



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

TÚLIO MEIRA DE SOUZA

MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011

CAMPINA GRANDE - PB

2011

TÚLIO MEIRA DE SOUZA

MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação de
Direito da Universidade Estadual da Paraíba,
em cumprimento à exigência para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Félix Araújo Neto

CAMPINA GRANDE – PB
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S725m

Souza, Túlio Meira de.

Medidas cautelares introduzidas pela lei 12.403/2011
[manuscrito] / Túlio Meira de Souza. 2011.
56 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) –
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento
de Direito Público”.

1. Direito processual. 2. Medidas Cautelares. 3. Lei nº
12.403/2011. I. Título.

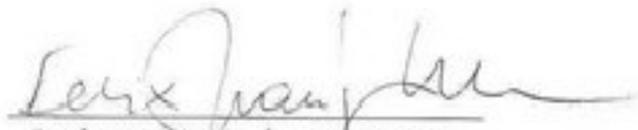
21. ed. CDD 347.05

TÚLIO MEIRA DE SOUZA

MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 01/12/2011.

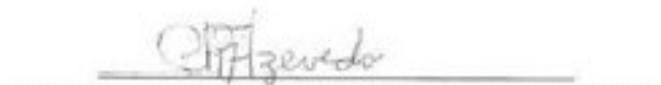


Prof. Dr. Felix Araújo Neto / UEPB

Orientador


Prof. Me. Valdeci Feliciano Gomes / UEPB

Examinador


Prof.ª Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo / UEPB
Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais, por terem dedicado suas vidas a mim, pelo amor, carinho e estímulo que sempre me ofereceram. Dedico-lhes essa conquista com gratidão.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pois sem Ele nada seria possível.

Ao meu orientador, Dr. Félix Araújo Neto, pela atenção com que sempre me acolheu.

Aos meus pais e familiares pelo apoio incondicional e carinho.

À minha namorada, pelo amor e companheirismo.

À todos os meus professores, que me encaminharam nos meus estudos.

Aos meus amigos e colegas pelos momentos compartilhados.

RESUMO

A Lei 12.403/2011 acrescentou nove medidas cautelares diversas da prisão, regulando o Código de Processo Penal ao novo horizonte instruído pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais, como também, solucionando o problema da *bipolaridade cautelar* existente no Processo Penal. As medidas cautelares podem evitar a decretação da prisão cautelar, desde que o juiz realize a adequação das medidas ao caso concreto, aplicando e ajustando estas as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente. Porém, criou-se uma problemática no sentido de confirmar a suficiência destas medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11, no intuito de substituir e alcançar a finalidade tutelada pela prisão preventiva. Tal temática possui relevância no âmbito jurídico, pois, servirá de auxílio aos profissionais, aplicadores do Direito, quanto à utilização das medidas cautelares de natureza pessoal. É importante, também, na esfera social, porque garante a sociedade o direito ao uso correto de tais benefícios processuais penais. Bem como, possui importância para área científica, já que seu estudo ajuda a desenvolver e aprimorar a aplicação destas medidas. Como objetivo geral, dentro de uma perspectiva multidisciplinar, pretende-se analisar se as medidas cautelares de natureza pessoal introduzidas pela Lei 12.403/11, são um instrumento suficiente quando da necessidade de se tutelar a persecução penal, a ordem pública e a aplicação da lei penal. Assim, para alcançar tais intentos faz-se necessário, como objetivos específicos, realizar um estudo minucioso sobre as medidas cautelares diversas da prisão, conceituando-as, verificando suas aplicações, cabimentos, pressupostos e procedimentos; analisar alguns pontos relativos às medidas tradicionais existentes, dentre elas, as prisões cautelares e a liberdade provisória; apresentar uma visão geral dos principais Princípios Processuais Constitucionais aplicáveis as medidas cautelares; descrever e discutir os seus pontos peculiares, demonstrando, em alguns momentos, a visão de alguns juristas e dos Tribunais Superiores. A metodologia de estudo, quanto aos meios de investigação, foi Bibliográfica e Documental. A resposta obtida foi que as medidas cautelares de natureza pessoal introduzidas pela Lei 12.403/2011 são um instrumento suficiente para substituir e alcançar a finalidade tutelada pela prisão preventiva, protegendo a persecução penal, a ordem pública e a aplicação da lei penal. São várias as opções de medidas, as quais devem ser adequadas ao caso concreto, e, sendo estas aplicadas corretamente, são capazes de tutelar o bem protegido. Sem dúvida, com a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão, a tendência é reduzir a quantidade de prisões cautelares. Em caso de descumprimento das medidas cautelares por parte do acusado, ou caso estas medidas se mostrem insuficientes, pode o juiz decretar a prisão cautelar. Nota-se, assim, a coercibilidade e o caráter intimidatório destas medidas.

PALAVRAS-CHAVES: Medidas Cautelares Diversas da Prisão. Medidas de Natureza Pessoal. Direito Processual Penal. Lei nº 12.403/2011.

ABSTRACT

Law 12.403/2011 added nine prison several precautionary measures, regulating the Code of Criminal Procedure to the new horizon instructed by the Constitution and international treaties, but also solving the problem of bipolarity in the interim existing Criminal Procedure. The precautionary measures can prevent the enactment of the prison precaution, since the judge conducting the appropriateness of the case, applying and adjusting these circumstances and the fact that the personal agent. However, it created a problem in order to confirm the sufficiency of these precautionary measures introduced by Law 12.403/11, in order to change and achieve the purpose for the detention ward. This theme has relevance in the legal field, therefore, will aid professionals, law enforcers, and the use of the precautionary measures of a personal nature. It is also important in the social sphere, because it guarantees the company the right to correct use of benefits such criminal proceedings. Well how has scientific importance to the area, since their study helps to develop and improve these measures. As a general goal, within a multidisciplinary approach, aims to assess whether the personal protective measures introduced by Law 12.403/11, are a sufficient tool when the need to protect the criminal prosecution, public order and criminal law enforcement . Thus, to achieve such threats it is necessary, specific objectives, conduct a comprehensive study on various precautionary measures from prison, conceptualizing them, checking their applications, fitness, assumptions and procedures, review some issues relating to existing traditional measures, among them, the prisons and interim bail, presenting an overview of the key procedural principles applicable Constitutional precautionary measures, to describe and discuss their peculiar points, showing, at times, the view of some lawyers and Superior Courts. The study methodology, the means of investigation, it was Bibliographic and document. The response was that the precautionary measures of a personal nature are made by Law 12.403/2011 enough to replace an instrument and achieve the purpose for the detention ward, protecting the criminal prosecution, public order and criminal law enforcement. There are several options for action, which should be appropriate to the case, and, these being applied correctly, can protect the well-protected. Undoubtedly, with the use of precautionary measures alternative to imprisonment, the tendency is to reduce the amount of precautionary arrests. In case of failure of protective measures by the accused, or if these measures are insufficient, the judge may order the precautionary detention. Therefore, the coercivity and the intimidating nature of these measures.

KEYWORDS: Precautionary Measures Several Prison. Measures of Personal Nature. Criminal Procedure Law. Law No. 12.403/2011.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas corpus</i>
Inc.	Inciso
LEP	Lei de Execução Penal
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
nº	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DISPOSIÇÕES GERAIS E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	12
1.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	15
1.1.1 Da Legalidade.....	15
1.1.2 Da Presunção de Inocência.....	16
1.1.3 Da Jurisdicionalidade.....	17
1.1.4 Da Proporcionalidade.....	18
1.1.5 Da Duração Razoável do Processo.....	21
1.2 PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES: <i>FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS</i>	22
2 AS MEDIDAS CAUTELARES TRADICIONAIS.....	23
2.1 PRISÃO.....	24
2.1.1 Da Prisão em Flagrante.....	26
2.1.2 Da Prisão Preventiva.....	26
2.1.3 Da Prisão Temporária.....	28
2.2 LIBERDADE PROVISÓRIA.....	28
3 NOVAS MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011.....	30
3.1 PROCEDIMENTOS PARA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	32
3.2 MEDIDAS CAUTELARES, DIVERSAS DA PRISÃO.....	35
3.2.1 Comparecimento Periódico em Juízo.....	36
3.2.2 Proibição de Acesso ou Frequência a Determinados Lugares.....	38
3.2.3 Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada.....	39
3.2.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca.....	39
3.2.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga.....	40
3.2.6 Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômica ou Financeira.....	41
3.2.7 Internação Provisória.....	42
3.2.8 Fiança.....	43
3.2.9 Monitoração Eletrônica.....	46
3.3 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS E ENTREGA DO PASSAPORTE.....	47
3.4 DA PRISÃO DOMICILIAR.....	48
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Na tentativa de solucionar o problema da *bipolaridade cautelar* existente no Processo Penal, pela limitação de duas opções de medidas cautelares, o legislador criou a Lei 12.403/2011, a qual acrescentou 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, regulando o Código de Processo Penal ao novo horizonte instruído pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais.

