagrante. Enfim, aconteceram melhoras bastante significativas ao longo desse período, todavia a bipolaridade do sistema ainda vigorava, restando apenas as opções prisão e liberdade.

Foi com a ideia de acabar com essa celeuma que, em 4 de junho de 2011, foi aprovada a Lei 12.403/11, que introduziu no sistema processual penal uma série de medidas alternativas à prisão processual, com o fim de prestigiar a regra da liberdade e tornar a prisão preventiva a *ultima ratio* entre as medidas cautelares. Esse sistema polimorfo não se trata de uma inovação do direito processual penal brasileiro. O Código de Processo Penal português e o Código de Processo Penal italiano foram inspirações para o sistema pátrio.

Malgrado não houvesse previsão de medidas diversas da prisão antes da Lei 12.403/11, não se pode olvidar que a legislação especial já previa em diversos institutos a imposição de medidas alternativas. Destaque especial para as chamadas “medidas protetivas de urgência” do artigo 22 da Lei nº 11.340/2006, conhecida notadamente como Lei Maria da Penha, aplicadas de imediato pelo juiz ao agressor quando constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, tais como: a) a suspensão da posse ou restrição do porte de arma, com a comunicação ao órgão competente (inc. I); b) o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima (inc. II); c) a proibição de aproximação (com a fixação de limite mínimo de distância entre estes e o agressor) e de contato (por qualquer meio de comunicação) com a ofendida, com seus familiares e das testemunhas, bem como da frequência de

determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida (inc. III, a, b, c, respectivamente.); d) restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço militar (inc. IV); E, por fim, como medida de natureza patrimonial, a: e) prestação de alimentos provisionais ou provisórios. A imposição de qualquer dessas medidas não impede a cumulação com as demais existentes no ordenamento jurídico, se a segurança da ofendida ou as circunstâncias exigirem (art. 22, § 1º).

Nesse enredo, a Lei Maria da Penha já havia reforçado no CPP (art. 313, IV) a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva no caso de descumprimento das medidas protetivas. A Lei 12.403/11 revogou totalmente o art. 313 e seus incisos, mas ratificou novamente essa ideia. De acordo com seu novo inciso III, a decretação da preventiva será admitida “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência”. Assim, tem-se entendido que o novo diploma estendeu as medidas protetivas da Lei 11.340/06 para outros hipossuficientes como o idoso e a pessoa com deficiência²⁵. Registra-se, contudo, que é sempre necessário que seja demonstrada pelo juiz a presença dos requisitos da prisão preventiva presentes no art. 312 do CPP. Outras, não menos importantes, também são encontradas na legislação especial, como na Lei 11.343/06²⁶ (Lei de Entorpecentes), em seu artigo 56, § 1º, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92²⁷), no seu artigo 20 e no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97²⁸) em seu artigo 294. Assim, com a necessidade da inclusão de outras medidas na lei geral que disciplina todo o processo penal, foi inserido no art. 319 nove espécies de medidas cautelares alternativas à prisão, examinadas uma a uma no tópico seguinte.

²⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A ampliação do alcance das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha para os demais hipossuficientes mencionados no art. 313, III, CPP, sob a nova redação dada pela Lei nº 12.403/11.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3079, 6 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20581>>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁶ *In verbis*: “§ 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.”

²⁷ *In verbis*: “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

²⁸ *In verbis*: “Art. 294. 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.”

4.1 Novas medidas cautelares do art. 319

A nova redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, que pôs fim à prisão administrativa, dispõe, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo I deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

4.1.1 Comparecimento periódico em juízo (inc. I)

Conforme inciso I, essa medida impõe o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, com a finalidade de informar e justificar suas atividades. Essa modalidade de medida cautelar busca, em regra, garantir a aplicação da lei penal, mantendo o acusado vinculado ao juízo, com a obrigação de atualizar suas informações sobre seu endereço, suas ocupações, etc. Esse tipo de coação

já se encontra na Lei dos Juizados Especiais²⁹ (Lei 9.099/95) e no Código Penal³⁰ como requisitos para concessão do *sursis* e da suspensão condicional do processo.

