

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Arícia de Oliveira Luciano

***O ius puniendi* e as medidas cautelares de natureza pessoal: um estudo de caso em
comarca de Minas Gerais**

Juiz de Fora

2014

Arícia de Oliveira Luciano

***O ius puniendi* e as medidas cautelares de natureza pessoal: um estudo de caso em comarca de Minas Gerais**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor João Beccon de Almeida Neto.

Juiz de Fora

2014

Arícia de Oliveira Luciano

O ius puniendi e as medidas cautelares de natureza pessoal: um estudo de caso em comarca de Minas Gerais

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor João Becon de Almeida Neto.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Becon de Almeida Neto- Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

Aos meus pais, Reinaldo e Denise, sinônimo de amor incondicional, que tornaram possível a concretização desta etapa e aos meus irmãos, esteio seguro em toda a minha jornada, por toda a compreensão. Ao Gabriel, minha força motriz, por entender as minhas ausências e crises. À minha avó, fonte de inspiração e coragem.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, aos professores e técnicos desta Casa, que permitiram o meu engrandecimento pessoal e profissional, em especial ao Professor João Becon, por tão carinhosamente abraçar este projeto, bem como aos Professores Isabela Gusman Ribeiro do Vale, Aline Araújo Passos, Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes e Tatiana Paula Da Cruz, por despertarem em mim o amor pelo saber jurídico.

Em especial, agradeço às amigas Anna Carolina, Ingrid, Rafaela, Raquel e Tamiris, porto seguro desde o início da jornada, por serem exemplo de carinho, generosidade e companheirismo, e que muito contribuíram para a minha formação acadêmica.

Minha sincera gratidão ainda aos amigos da Defensoria Pública, por me darem a bagagem necessária para enfrentar tão árdua tarefa. E, por fim, agradeço aos servidores do Poder Judiciário da Comarca de Santos Dumont e do Presídio de Santos Dumont, por auxiliarem na coleta dos dados utilizados no presente estudo.

**“Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique
e ninguém que não entenda.”**

(Cecília Meireles)

RESUMO

A proposta do presente trabalho é realizar uma análise quanto às medidas cautelares de natureza pessoal, partindo-se do estudo detido sobre as alterações no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), provenientes da promulgação da Lei nº 12.403/11, até se alcançar a investigação sobre a sua incidência no mundo real. Será verificada a necessidade de coadunar o disposto na referida norma aos preceitos constitucionais, sobretudo aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, para que a prestação jurisdicional seja efetiva e proporcional, causando o mínimo de dano possível ao indivíduo. No que tange ao estudo empírico realizado, busca-se demonstrar a incidência das medidas cautelares de natureza pessoal frente ao caso concreto. Defende-se, então, a necessidade de compatibilização do diploma normativo aludido com o elencado na Carta Magna de 1988, de modo a alcançar o fim precípua de tutela do processo penal, sem se afastar, todavia, dos preceitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Cautelaridade; Adequação; Necessidade; Prisão preventiva; Cautelares pessoais diversas da prisão.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze how the precautionary measures of a personal nature, starting from the study detained on the amendments to the Penal Procedure Code (Decree-Law n° 3.689 / 41), from the enactment of Law n°. 12.403 / 11 until reaching research on its impact in the real world. The need to link the provisions of that standard to the constitutional principles, especially the principles of presumption of innocence and due process, so that the adjudication is effective and proportional, causing the least possible damage to the individual will be checked. Regarding the empirical study, we seek to demonstrate the impact of precautionary measures of personal nature to the front case. It is argued, then, the need for compatibility of the regulatory text alluded to the part listed in the 1988 Constitution, in order to achieve the end preciput guardianship of criminal proceedings, without departing, however, the basic principles of Brazilian law.

Keywords: Presumption of Innocence; Cautelaridade; Adequacy; Need; Custody; Various personal protective prison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – O DIREITO PROCESSUAL PENAL E AS MEDIDAS CAUTELARES	3
1.1 Histórico	3
1.2 – Cautelaridade no processo penal	5
1.3– Alterações da Lei nº 12.403/11	6
CAPÍTULO II – DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL	10
2.1 – Prisão preventiva	13
2.2 – Comparecimento periódico em juízo.....	16
2.3 – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	18
2.4 – Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	19
2.5 – Proibição de ausentar-se da comarca ou do país	20
2.6 – Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.....	21
2.7 – Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira	22
2.8 – Internação provisória	23
2.9 – Fiança	25
2.10 – Monitoração eletrônica	27
CAPÍTULO III – ESTUDO EMPÍRICO.....	29
3.1 - Análise dos dados.....	29
3.2 – Análise crítica	31
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS	33
ANEXOS	36

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.403/2011 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro significativas alterações no que concerne ao sistema de cautelares, afastando a dicotomia até então existente entre prisão e liberdade.

A referida norma tem por escopo a ampliação e, sobretudo, a sistematização das medidas cautelares de natureza pessoal. Dentre as principais mudanças, cite-se a modificação das hipóteses de aplicação da prisão cautelar, que até o advento desta lei, era considerada a principal medida preventiva cabível e hoje é balizada como a *ultima ratio*, bem como a restauração do instituto da fiança, elencando-o como cautelar autônoma e exigível, ainda que ausentes os requisitos para a prisão preventiva.

Muito embora o supracitado diploma legal não seja tão recente, ainda fomenta uma série de divergências doutrinárias, haja vista a imprecisão dos critérios para a fixação das medidas cautelares, sobretudo no que tange aos fundamentos para decretação da prisão preventiva. Desta forma, fica evidente a necessidade de se vincular as decisões dos magistrados em critérios mais seguros, a fim de se alcançar a medida mais adequada frente ao caso concreto, afastando eventuais arbitrariedades e injustiças.

Neste diapasão, o que se busca é suscitar os principais questionamentos frente às alterações trazidas pela *novatio legis*, pautando-se nos preceitos constitucionais como mecanismo de solução dos conflitos que por ventura possam existir, tendo como preceito basilar o princípio da proporcionalidade. Assim, far-se-á uma investigação sobre a aplicação da aludida norma à luz da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito, em especial o art. 5º, que explicita os princípios fundamentais, bem como art. 93, IX, que estabelece a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Logo, o presente estudo tem por escopo examinar a aplicação dos referidos remédios em comarca de Minas Gerais, no período compreendido entre janeiro e setembro de 2014, com ênfase na prisão preventiva e nos critérios utilizados pelo juiz quando da sua decretação.

Para tanto, faz-se necessário analisar todo o instituto das medidas cautelares de natureza pessoal, remetendo às peculiaridades de cada uma das espécies trazidas pela Lei nº 12.403/2011, perpassando ainda pelas premissas fundamentais referentes à sua fixação. Dentre os pressupostos, dar-se-á especial relevo ao *periculum libertatis* e ao *fumus commissi delicti*, por serem estes os elementos indispensáveis para a aplicação de todas as cautelares em análise.

Em suma, para que o objetivo pretendido fosse atingido, primeiramente, fez-se imprescindível o devido estudo do instituto das medidas cautelares de natureza pessoal para, posteriormente, avançar para a análise das decisões proferidas em comarca de Minas Gerais, observando se a alteração legislativa foi, de fato, percebida no plano real.

CAPÍTULO I – O DIREITO PROCESSUAL PENAL E AS MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Histórico

O Código de Processo Penal brasileiro (CPP) foi sancionado em 1941, pelo Decreto-Lei nº 3.689/41, entrando em vigor em janeiro do ano subsequente. Sua formação teve como inspiração o Código Rocco Italiano, de 1930¹, editado sob a ditadura fascista de Mussolini, com características autoritárias e inquisitivas, e vigorou até o ano de 1988.

Dentro do contexto histórico de sua elaboração, é imperioso destacar que o Brasil, então governado por Getúlio Vargas, vivia um regime político eminentemente ditatorial, intitulado de Estado Novo, enquanto no âmbito internacional ocorria a II Guerra Mundial. Assim, o CPP surgiu em meio a esse turbilhão político-social, sob a égide da Constituição de 1937. Frisa-se que tal codificação atravessou, com algumas adaptações, diversos regimes políticos, inclusive a ditadura militar das décadas de 1960 e 1970, estando em vigor até os dias atuais.

Em 1988, entretanto, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, tendo como principal marco a restauração da democracia. Esta possui características humanistas, valorizando a dignidade da pessoa humana e a proteção do indivíduo, enquanto o CPP, em razão de questões históricas, possui diversos traços autoritários e inquisitivos, tendo, em muitos casos, como valor maior o bem social, ainda que em detrimento do bem individual, como por exemplo, no caso previsto no art. 185,§2, I, CPP, em que o acusado será interrogado por sistema de videoconferência a fim de se prevenir eventual risco à segurança pública.

Choukr (2014), ao abordar o referido tema assim preleciona:

Corolário disso, a estrutura deste Livro demonstra claramente a hierarquia de valores que inspiram o Código. Como decorrência natural do espírito autoritário que possui e que alimenta largamente sua interpretação, até mesmo nos dias de hoje, os primeiros cuidados do Código dirão respeito à atividade de polícia para, depois, seguir-se a estrutura da ação e, por fim, as disposições de competência. Previsões sobre os atores processuais são bem posteriores e, verdadeiramente, o papel da jurisdição se afigura esmaecido entre os elementos de caráter administrativo que aparecem em primeiro lugar.

¹ A exposição de motivos do CPP, publicada no DOU de 13/10/1941 assim estabelece: “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma provisão é de ser feita em relação ao presente projeto [...]”.

Essa ubiquação se mostra inadequada aos ditames do Estado de Direito tais como assentados na CR/88 e no seu prolongamento, a CADH. Numa revisão de fundo nos valores culturais e na estrutura de direito positivo, seria importante, como vetor interpretativo de um futuro novo Código modificado integralmente, que viessem assentados os cânones constitucionais em primeiro plano [...] (CHOUKR, 2014, p. 30),

Desta forma, diante do conflito entre os diplomas, surgiu a necessidade da realização de uma filtragem constitucional do CPP, trazendo para o processo penal os princípios elencados na Carta Magna de 1988.