Percebe-se que em algumas situações pode o juiz evitar a decretação da prisão cautelar escolhendo dentro do rol de medidas cautelares diversas da prisão, uma ou mais medidas, aplicando e ajustando estas as circunstância do fato e as condições pessoais do indivíduo, desde que sejam suficientes para tutelar à eficácia do processo.

Dessa forma, extraiu-se a seguinte problemática: Quando da ocorrência de um caso concreto, estas medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/2011 serão um instrumento suficiente para substituir e alcançar a finalidade tutelada pela prisão preventiva?

As medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11, por se tratar de uma novidade no mundo jurídico, torna-se um tema atrativo e intrigante, tendo também uma importância imensurável para administração da justiça, pois esta lei tem como finalidade tornar mais justa e proporcional a aplicação de medidas cautelares, gerando menos males sociais, protegendo a persecução penal e respeitando os direitos fundamentais do cidadão.

Tal temática possui relevância no âmbito jurídico, pois, servirá de auxílio aos profissionais, aplicadores do Direito, quanto a utilização das medidas cautelares de natureza pessoal. É importante, também, na esfera social, porque garante a sociedade o direito ao uso correto de tais benefícios processuais penais. Bem como, possui importância para área científica, já que seu estudo ajuda a desenvolver e aprimorar a aplicação destas medidas.

Como objetivo geral, dentro de uma perspectiva multidisciplinar, pretende-se analisar e discorrer sobre a adequação das medidas cautelares de natureza pessoal introduzidas pela Lei 12.403/11, quando da necessidade de se tutelar a persecução penal, a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Assim, para alcançar tais intentos faz-se necessário, como objetivos específicos, realizar um estudo minucioso sobre as medidas cautelares diversas da prisão,

conceituando-as, verificando suas aplicações, cabimentos, pressupostos e procedimentos; analisar alguns pontos relativos às medidas tradicionais existentes, dentre elas, as prisões cautelares e a liberdade provisória; apresentar uma visão geral dos principais Princípios Processuais Constitucionais aplicáveis as medidas cautelares; descrever e discutir os seus pontos peculiares, demonstrando, em alguns momentos, a visão de alguns juristas e dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, este trabalho possui a seguinte progressão temática:

I) No primeiro capítulo serão abordados os aspectos introdutórios e as disposições gerais, justificando a necessidade e importância desse tema. Assim, para um melhor entendimento, serão detalhados os principais Princípios Processuais Constitucionais aplicáveis as medidas cautelares de natureza pessoal, como também, serão tecidas explicações sobre os pressupostos justificadores da aplicação destas medidas.

II) No segundo capítulo, será apresentada uma visão geral sobre as medidas cautelares tradicionais, buscando-se esclarecer quais medidas cautelares de natureza pessoal estavam presentes antes da introdução da Lei 12.403/11 e que continuam vigentes mesmo após essa atualização, explicando cada uma delas. Nesse entendimento, cita-se as figuras da prisão cautelar, tendo como subespécies a prisão preventiva e a prisão temporária, da liberdade provisória e da prisão em flagrante.

III) E, no último capítulo, será delineada uma explicação minuciosa sobre as novas medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11: conceituando-as; abordando suas características e procedimentos de aplicabilidade, será dada uma ênfase especial aos procedimentos, pois este tema será de grande valia para o entendimento da aplicação das medidas; mostrando o momento e os requisitos necessários para haver sua correta aplicação; apontando a adequação destas ao caso fático; indicando os casos em que elas são cabíveis e quando não são; bem como, sobre o que acontece caso ocorra o descumprimento de uma ou mais medidas cautelares impostas; e por fim, serão apresentadas e explanadas todas as medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11.

Quanto aos meios de investigação a pesquisa foi realizada segundo o critério Bibliográfico, porque percorreu a literatura sistematizada com base em material publicado em livros, revistas, jornais e informações disponíveis na *Internet*, e Documental, porque utilizou como fonte de informação os casos que se encontram nos arquivos dos Tribunais brasileiros.

1. DISPOSIÇÕES GERAIS E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O Código de Processo Penal de 1941 foi escrito e elaborado sob uma ótica na qual o bem comum e a tutela social se sobrepunham à liberdade individual. Naquele, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade, convertendo-se automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de ratificação pelo judiciário.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a adesão à tratados internacionais, difundiu-se a idéia de respeito aos direitos fundamentais do homem, independente da situação delituosa em que se encontre. Sendo os princípios constitucionais considerados pressupostos do devido processo legal.

Dessa forma, percebe-se facilmente que o sistema prisional de 1941 é incompatível com a atual corrente processual e constitucionalista, havendo necessidade de adaptação com a nova realidade. Por este motivo, o Projeto de Lei 4.208, de 2001, foi aprovado e transformado na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, embora com várias modificações. Sendo a decisão publicada no dia 05 de maio, entrando em vigor no dia 04 de julho de 2011, com modificações expressivas no Código de Processo Penal, principalmente no que diz respeito as medidas cautelares de natureza pessoal.

Houve também mudança na denominação do Título IX do Livro I do CPP, que agora é “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”. Segundo Renato Brasileiro de Lima “o título em questão deveria ser chamado de medidas cautelares de natureza pessoal, já que a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a liberdade provisória nele previstas são espécies de medidas cautelares”. (2011, p. 4-5). Portanto, este Título poderia ser resumido pela seguinte expressão: medidas cautelares de natureza pessoal.

Antes da Lei 12.403/11 percebia-se a existência de duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória. Esta dualidade é conhecida na doutrina por *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*. (TÁVORA, 2011, p. 643). Tem-se este termo, pois, ou o acusado tinha sua liberdade de locomoção privada inteiramente, através da prisão cautelar, ou então era posto em liberdade, com ou sem pagamento de fiança.

Percebia-se que quando da ocorrência de um caso concreto, o judiciário tinha uma reduzida margem de ações possíveis a serem realizadas. Tendo como opções duas medidas extremas, que nem sempre surtiam os efeitos esperados, com possibilidade de

prejuízo a eficácia processual e desrespeito aos próprios direitos fundamentais do acusado.

Com a intenção de por fim a essa *bipolaridade* e de ampliar as opções do juiz durante a persecução penal, a Lei 12.403/11 criou a figura de 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão. Percebe-se que com a necessidade de se adaptar a medida ao caso concreto, uma ou mais cautelares podem tutelar a eficácia do processo, sem haver a necessidade da decretação da prisão.

Para haver essa adequação com a nova realidade foram criadas medidas cautelares distintas da prisão, que de acordo com o Art. 319 da Lei 12.403/11 são as seguintes:

- 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 (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX- monitoração eletrônica. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Percebe-se que as medidas cautelares diversas da prisão, não necessariamente serão utilizadas como substitutivas e alternativas da prisão cautelar, podendo ser utilizadas também de forma autônoma. Estas medidas são decretadas pelo Poder Judiciário, de ofício ou a requerimento, como se extrai do art. 282, §2º, do CPP, segundo o qual “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Estas medidas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, conforme o art. 282, §1º, do CPP, devendo ser observada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, sendo opostas ao agente uma ou mais cautelares, dependendo da necessidade de adequação da medida. Antes de se decretar as medidas cautelares, incluindo a prisão, deve-se observar a presença do *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*, que são pressupostos para sua correta aplicação. (TÁVORA, 2011, p. 644).

A nova Lei demonstra importância com relação aos princípios constitucionais da presunção de inocência ou da não culpabilidade, da dignidade humana do preso e da duração razoável da medida cautelar e do processo, como valor normativo a ser considerado em todas as fases da persecução penal.

Consoante a Lei 12.403/2011, caso não seja suficiente a aplicação das medidas cautelares para se alcançar o fim proposto, dar-se a decretação da prisão cautelar, podendo ocorrer no curso da investigação ou na fase do processo. A decretação da prisão é cabível nos casos em que se haja a necessidade de preservar a persecução penal e de garantir a ordem pública, como também é uma forma de impedir que o acusado se ausente do distrito da culpa, quando haja prova de existência do crime e indício suficiente de autoria, assegurando o cumprimento da pena eventualmente imposta.