Embora a lei não fale a respeito, a doutrina³¹ entende que o comparecimento deve ser pessoal, não se admitindo o seu cumprimento por procurador ou advogado. Não há previsão da periodicidade nesse comparecimento, segundo Andrey Borges de Mendonça,³² aquela será determinada pelo magistrado à luz do caso concreto e de acordo com o princípio da adequação e na proporção da necessidade de manter o juízo informado do paradeiro daquele que se encontra em liberdade.

4.1.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (inc. II)

Esse inciso proíbe o acesso ou frequência a determinados lugares que podem estimular o réu a praticar novas infrações. A lei não especifica esses lugares, mas é exigido que seja determinado. Bom exemplo é a proibição do acusado, membro de torcida organizada, de ir ao estádio de futebol, por já ter se envolvido em confusão entre torcidas rivais.

Em razão de sua finalidade de “evitar o risco de novas infrações”, a doutrina já acena com a pecha da inconstitucionalidade deste inciso, pois não teria ele natureza cautelar, de resguardar o processo, mas de penalização.

Aury Lopes Júnior³³, adepto desse posicionamento, critica:

[...] a medida nasce com um *defeito genérico*: sua discutível cautelaridade e, portanto, constitucionalidade. Não se vislumbra tutela do processo ou de seu objeto, aproximando-se da problemática prisão preventiva para garantia da ordem pública, dado seu caráter de prevenção especial manifesta.

Malgrado não concorde com o rótulo de medida cautelar, ante a sua nítida finalidade de evitar a reiteração criminosa, Gustavo Henrique Badaró³⁴ defende:

²⁹ Art. 89, § 1º, IV da Lei 9.099/95.

³⁰ Art. 78, § 2º, c do Código Penal.

³¹ FILHO, Antônio Magalhães Gomes *et al.* **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 238.

³² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p.431.

³³ 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.

[...] embora o inc. II do *caput* do art. 319 do CPP se refira ao risco de reiteração criminosa, ‘quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deve o indiciado ou acusado dela permanecer distante [...] mediatamente, a medida acabará tendo a natureza de uma cautelar instrumental ou probatória, imposta para preservar e proteger a prova, no caso de fontes orais, como testemunhas ou vítimas, evitando ameaças, agressões, tentativas de suborno e outras atitudes do mesmo gênero.

Por sua vez, a lei fala em proibição de “acesso” e de “frequência”, palavras de significados distintos. A vedação ao acesso não permite que o agente adentre nenhuma vez no local decidido, porquanto a proibição de frequência inibe a frequência regular e contumaz ao lugar determinado pelo juiz.³⁵

Urge mencionar que, implicitamente, a medida possibilita o afastamento do próprio lar, assim como previsto entre as medidas protetivas da Lei Maria da Penha (art. 22, II), nos casos em que a vítima coabite com o acusado. Em última análise, é obrigatório que a medida seja decretada somente para o acusado, para o agente que esteja sendo investigado pelo Estado, pois constitui coação ilegal a imposição dessa medida a terceiro alheio ao processo, como ocorreria em caso de medida cautelar afastando do lar os irmãos do réu.³⁶

4.1.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada (inc. III)

O dispositivo em comento proíbe que o acusado ou indiciado tenha contato com “pessoa determinada” que, “por circunstâncias relacionadas ao fato”, deva ele “permanecer distante”. Tem como finalidade evitar a reiteração criminosa ou garantir o andamento regular da investigação ou da instrução criminal.

A norma fala em “pessoa determinada”, possibilitando que o juiz proíba o acusado de ter contato não apenas com o ofendido, mas também com testemunhas ou com qualquer outra pessoa relacionada ao fato. Silvio Maciel³⁷ alerta que o termo “permanecer distante” deve ser visto de forma ampla. Isso significa que não basta

³⁴ FILHO, Antônio Magalhães Gomes *et al.* **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239.

³⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 433.

³⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 434.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 183.

apenas a distância física, mas a distância plena. De nada adiantaria o magistrado proibir apenas o contato físico com a vítima, se o acusado pudesse continuar ameaçando e amedrontando por meio de redes sociais ou outros meios de comunicação.

Por outro lado, Eugênio Pacelli de Oliveira³⁸ adverte que o inciso em questão busca evitar o contato voluntário, a procura do réu por contato com o ofendido. Desse modo, não há que se falar em descumprimento da medida em caso de encontro involuntário com a vítima.

4.1.4 Proibição de ausentar-se da comarca (inc. IV)

De forma inequívoca, o legislador indica que a finalidade da norma é a conveniência ou a necessidade da permanência do acusado na comarca para a investigação ou para a instrução. Busca-se aqui, impedir que o réu saia da comarca e prejudique o andamento da investigação ou dos atos processuais, como uma eventual intimação.

Nas lições de Tourinho Filho³⁹, o juiz poderá impor essa medida somente nas hipóteses em que o réu resida na comarca onde tramita o processo. Mencionando o Código Italiano, o egrégio doutrinador acena, ainda, com a possibilidade de o magistrado proibir que o acusado se ausente do país. Explica:

Na verdade é um não senso o Juiz pretender que o réu não se ausente da Comarca na hipótese de outra ser a sua residência. Às vezes a Autoridade Policial, na fase do inquérito, ou o Juiz, na fase da instrução, precisa realizar alguma diligência em que deve o indiciado ou réu estar presente, como na hipótese, p. ex., de um reconhecimento, de eventual complementação da identidade. Estando na Comarca, tudo se torna mais fácil, apesar de que sempre haverá aqueles Magistrados sem vocação que entenderão que a presença na Comarca será sempre necessária... mesmo que o réu resida em outra... [...] O Juiz pode, inclusive, tal como previsto no art. 320, proibir que o investigado ou réu se ausente do País, tomando a cautela de comunicar as autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 horas. Disposição semelhante encontra-se no art. 281 do CPP italiano ao cuidar do *divieto de espatrio*.

³⁸ *Apud* MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 435.

³⁹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 699-700.

A doutrina⁴⁰ também alerta para a baixa eficácia desse inciso, em razão da sua restrita finalidade, pois, por garantia constitucional do *nemo tenetur se ipsum accusare*, o indiciado ou acusado poderia negar a sua participação no ato instrutório.

Em posição semelhante, Silvio Maciel⁴¹ igualmente questiona a eficiência do dispositivo, asseverando, ainda, que apenas por necessidade caberá a decretação da medida cautelar, eis que uma medida restritiva de direitos fundamentais não deve ser decretada por mera “conveniência” das autoridades estatais. Aduz:

A proibição somente se justifica se for *necessária* para investigação ou instrução criminal. Teria mais sentido se o legislador tivesse previsto essa medida cautelar para garantia da aplicação da lei penal, porque a saída do distrito da culpa está sempre relacionada com a ideia de fuga. Não vemos no que a saída do acusado da comarca possa comprometer o bom andamento das investigações ou do processo. Se a saída não tem a finalidade de fuga, isso significa que o indiciado ou acusado estará à disposição da polícia e do Judiciário nas pouquíssimas vezes em que for intimado a comparecer diante das autoridades; se a saída demonstra concretamente intenção de fuga, é o caso de se decretar prisão preventiva. Além disso, para garantir o bom andamento da investigação ou da instrução processual seria mais adequado a lei ter previsto a medida de comparecimento obrigatório aos atos do processo (como ocorre no caso da fiança).

Em suma, trata-se de uma medida cautelar de uso bastante restrito, em respeito ao princípio da legalidade, e que se mostra bastante improvável a sua fiscalização pelo Estado.