Em razão da imprescindibilidade de adequação da legislação processual penal aos ideais democráticos da Constituição Federal de 1988, surgiu então um processo de modificação do CPP. Exemplo deste movimento foram as reformas parciais, que alteraram pontos importantes no processo penal, aprovadas pelo Congresso Nacional entre os anos de 2008 e 2009, dentre as quais pode-se citar as Leis 11.689/08, que alterou a parte procedimental, sobretudo no que tange o procedimento do Tribunal do Júri; 11.690/08, a qual trouxe mudanças em relação à temática de provas; 11.719/09, que modificou os institutos da *emendatio libelli e mutatio libelli*.

Ademais, outra modificação substancial no processo penal se deu em virtude da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, objeto do presente estudo. O projeto de lei (PL 4.208/01), que deu origem à referida norma, foi elaborado pela Comissão² constituída pela Portaria n. 61/2000, composta por processualistas de alto renome, encabeçados por Ada Pellegrini Grinover.

Ressalta-se ainda que, acerca das propostas de alteração do CPP, o Projeto de Lei 156/2009, que propõe a reforma global do Código de Processo Penal, ainda está em tramitação no Congresso Nacional. Tal projeto foi elaborado por uma comissão de juristas e propõe profundas mudanças no Código, muito embora mantenha alguns pontos. Aprovado pelo Senado Federal, ao ser distribuído na Câmara dos Deputados, recebeu o número PL 8045/2010, tendo sido apensado ao Projeto de Lei n. 7.987/2010, de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira, haja vista que em ambos propõe-se a reforma do CPP.

Embora sejam alvo de inúmeras críticas por grande parcela da doutrina, como por exemplo, no que diz respeito a manutenção da garantia da ordem pública como fundamento

² A comissão Pellegrini, instituída em fevereiro de 2000, foi composta por juristas de alto renome, quais sejam: Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benetti.

para fixação da prisão preventiva³, ou ainda em razão da omissão do legislador quanto ao prazo de duração das medidas cautelares de natureza pessoal, todas as modificações ocorridas mostraram-se necessárias, vez que tem por objetivo a constitucionalização do processo penal.

1.2 – Cautelaridade no processo penal

Existem três espécies de processo que servem à atividade jurisdicional, quais sejam: de conhecimento, de execução e cautelar. Enquanto o processo de conhecimento é responsável por assegurar a busca do provimento jurisdicional, formulando a regra jurídica, o processo de execução objetiva fazer atuar esta regra, tornando efetivo o provimento advindo do processo de conhecimento. Contudo, em alguns casos, a demora dos processos de conhecimento e execução pode colocar em risco o direito pretendido, carecendo de providências em caráter de urgência, de modo que o processo cautelar se faz necessário, a fim de garantir a própria atividade jurisdicional.

Não existe concordância na doutrina sobre a (in)existência de um processo cautelar autônomo no âmbito penal, tal qual ocorre no ramo civil. Para Nicolitt (2011), há uma tendência no sentido do seu reconhecimento, embora sem muita autonomia em relação aos processos de conhecimento e execução. Ainda segundo o autor, o processo deve ser entendido como um procedimento realizado em contraditório, o que viabiliza a existência de um processo penal cautelar autônomo, muito embora reconheça que a Lei nº 12.403/11 não cuidou desta regulamentação.

Em sentido contrário, Lima (2014, p. 773), afirma não ser possível se reconhecer a existência de um processo cautelar autônomo, de modo que *“no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar, é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial”*.

Independente do reconhecimento ou não da existência de um processo cautelar, temos que, nos dizeres de Bottini (2013), o fenômeno de cautelarização do processo, que deu ensejo à elaboração da Lei nº 12.403/11, ocorrido nas esferas cível e penal, demonstra o crescente prestígio das medidas cautelares processuais como mecanismo de antecipação dos atos processuais.

No âmbito do direito processual penal, as cautelares estão previstas no CPP de maneira esparsa, podendo ser aplicadas durante toda a persecução criminal, caso se mostrem necessárias. Lima (2014) preleciona que o processo penal precisa se cercar de mecanismos

³ Vide Tourinho (2012, p. 552-556), Lopes Júnior (2013, p. 92-94).

aptos a afastar os efeitos nocivos do tempo sobre o processo, de modo que as medidas cautelares são instrumentos imprescindíveis à efetiva prestação da tutela jurisdicional. Frisa-se, contudo, que a aplicação de tais medidas deve estar cercada de prudência, haja vista que afetam direitos individuais do cidadão, sobretudo a liberdade e intimidade.

As medidas cautelares processuais penais podem ser: de natureza patrimonial, relativas à prova ou ainda de natureza pessoal. As medidas cautelares de natureza patrimonial dizem respeito à reparação do dano e ao perdimento dos bens como efeito da condenação, como é o caso das medidas assecuratórias⁴ e da restituição de coisas apreendidas⁵. Por sua vez, as cautelares relativas à prova objetivam a obtenção de determinada prova, como por exemplo, no caso de busca e apreensão (arts. 240 e ss) ou produção antecipada de prova (arts. 225 e 366, CPP). No que tange às medidas de natureza pessoal, frisa-se que tais remédios visam a restrição ou privação da liberdade de locomoção do indivíduo como forma de resguardar o andamento do processo penal.

Assim, percebe-se que a cautelaridade está evidenciada no bojo do processo penal sendo evidente a sua importância como instrumento de resguardo da perfeita prestação jurisdicional.

1.3– Alterações da Lei nº 12.403/11

Conforme aludido anteriormente, muitas foram as modificações ocorridas com o advento da Lei 12.403/11, haja vista que esta alterou substancialmente dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. De maneira sucinta e pontual, analisemos algumas destas mudanças.

A revogação do art. 393 do CPP⁶ acarretou o fim da prisão decorrente de condenação recorrível. Isto porque este dispositivo, conforme Rodrigo Iennaco (2011), estabelecia a prisão como um dos efeitos da sentença condenatória, de modo que a prisão, que até então era preventiva (cautelar), convertia-se em efeito da sentença. O artigo 594, CPP⁷, após a alteração feita pela Lei nº 5.941/73, estabelecia que o réu só poderia recorrer da sentença condenatória se prestasse fiança ou se recolhesse à prisão, salvo se primário e de bons

⁴ O CPP elenca (art. 125 à 144-A) como medidas assecuratórias o sequestro, arresto e a hipoteca legal.

⁵ Vide art. 118 à 124, CPP.

⁶ Art. 393. *São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.*

⁷ Redação original do art. 594: *“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.*

anteriores ou se fosse “condenado por crime de que se livrasse solto”, colocando a prisão como requisito para o direito de apelar. Em 2008, o artigo 594 foi revogado pela Lei nº 11.719, sem que, contudo, ocorresse qualquer modificação no artigo 393, I, o que perdurou até o advento da Lei nº 12.403/11 que, com a revogação do aludido dispositivo, pôs fim a discussão sobre a sua constitucionalidade.

A nova redação conferida ao artigo 310 traz quais as medidas que deverão ser tomadas pelo magistrado quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, exigindo ainda, consoante o que já dispunha a CRFB/88 em seu artigo 93, IX, a necessidade de fundamentação da sua decisão. Assim, três são as possibilidades no caso de cometimento de flagrante delito, quais sejam, relaxamento da prisão, em caso de ilegalidade, concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, como *ultima ratio*, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, e desde que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrem inadequadas ou insuficientes frente ao caso concreto.

O artigo 322, por sua vez, demonstra as modificações ocorridas quanto ao instituto da fiança, que será estudo de forma apartada em capítulo próprio. Por hora, cumpre frisar que a *novatio legis* ressuscitou a aplicação da fiança como modalidade autônoma, ampliando os poderes da autoridade policial.

Originalmente, o legislador estabeleceu que a prestação da fiança, nos casos em que a lei não proibisse o seu recolhimento, afastava a prisão. A Lei nº 6.416/77, todavia, alterou significativamente a redação do art. 322, de modo que a autoridade policial poderia conceder fiança somente nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples e, nos demais casos, deveria ser requerida ao juiz, para decisão em quarenta e oito horas.

Com a nova redação dada pela *novatio legis*, a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos e, quando superior a 4 anos, deverá ser requerida ao juiz, que deverá decidir em quarenta e oito horas.

Em relação à completa alteração do artigo 323 do CPP, pode-se observar que o legislador buscou compatibilizar o disposto no referido código com os preceitos constitucionais insculpidos no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, elencando como inafiançáveis os crimes: de racismo; tortura; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; terrorismo; definidos como crimes hediondos; cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A prisão preventiva sofreu modificações em muitos de seus artigos, como será analisado oportunamente. Contudo, de forma sintética, pode-se considerar que, dentre as alterações, faz-se necessário trazer à baila a nova redação do art. 311, conferida pela Lei 12.403/11. Isto porque o dispositivo, tal qual está posto no CPP, amplia o interregno em que é possível a decretação da prisão preventiva, que antes estava restrito às fases de investigação policial e instrução criminal. Com o advento da *novatio legis*, entretanto, caberá prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, inclusive após a realização da audiência de instrução e julgamento, desde que presentes os requisitos previstos no CPP.

Muito embora a redação do artigo 312 não apresente significativa transformação, mantendo o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* como requisitos para a decretação da prisão preventiva, a nova disposição do artigo 313, passou a exigir que o delito tivesse pena superior a quatro anos, que fosse o acusado reincidente ou ainda que o crime fosse praticado em situação de violência doméstica contra a mulher, idoso, criança ou adolescente, enfermo ou deficiente, o que demonstra certa homogeneidade entre as medidas cautelares e o resultado final que possivelmente se alcançará com eventual condenação. Isto porque não faz sentido privar o indivíduo cautelarmente do seu direito à liberdade se, no fim do processo, em caso de condenação, a pena a ele cominada será convertida em restritiva de direitos (artigo 44 do CP), evitando-se, dessa forma, que o mal causado pela aplicação do remédio seja mais gravoso do que a possível condenação penal advinda ao fim do processo criminal.