Com esta reforma do Código de Processo Penal, percebe-se que restaram apenas duas formas de prisão cautelar: temporária e preventiva. Sendo a prisão cautelar utilizada como medida excepcional e última (*extrema ratio da ultima ratio*). (MARQUES, Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/ivanluismarques/2011/08/12/resumo-em-15-topicos-da-nova-lei-de-prisoas-e-medidas-cautelares/#more-107>>. Acesso em: 30 de setembro de 2011). Só devendo a prisão cautelar ser adotada em casos de extrema necessidade e quando incabíveis as medidas cautelares substitutivas ou alternativas. Importante frisar a obrigatoriedade das medidas cautelares, incluindo a prisão, serem

escritas e fundamentadas pela autoridade judicial.

Percebe-se que com estes novos preceitos, se alcança de forma mais efetiva a proteção do processo, do acusado e da sociedade em geral.

1.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

O comum é o ser humano está em situação de liberdade, só sendo decretada sua limitação como medida de excepcionalidade, fundamentada por ordem judiciária, justificada através do direito, do fato concreto e da sua necessidade.

Quando ocorrer conflitos entre o Estado, através do seu *jus puniendi*, e o indivíduo, através dos seus direitos fundamentais, necessário se faz a busca para harmonizar o sistema e dirimir os conflitos decorrentes. Para dar esta coesão lógica e validar o sistema tem-se a existência dos princípios. (ARAS, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2416>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011).

O ordenamento jurídico pátrio é composto de muitas fontes, e entre elas estão os princípios. Estes podem ser entendidos como orientações gerais, que servem como estruturação e direcionamento para uma correta interpretação das leis processuais. (CUNHA e PINTO, 2008, p. 19).

Os princípios são alicerces que servem como fontes integrativas e interpretativas das normas, competindo ao juiz sua melhor utilização nos casos concretos. Sendo de importância fundamental para orientar a necessidade da decretação da prisão e das medidas cautelares. Improvável seria o estudo de algum ramo do Direito desconsiderando o auxílio dos princípios.

Nesta parte do trabalho, busca-se tecer uma breve análise sobre as características e a importância referente aos principais princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal.

1.1.1 Da Legalidade

Toda medida cautelar, inclusive a prisão, deve ter base legal expressa, ou seja, ser

tipificada, pois qualquer coação no processo penal deve ter previsão legal.

No processo civil encontra-se a figura do “Poder Geral de Cautela”, no qual o juiz pode utilizar medidas cautelares inominadas, de acordo com o princípio da razoabilidade. Diferentemente no processo penal, pois o juiz não pode aplicar medidas atípicas ou não previstas em lei. Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette:

Portanto, outra conclusão não deve prosperar a não ser a de que o rol do artigo 319, CPP deve ser interpretado como taxativo em respeito às especiais exigências do ramo processual penal que neste caso não são compatíveis com o "Poder Geral de Cautela" previsto na seara processual civil, tendo em vista principalmente a necessidade de "tipicidade processual penal" sempre que se trate de normas restritivas de direitos individuais. (Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19189>>. Acesso em: 2 de setembro de 2011).

No processo penal é necessário o respeito a forma como garantia de alguns atos, e no caso das cautelares não é diferente. Só pode o juiz realizar atos que tenham forma legal, caso contrário, violará o princípio da legalidade. Não podendo ser utilizado no Processo Penal o Poder Geral de Cautela.

O judiciário tem limites traçados pelas leis, pela constituição e pelos tratados internacionais, devendo respeitar o devido processo legal e a instrumentalidade presente no processo penal. Portanto a forma legal constituída é essencial para o processo penal, incluindo-se, evidentemente, a taxatividade das medidas cautelares.

1.1.2 Da Presunção de Inocência

Todo acusado de um delito é presumido inocente até que seja declarada sua culpabilidade, através de sentença condenatória transitada em julgado.

O princípio da presunção de inocência tem base constitucional, dispondo o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da ONU, em seu artigo 11.1 dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma

sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa”.

Percebe-se que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental do ser humano, tendo que ser aplicado de forma imediata. Devendo o Estado tratar o acusado como inocente, seja durante a investigação ou mesmo durante o processo, restringindo ao mínimo os seus direitos fundamentais.

O princípio da presunção de inocência é a regra, porém, em casos excepcionais, pode ocorrer a decretação de alguma medida cautelar restritiva de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Para haver esta restrição, deve o caso concreto ser fundamentado a partir da demonstração de dados fáticos que comprovem a necessidade da segregação cautelar.

A compatibilidade entre a presunção de inocência e a decretação de medidas cautelares decorre da natureza *iuris tantum* do princípio da presunção de inocência. Portanto, não sendo este princípio absoluto, possível é a utilização da prisão e medidas cautelares em casos extraordinários, quando presentes os seus requisitos justificadores. (PACHECO, Disponível em: <<http://www.revista.fadir.ufu.br/viewissue.php?id=2>>. Acesso em 15 de setembro de 2011).

Um ponto importante a ser frisado é a questão do *in dubio pro reo*, que é a consagração da presunção de inocência, não permitindo a culpabilidade quando restar alguma dúvida sobre a materialidade ou da atribuição do fato ao acusado. (CUNHA e PINTO, 2008, p. 21). Por força desta regra probatória cabe à parte acusadora provar que o acusado praticou a conduta delituosa, e não a este, provar que é inocente.

1.1.3 Da Jurisdicionalidade

Por este princípio, ratifica-se a necessidade de fundamentação do Poder Judiciário para aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal. Percebe-se a obrigatoriedade desta decisão ser justificada por um juiz de direito, no caso de decretação de prisão, medidas cautelares diversas da prisão ou liberdade provisória.

Dispõe o inciso LXI do art. 5º da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. (BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988). Consta-se que qualquer decretação de medida cautelar de natureza pessoal deve ser ordenada e fundamentada pelo Poder Judiciário, indicando também os motivos que justifiquem a restrição à liberdade de locomoção. Caso ocorra a ausência desta fundamentação é perceptível a nulidade absoluta do ato.

Percebe-se a presença da jurisdicionalidade no art. 282, §2º, do CPP. De acordo com este “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Sendo notável a obrigatoriedade da decretação pelo Poder Judiciário.

Nota-se, também, a presença da jurisdicionalidade na nova redação dada ao art. 310 do CPP, no qual toda prisão em flagrante deve ser justificada pelo juiz antes de ser convertida em prisão preventiva.

Portanto, ao Poder Judiciário é atribuído a decisão de aplicação das medidas cautelares, seguindo suas exigências e tutelando os direitos e garantias do indivíduo, fundamentando devidamente suas decisões.

Uma exceção a este princípio foi adicionada pelo art. 322 do CPP, o qual dispõe que “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Sendo esta medida cautelar concedida pela autoridade policial, sem haver necessidade de ratificação pelo juiz.

1.1.4 Da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um princípio geral do direito, e também pode ser denominado como princípio da razoabilidade¹. Independente da denominação, o efeito é o mesmo: realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e jurisdicionais.

Toda restrição aos direitos fundamentais deve ser feita observando-se a

¹ De acordo com a doutrina alemã este é denominado como princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina americana é denominado princípio da razoabilidade.

proporcionalidade, servindo esta como limite aceitável de sua reserva. Dentre estas restrições estão inclusas as limitações à liberdade, realizadas através da decretação de prisão e de medidas cautelares. Inegável que a decretação da prisão cautelar deve ser a *ultima ratio* na busca da eficácia da persecução penal.

Quando da ocorrência de conflitos referentes aos direitos fundamentais e a necessidade de limitação da liberdade da pessoa humana por consequência do cometimento de um delito, percebe-se a necessidade de ponderação por parte do aplicador da norma, o qual deve utilizar-se da medida que menos prejuízo cause para a sociedade, garantindo a ordem pública, e para o indivíduo, que em caso de decretação de prisão ou medida cautelar tem seu direito de liberdade restringido. Este princípio tem também a função de restringir o excesso e vedar o arbítrio do Poder por parte do Estado.

No caso concreto, o juiz deve decidir se há necessidade da decretação de alguma medida cautelar, e se esta for imprescindível, deve ser devidamente fundamentada. Exige-se da autoridade judiciária a verificação da inexistência de meio menos gravosos para se chegar aos fins desejados, devendo, sempre que possível, optar pela medida menos prejudicial ao acusado, caso esta seja suficiente.

Segundo Fábio Ramazzini Bechara:

O princípio da proporcionalidade parte da relativização das liberdades públicas, bem como da existência de um conflito, cuja solução não se realiza pelos critérios ordinários, até porque não se trata de uma situação de antinomia, mas de confronto de bens jurídicos que ostentam o mesmo status. A mensuração do caso concreto e de suas peculiaridades constitui o critério que permitirá a prevalência de interesse sobre outro. (2005, p.143-144).