4.1.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (inc. V)

O inciso V não fala da finalidade de sua aplicação, devendo, em regra, e de acordo com o disposto no art. 282, I, ser aplicado caso necessário para garantir a investigação ou instrução criminal e a aplicação da lei penal. Nesses casos, almeja-se a

⁴⁰ FILHO, Antônio Magalhães Gomes *et al.* **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 183.

autodisciplina e o senso de responsabilidade do acusado, demonstrando que não tem nenhuma intenção de fugir.⁴²

Procura-se com a referida medida, evitar que o réu seja privado de seu sustento, em razão da paralisação do seu trabalho, sob pena de violação da dignidade humana. Nessa linha, a lei, em tese, exige que o acusado tenha “residência e trabalho fixos”, no entanto, se o agente está à procura de emprego ou estudando, a medida também poderá ser adequada. Em respeito ao próprio princípio da proporcionalidade, nada impede que o magistrado, observando ser relevante o recolhimento para o caso concreto, determine-a.⁴³ De outro giro, essa medida cautelar também é questionável no que concerne à sua fiscalização. Parece impossível para o Estado inspecionar o seu fiel cumprimento. Assim, em atenção ao princípio da vedação à insuficiência, o magistrado pode cumulá-la com outras medidas cautelares (monitoração eletrônica ou a proibição de ausentar-se da comarca etc.) com fim de dá-la maior efetividade. Oportuno lembrar que o recolhimento domiciliar não deve ser confundido com a prisão domiciliar. Aquele é uma medida alternativa à prisão e obriga o recolhimento apenas no período noturno e nos dias de folga. Já a prisão domiciliar é medida substitutiva da prisão preventiva, prevista nos artigos 317 e 318, do CPP, na qual os recolhidos só podem sair do domicílio com autorização judicial.

4.1.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica (inc. VI)

Dispõe o inciso VI, do art. 319, ser medida alternativa à prisão a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.”.

A norma em apreço tem como finalidade evitar que o agente se valha das facilidades dessa função ou atividade para a prática de novas infrações.⁴⁴ Embora haja

⁴² O recolhimento domiciliar já era previsto como pena no art. 13 da Lei 9.605 de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), *in verbis*: “Art. 13. O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.”.

⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 438.

⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 441.

posição em sentido contrário⁴⁵, o termo função pública deve ser visto em seu sentido amplo, incluindo a função pública eletiva. Em outra análise, não há previsão legal a respeito do tempo de duração da suspensão, bem como se o acusado funcionário público continuará recebendo ou não seus vencimentos. Neste último caso, há entendimento⁴⁶ sustentando a analogia ao disposto do art. 147 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Público Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais), o qual afirmar que o servidor poderá ser afastado pelo prazo de 60 dias, sem “prejuízo da remuneração”.

4.1.7 Internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável (inc. VII)

Nessa medida cautelar, quis o legislador evitar a reiteração criminosa, internando provisoriamente, como forma de prevenção, o acusado inimputável ou semi-imputável em hospital psiquiátrico ou outro local adequado para esse tipo de situação. Exige-se, para sua decretação, que tenha sido praticada uma infração “com violência ou grave ameaça” contra pessoa (excluindo-se os animais, p. ex.), que haja risco de reiteração delituosa, bem como que seja constatada por peritos a situação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Com relação a este último aspecto, Guilherme Nucci⁴⁷ defende que, malgrado a lei exija a prévia conclusão dos peritos atestando a sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pode o juiz usar do seu poder geral de cautela para decretar a internação provisória antes da conclusão do laudo técnico, nos casos em que o doente mental exiba nítidos sinais de sua enfermidade. Com isso, evitar-se-ia que o inimputável ou semi-inimputável fosse preso preventivamente, como ocorria anteriormente, ante a falta de um dispositivo com essa previsão.

4.1.8 Fiança (inc. VIII)

Fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, com a finalidade de assegurar a liberdade provisória do

⁴⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 700.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 185.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 85.

indiciado ou réu, enquanto decorre o inquérito policial ou o processo criminal, desde que preenchidas determinadas condições.⁴⁸

A Lei 12.403/11 revitalizou o instituto da fiança, deixando de utilizá-la apenas como contracautela nos casos de prisão em flagrante, e a incluiu como medida cautelar autônoma no rol do artigo 319, inciso VIII, do CPP, o qual dispõe que a fiança poderá ser decretada “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”.