O que se percebe, portanto, é que, tendo em vista a repercussão negativa na vida do indivíduo, o legislador condicionou a aplicação da prisão preventiva aos casos em que a reprimenda oriunda do deslinde da persecução criminal será a própria prisão pena, cabendo ao magistrado realizar um exame prognóstico no momento de decretação desta cautelar a fim de se evitar possíveis injustiças.

O artigo 282, com o advento da Lei nº 12.403/11, trouxe os pressupostos para a aplicação das medidas cautelares no processo penal, quais sejam, necessidade e adequação, bem como as regras gerais referentes às cautelares, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa das medidas. Assim, o referido dispositivo norteia o magistrado quando da aplicação das medidas cautelares.

Rodrigo Iennaco (2011) defende que os critérios trazidos pelo art. 282 são autênticas diretrizes hermenêuticas e, mais do que isso, possuem força normativa, haja vista que complementam sistematicamente a fundamentação dos motivos que autorizam a prisão preventiva ou, na sua ausência, determinam a liberdade provisória do indivíduo.

A *novatio legis* inseriu ainda o instituto da prisão domiciliar, que antes estava adstrito à previsão do art. 117 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), segundo o qual o sentenciado do regime aberto pode se recolher, excepcionalmente, em sua própria residência. Assim, consoante dispõe os artigos 317 e 318, CPP, é possível a prisão domiciliar antes do trânsito em julgado da sentença para aqueles indivíduos que tenham a sua prisão preventiva decretada e, por motivos de caráter pessoal, não possam permanecer encarcerados nos estabelecimentos prisionais.

Como mudança mais significativa, todavia, é imperioso citar o novo artigo 319, que traz o rol taxativo das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, ampliando a tutela de urgência no processo penal, sobre as quais far-se-á exame pormenorizado em capítulo próprio.

Conforme preleciona Magalhães (2011, p. 228):

A referida lei [Lei nº 12.403/11] veio a **romper paradigmas e minimizar o cárcere provisório**, observando o modelo plúrimo, com a previsão de várias espécies de medidas cautelares, ficando a prisão provisória como a última ratio, ou, na lição de Luiz Flávio Gomes, como a ***extrema ratio da última ratio*** (grifo nosso).

Todavia, mesmo carregando a importância de trazer consideráveis alterações ao sistema processual penal brasileiro, a *novatio legis* ainda é alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina, que reclama imprecisão, ou mesmo omissão da norma em algumas passagens. Ainda assim, superando-se as divergências pontuais, a mencionada lei colocou fim à dicotomia entre prisão e liberdade, trazendo novas opções de medidas cautelares e compatibilizando o processo penal à CRFB/88, no que diz respeito à prisão e demais medidas cautelares.

CAPÍTULO II – DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

Conforme aludido anteriormente, com o advento da Lei nº 12.403/11, o Código de Processo Penal passou a contar com uma gama de medidas cautelares de natureza pessoal que tem por escopo resguardar a eficácia do processo.

Tais medidas, que restringem a liberdade de locomoção do indivíduo, em maior ou menor grau, estão disciplinadas nos artigos 283 e 319, ambos do CPP, e podem ser decretadas pelo magistrado, de ofício, a requerimento das partes ou ainda, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

A prisão⁸, como bem se sabe, pode advir de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, prisão pena (*carcer ad poenam*), ou ainda, de forma excepcional, no curso da persecução penal, em razão da necessidade de se assegurar o perfeito deslinde do processo, a chamada prisão sem pena, provisória, cautelar ou processual (*carcer ad custodiam*).

Antes de adentrar no estudo das espécies de medidas cautelares de natureza pessoal, é imperioso salientar que, muito embora também façam parte do rol de prisões cautelares, a prisão em flagrante e a prisão temporária não serão objeto do presente estudo. Isto porque tais medidas apresentam peculiaridades próprias e pontos de natureza controvertida, carecendo, portanto, de um estudo mais aprofundado, o que acabaria por representar uma fuga da matéria que se pretende analisar. Assim, com base em critérios didáticos, far-se-á apenas uma breve síntese de tais institutos, a fim de melhor elucidar o tema abordado.

No que concerne à prisão temporária, sua previsão não está elencada no Código de Processo Penal, mas na Lei nº 7.960/89, tendo esta sido promulgada logo após a Constituição Federal de 1988. Assim, tal modalidade de prisão processual não foi alterada de forma direta pela Lei nº 12.403/11, muito embora, com a nova redação dada ao artigo 282, tenha ocorrido uma modificação dos parâmetros para a sua fixação, bem como um alargamento do seu âmbito de incidência. Isto porque, em sua disposição originária constante na legislação extravagante, tal modalidade de prisão cautelar só seria cabível durante o inquérito policial.

⁸ Em lição de Lima, “No sentido que mais interessa ao direito processual penal, *prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei* (CF, art. 5º, LXI)” (2014, p. 804, grifo do autor).

Contudo, conforme preleciona Távora (2013), a nova redação do artigo 282, §2º, possibilita que a medida seja aplicada no curso da investigação criminal, sem restringir-se ao inquérito.

Desta forma, haja vista que o referido artigo é aplicável a toda e qualquer medida cautelar, para que seja decretada a prisão temporária, é fundamental demonstrar a sua necessidade e adequação frente ao caso concreto, sendo certo que, assim como ocorre na prisão provisória, a sua utilização só pode se dar de forma subsidiária às medidas do artigo 319, CPP.

Diferente das demais medidas cautelares de natureza pessoal, a prisão temporária, tem o seu prazo máximo de duração preestabelecido em lei e somente pode ser decretada no curso da investigação policial. Ademais, permite o encarceramento do acusado tão somente em razão das infrações estabelecidas na legislação pertinente, sendo, portanto, aplicada de forma excepcionalíssima.

Outrossim, em relação à prisão em flagrante, trata-se de medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, em razão da certeza visual do crime. Logo, a intenção desta modalidade de prisão é fazer cessar imediatamente a prática do ato criminoso, buscando-se ainda evitar a fuga do infrator.

Muito embora esta modalidade de prisão suscite discussões demasiadamente relevantes para o estudo do Processo penal, como por exemplo, no que diz respeito à sua natureza, restringir-se-á a sua análise tão somente às modificações oriundas da promulgação da Lei nº 12.403/11, senão vejamos.

Lima (2014) aduz que, tal qual o sistema processual foi originalmente concebido, a prisão em flagrante, além das funções descritas supra, servia como medida acautelatória, permitindo que o indivíduo preso em flagrante delito permanecesse preso durante todo o processo, sem que fosse necessária qualquer motivação para tal encarceramento.

Contudo, com o advento da Lei nº 6.416/77, foi inserido o parágrafo único⁹ ao art. 310 do CPP, afastando assim a possibilidade de manutenção da prisão do acusado com base tão somente na ocorrência do flagrante, de modo que, a partir de então, para que o indivíduo permaneça preso, era imprescindível a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

A Lei nº 12.403/11 trouxe ainda mudanças mais profundas ao instituto, ao passo que, diante da notícia da ocorrência do flagrante, o juiz deve relaxar a prisão, em caso de

⁹ Redação original do Art. 310, parágrafo único - *Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).*

ilegalidade, converter em prisão preventiva, se presentes os requisitos elencados no art. 312, CPP, ou ainda conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Consoante lição de Bottini (2013), a redação atual do art. 310 demonstra a impossibilidade de coexistência, no mesmo processo, das prisões em flagrante e preventiva.

Em relação à prisão, importante ainda tecer breves comentários acerca da prisão domiciliar, haja vista que tal instituto sofreu profundas alterações com o advento da lei 12.403/11, com previsão nos artigos 317 e 318, CPP, senão vejamos:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Percebe-se, através da leitura dos dispositivos, a natureza humanitária desta prisão, estando sua aplicação condicionada à aferição de motivos pessoais do agente. A prisão domiciliar será, portanto, cabível quando o cumprimento da prisão preventiva não for recomendável dentro do estabelecimento prisional em razão de condições especiais, sobretudo referente à idade e saúde do agente.

Dois pontos merecem especial relevo no que tange a prisão domiciliar. Primeiramente, destaca-se que esta nada tem a ver com a medida cautelar prevista no artigo 319, V. Não se trata do recolhimento domiciliar, onde o indivíduo tem autorização para exercer atividades laborais durante o dia, devendo se recolher apenas no período noturno ou dias de folga. Na prisão domiciliar, o indivíduo passa todo o tempo recolhido em sua residência e dela só pode se ausentar por ordem judicial, se aproximando muito mais do instituto previsto na LEP.

Ademais, frisa-se que, segundo Lopes Júnior (2013), não há que se falar em uma nova modalidade de prisão cautelar, mas em uma forma especial de cumprimento da prisão preventiva, estando sua aplicação restrita às hipóteses do artigo 318, CPP. Tal entendimento quanto à natureza da prisão domiciliar, ainda que enseje discussões relevantes para o direito processual penal, não será, conforme aludido anteriormente, objeto do presente trabalho.

As medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, por sua vez, surgem com o advento da *novatio legis* como uma alternativa ao encarceramento do indivíduo, figurando de maneira cautelar, ao serem aplicadas de maneira autônoma, ou como instrumento de contracautela, em substituição à prisão anterior, conforme lição de Lima (2014).