Nota-se, portanto, uma ponderação entre a medida imposta pelo estado e a restrição da liberdade do indivíduo, sendo esta limitação aos direitos fundamentais justificada através da proporcionalidade.

Segundo entendimento de Alice Bianchini, et al (2011, p. 51-55), pode-se observar três requisitos do princípio da proporcionalidade, também denominados de sub-princípios da proporcionalidade, quando da adoção de qualquer medida cautelar. São eles: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro requisito é o da idoneidade, também denominado como adequação. Através deste, a medida deve ser o meio idôneo para alcançar o fim perseguido, seja ele a garantia da ordem pública ou econômica, o bom andamento da instrução criminal ou a

aplicação da lei penal. Portanto, deve-se observar se o meio escolhido concorre para obtenção do resultado almejado. Como exemplo cita-se o caso do acusado que agrediu a vítima, podendo ser a medida de proibição de aproximação adequada ao caso, ao invés de decretação da prisão cautelar.

O segundo requisito é o da necessidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima. De acordo com este requisito, o Poder Público sempre deve escolher a medida menos gravosa aos direitos fundamentais do indivíduo, desde que suficiente para tutelar o fim proposto e capaz de proteger o interesse público.

Portanto, a decretação de uma prisão cautelar deve ser adotado como *ultima ratio* (última opção), quando as medidas cautelares se mostrarem insuficientes. (NUCCI, 2011, p. 32).

O último requisito é o da proporcionalidade em sentido estrito, o qual requer a ponderação aos valores ou bens envolvidos no conflito. Cabe ao juiz ponderar esses valores ou bens para verificar qual deve preponderar no caso concreto. De um lado está a liberdade. De outro está a necessidade de prisão ou de outra medida cautelar para garantir a aplicação da lei penal.

Opera-se portanto, um juízo de ponderação entre o *ius libertatis* do indivíduo e o *ius puniendi* do Estado, objetivando-se a tutela de bens regulados pela norma. (ARAS, Disponível em: <[http://jus.com.br/revista/texto/ 2416](http://jus.com.br/revista/texto/2416)>. Acesso em: 12 de setembro de 2011).

Nos termos do art. 282, I, do CPP, as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). O juiz antes de decretar uma medida cautelar tem que observar a intensidade e a qualidade da medida cautelar que deve ser estabelecida, dependendo dos critérios presentes no art. 282, II, do CPP.

Não faz sentido se decretar uma prisão cautelar se ao final do processo haja uma previsibilidade de não ser decretada pena privativa de liberdade. Ou seja, uma medida cautelar não pode impor um gravame superior a eventual pena imposta no final do processo. (BIANCHINI, 2011, p. 55).

1.1.5 Da Duração Razoável do Processo

Há previsão legal sobre a duração razoável do processo e sobre liberdade condicionada a garantia que assegure o seu comparecimento em juízo (medida cautelar) no art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário, o qual dispõe:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Analisando este artigo, percebe-se que a Constituição brasileira está em conformidade com a norma internacional, com destaque a possibilidade, inclusive, do relaxamento da prisão cautelar por haver excesso de prazo, a que não deu causa o indiciado. O art. 5º, inc. LXVIII estabelece que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988).

Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de ser julgada sem dilações indevidas. Caso esteja presa, deve ser posta em liberdade através do relaxamento da prisão, ou, em caso de utilização de outras medidas cautelares devem estas ser suspensas por conta da demora injustificada. (BIANCHINI, 2011, p.56-57).

O critério para definir a motivação, justa ou injusta, da demora na prestação jurisdicional é o princípio da razoabilidade. Através deste, deve ser analisado cada caso concreto para constatação de eventual excesso de prazo. Destaca-se a decisão do Min. Celso de Mello (HC 95.464 / SP):

Habeas corpus - Processo Penal - Prisão cautelar - Excesso de prazo - Inadmissibilidade - Ofensa ao postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III)- Transgressão à garantia do Devido Processo Legal (CF, art. 5º, LIV)- Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual - Utilização, pelo magistrado, de critérios incompatíveis com a jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal - Situação de injusto constrangimento configurada - Pedido deferido. O excesso de prazo não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu. [...]. (STF, HC 95.464 / SP. Relator: Min. Celso de Mello, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, publicado em DJe 13/03/2009).

No caso tratado nesta ementa, não se justifica o paciente permanecer preso por mais de um ano esperando uma decisão de pronúncia, por não se constatar causa complexa e existirem somente dois réus no processo. Indubitavelmente, o relaxamento da prisão foi a decisão mais acertada.

A Lei 12.403/11 nada dispõe sobre a duração das medidas cautelares, estando estas apenas condicionadas a presença dos requisitos do art. 282, I e II, do CPP. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira “os limites temporais, portanto, deverão ser encontrados segundo as finalidades declaradas das cautelares”. (2011, p. 522).

Devendo o judiciário ser cuidadoso em relação a duração das medidas cautelares diversas da prisão. Nos casos de demora no julgamento do processo ou duração excessiva das medidas cautelares, percebe-se desrespeito à dignidade da pessoa humana, ao devido processo legal e a celeridade processual, contrariando a finalidade geral do processo penal.

1.2 PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES: *FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS*

No processo civil encontra-se a figura do *fumus boni iuris e periculum in mora*, porém, para o processo penal, estes pressupostos não teriam eficácia.

As expressões *fumus boni iuris e periculum in mora* são inadequadas para o Processo Penal, devendo ser substituídas por *fumus comissi delicti* (fumaça da ocorrência de um delito) e *periculum libertatis* (perigo na liberdade do acusado). (LOPES JR, Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5060.pdf>>. Acesso em: 05 de outubro de 2011).

Portanto, para a correta aplicação das medidas cautelares no processo penal, necessário se faz a presença do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*.

O *fumus comissi delicti* seria a existência de indícios graves de culpabilidade com base probatória mínima, se exteriorizando através da prova de materialidade do crime e da existência de fortes indícios de autoria. Deve o magistrado, quando da decretação da medida cautelar, observar a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado ou indiciado.

A segunda condição é o *periculum libertatis*, que se evidencia através da criação de perigo por conta da situação de liberdade do agente. Este, estando em liberdade, pode representar risco concreto para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança pública.

De acordo com entendimento do art. 282 do CPP, as medidas cautelares devem observar a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais.

Segundo as palavras de Fábio Ramazzini Bechara: “O *periculum libertatis* manifesta-se pela fundada presunção de que a liberdade do indiciado possa afetar a tutela do objeto material da persecução criminal”. (2005, p. 149).

Nota-se, que o perigo está no estado de liberdade do sujeito passivo da prisão cautelar, o qual pode destruir provas, ameaçar testemunhas, causar risco a instrução criminal e a própria sociedade.

Portanto, para a decretação das medidas e prisões cautelares devem ser observados os pressupostos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, devendo o magistrado no caso concreto, utilizar-se de medidas idôneas para atingir o fim proposto.

2. AS MEDIDAS CAUTELARES TRADICIONAIS

Através deste tópico, busca-se esclarecer quais medidas cautelares de natureza pessoal estavam presentes antes da introdução da Lei 12.403/11, e que continuam vigentes mesmo após esta atualização, explicando cada uma delas.

Nesse entendimento, cita-se as figuras da prisão cautelar, tendo como subespécies a prisão preventiva e a prisão temporária, da liberdade provisória e da prisão em flagrante, sendo estas medidas de importância essencial para o Processo Penal.

2.1 PRISÃO

Prisão é o lugar fechado e seguro, destinado a recolher pessoas, privadas de liberdade, por condenação ou no interesse da justiça. Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir. (SILVA, 2005, p. 1095).

De acordo com o entendimento do art. 5º, inc. LXI, da CF, ninguém será preso senão em estado de flagrante delito ou por ordem escrita e motivada de autoridade judiciária competente. Nota-se assim a necessidade da fundamentação da prisão por parte da autoridade judiciária, entendimento este, que foi acertadamente seguido pela nova redação do art. 283 do CPP, que assim dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Percebe-se portanto, a adequação do Código de Processo Penal com o disposto na Constituição Federal, regulando alguns requisitos de ocorrência da prisão. Através deste dispositivo são enumerados os tipos de prisão cautelares existentes, como também a prisão penal.

A prisão penal é aquela que resulta de sentença condenatória transitada em julgado, que estabelece pena restritiva de liberdade. Necessário se faz garantir todos os direitos fundamentais do indivíduo, inclusive o devido processo legal.