Fala-se em “revitalização da fiança” porque, com a redação anterior do art. 323, I, do CPP, e a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, o instituto havia se tornado inócuo. O referido artigo tratava como inafiançáveis, p. ex., os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada fosse superior a dois anos, impedindo a fiança de crimes como o homicídio simples. Desse modo, não era lógico, nem justo, um acusado de homicídio simples ter direito à liberdade provisória sem o pagamento de fiança, enquanto um acusado por furto simples não.

Na nova redação do art. 323, não será concedida, sob pena de cassação (arts. 338 e 339), nos crimes de: a) racismo (inc. I); b) crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos (inc. II); e nos crimes cometidos por c) grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. III). Assim, o legislador ordinário corrigiu boa parte da incoerência da sistemática anterior, no entanto, por força constitucional, continua impossibilitada a concessão de fiança para esses respectivos crimes.⁴⁹

Não será igualmente concedida (art. 324) a fiança aos que: a) tiverem quebrado, no mesmo processo, a fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327⁵⁰ e 328⁵¹; b) em

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 626.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 627.

⁵⁰ *In verbis*: “Art. 327 - A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.”.

caso de prisão civil ou militar; c) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

A Lei 12.403 de 2011 trouxe outras grandes mudanças a respeito do instituto da fiança, como a possibilidade da Autoridade Policial arbitrar fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos (art. 322), tornando a concessão mais célere e simplificada, sem a necessidade de requisição para o juiz (art. 322, parágrafo único). Caso o crime possua pena superior, nada impede que o magistrado conceda a liberdade provisória com fiança, se ausentes os requisitos da prisão preventiva, no entanto, o acusado terá que esperar a decisão do juiz em 48 horas.

Outra importante alteração foi a elevação dos valores fixados para a fiança, a saber: a) um a cem salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a quatro anos (art. 325, I); b) dez a duzentos salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a quatro anos (art. 325, II).

Para a determinação desse valor, o magistrado deve considerar 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 (art. 326). Dependendo da situação econômica do réu, a fiança poderá ser dispensada (art. 325, § 1º, I), reduzida até o máximo de dois terços (art. 325, § 1º, II) ou aumentada em até mil vezes (art. 325, § 1º, III). Assim, no caso do réu pobre (a grande maioria), deve haver a dispensa do arbitramento da fiança, sendo, se possível, concedida a liberdade provisória e, se necessária, a imposição de alguma outra medida cautelar do art. 319. Caso o acusado seja rico ou bilionário, por óbvio, a fiança deve ser arbitrada nos padrões mais altos, buscando sua maior efetividade.

Os valores entregues ao Estado servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, caso o réu seja condenado (art. 336). Em caso de absolvição do réu, será devolvido o valor pago em fiança, com os

⁵¹*In verbis*: “Art. 328 - O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.”.

valores devidamente atualizados e com os descontos provenientes das despesas do art. 336 (art. 337).

Desta feita, a implementação da fiança no rol do art. 319 possibilita a sua cumulação com outras medidas cautelares, não estabelecendo o legislador nenhuma restrição quanto a isso. Todavia, deve haver compatibilidade entre essas medidas, pois seria desproporcional que fosse cumulada a fiança com a prisão preventiva, prisão domiciliar ou com a internação provisória, por exemplo.⁵²

4.1.9 Monitoramento eletrônico (inc. IX)

O monitoramento eletrônico, sistema há tempos utilizado em outros países, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, só entrou em nosso ordenamento em 2010, por meio da Lei 12.258, que modificou a Lei de Execução Penal, incluindo a possibilidade o monitoramento do preso condenado nas ocasiões de saída temporária ou nos casos de prisão domiciliar.⁵³ Como a lei não indicou expressamente a sua finalidade, segue-se a regra geral. Assim, a medida tem como fim a garantia da aplicação da lei penal e do regular andamento da investigação ou instrução criminal.