Salienta-se que os institutos elencados no artigo 319, CPP, não podem, em sua grande maioria, serem considerados inovações no ordenamento jurídico brasileiro, vez que parte das medidas já eram tratadas dentro do processo penal, como por exemplo, o monitoramento eletrônico, que possui expressa previsão na LEP. Desta forma, o que o legislador fez foi conferir um caráter de cautelaridade às medidas previstas na legislação pátria.

Outrossim, é imperioso destacar que, muito embora existam outras medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão previstas de forma esparsa na legislação especial, estas não serão analisadas no presente estudo. Contudo, salienta-se que, em razão do princípio da especialidade, tais medidas continuam a ser aplicadas, sem prejuízo da aplicação das cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/11.

Feitas as devidas considerações preliminares, passemos ao estudo das medidas cautelares pessoais em espécie.

2.1 – Prisão preventiva

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A prisão preventiva é a modalidade de medida cautelar prevista originalmente no Código de Processo Penal de 1941, como mecanismo de resguardo do processo penal, cuja aplicação poderia se dar em qualquer fase do inquérito ou no curso da instrução criminal, desde que houvesse prova de materialidade e indício suficiente de autoria.

Fato é que a prisão preventiva, seja na forma de sua redação original, seja tal qual está prevista atualmente no CPP, suscita diversas discussões quanto a sua constitucionalidade, o que será abordado em capítulo especial. Por hora, cumpre estabelecer um panorama geral de tal instituto, elencando as suas peculiaridades.

Conforme aludido anteriormente, é uma forma de prisão cautelar prevista no processo penal, podendo ser aplicada em razão de uma anterior prisão em flagrante, através de sua conversão, ou ainda de maneira autônoma, desde que, em ambos os casos, seja o remédio adequado e necessário.

Prevista nos artigos 311 e seguintes do CPP, tal medida restritiva de liberdade, com o advento da Lei nº 12.403/11, pode ser decretada de ofício pelo juiz, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Trata-se de medida excepcional, que, em razão das modificações ocorridas em 2011, somente será aplicada se insuficientes as demais medidas cautelares, sendo a prisão a *ultima ratio*.

Todavia, nem sempre foi assim, haja vista que o artigo 312 do CPP trazia como obrigatória¹⁰ a prisão preventiva, o que perdurou até 1967, onde houve a modificação da redação do referido dispositivo¹¹. Com a mudança oriunda da Lei nº 5.349/67, a decretação estava condicionada à prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria, inovando ainda mais o legislador ao trazer outros critérios para sua fixação, quais sejam, garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Em 1994, a Lei nº 8.884/94, inseriu a garantia da ordem econômica e a assecuração da aplicação da lei penal como fundamentos aptos a dar ensejo à prisão preventiva.

Ou seja, o CPP, em sua redação original, tinha a prisão como a regra e, conforme lição dos íclitos mestres Luiz Flavio Gomes e Ivan Luís Marques, aludida por Magalhães em sua obra:

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). **A liberdade era provisória, não a prisão.** Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (GOMES, 2011. p. 24. apud MAGALHÃES, 2011, p. 227, grifo nosso).

A *novatio legis* mudou ainda mais o panorama de aplicação da prisão preventiva, de modo que hoje é imprescindível o preenchimento dos requisitos legais estabelecidos no artigo 313, bem como a presença dos pressupostos listados no artigo 312, devendo também estar demonstrado que as medidas cautelares diversas da prisão são inadequadas ou insuficientes.

¹⁰ Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, em sua redação original.

¹¹ Como bem adverte Lima “Na redação original do Código de Processo Penal, era possível se falar em uma prisão preventiva obrigatória e outra facultativa. Isso porque, embora o Código não usasse as referidas expressões, segundo a redação original do art. 312 do CPP, a prisão preventiva seria decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos. Logo, nessas hipóteses, tinha-se espécie de prisão preventiva obrigatória. A expressão prisão preventiva facultativa era usada em contraposição à preventiva compulsória, sendo cabível quando, além da prova da materialidade e indícios de autoria, estivessem presentes outros pressupostos. Com a extinção da prisão preventiva obrigatória pela Lei nº 5.349/67, que deu nova redação ao art. 312 do CPP, não há mais que se falar em prisão preventiva obrigatória nem facultativa” (2014, p.890).

Assim, para que haja a decretação prisão preventiva, é imprescindível a existência de dois pressupostos, quais sejam *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Este último encontra-se elencado no art. 312 do CPP e nada mais é que, nas palavras de Brasileiro de Lima (2014, p. 896), “o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social”.

O magistrado, portanto, quando da decisão que decreta a prisão preventiva, deverá fundamentar a sua decisão com base em um dos critérios previstos no aludido artigo, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal.

Isto se justifica a medida que, por ser a preventiva uma hipótese de medida cautelar, sua aplicação está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*, sendo imperioso, contudo, fazer breves considerações destes pressupostos, vez que, no âmbito da prisão preventiva, estes ganham tratamento diferenciado.

Assim, o *fumus comissi delicti* é consubstanciado pela prova concomitante de materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação do agente. Ou seja, é fundamental a demonstração de materialidade e autoria do suposto delito, devendo, portanto, a conduta praticada ser típica, ilícita e culpada. Exige-se do juiz a demonstração das provas em que se apoia a sua convicção, não bastando meras suposições.

No que tange à materialidade, a previsão do artigo 312, *in fine*, é clara ao exigir um juízo de certeza do magistrado para decretar a preventiva, ou seja, imprescindível é a convicção de que o fato realmente existiu. Já em relação à autoria, o Código exige indícios¹², ou seja, consoante Lima (2014), prova semiplena, ou seja, com um menor valor persuasivo, não sendo aceita, a simples suspeita. Assim, basta que haja elementos probatórios suficientes para afirmar a existência de indícios referentes à possibilidade de autoria.

O *periculum in libertatis*, por sua vez, é o perigo concreto que a liberdade do agente representa, e encontra-se alicerçado nos fundamentos previstos no artigo 312 do CPP, quais sejam a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, e garantia da aplicação da lei penal, não sendo necessária, todavia, a presença concomitante de todos os pressupostos, bastando a presença de apenas um deles para justificar o encarceramento do indivíduo.

¹² Consoante entendimento de Antônio Magalhães Gomes, indício suficiente autoriza “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou participação” (GOMES, 2001. p. 223 apud LIMA, 2014, p. 895).

Ainda como requisito intrínseco à aplicação da prisão preventiva, da leitura dos artigos 310, II e 282, §6º, pode-se depreender que a sua decretação está ainda condicionada a demonstração da insuficiência ou inadequação da aplicação das demais medidas cautelares. Assim, percebe-se que as medidas cautelares diversas da prisão possuem preferência em relação à preventiva, de modo a se prestigiar, sempre que possível, os meios menos gravosos aos direitos fundamentais do indivíduo.

Cumprir ressaltar que profunda mudança ocorreu na redação do artigo 313, vez que o legislador restringiu de forma significativa as hipóteses de cabimento da preventiva. Desta forma, consolante a leitura do mencionado dispositivo, esta cautelar só pode ser aplicada a uma série restrita de delitos, quais sejam, nos crimes dolosos cuja pena seja superior a quatro anos, quando se tratar de agente reincidente em crime doloso, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, ou ainda nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Assim, percebe-se a Lei nº 12.403/11 alterou o instituto da prisão preventiva, tornando mais rigorosa e excepcional a sua aplicação, muito embora esteja ainda longe do modelo ideal, consentâneo com os preceitos basilares da Constituição Federal de 1988.

2.2 – Comparecimento periódico em juízo

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

Medida consagrada nos sistemas português e italiano, funda-se na boa fé do agente e objetiva, em termos genéricos, o controle da vida cotidiana do indivíduo que sofre a persecução criminal, com a obtenção de informações sobre as atividades por ele desenvolvidas. O que se busca, portanto, é que o acusado, que geralmente não possui vínculos com o local, esteja de fato à disposição do juízo, afastando-se o risco do mesmo não ser encontrado para os atos processuais. Este controle, no sistema brasileiro, se dá pelo poder judiciário, diferente do que ocorre em outros países, onde há a possibilidade de seu exercício pela autoridade policial.

Conforme redação da referida cautelar, os prazos e condições são fixados pelo juiz, que determinará a forma de cumprimento da medida, devendo estar atento, para tanto, às peculiaridades de cada caso. Desta forma, o comparecimento periódico deve ser compatível

com o horário da jornada de trabalho do indivíduo, a fim de não prejudicá-lo com a imposição de tal medida. Isto porque, assim como nas demais medidas cautelares, a sua aplicação deve estar pautada na menor danosidade possível, tendo como escopo, portanto, a razoabilidade.

Segundo lição de Lima (2014), nos casos em que o acusado resida em outra comarca, poder-se-ia pensar no acompanhamento desta medida cautelar perante o juízo em que o cidadão reside através da expedição de carta precatória, tão somente para fiscalização da medida, não retirando, contudo, a competência do juízo deprecante, inclusive nos casos de descumprimento da medida.

Assim preleciona o ínclito doutrinador, a fim de justificar seu posicionamento:

É sabido que grande parte da clientela do direito penal é composta de pessoas miseráveis. Exigir-se o deslocamento de acusado pobre até o juízo processante poderia acabar por inviabilizar o cumprimento da medida em virtude de fator alheio a sua vontade (LIMA, 2014, p. 964).

No que concerna a periodicidade, Lopes Júnior (2013) aduz que o legislador, ao prever a referida cautelar, se inspirou na suspensão condicional do processo, prevista na Lei nº 9.099/95. É imperioso ressaltar, entretanto, que no caso da suspensão condicional do processo, conforme preceitua o artigo 89, §1º, IV, da Lei nº 9.099/95, durante o período de prova, é imposta ao acusado a condição de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo para informar as atividades por ele exercidas, em caráter mensal. Já na medida cautelar em apreço, a determinação ficou em aberto e, em razão disto, o magistrado, ao determinar o seu cumprimento, poderá estabelecer o comparecimento mensal, semanal ou diário, sendo certo que está última hipótese, em razão da proporcionalidade, só poderá ser aplicado em casos realmente extremos, haja vista a onerosidade para o acusado.