A prisão cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença com o intuito de proteger a investigação ou processo criminal, tutelando bens que poderiam ser deteriorados caso o agente estivesse em plena liberdade. Com essa reforma do CPP, percebe-se que restaram apenas duas formas de prisões cautelares: temporária e preventiva. (LIMA, 2011, p.77).

Sendo esta prisão cautelar consagrada pelos tratados internacionais, desde que respeitados os direitos fundamentais do indivíduo. Consoante o art. 9.1 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, exceto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos”. [grifo do autor].

Portanto, a prisão cautelar é uma medida legal e de natureza excepcional, a qual visa dirimir a possível periculosidade do indivíduo caso estivesse em plena liberdade. Esta prisão deve realizar a função protetiva da instrução criminal e do processo, não devendo ser utilizada como forma de antecipação da pretensão punitiva do Estado contra o indivíduo acusado de prática delituosa. (LIMA, 2011, p. 78). Respeitando desse modo, o princípio da presunção de inocência.

Para confirmar este entendimento de que a prisão é exceção, dispõe o art. 282, §6º, que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Sendo a prisão uma medida excepcional, demonstrada a necessidade do caso concreto e fundamentação da autoridade judiciária. Nota-se a imprescindibilidade de ser a prisão cautelar devidamente justificada, com razões ou argumentos do fato que a comprovem.

Por esse motivo a prisão é tida como medida excepcional e última (*extrema ratio da ultima ratio*), devendo ser aplicada em situações extraordinárias e quando incabível a aplicação de outra medida cautelar alternativa. (NUCCI, 2011, p. 32).

Porém, a prisão deve respeitar algumas formalidades, dentre elas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. Dispõe o art. 283, §2º, do CPP: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Portanto, ninguém poderá penetrar no domicílio de outrem, exceto em caso de flagrante delito ou desastre, ou havendo necessidade de prestar socorro, ou para cumprir mandado judicial se for durante o dia.

De acordo com a redação da Lei 12.403/11, outra formalidade que deve ser respeitada é a separação de presos provisórios dos presos condenados. De acordo com o art. 300 do CPP: “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Em tese, os presos provisórios seriam recuperáveis, e poderiam ser coagidos ou violentados por presos condenados e com maior tempo no cárcere. A intenção desta norma é proteger a integridade física e moral do preso ainda não condenado, e tentar impedir seu aperfeiçoamento no mundo do crime.

Outro ponto importante a ser observado é a questão da prisão especial, a qual é outorgada a determinadas pessoas, por conta da relevância do cargo, função, emprego ou atividade, ou pelo grau de instrução. Nos casos sujeitos a prisão especial, estes presos

deverão, obrigatoriamente, ficar separados dos presos comuns. (OLIVEIRA, 2011, p. 542-543).

2.1.1 Da Prisão em Flagrante

Após a vigência da Lei 12.403/11, a prisão em flagrante se tornou uma medida pré-cautelares, não pertencendo portanto, a relação das prisões cautelares.

A prisão em flagrante ocorre no momento da realização do crime ou logo após a sua execução, podendo ser realizada por qualquer um, inclusive particular. Para a correta prisão em flagrante necessário se faz a presença do *fumus comissi delicti*, com prova da materialidade do crime e fortes indícios de autoria.

Esta prisão independe de mandado judicial, e é realizada com o intuito de evitar a consumação do crime, evitar a fuga do criminoso ou para comprovação do fato, podendo ser convertida em prisão preventiva, caso estejam presentes os requisitos do art. 312 do CPP.

Com a nova redação do art. 310 do CPP, percebe-se o caráter pré-cautelares da prisão em flagrante, pois esta não tem o intuito de tutelar o processo ou seu resultado final, mas somente de colocar o acusado a disposição do juiz, que deve, de forma imediata e fundamentada, decidir sobre o relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória. (LIMA, 2011, p. 182).

2.1.2 Da prisão Preventiva

A prisão preventiva é, por primazia, um tipo de prisão cautelares, tendo seus requisitos dispostos no art. 312 do CPP. Sendo estes requisitos necessários para se justificar a decretação ou manutenção da prisão preventiva. De acordo com este dispositivo a prisão preventiva será decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, com a intenção de garantir a ordem pública, garantir a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal. Nesse sentido, destaca-se a decisão da Min. Laurita Vaz (HC

207191 / SP):

Habeas corpus. Prisão preventiva. Crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Garantia da ordem pública. Gravidade do delito concretamente demonstrada. Fuga do réu do distrito da culpa. Garantia da aplicação da lei penal. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. [...]. (STJ, HC 207191 / SP. Relatora: Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011 , DJe 08/09/2011).

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a posição de que a decretação da prisão preventiva, com a devida fundamentação, deve garantir a aplicação da lei penal, a ordem pública e os outros requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Percebe-se que a decretação de prisão cautelar deve ser uma excepcionalidade, vista como a última opção de cautela, devendo esta ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, desde que estejam presentes os requisitos para sua decretação.

Nota-se que o juiz somente pode decretar a prisão preventiva de ofício durante o curso da ação penal. Para haver a decretação desta prisão na fase de investigação, necessário se faz o requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou através de representação da autoridade policial. (TÁVORA, 2011, p. 557).

Como critérios para determinação da prisão preventiva tem-se o crime doloso punido com pena de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, ser o agente condenado por outro crime doloso ou o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Indispensável para a decretação, substituição ou denegação da prisão preventiva é a devida motivação, que deve ser obrigatoriamente justificada através de explanação que comprove a sua decisão. Logo, será necessário haver motivação quando for constatado o descumprimento de alguma medida cautelar diversa da prisão, e for preciso a substituição desta pela prisão preventiva. (OLIVEIRA, 2011, p. 523-524).

Frisa-se que a intenção do legislador foi a de adequar a decretação da prisão preventiva aos casos mais graves e que possam causar danos irreversíveis a sociedade e a própria finalidade da persecução penal, possibilitando a aplicação das medidas cautelares aos casos menos danosos e que não causem riscos.

Portanto, nesse novo contexto processual, a prisão preventiva recebeu uma função secundária, somente sendo decretada quando as medidas cautelares alternativas à prisão

forem inadequadas ou insuficientes. Assim, a prisão preventiva deve ser a última medida a ser utilizada, e em situações excepcionais, levando-se em consideração a presença dos pressupostos *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*.

2.1.3 Da Prisão Temporária

A prisão temporária é de natureza cautelar, com prazo de duração determinado, sendo decretada na fase do inquérito policial ou da investigação. Importante salientar que esta só pode ser decretada por requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz.

A prisão temporária não será utilizada por mera conveniência, mas quando for imprescindível para a investigação do inquérito policial ou no caso de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Percebe-se que o art. 1º, inc. III, da Lei 7.960/89 elenca a lista dos crimes possíveis da decretação de prisão temporária. Necessário se faz a presença de prova de materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria para decretação desta.

Existe exigência legal determinando a separação do preso temporário dos demais detentos, com o intuito de evitar as mazelas decorrentes desse contato.

2.2 LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória mediante fiança havia caído em desuso após a vigência da Lei 6.416/77, a qual ampliou a utilização da liberdade provisória sem fiança. Admitia-se que os presos em flagrante, quando não fosse necessário a decretação da prisão preventiva, gozassem da liberdade se comprometendo apenas em comparecer aos atos da persecução penal.

Encontra-se fundamento constitucional para a liberdade provisória no art. 5º, inc. LXVI, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988).

Com o advento da Lei 12.403/11, em tese, todos os crimes passaram a ser afiançáveis, exceto os vedados legalmente e os casos de impedimento, sendo incabíveis seus requisitos.

Nota-se que a aplicação da liberdade provisória deixou de ser tratada somente como contracautela, não ficando condicionada a uma anterior prisão em flagrante, podendo, também, ser utilizada de forma autônoma, inclusive com a imposição de uma ou mais medidas cautelares, levando-se em consideração os critérios constantes do art. 282 do CPP. (LIMA, 2011, p. 83).

Caso o indivíduo seja preso em flagrante, e não seja possível convertê-la em prisão preventiva, deve o juiz analisar a possibilidade de aplicação da liberdade provisória, com ou sem fiança. Através da utilização da liberdade provisória o acusado fica vinculado ao processo e ao juízo, sendo meio para garantir a presença deste aos atos processuais, sem necessidade de privação da liberdade. Caso haja descumprimento das obrigações impostas, poderá o juiz aplicar uma ou mais medidas cautelares para o acusado, como também decretar a prisão preventiva.

Através do disposto no art. 350 do CPP, caso seja possível aplicar a fiança, nota-se a necessidade de verificação da situação econômica do acusado, podendo ser concedida liberdade provisória, cumulada ou não com outras medidas cautelares. Neste caso, o acusado deverá comparecer perante a autoridade sempre que intimado, não poderá mudar de residência sem autorização judicial e não poderá ausentar-se da comarca sem comunicação prévia de onde será encontrado.