A nova legislação incluiu essa espécie de monitoramento no rol das medidas cautelares. Poderá, assim como as outras medidas, ser aplicada isolada ou cumulativamente com outra. Se aplicada isoladamente, servirá, sobretudo, para a hipótese de risco de fuga do acusado, pois somente o monitoramento terá pouca eficácia quando houver risco de obstrução à instrução.⁵⁴

Por outro lado, há questionamentos sobre o excesso de invasão à privacidade e à intimidade do acusado com o uso desse meio de monitoração. Segundo os críticos, essa medida seria inconstitucional, pois violaria a dignidade da pessoa humana. Todavia, a maioria da doutrina⁵⁵ entende pela constitucionalidade desse

⁵² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 458.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 187.

⁵⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 459.

⁵⁵ Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 461; GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 188; FILHO, Antônio Magalhães Gomes *et al.* **Medidas cautelares no**

dispositivo, tendo em vista que o encarceramento do réu seria muito mais ofensivo e degradante do que o uso das pulseiras de monitoração.

Consoante doutrina de Tourinho Filho⁵⁶:

[...] quem conhece os horrores do cárcere, a vida imunda dos que ali se encontram, como se fossem um monte de farrapos humanos, certamente não fará nenhuma censura ao legislador. *Meno male...* Na hipótese de ser decretada a preventiva, p. ex., entre ficar no cárcere, sem o mínimo de higiene e, às vezes, sem espaço para deitar, e submeter-se ao monitoramento eletrônico, certamente o indiciado ou réu não pensará duas vezes.

Assim, embora haja incertezas, até mesmo sobre os efeitos que as ondas eletromagnéticas podem vir a fazer à saúde do usuário, o monitoramento eletrônico se apresenta com uma medida importante na busca pela excepcionalidade da prisão cautelar, ademais, é um meio bastante econômico para o Estado. Estudos realizados na França indicam que a prisão custa para o governo R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) por dia, enquanto o uso do monitoramento custaria R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais).⁵⁷

5 CONCLUSÃO

O legislador ordinário seguiu a tendência em realizar reformas pontuais no superado Código de Processo Penal de 1941. Na tentativa de afastar ou suavizar a nefasta presunção de culpa fascista, foram introduzidas diversas alterações no CPP ao longo dos anos.

No entanto, na seara da cautelaridade no processo penal, a busca pela flexibilização entre as garantias individuais e a efetividade processual ainda encontrava obstáculos em virtude do ainda vigente modelo bipolar, baseado no sistema dicotômico prisão e liberdade, assim como na impossibilidade de utilização do poder geral de cautela no âmbito criminal.

processo penal : prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 259; FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 701.

⁵⁶ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70.

⁵⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011, p. 465.

A concessão de liberdade provisória gerava um forte sentimento de impunidade, frente a uma sociedade ávida por “justiça”. Os magistrados não encontravam outra solução senão prender cautelarmente o acusado (presumidamente inocente), pois não havia nenhuma outra opção menos gravosa e nem menos suave quanto a concessão de liberdade provisória.

Resultado disso, o Brasil se encontra hoje com mais de 500 mil presos, sendo 200 mil provisórios, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos. Acusados e condenados encarcerados em condições desumanas, gerando um imenso prejuízo para a máquina estatal. Certamente, muitas dessas prisões são demasiadamente excessivas, oriundas de tiranias de indivíduos transvertidos de aplicadores do direito. Não se pode olvidar, no entanto, que há casos em que, na ausência de um “meio termo”, o juiz acabava sendo obrigado a decretar a prisão preventiva do réu ou acusado.

Assim, o princípio da proporcionalidade era flagrantemente violado. De um lado, a decretação de prisões desnecessárias, resultando em violação das garantias individuais, do direito à liberdade e da presunção de inocência; do outro, a concessão de liberdade provisória, medida por vezes muito branda, que podia acabar resultando em fuga do acusado, dificultando o andamento da fase instrutória e impedindo a regular prestação jurisdicional, ou mesmo em reiteração criminosa.

Nesse cenário, a Lei nº. 12.403/11 produziu profundas alterações no Título IX do Código de Processo Penal, em especial a introdução de novas medidas cautelares no art. 319 e sua expressa preferibilidade (§ 6º, art. 282), tornando a custódia cautelar medida excepcional e extrema, sendo cabível apenas caso não seja possível a utilização de nenhuma das medidas alternativas.