Da mesma forma, a medida prevista no artigo 319, I, do CPP, não se confunde com o dever de comparecer a todos os atos do processo, imposto na liberdade provisória, consoante a redação dada pela Lei nº 12.403/11 ao artigo 310, parágrafo único¹³, também do CPP. Esta, que visa garantir o comparecimento do réu aos atos da instrução, tem a sua aplicação vinculada a situação pontual, qual seja, na hipótese do acusado, preso em flagrante delito, ter praticado o delito amparado em uma causa de exclusão da ilicitude – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (art. 23,

¹³ Art. 310, parágrafo único. *Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.*

CPB). É, portanto, medida de contracautela que substitui a prisão em flagrante, haja vista que o CPP, neste caso, prevê exclusivamente a concessão de liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, vedando expressamente a decretação da prisão preventiva, ainda que em caso de descumprimento (art. 314, CPP).

2.3 – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

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;

Em primeiro lugar, é imperioso destacar a distinção entre os termos empregados pelo legislador. Nos dizeres de Lima (2014), entende-se por “acesso” a simples entrada ou ingresso em determinado local, sem que haja a conotação de reiteração. Por sua vez, a “frequência” caracteriza-se pela repetição de um comportamento, ou seja, seria a repetição habitual do acusado em comparecer a determinado local.

Ademais, o legislador foi omissivo em relação à espécie de lugar que poderá ser objeto da restrição estabelecida na cautelar em análise. Assim, cabível a limitação de acesso do acusado a locais públicos, privados abertos ao público e até mesmo privados, como por exemplo a casa de testemunhas, e, em alguns casos, no seu próprio domicílio – quando lá coabitar a vítima.

De qualquer forma, a determinação desta restrição deve estar pautada em circunstâncias relacionadas ao fato, sendo imprescindível, portanto, a demonstração da relação fática entre o local cujo acesso está vedado e o delito anteriormente praticado. Cabe ao magistrado, portanto, quando da sua imposição, especificar quais os locais objetos da restrição.

O legislador estabeleceu a adoção desta cautelar como forma de evitar o risco de novas infrações, o que gera divergência na doutrina pátria. Isto porque, alguns autores questionam a constitucionalidade da imposição de medidas que não possuam a finalidade de acautelar o processo, mas evitar a reiteração delituosa.

Nesta vertente, Lopes Júnior (2013) entende que a medida em questão tem a sua cautelaridade discutível, haja vista não tutelar o processo ou o seu objeto, mas, tal qual ocorre com a prisão preventiva para garantia da ordem pública, ser manifestamente uma hipótese de prevenção geral.

Em sentido contrário, Lima (2014) entende ser viável a adoção desta medida, com fulcro no artigo 282, I, do CPP, haja vista que este dispositivo estabelece ser possível a aplicação das medidas cautelares para evitar a prática de infrações penais, nos casos previstos em lei.

Frisa-se ainda que, embora silente o legislador, é imprescindível a adoção de medidas de fiscalização aptas a garantir o efetivo cumprimento da medida em tela. Assim, pode-se determinar a sua cumulação com a medida de monitoramento eletrônico ou ainda, mais comumente, a comunicação à autoridade policial para que estes deem apoio ao seu cumprimento. Sendo a medida insuficiente, poderá o magistrado determinar a decretação da prisão preventiva.

Por configurar uma restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, deve-se ter cuidado quando da sua aplicação para que a medida não ultrapasse os limites da cautelaridade e se torne uma verdadeira pena de banimento para o acusado, que nem sequer foi condenado.

2.4 – Proibição de manter contato com pessoa determinada

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

Esta medida possui duas finalidades cautelares precípua, quais sejam, proteção de pessoa determinada que esteja em situação de risco e resguardo de prova, coibindo possíveis intimidações que prejudiquem a sua colheita

Segundo Lima (2014), em casos específicos, a aplicação desta cautelar pode ser utilizada para cessar possível agressão sofrida pela vítima, como por exemplo, no caso de crimes de injúria, cuja pena máxima é inferior a 4 anos, sendo inviável a decretação da prisão preventiva. Neste caso, a medida em apreço pode ser aplicada pelo magistrado a fim de cessar as lesões à honra subjetiva do agente, figurando como forma de proteção de pessoa que se encontra em situação de risco em virtude de comportamento do agente.

A utilização desta medida não está restrita à tutela da vítima, podendo ainda ser empregada para resguardar testemunha, ou ainda, em alguns casos, o coautor do crime. Em todo caso, portanto, trata-se de pessoa individualizada, sendo imprescindível a sua vinculação com os fatos ocorridos. Assim, o magistrado deve demonstrar a sua necessidade e a relação direta da pessoa tutelada com o delito anteriormente praticado.

Para que tal medida seja efetiva, não basta que a proibição de contato seja meramente espacial, devendo ser vedado todo e qualquer tipo de relação que viabilize a intimidação do indivíduo protegido. Assim, deve-se impedir o contato pessoal e por qualquer outro meio de comunicação, inclusive os eletrônicos.

Considerando-se que a fiscalização desta medida depende de sobremaneira da pessoa acautelada, havendo notícia de descumprimento desta cautelar por parte do agente, o magistrado deve atuar, nas lições de Lopes Júnior (2013), com parcimônia na averiguação de eventuais denúncias, evitando decisões precipitadas que poderiam, inclusive, acarretar na decretação da prisão preventiva, o que configuraria violação a adequação e necessidade da medida. Ademais, ainda que se configurem as hipóteses de descumprimento, antes de revogá-la, o magistrado deve buscar a cumulação com uma das medidas previstas no artigo 319 do CPP.

2.5 – Proibição de ausentar-se da comarca ou do país

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

Remédio de caráter dúplice de cautela, visa a tutela da prova e, por via reflexa, da própria eficácia da lei penal, vez que é aplicada quando existem indícios de risco de fuga do acusado. Assim, conforme expresso pelo legislador, é aplicada em razão da conveniência do processo penal.

É medida alternativa à prisão preventiva fundada na garantia da aplicação da lei penal, ou seja, quando há indícios de que o agente pretende se evadir do distrito da culpa,. Em razão disto, é considerada por parte da doutrina como medida mais adequada à tutela da eficácia da lei penal, minorando o risco de fuga, caso aplicada corretamente, sem, contudo, suprimir o direito à liberdade do indivíduo.

Lopes Júnior (2013) aduz que a aplicação do termo “conveniente” por parte do legislador imprime um amplo grau de discricionariedade à medida, de modo que melhor seria, segundo o autor, a manutenção da redação original do projeto, que exigia tão somente a necessidade, e não a mera conveniência.

Frisa-se que a interpretação literal do dispositivo supramencionado acarreta em uma redução da aplicação desta cautelar, haja vista que, colhida a prova, desapareceria a situação fática legitimadora de sua aplicação. Em razão disto, Lima (2014) propõe que tal medida,

desde que observadas as hipóteses elencadas no artigo 282, I do CPP, seja decretada para outras finalidades cautelares.

Para que o objetivo de tutela seja atingido de forma eficaz, pode-se aplicar cumulativamente com outras medidas, como o comparecimento em juízo ou o monitoramento eletrônico.

A fim de assegurar a sua operacionalidade, o legislador previu, no artigo 320, do CPP, que a proibição de ausentar-se do país deverá ser comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o imputado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas, sendo que o descumprimento de tal determinação será considerado como descumprimento da própria medida cautelar, cabendo inclusive a decretação da prisão preventiva.

Parte da doutrina questiona a previsão desta cautelar, consoante posicionamento de Lopes Júnior (2013). Isto porque o acusado seria tratado como objeto de prova, sendo ainda contrária ao direito de não produzir prova contra si mesmo. O ínclito mestre ainda acrescenta:

Não vislumbramos fundamento legal em ‘obrigar’ o réu a permanecer na comarca ou país em nome da ‘conveniência ou necessidade para investigação ou instrução’, na medida em que pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (até mesmo o reconhecimento pessoal). Portanto, a medida seria mais bem 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. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 154).

Salienta-se que esta cautelar não afasta a possibilidade de decretação da prisão preventiva decretada com base na garantia de aplicação da lei penal, sendo está ainda cabível, mantendo-se, entretanto, como *ultima ratio*.

2.6 – Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

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

Trata-se, conforme leciona Lopes Júnior (2013), de medida cautelar que pode servir a diferentes fins, como a minoração do risco de fuga, ainda que com pouca eficácia, e tutela da prova, vez que imputado ficará nos limites trabalho-domicílio e, portanto, não poderá influenciar na colheita das mesmas. Ademais, teria ainda escopos metacautelares, como a

prevenção especial e geral, o que seria, no mínimo, questionável por afastar-se da cautelaridade da medida.

Sua aplicação, conforme se extrai de sua leitura, está condicionada a residência e trabalhos fixos do agente, estando, sobretudo, relacionada à boa-fé, autodisciplina e responsabilidade do agente, que permanece voluntariamente em sua residência e, em contrapartida, se livra do cárcere.

Ainda que de forma menos gravosa que a prisão cautelar, por representar restrição parcial da liberdade de locomoção do indivíduo, sua incidência deve se mostrar necessária e adequada ao caso *sub judice*.

Salienta-se que a cautelar do recolhimento domiciliar não se confunde com a prisão domiciliar, haja vista que está, conforme anteriormente analisado, é uma forma de cumprimento da prisão preventiva e decorre de motivos pessoais do agente. Ademais, a cautelar em apreço é menos gravosa, vez que permite ao imputado o exercício de sua atividade laborativa durante o dia¹⁴.

A fim de garantir a sua máxima eficácia, poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, de forma semelhante ao que ocorre na fase de execução da pena. Isto porque a fiscalização do cumprimento desta medida se torna possível se houver o auxílio do dispositivo eletrônico.