Outro ponto importante a ser exposto é a possibilidade do ato ter sido praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito. Nestes casos, o juiz poderá, fundamentadamente, conceder a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento aos atos processuais, sob pena de ter a liberdade provisória revogada.

Portanto, no sistema atual, a liberdade provisória pode ser utilizada de três formas: liberdade provisória sem medida cautelar diversa da prisão, mas vinculada; liberdade provisória sem fiança, mas vinculada e com possibilidade de utilização de outra medida cautelar; liberdade provisória com ou sem medida cautelar alternativa a prisão. (BIANCHINI, 2011, p. 193).

3. NOVAS MEDIDAS CAUTELARES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011

Como dito anteriormente, quando da ocorrência de um delito a autoridade judiciária se limitava a decretar a prisão cautelar ou a liberdade provisória. Sendo esta, uma bipolaridade restrita e ultrapassada. Após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011 foram acrescentadas 9 (nove) medidas cautelares, alternativas à prisão, como também a proibição de ausentar-se do país e a prisão domiciliar, aumentando o leque de opções a serem utilizadas pelo judiciário.

As medidas cautelares são vistas como uma adequação do Código de Processo Penal à Constituição Federal e aos tratados internacionais. Estas medidas têm o intuito de humanizar, tornando mais social e adequada a tutela cautelar, evitando o encarceramento provisório do acusado da prática de delito.

Nesse sentido, a prisão preventiva recebeu um caráter de exceção e subsidiariedade, só devendo ser decretada quando não for cabível a utilização de nenhuma das medidas cautelares existentes no rol do art. 319 da Lei 12.403/11. Caso uma ou mais medidas cautelares sejam suficientes para se alcançar a finalidade almejada, estas terão prioridade em relação a prisão.

Conforme esse entendimento, menciona-se a decisão da Min. Thereza de Assis Moura (HC 120837 / GO):

Processo penal. Habeas corpus. Furto de gado. Prisão preventiva. Decretação. Elementos concretos. Ausência. Fuga. Motivo por si só insuficiente. Ordem concedida.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente, mercê de elementos concretos, alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, não se sustentando por meras suposições, referências aos termos legais e nem pela fuga do réu que, por si só, não justifica o encarceramento antecipado. Precedentes.

2. Ordem concedida para, reformando o acórdão, revogar a prisão preventiva do ora paciente, sem prejuízo de que o Juiz a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei nº 12.403/11. (STJ, HC 120837 / GO. Relatora: Min MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, publicado em DJe 31/08/2011). [grifo do autor].

Através desta decisão do STJ, percebe-se que nos casos em que não estiverem previstas as hipóteses do art. 312 do CPP, não pode a prisão preventiva ser decretada, existindo a possibilidade de aplicação das medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/11.

Portanto, para a correta utilização das medidas cautelares deve o juiz observar a necessidade de sua aplicação. “Para todas elas é o legislador quem esclarece a finalidade da providência, cabendo ao magistrado o exame de sua pertinência e necessidade, tendo em vista a situação concreta do fato e as circunstâncias dos envolvidos”. (OLIVEIRA, 2011, p. 516).

Para esta aplicação das medidas cautelares, cabe à autoridade judiciária decidir sobre a sua necessidade, analisando as características de cada caso concreto, sendo indispensáveis, em todas as fases da persecução penal, os princípios constitucionais, que devem ser utilizados como critérios decisivos. Também é necessário a observância do *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*, que são pressupostos inerentes à aplicação destas medidas. (LIMA, 2011, p. 232).

As cautelares podem ser aplicadas durante toda a persecução penal, ou seja, desde a investigação até a fase do processo. Não existe determinação legal referente ao tempo de duração das medidas cautelares, ficando condicionado a presença dos requisitos dos inc. I e II do art. 282 do CPP e do fator necessidade. Porém, estas não poderão perdurar indefinidamente no tempo, pois, mesmo sendo substitutivas da prisão, restringem a liberdade do indivíduo, causando constrangimento ilegal em caso de dilação exagerada.

Um ponto importante a ser observado, para a correta aplicação das medidas cautelares, é a necessidade de se constatar a presença da prova de materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria. Então, essencial se faz a presença de base fática e legal na aplicação destas medidas, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência. Com essa mesma opinião Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 26-27).

A Lei 12.403/11 demonstra adequação a esses requisitos, respeitando o que determina a Constituição Federal e os tratados internacionais. Sendo a criação das medidas cautelares uma reverência ao próprio princípio da presunção de inocência, pois, mesmo quando são utilizadas para restringir à liberdade do indivíduo não violam o seu estado de inocência. As cautelares são uma exceção a este princípio, porém, para serem aplicadas deve ter uma motivação necessária. Revela-se então, uma ação estatal

proporcional e adequada ao caso fático.

Outro ponto importante a ser considerado, refere-se a taxatividade do rol das medidas cautelares. Entende-se que o juiz não pode aplicar medida cautelar diferente das previstas em lei. De acordo com Alice Bianchini, et al: “O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei”. (2011, p. 46).

Portanto, inexistem medidas cautelares inominadas, tendo estas, evidentemente, base legal expressa. Deve o Poder Judiciário, no Processo Penal, seguir rigorosamente o devido processo legal e respeitar sua instrumentalidade.

Sem dúvida, com a aplicação destas medidas, a tendência é haver uma redução da quantidade de prisões cautelares, substituindo uma medida extrema por outra moderada, sem causar os prejuízos que a privação plena da liberdade acarreta, surtindo o mesmo efeito quanto a tutela da persecução penal, a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal.

3.1 PROCEDIMENTOS PARA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES

Para a correta aplicação das medidas cautelares deve ser levada em conta a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, considerando também, a necessidade para aplicação da lei penal, a garantia da investigação ou da instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais, como se extrai do art. 282, inc. I e II, do CPP.

De acordo com a leitura dos inc. I e II do art. 282 nota-se que os requisitos de aplicabilidade das cautelares estão vinculados a necessidade e a adequação da medida, sendo estes sub-princípios da proporcionalidade e referenciais fundamentais para aplicação das cautelares, proibindo excessos, respeitando os direitos fundamentais e permitindo um juízo de ponderação para se realizar a melhor escolha.

Segundo o art. 282, §1º, do CPP: “As medidas cautelares poderão ser decretadas de forma isolada ou cumulativa”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Caso uma medida cautelar não seja necessária para tutelar o bem protegido, o juiz poderá utilizar-se de mais de uma com intuito de atingir o fim proposto, desde que harmônicas e devidamente fundamentadas.

Percebe-se que estas medidas poderão ser utilizadas de forma autônoma ou

substitutiva da prisão. Verifica-se a forma autônoma quando o juiz aplica a medida cautelar de ofício ou a requerimento. Como regra, não depende de anterior prisão em flagrante.

Importante frisar que o juiz não pode decretar, de ofício, medida cautelar durante a fase inquisitorial ou investigatória, devendo haver requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial. Nesta fase o juiz pode tutelar liberdades individuais como a vida privada, a intimidade, assim como a liberdade de locomoção, desde que seja provocado. Na fase do processo, a legitimação ativa para o requerimento das cautelares cabe, segundo a lei: ao MP e ao querelante; ao assistente habilitado; e ao juiz, de ofício².

A forma substitutiva ocorre quando existem requisitos para decretação de prisão cautelar, porém, o juiz verifica que a substituição por uma ou mais medidas cautelares se mostra suficiente para atingir a finalidade pretendida. Devendo preferir pela decisão menos gravosa para o indivíduo, e que surta o efeito desejado. (BIANCHINI, 2011, p. 175).

Obviamente, a autoridade judiciária tem que observar o princípio da proporcionalidade para utilização destas medidas, não devendo decretar a prisão cautelar quando existir a probabilidade de no final do processo o acusado, mesmo sendo condenado, não ser levado a prisão. Deve o juiz ter este discernimento para uma correta aplicação, empregando medidas razoáveis ao caso concreto. As cautelares podem ser utilizadas em qualquer espécie de infração penal, exceto nas contravenções penais e nos casos de suspensão condicional do processo. De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira:

Do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme previsto na Lei 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo. (2011, p. 498).

Por se tratar de infrações de menor potencial ofensivo, não caberá decretação de medida ou prisão cautelar nos casos previstos na Lei 9.099/95.