A nova sistemática, pautada em uma política não intervencionista, surge como tentativa do Estado em moldar o processo cautelar às diretrizes colocadas pela Constituição Federal, principalmente com o respeito ao princípio da liberdade, da dignidade humana e da presunção de inocência. O magistrado, agora, possui maior número de opções para garantir que, nessa colisão entre direitos fundamentais, os benefícios sejam maiores que os danos.

Por outro lado, qualquer medida cautelar deve ser aplicada apenas em casos em que haja necessidade. As novas medidas, mesmo mais brandas, não possuem aplicação direta e automática. Atento ao princípio da proporcionalidade, agora expressamente previsto no art. 282 do CPP, o magistrado deve aplicá-las se for realmente importante para a garantia final do processo, respeitando a natureza instrumental dessas medidas. Assim, é descabida a utilização de qualquer medida cautelar, seja o cárcere ou qualquer outra presente no art. 319 do CPP, em casos que não necessitem de nenhuma interferência estatal.

Embora seja uma opção leve, pode-se imaginar o constrangimento e as consequências que o acusado pode vir a sofrer pelo uso de algum aparelho de monitoramento eletrônico. Desse modo, é preciso alertar para que não haja uma banalização na decretação de medidas cautelares, resultando em imposições desnecessárias, arbitrárias e sem utilidade prática.

Em última análise, com a implantação do novo sistema polimorfo, percebe-se que o Estado terá grandes dificuldades na fiscalização destas novas cautelares. A proibição de frequentar determinados lugares e a exigência de recolhimento no período noturno, por exemplo, apresentam-se como meios de difícil controle pelo Estado, pois dificilmente será possível o controle eficaz nessas situações. Nessa realidade, o juiz deverá ter bastante cuidado no momento da aplicação da medida cautelar, usando, se necessário, da possibilidade de cumulação entre as medidas ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva, para que a alternativa escolhida não seja insuficiente e o acusado não abuse do seu direito à liberdade, evitando, assim, que seja causado dano a outros direitos fundamentais.

Embora essas e as outras mudanças promovidas pela Lei nº. 12.403/11 demonstrem grande evolução do processo penal brasileiro na busca pela materialização das garantias constitucionais, a problemática “prisão e liberdade” parece estar longe de ser resolvida, em virtude da insuficiência de fiscalização e operacionalidade do Poder Público. É importante salientar, no entanto, que as garantias individuais não podem ser usurpadas com a finalidade de corrigir as omissões e negligências das autoridades públicas. É dever do Estado, portanto, garantir a eficiência das normas por ele impostas.

6 REFERÊNCIAS

BUNDY, Mariana Cury; GOMES, Luiz Flávio. Alternativa à prisão não é impunidade. Disponível em:<<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/alternativa-a-prisao-nao-e-impunidade/#more-14349>>. Acesso em 05/05/2012

BUNDY, Mariana Cury; GOMES, Luiz Flávio. Brasil: Número de presos é 69% superior ao número de vagas. Disponível em:<<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/brasil-numero-de-presos-e-69-superior-ao-numero-de-vagas/>>. Acesso em 05/05/2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A ampliação do alcance das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha para os demais hipossuficientes mencionados no art. 313, III, CPP, sob a nova redação dada pela Lei nº 12.403/11. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3079, 6 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20581>>. Acesso em: 05 maio 2012.

CASTRO, Bruno de. PRESOS: Ceará tem a oitava maior população carcerária do Brasil .Disponível em:<<http://pastoralcarcerarianucleojuridico.blogspot.com.br/2012/04/presos-ceara-tem-oitava-maior-populacao.html>>. Acesso em 05/05/2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes et al. Medidas cautelares no processo penal : prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121-123.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 699-700.

GOMES, Luiz Flávio et al. Prisão e Medidas Cautelares. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 24.

LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS156/2009 (e mais algumas preocupações...). São Paulo: Boletim do IBCCRIM, Ed. Especial, agosto de 2010.

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.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 626.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 32.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 429.