2.7 – Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

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;

Considerada uma das medidas cautelares diversas da prisão de natureza mais gravosa, devendo ser utilizada, portanto, com suma prudência, tem sua incidência condicionada à situação específica. Ou seja, somente quando houver justo receio da utilização da condição do agente para a prática de infrações penais contra a administração pública ou contra a ordem econômico-financeira.

¹⁴ Segundo preleciona Lopes Júnior: “A primeira, explica SCHIETTI, aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência (salvo autorização judicial); enquanto a segunda, é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial, permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga” (2013, p.155).

Sua constitucionalidade é questionada por parte da doutrina, haja vista que não se tutela o processo ou seu objeto. O que ocorreria na verdade seria uma aproximação de tal medida a uma antecipação da função de prevenção especial da pena.

Para sua aplicação, deve existir nexo funcional entre a conduta delituosa e a atividade de âmbito funcional desenvolvida pelo agente, devendo ainda fundamentar em que consiste o receio de reiteração da prática criminosa frente ao caso concreto. Assim, deve o magistrado demonstrar de forma inequívoca a necessidade de aplicação deste remédio.

O que se percebe é que o legislador, além de buscar o afastamento da reiteração delituosa, tutelou ainda a proteção da instrução criminal à medida que, com o afastamento do agente, impossibilita que este se utilize de sua atividade para obstaculizar o acesso às provas.

No caso dos servidores públicos no exercício da função, ou seja, *propter officium*, é imperioso ressaltar que a suspensão é tão somente do exercício da função, de modo que os subsídios do funcionário continuam sendo providos, haja vista a presunção de inocência. Contudo, em caso de eventual condenação com trânsito em julgado, haverá a perda do cargo ou função e, conseqüentemente, a cessação do seu pagamento.

Conforme aludido anteriormente, a aplicação desta cautelar deve ser feita com prudência, vez que a suspensão do exercício de função publica e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, vez que não possuem um prazo máximo de duração, podem conduzir a resultados gravíssimos, representando, inclusive, “*uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia*” (Lopes Júnior, 2013, p. 156).

Ou seja, como todas as medidas cautelares em apreço, a sua fixação está condicionada à análise da necessidade e adequação frente ao caso concreto, caso não seja possível a fixação de outra medida menos onerosa.

2.8 – Internação provisória

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

Trata-se de medida de segurança de natureza cautelar utilizada para os crimes praticados com violência ou grave ameaça por agente inimputável ou semi-imputável. Assim, tem-se como requisitos cumulativos para sua aplicação a prática de delitos mediante violência

ou grave ameaça, confirmação do concreto risco de reincidência delitiva, bem como a constatação da inimputabilidade do agente, ainda que parcial.

A internação provisória, todavia, já era prevista no ordenamento. O art. 80 do CPB¹⁵, em sua redação original, cominado ao art. 378 do CPP, assegurava a possibilidade de internação dos inimputáveis e dos ébrios habituais ou toxicômanos às medidas de segurança que lhe fossem aplicáveis, a intitulada aplicação provisória de medidas de segurança. Contudo, a Lei nº 7.209/84 reformou a parte geral do Código Penal, revogando o disposto no aludido artigo e, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, acarretou na revogação tácita do dispositivo do CPP.

Assim, a *novatio legis* prevê de forma expressa a possibilidade de internação provisória do indivíduo, podendo ser aplicada ao inimputável ou semi-inimputável tão somente nas hipóteses previstas no CPP, cuja finalidade precípua, segundo parte da doutrina, é de resguardar a sociedade contra a possibilidade reiteração. Uma vez que o legislador foi silente nesse sentido, entende-se ser possível a sua fixação tanto para os incapazes à época do crime, quanto para aqueles acometidos pela doença mental de forma superveniente. Nos dizeres de Lima (2014, p. 975):

A medida pode ser aplicada em ambas as hipóteses, jamais como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública, para evitar prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça.

É imperioso ressaltar que este remédio é alvo de muitas críticas feitas pela doutrina, sobretudo no que tange aos critérios para a sua fixação. Isto porque o legislador utilizou expressões vagas, que dão margem para o cometimento de arbitrariedades.

A aferição do risco de reiteração, por exemplo, possui um caráter eminentemente subjetivo e, portanto, impossível de ser aferido. Isto porque não existe nenhum critério que possa ser utilizado para se verificar se o indivíduo irá voltar a delinquir, vez que isto encontra-se tão somente no seu íntimo, de modo que o juiz baseará sua decisão em meras suposições.

¹⁵ Art. 80. Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no art. 78, n. I, e os ébrios habituais ou 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.

Ou seja, tais questões, por serem essencialmente subjetivas, dão margem à uma excessiva discricionariedade, que, possivelmente, poderá acarretar no cometimento de injustiças.

Ademais, o legislador não estabeleceu um prazo de duração desta medida, o que é altamente criticado pela doutrina. Como possível solução, pode-se utilizar este tempo de internação para fins de detração penal, seja, segundo Lima (2014), para eventual pena privativa de liberdade, nos casos de superveniência de doença mental, após a recuperação das faculdades mentais, seja quanto ao prazo mínimo de aplicação da medida de segurança.

Salienta-se ainda que o exame para aferição da incapacidade do agente também é questionado por parte da doutrina, haja vista que a avaliação psicológica seria realizada posteriormente, e, portanto, não demonstraria a situação real do agente. Segundo Lopes Júnior (2013, p. 157), “*não é aferir isso no estado psíquico atual, mas no passado, quando da prática do crime, o que constitui um imenso espaço impróprio para subjetividade do avaliador e, portanto, um grave risco*”. Contudo, considerando a possibilidade de aplicação da referida cautelar para aquele a quem sobrevenha doença mental, basta que o laudo de avaliação demonstre a sua incapacidade para que o juiz possa aplicar a cautelar em apreço, não sendo tão pertinente, portanto, tal argumentação.

O magistrado, quando da sua fixação, deve agir com extrema precaução, estando atento ainda para a proporcionalidade da medida, a fim de evitar possíveis excessos. Isto porque é possível a internação cautelar do semi-imputável, muito embora, no caso de eventual condenação, ao mesmo não será aplicada a medida de segurança.

Entretanto, a despeito das críticas feitas, é imperioso salientar um ponto positivo desta medida, qual seja a preocupação com a recuperação do agente acometido de doença mental, buscando ainda a sua reinserção social.

2.9 – Fiança

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;

O instituto da fiança, conforme aludido anteriormente, foi revigorado com o advento da Lei nº 12.403/11, ganhando inclusive o status de medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada independente de prévia prisão em flagrante. Assim, a afiançabilidade passou a ser a

regra, salvo nas hipóteses previstas em lei¹⁶, afastando-se os pressupostos que obstaculizavam a sua aplicação, devendo, para tanto, se observar a gravidade do crime e a situação econômica do agente.

O que se busca com a fixação da fiança é garantir a presença do agente em todos os atos do processo e, em caso de eventual condenação, assegurar a execução da pena, servindo ainda para o pagamento das custas processuais, prestação pecuniária e multa, bem como a reparação dos danos à vítima.

Trata-se de uma contracautela, através da prestação de uma caução real, ou seja, de uma garantia patrimonial, e pode funcionar como um mecanismo inibidor de eventual fuga por parte do agente, garantindo a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação.

Após as alterações fomentadas pela *novatio legis*, a fiança ganhou duas dimensões distintas, a saber: condição imposta no momento de concessão da liberdade provisória (art. 310) e como medida cautelar diversa (319).

Quanto à primeira possibilidade, é preciso mencionar que a fiança não está vinculada à concessão da liberdade provisória de forma estanque, haja vista que é possível que o juiz a conceda sem que necessariamente aja a prestação da caução. Tal previsão possui especial relevo no que tange aos crimes considerados inafiançáveis, vez que permite a concessão da liberdade provisória, sem fiança, mediante a imposição de outras medidas cautelares diversas.

A fiança situada no capítulo das medidas cautelares, por sua vez, possui estrutura distinta, podendo ser aplicada a qualquer momento¹⁷, inclusive no momento da sentença condenatória, atuando como fato inibidor de possível fuga.

Assim como ocorre com as demais cautelares, a sua aplicação pode se dar de forma isolada ou cumulativamente com as outras medidas elencadas no art. 319. Tem como objetivo resguardar o processo penal, no que tange à tutela de prova ou aplicação da lei penal, vez que, consoante redação do aludido dispositivo, tem por escopo assegurar o comparecimento aos atos do processo, bem como evitar obstruções em seu andamento e ainda nos casos de resistência à ordem judicial.

Entretanto, Lopes Júnior (2013) critica de forma veemente a parte final do dispositivo, haja vista que esta teria uma finalidade eminentemente punitiva, ao se exigir a fiança do

¹⁶ Em perfeita consonância com o disposto no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, o CPP, estabelece na nova redação do art. 323 os crimes considerados inafiançáveis, dispondo da seguinte forma: “*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*”.

¹⁷ Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

indivíduo nestas hipóteses, não se vislumbrando qualquer cautelaridade nesta medida. O doutrinador vai mais além, afirmando:

O dispositivo parece criar uma terceira espécie de fiança, ou seja, temos a fiança aplicada junto com a liberdade provisória do art. 310, a fiança como medida cautelar diversa (art. 319, VIII, primeira parte) e uma fiança punitiva, art. 319, VIII, última parte. Mas tudo isso sem uma sistemática clara. [...]

Portanto, pensamos que essa fiança punitiva é de duvidosa constitucionalidade e deve ser usada, quando muito, para reforçar alguma medida cautelar imposta e descumprida, tendo sua aplicação restrita ao descumprimento de alguma das cautelares diversas desse art. 319. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 185).