Em caso de descumprimento das cautelares, primeiramente, deve o juiz observar a possibilidade de substituição desta por uma ou mais medidas que sejam suficientes para atender a finalidade almejada, pois, pode ocorrer da medida anterior ter sido inadequada

² Guilherme de Souza Nucci entende que a vítima também pode requerer na fase investigatória, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. (2011, p. 30).

ou insuficiente. Caso as cautelares não sejam capazes de atingir o fim pretendido, pode o juiz, em último caso, decretar a prisão preventiva, sendo esta a *extrema ratio da ultima ratio*. Cita-se como exemplo de uma medida inadequada o caso em que um homem tenha praticado lesão corporal gravíssima contra o seu sobrinho de 18 anos, morando ambos na mesma residência, tendo sido decretada a cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga. Perceptível é a ineficiência da medida, devendo esta ser substituída por outra, como a proibição de manter contato com a vítima em cumulação com o monitoramento eletrônico.

Deve o descumprimento de alguma medida ter sido injustificado para poder ocorrer a sua substituição por outra, ou até mesmo pela prisão preventiva, respeitando sempre o contraditório e a ampla-defesa.

Nesse sentido, surge um dos pontos mais polêmicos deste trabalho, referente ao descumprimento das medidas cautelares decretadas nos casos de haver prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos, cometido por réu primário e sem o envolvimento de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, pois, ocorrendo os fatos citados, em tese, não seria possível a decretação da prisão preventiva, consoante o art. 313 do CPP, mesmo havendo descumprimento reiterado das medidas cautelares. Adeptos dessa corrente são Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 51) e PierPaolo Cruz Bottini (Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=11907>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011).

Porém, por conta da notável coercibilidade das medidas cautelares, difícil seria pensar em uma norma sem a previsão de uma punição, tornando esta inútil e sem efeito intimidatório. De acordo com o parágrafo único do art. 312 do CPP, “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Então, com este entendimento e conforme disposição legal, percebe-se que mesmo sem a ocorrência das hipóteses do art. 313 do CPP, caso haja descumprimento reiterado das medidas cautelares, poderá haver a decretação de prisão preventiva. Neste sentido Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 510) e Alice Bianchini, et al (2011, p. 175).

Nota-se, que as cautelares estão vinculadas a uma determinada situação fática, e em caso de mudança desta situação, deve o judiciário se adaptar as novas necessidades. Dispõe o art. 282, §5º, do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la

quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Portanto caso ocorra a modificação da situação fática, cabe ao juiz revogá-la ou substituí-la por outra medida adequada a nova conjuntura. Se a situação fática voltar, cabe ao juiz decretar nova medida.

Por este motivo, uma decisão que decreta uma medida cautelar está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, que se trata da possibilidade de alteração de uma circunstância que deu causa a sua decretação. (MOREIRA, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19131>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011). Devendo assim o juiz se ajustar a essa realidade, seja revogando a medida cuja causa cessou, seja decretando nova cautelar diante de surgimento de nova causa que a autorize.

Outra novidade para o Processo Penal foi a possibilidade de ocorrência do contraditório antes da decretação de alguma medida cautelar, conforme dispõe o art. 282, §3º, do CPP:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Sendo este chamamento da parte contrária, nos casos em que não há urgência ou perigo de ineficácia da medida³, uma forma de se facilitar a decisão do juiz, levando-se em conta os argumentos do acusado. Sendo assim, uma forma mais justa e ponderada de se apreciar os fatos e fazer a melhor escolha.

3.2 MEDIDAS CAUTELARES, DIVERSAS DA PRISÃO

As medidas cautelares diversas da prisão estão dispostas nos inc. I a IX do art. 319. Dispõe este artigo:

³ Se a medida decretada contra o acusado for a prisão preventiva, não justifica a utilização do contraditório, pois a própria decretação de prisão preventiva já pressupõe a possível intenção de fuga ou prejuízo para persecução penal.

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 (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX- monitoração eletrônica. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Nesta parte do trabalho, busca-se delinear uma explicação minuciosa sobre as medidas cautelares de natureza pessoal dispostas no Código de Processo Penal, tecendo-se comentários e explicações sobre suas características e requisitos para uma correta aplicação.

3.2.1 Comparecimento Periódico em Juízo

Medidas semelhantes podem ser encontradas no art. 78 §2º, c, do CP, como uma

das condições do *sursis* especial; no art. 89, §1º, inc. IV, da Lei nº 9.099/95, como uma das condições da suspensão do processo; no art. 115, II, da LEP, como uma das condições para a concessão de regime aberto; no art. 132, §1º, da LEP, como condições para a concessão do livramento condicional; no art. 310, parágrafo único, do CPP, como concessão da liberdade provisória ao acusado, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, substituindo assim, a prisão em flagrante.

A medida cautelar do inc. I, do art. 319, do CPP, obriga o acusado a comparecer em juízo no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Essa medida tem o intuito de garantir que o indivíduo continue a disposição do juízo para a prática dos atos processuais, não frustrando o andamento do processo e determinando ainda que o acusado informe sobre as atividades que esteja exercendo. Nesse sentido, cita-se a decisão do Desembargador Cláudio Baldino Maciel (HC 70045365913 / RS):

HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. REVOGAÇÃO, APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. Ainda que cabível a decretação da prisão preventiva, remanesce a possibilidade de aplicação das demais medidas cautelares introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº. 12.403-2011, especialmente levando-se em conta o fato de o paciente ser primário e não responder a qualquer outra ação penal. Embora o crime não tenha sido praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa e o acusado não demonstre, em princípio, periculosidade afrontosa à ordem pública a sugerir o *periculum libertatis*, possível se faz a imposição de medida cautelar diversa da prisão preventiva, para assegurar a correta aplicação da Lei Penal, consistente na apresentação semanal em juízo para informar e justificar as atividades, nos termos do disposto no art. 282, inc. II, §6º e no art. 319, inc. I, ambos do Código de Processo Penal. RATIFICADA A LIMINAR PELA QUAL FOI CONCEDIDA PARCIALMENTE A ORDEM DE HABEAS CORPUS. (Tribunal de Justiça do RS, HC 70045365913 / RS. Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 20/10/2011, publicado em DJ 25/10/2011).

Em tese, presume-se que não há necessidade do indivíduo voltar a delinquir caso esteja exercendo atividade lícita e tenha uma fonte de renda para prover o seu sustento. Por este motivo, o juízo tem interesse em obter informações sobre as atividades lícitas desempenhadas. Caso o acusado não exerça atividade laborativa, não pode ser atribuído a esta medida mais grave, porém, entende-se que é devida uma justificação ao juízo

esclarecendo o motivo de não estar realizando nenhuma atividade. (OLIVEIRA, 2011, p. 408).

O Código de Processo Penal não determinou a periodicidade para o acusado comparecer em juízo, devendo esta ser determinada pelo próprio juiz, levando em consideração as condições constantes nos inc. I e II do art. 282 do CPP, como também as particularidades do caso concreto, seja o tipo de trabalho laborativo realizado pelo acusado ou as suas condições pessoais.

Esta medida tem eficácia quando o indivíduo for acusado da prática de crime que não seja cabível a decretação da prisão preventiva, como por exemplo o furto, e não tenha emprego certo nem residência fixa. Sendo uma forma do juízo obter informações sobre o acusado com uma certa periodicidade. (NUCCI, 2011, p. 82).

3.2.2 Proibição de Acesso ou Frequência a Determinados Lugares

A segunda cautelar discorre sobre a 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. Percebe-se, claramente, que a principal finalidade dessa medida é sustar a ocorrência de novos delitos, garantindo, assim, a ordem pública.

Para a aplicação dessa cautelar deve haver coerência com o delito praticado. Percebe-se que o juiz deve proibir o acusado de frequentar ambientes que sejam potencializadores da prática de delitos. (LIMA, 2011, p. 359).

Cita-se o exemplo de um acusado de crime agressivo, como rixa ou lesão corporal, podendo ser aplicada a medida de proibição de acesso ou frequência a bares ou locais que sirvam bebidas alcoólicas, com o intuito de afastar o agente de ambientes propícios a ocorrência de delitos desta espécie.

Se a aplicação dessa medida, isolada ou cumulativamente, não for suficiente para a proteção da ordem pública, pode haver a decretação da prisão preventiva, caso estejam presentes os requisitos desta.

3.2.3 Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada

Essa medida já tinha sido utilizada de forma semelhante na Lei 11.340/06, a qual tutela a violência doméstica e familiar contra a mulher, como medida protetiva e de urgência, proibindo a aproximação do agressor com a ofendida, seus familiares e testemunhas. Com a vigência da Lei 12.403/11, a utilização desta medida obteve um caráter geral, abrangendo várias situações dentro do processo penal.