A despeito das críticas feitas, percebe-se que este instituto possui grande eficácia como medida de resguardo do processo penal, desde que observados os requisitos previstos no ordenamento.

2.10 – Monitoração eletrônica

IX - monitoração eletrônica.

O primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel, que entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça¹⁸.

A máquina consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor. Em 1983, o primeiro criminoso foi sentenciado a usar o monitoramento eletrônico. A partir disto, a solução foi implementada, sendo que na década de 80, havia 2 mil e 300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos, tendo alcançado a marca de 95 mil monitoramentos na década de 90¹⁹.

Existem diversas tecnologias passíveis de permitir o monitoramento eletrônico, dentro as quais destaca-se o Sistema GPS (sistema de posicionamento global), composto por satélites, estações de terra conectadas em rede e dispositivos móveis. Tal sistema pode ser utilizado como instrumento de detenção, restrição ou vigilância e em razão disto, tornou-se

¹⁸ <http://guaiba.ulbra.br/seminario/eventos/2011/artigos/direito/salao/825.pdf>

¹⁹ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pag 262.

um dos mecanismos mais empregados, haja vista o baixo custo de sua implementação, se comparado às demais tecnologias²⁰.

Desta forma, em razão de sua popularização, o sistema GPS, é utilizado em diversos países, tanto cautelarmente quanto no momento de execução da pena. No Brasil, a sua aplicação como medida cautelar se iniciou com o advento da Lei nº 12.403/11.

A utilização do sistema de fiscalização eletrônica garante a possibilidade de vigilância ininterrupta e diminui consideravelmente o risco de fuga ou de cometimento de novas infrações. Ademais, conforme anteriormente discutido, a utilização desta cautelar de forma cumulativa assegura uma maior eficácia as demais medidas cautelares de natureza pessoal.

Contudo, a sua implementação é alvo de severas críticas, haja vista ser medida cautelar de controle extremo, sobretudo no que tange à liberdade e intimidade do agente, e, portanto, deveria ser reservada aos casos mais graves, conforme prelecionam ínclitos mestres. Assim, a sua banalização pode significar um expansionismo ilegítimo do controle penal, representando um risco à liberdade individual e dignidade da pessoa humana, consoante dispõe Lopes Júnior (2013).

Percebe-se, portanto, que parte da doutrina questiona a implementação deste método em razão da estigmatização que o indivíduo poderia vir a sofrer com o uso do dispositivo e, mais ainda, por tal vigilância ser considerada uma intromissão inadmissível aos seus direitos fundamentais. Contudo, Greco (2011) aduz que, embora sejam louváveis tais argumentos, é preciso se ter em mente que não existem direitos absolutos. E completa:

No caso do monitoramento eletrônico, entendemos que, entre colocar o condenado num sistema falido que, em vez de ressocializá-lo, fará com que retorne completamente traumatizado ao convívio em sociedade, com toda certeza será preferível o seu controle pelo Estado em algum local extramuros, previamente determinado. Esse local poderá ser a sua própria residência, ou outro qualquer, que viabilize a execução da pena, com o seu perfeito controle. (GRECO, 2010, p. 396)

Desta forma, assim como no caso das demais medidas cautelares, o magistrado, quando da sua aplicação, deve ter em mente dois preceitos fundamentais: adequação e necessidade. Isto porque as cautelares, em maior ou menor grau, irão sempre representar uma restrição de direitos para o imputado, de modo que a sua utilização deve ser feita com parcimônia.

²⁰ Lopes (2013, p. 160).

CAPÍTULO III – ESTUDO EMPÍRICO

Após a realização de um exame detido sobre as medidas cautelares de natureza pessoal, elencando as inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11, bem como os principais pontos referentes à sua aplicação no âmbito do processo penal, passar-se-á para a análise dos dados empíricos obtidos através de estudo de caso, desenvolvido na comarca de Santos Dumont.

O referido estudo foi realizado com base nos dados cadastrais dos indivíduos presos em flagrante delito, no período compreendido entre janeiro e setembro de 2014, estando a análise quantitativa baseada nos dados oriundos da referida comarca, bem como nos da instituição prisional, fornecidos pelos próprios indivíduos no ato da sua admissão. O que se pretende é demonstrar a aplicação das medidas cautelares, traçando, ainda, um possível perfil do sujeito passivo na persecução penal. Na análise qualitativa, por sua vez, pretende-se realizar uma conexão entre os dados obtidos com o referido estudo e a previsão do diploma normativo em apreço.

Por fim, far-se-á uma análise crítica, ponderando-se sobre a funcionalidade da aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal, à luz da Constituição Federal de 1988.

3.1 - Análise dos dados

Com base no banco de dados referentes aos autos de prisão em flagrante, verificou-se que, no período de análise, compreendido entre os meses de janeiro e setembro de 2014, a comarca em análise chegou a um total de 162 (cento e sessenta e dois) autos de prisão em flagrante distribuídos, dentre os quais, 147 (cento e quarenta e sete) foram admitidos no estabelecimento prisional e 15 (quinze) recorreram ao pagamento de fiança diretamente à autoridade policial (Tabela I – p. 36).

Dos indivíduos recolhidos, foram concedidas 44 liberdades provisórias e 47 relaxamentos de prisão. Não se observa, todavia, a aplicação de quaisquer outras medidas cautelares diversas da prisão, além das supramencionadas (Tabela II – p. 36).

Através dos dados levantados, pôde-se constatar que os indivíduos têm entre 18 e 55 anos, sendo que a maior incidência é de pessoas de 26 a 35 anos, a qual corresponde a um percentual de 39% (Tabela III – p. 37).

No que tange aos crimes cometidos, em sua grande maioria correspondem a crimes de natureza patrimonial, embora seja alta a incidência dos crimes de tráfico e violência doméstica (Tabela IV – p. 38).

Com relação à escolaridade, observou-se que o maior número de presos possui ensino fundamental incompleto, e nenhum deles chegou a ingressar no ensino superior (Tabela V – p. 38).

Logo, conforme pode-se verificar, na comarca de Santos Dumont, durante o período analisado, os únicos institutos vislumbrados foram a liberdade provisória, o relaxamento de prisão, e a prisão preventiva, de modo que não se percebe a aplicação das outras medidas cautelares inseridas pela Lei nº 12.403/11. Outro instituto em destaque é a fiança, muito embora a sua utilização não demonstre uma mudança na percepção do magistrado, haja vista que tal instituto já era previsto no CPP.

Salienta-se, todavia, que este resultado baseia-se em dados obtidos em uma única comarca de Minas Gerais e, portanto, a pesquisa realizada não tem o condão de concluir de forma taxativa pela inobservância da norma. Contudo, o que se percebe é que, na comarca em análise, a aplicação dos novos institutos cautelares não foi percebida, o que poderia levar a crer que as modificações propostas pelo legislador, até o presente momento, não se deram de forma absoluta.

Assim, poder-se-ia dizer que o objetivo da *novatio legis* ainda não foi alcançado, vez que a alteração legislativa não representou uma mudança efetiva na postura de alguns magistrados. Considerando-se os dados fornecidos pelo CNJ, coletados em fevereiro de 2009²¹ e em junho de 2014²², percebe-se o número elevado de presos provisórios no país, que hoje representam 32% da população carcerária, sendo certo que a diminuição destes valores entre 2009 – antes da lei – e em 2014 – quase três anos após a sua entrada em vigor – se deu tão somente em razão da modificação dos parâmetros de análise do CNJ. Logo, têm-se indícios de que a postura adotada na comarca de Minas Gerais também poderia se refletir em outras localidades.

Ou seja, muito embora com a Lei nº 12.403/11 proponha uma inovação na aplicação das medidas cautelares, colocando a prisão preventiva como a ultima ratio entre os referidos remédios, no plano real não se vislumbra qualquer alteração no número de presos provisórios no Brasil.

Frente às decisões em análise, pode-se questionar a inobservância da nova regra do art. 310 do CP, vez que não existe demonstração da inadequação ou insuficiência das demais

²¹ <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario/96-noticias/6105-radiografia-do-sistema-carcerario-revela-numero-desproporcional-de-presos-provisorios>

²² <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>

medidas cautelares. Assim, a prisão preventiva, que deveria ser a *ultima ratio*, permanece como a regra geral nas hipóteses em que não é possível a concessão da liberdade provisória ou o relaxamento da prisão.

3.2 – Análise crítica

Com base nas informações percebidas através da realização do presente estudo, observou-se que as modificações previstas pela Lei nº 12.403/11 ficaram restritas ao campo das ideias, haja vista que, no plano prático, continua-se utilizando a dicotomia prisão vs. liberdade, o que significa em prejuízo inestimável para o processo penal e, principalmente, para o indivíduo.

Conforme lição de Lopes Júnior (2013, p. 27), “*as cautelares são um instrumento à serviço do processo, par tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva*”, de modo que nem sempre a prisão preventiva irá se justificar como mecanismo de resguardo do processo, como é o caso da prisão para garantia da ordem pública pautada na reincidência do agente.

Assim, o legislador, quando da edição da Lei nº 12.403/11 acertou ao alocar a prisão preventiva como última medida cabível e, por isso, tal previsão deveria ser observada pelos magistrados, o que nem sempre ocorre.

A presunção da inocência (Art. 5º, LVII) é o princípio reitor de todo o processo penal que visa o resguardo de todos os indivíduos, impondo, de maneira *erga omnes*, um dever de tratamento. Logo, enquanto não há condenação, todos são presumidamente inocentes, o que, se interpretado de forma literal, veda expressamente a prisão antes do trânsito em julgado. Contudo, é cediço, conforme previsão constitucional, que existem casos que autorizam a prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos previstos nos incisos do artigo 282 do Código, sendo a decretação da prisão preventiva a *ultima ratio*.

Assim, no sistema constitucional brasileiro, a liberdade é a regra, de modo só poderá sofrer restrições de forma excepcional, o que, mesmo com o advento da Lei nº. 12.403/11, nem sempre se vislumbra frente ao caso concreto.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se com o presente trabalho realizar uma análise da Lei nº 12.403/11 e dos institutos nela previsto, quais sejam as medidas cautelares de natureza pessoal, buscando-se demonstrar, superadas as falhas nela existentes, a relevância de tal previsão para o ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, como bem se sabe, na ordem constitucional vigente, segundo o princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII), a prisão antes do trânsito em julgado somente pode se basear em elementos de cautela e nunca de punição.

Antes da Lei nº 12.403/11, o único instrumento de cautela possível previsto no CPP era a prisão. Com o seu advento, o código autoriza a substituição da prisão por uma série de medidas cautelares em abono à presunção de inocência e à razoabilidade, haja vista que a prisão anterior ao trânsito em julgado, por se tratar de medida assaz severa, deve ser considerada a *ultima ratio* em matéria processual penal, incidindo de forma excepcional.

Ou seja, o magistrado, quando da fixação de tais medidas, deve estar pautado na cautelaridade, analisando ainda a utilidade, necessidade e adequabilidade da decisão judicial que decreta a segregação social do cidadão, para que os seus direitos fundamentais não sejam maculados.

Frisa-se que a natureza da prisão preventiva é tão somente de resguardo do processo, não sendo admissível no ordenamento jurídico brasileiro a prisão com caráter punitivo antes do trânsito em julgado da ação penal, vez que o instrumento hábil ao cerceamento da liberdade do cidadão é a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Logo, vez que a todos é garantido o direito individual de locomoção, bem como é consagrado pela Carta Magna o Princípio da Inocência, onde ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a previsão da Lei nº 12.403/11 significa um avanço na aproximação do Código Penal e da Constituição Federal.

O que se percebe, todavia, diante da apreciação do estudo empírico, é que, embora o diploma normativo não seja tão recente, a sua aplicação está longe de ser a ideal, de modo que ainda é preciso se avançar no tratamento dado às cautelares, buscando-se coadunar o resguardo do processo com o bem maior do indivíduo, a sua vida em liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

Acesso em: 11 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em:

05 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 05 ago.

2014.

BRASIL. Lei nº 5.349/67, de 03 de novembro de 1967. Dá nova redação ao Capítulo III do

Título IX do Código de Processo Penal. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5349.htm> Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5941.htm>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de

Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às

infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais

Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 02 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.689/08, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.690/08, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/111690.htm> Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.719/08, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.403/11, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 02 ago. 2014.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. In: CURIA, Liz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colab.). Vade mecum. 12. ed. atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpazolo Cruz. **Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11)**: Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, ano 1, v. 1, nº 1, jun/2013. Disponível em < <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>> Acesso em: 20 ago. 2014

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

GOMES, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 223 apud LIMA, 2014, p. 895

GOMES, Luiz Flávio; et al. **Prisão e Medidas Cautelares**. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011. p. 24. apud DE MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves, p. 227

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011

IENNACO, Rodrigo. **Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória**. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2048&Itemid=298>. Acesso em: 02 set. 2014

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, volume único. Salvador: JusPODIVM, 2014

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013

MAGALHÃES, Lúcia Regina Esteves de. **O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal**. 2011 Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_227.pdf> Acesso em: 09 set.2014

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pag 262.

NICOLITTI, André. **Lei nº12.403/2011**. O novo processo penal cautelar: A prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**, volume único. Salvador: JusPODIVM, 2014.

ANEXOS

TABELA I

Quantitativo de Autos de prisão em flagrante delito distribuídos

APFD	Distribuídos	Recolhida Fiança	Recolhidos ao Sistema Prisional
Quantitativo	162	15	147

Dados obtidos segundo os registros de distribuição de APFD's na comarca de Santos Dumont e de admissão no sistema prisional

TABELA II

Quantitativo de indivíduos recolhidos provisoriamente - provimentos jurisdicionais

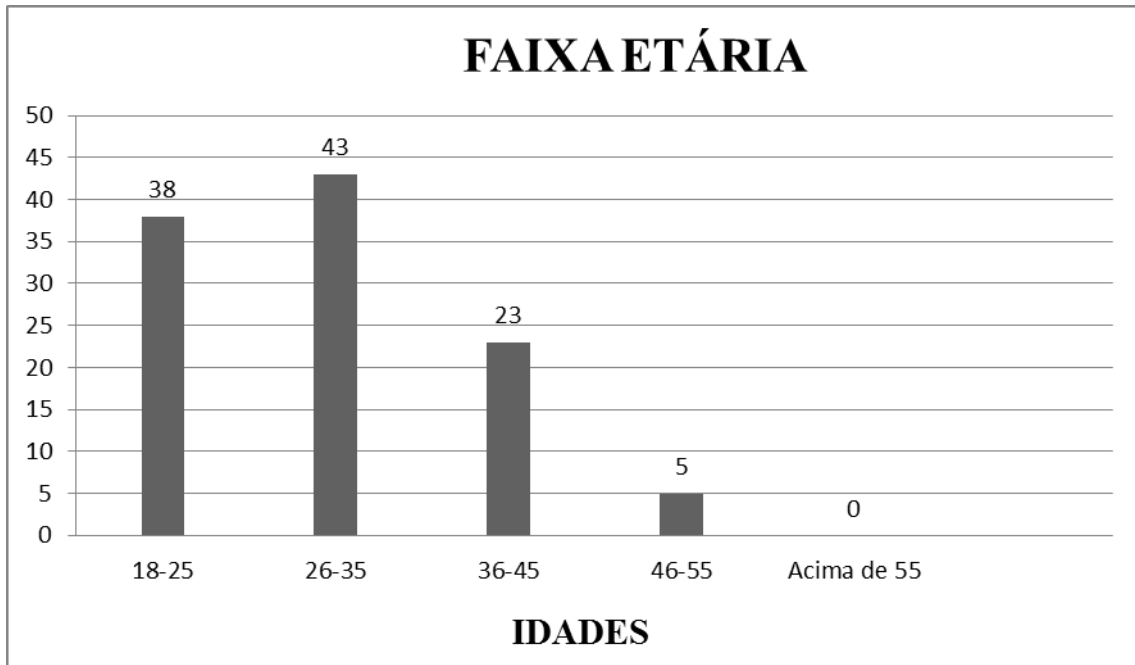
Recolhidos ao Sistema Prisional	Liberdade provisória	Relaxamento de Prisão	Prisão Preventiva
147	44	47	56

Dados obtidos segundo os registros de distribuição de APFD's na comarca de Santos Dumont e de admissão no sistema prisional

Obs: Houve 16 revogações de prisões preventivas.

TABELA III

Faixa Etária



Dados obtidos segundo os registros de admissão no sistema prisional de Santos Dumont

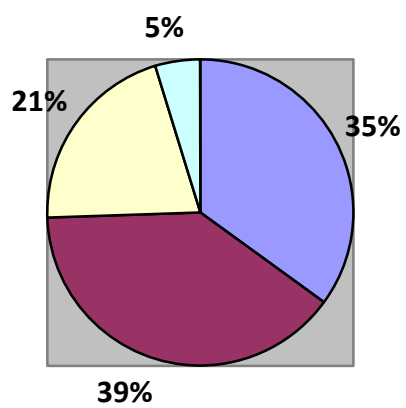
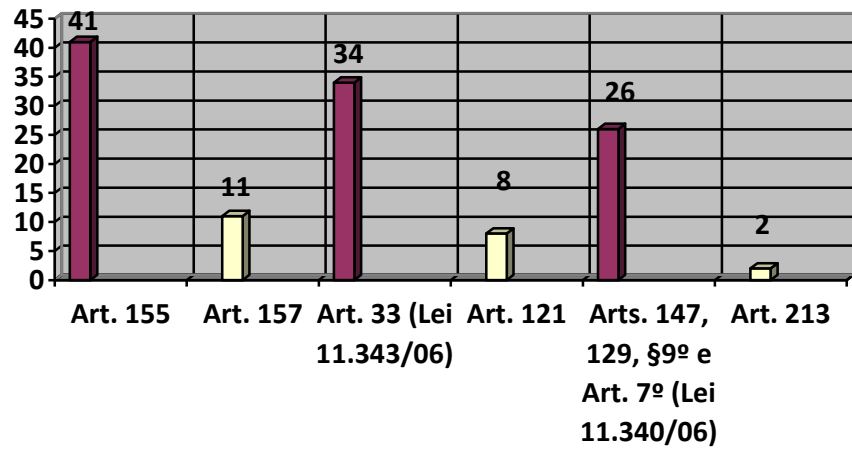


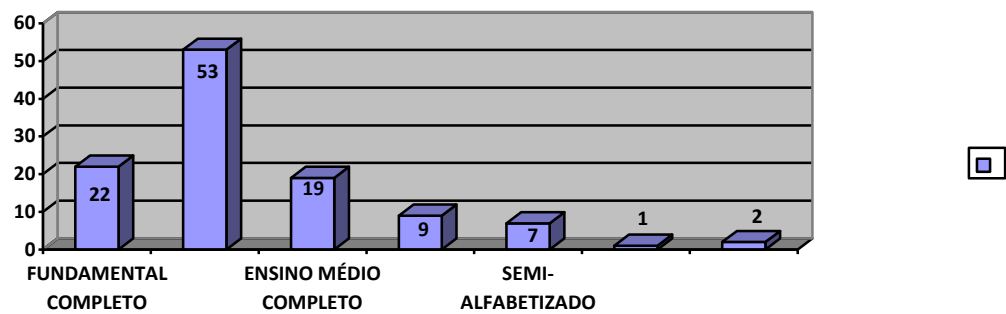
Tabela IV

INFRAÇÕES



Dados obtidos segundo os registros de admissão no sistema prisional de Santos Dumont

Tabela V



Dados obtidos segundo os registros de admissão no sistema prisional de Santos Dumont