A medida do inc. III, do art. 319, proíbe a tentativa de contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. Percebe-se que essa cautelar tem a finalidade de proteger determinada pessoa de novas ações delituosas por parte do indiciado ou acusado, como também impedir a intimidação e atemorização da vítima.

Essa proibição de contato deve ter ligação com o fato delituoso, sendo cabível e indicada nos casos de violência, grave ameaça, crimes contra a honra, crimes contra a dignidade sexual, dentre outros. (NUCCI, 2011, p. 84)

O intuito desta é evitar a reiteração de novos conflitos. Podendo ser utilizada, também, para tutelar a persecução penal, protegendo as testemunhas, peritos e assistentes técnicos. (LIMA, 2011, p. 360).

Essa proibição de contato não é somente a distância física, incluindo também o contato através de telefone, e-mail, cartas, recados por terceiros, e qualquer outra forma de comunicação.

3.2.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca

Esta medida trata da proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução criminal.

Percebe-se que esta medida tem pouca utilidade prática, pois a ausência do acusado na comarca, dificilmente, comprometeria a investigação ou instrução criminal, pouco influenciando na garantia do bom andamento do processo. Seria mais adequado para se atingir esta finalidade a aplicação da medida de comparecimento período em juízo.

Mais lógico seria se essa medida de proibição de ausentar-se da Comarca fosse aplicada quando houvesse necessidade de garantir a aplicação da lei penal, pois estaria relacionada com a idéia de fuga, demonstrando a possibilidade de decretação da prisão preventiva caso houvesse esta intenção do acusado. Com este entendimento Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 510) e Alice Bianchini, et al (2011, p. 183-184).

Percebe-se que são poucos os casos em que há necessidade de permanência do acusado ou indiciado durante a investigação ou instrução criminal, cita-se os casos de identificação datiloscópica e fotográfica, espectrograma da voz, exame grafotécnico, reconhecimento de pessoa, reconstituição do crime e acareação. Nesses casos o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de recusar-se a participar destes atos. A exceção se encontra no caso do reconhecimento de pessoa, que inclusive, o juiz pode determinar a condução coercitiva do acusado.

Dando maior eficácia a essa medida e tentando assegurar o efeito esperado, o art. 320 do CPP dispõe que “a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941). Sendo aplicada a medida do inc. IV, do art. 319 cumulativamente com a do art. 320, ambos do CPP, torna-se mais efetiva a tutela cautelar, ficando o acusado ou indiciado proibido de ausentar-se da comarca para qualquer lugar do Brasil ou do estrangeiro.

3.2.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga

Medida semelhante ocorre no regime aberto, na modalidade prisão albergue domiciliar. Recolhendo-se o condenado todos os dias no horário noturno, dias de folga e finais de semana. A finalidade é a mesma, porém em fases diferentes: a do regime aberto dar-se na fase de cumprimento da pena, diferente da medida disposta no inciso V, do art. 319, do CPP, que ocorre na fase processual, como medida cautelar.

Para aplicação dessa medida é necessário que o acusado tenha residência fixa, como também desempenhe atividade laborativa lícita durante o dia. (TÁVORA, 2011, p. 647). Esse tipo de cautelar evita a ocorrência de novas infrações penais durante a noite, pois em tese, o acusado está recolhido em sua residência, como também de dia, pois

este deve está no seu ambiente de trabalho.

Percebe-se assim o caráter protetivo dessa medida com relação a garantia da ordem pública, podendo também ser utilizada com a finalidade de garantir a aplicação da lei penal e por conveniência da investigação ou instrução criminal. Pela dificuldade de fiscalização sobre essa medida, indica-se que esta seja cumulada com o monitoramento eletrônico. (LIMA, 2011, p. 363).

3.2.6 Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômica ou Financeira

Esta medida trata da suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de ser utilizada para a prática delituosa. A finalidade desta cautelar é evitar a possível reiteração da prática de infrações penais por conta das circunstâncias em que o acusado se encontre, seja por se tratar de função pública ou da prática de atividade econômica ou financeira.

Por atividade econômica e financeira entende-se a atuação junto aos bancos, comerciais ou não, e outras instituições financeiras, de acordo com o Sistema Nacional Financeiro. Cita-se como exemplos de crimes contra a ordem econômica e financeira a lavagem de capitais e a gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira.

Se tratando da suspensão do exercício de função pública, necessário se faz haver a previsibilidade concreta da ocorrência de novas infrações penais, dependendo da função desempenhada, das circunstâncias do fato e dos antecedentes do acusado. Percebe-se que o afastamento do funcionário público é uma medida com efetividade evidente, e ideal para evitar a ocorrência de novos crimes, como por exemplo concussão, extorsão, prevaricação, corrupção passiva, entre outros. (LIMA, 2011, p. 363-364).

Exige-se a necessidade de existência de nexos entre a função ou atividade exercida pelo acusado e o crime praticado como justificativa de decretação dessa medida. Importante ressaltar que o funcionário público afastado deve continuar recebendo normalmente seu salário mensal, em respeito inclusive, ao princípio da presunção de inocência. (BIANCHINI, 2011, p. 185).

De acordo com esse entendimento, menciona-se a decisão do Desembargador Federal Cotrim Guimarães (HC 46157 / SP) :

Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal. Risco à aplicação da lei penal. Garantia da ordem pública. Substituição por outras medidas cautelares. lei n.º 12.403/2011. Ordem concedida em parte.

1. Não havendo notícias de que o paciente tenha sequer a intenção de destruir provas ou intimidar testemunhas e já tendo sido cumpridas as diligências de busca e apreensão, conclui-se que não há razões para justificar a prisão preventiva a conta de conveniência da instrução criminal. 2. Se o réu é primário, não ostenta maus antecedentes, reside no distrito da culpa, onde, ademais, mantém família e estuda; e se não há elementos concretos que indiquem a intenção de não se submeter à persecução penal, não há falar em risco à aplicação da lei penal. 3. Se há indícios de que o paciente fazia do crime seu meio de vida, pode-se concluir que, em liberdade, há concreta probabilidade de que torne a delinquir. 4. Se o crime atribuído ao paciente consistia na intermediação para a obtenção de benefícios previdenciários fraudulentos, em princípio não é preciso mantê-lo custodiado preventivamente, sendo suficientes as medidas cautelares previstas nos incisos II e VI do artigo 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 12.403/2011. 5. Ordem concedida em parte. (TRF3, HC 46157. Relator: desembargador federal COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2011, publicado em DJF3 01/09/2011).

No caso tratado, a proibição de acesso e frequência a qualquer repartição do Instituto Nacional do Seguro Social e a suspensão do exercício da atividade de intermediação de pedidos de benefícios previdenciários, tornam-se suficientes para a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal, sem haver a necessidade de decretação da prisão preventiva.

3.2.7 Internação Provisória

Esta medida trata da internação provisória do acusado nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração. Segundo Nestor Távora:

A previsão é salutar, evitando-se o decreto da prisão preventiva, com o recolhimento ao cárcere, de pessoas com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental. No entanto, a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a

internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como se fosse um efeito automático da doença mental. (2011, p. 648).

Portanto, percebe-se que esta medida é decretada de forma substitutiva da prisão preventiva, por conta da condição pessoal do acusado. Esta condição é a falta de saúde mental, seja total ou parcial, que impede o agente ter o necessário discernimento sobre a ilicitude das condutas executadas. Todavia, o crime deve ser praticado com violência e grave ameaça contra a pessoa, e ser constatado a possibilidade de risco de reiteração da conduta delitiva.

Essa medida tem o objetivo de garantir a ordem pública, evitando a reiteração de novas infrações penais, protegendo, assim, a sociedade. Tendo como finalidade secundária a recuperação da saúde mental do agente, com o intuito de reintegrar este no meio social. Deve a internação provisória ser cumprida em local apropriado e diferente do cárcere comum aos outros presos cautelares.

Importante salientar que o risco de reiteração da conduta delitiva dos inimputáveis e semi-imputáveis deve ser demonstrado através de prova pericial. Percebe-se que o juiz pode decretar essa medida, em caráter de urgência, caso o laudo não esteja pronto em tempo hábil e seja nítida a deficiência mental do acusado. Entretanto, necessário se faz a presença de um parecer médico, podendo ser inclusive de médico particular, comprovando a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado. (NUCCI, 2011, p.85-86).

3.2.8 Fiança

Com o advento da Lei 12.403/11, a fiança voltou a ter um importante papel no cenário do processo penal, seja para garantir a presença do agente na persecução penal, evitar a obstrução do andamento do processo ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Entende-se que a fiança é uma impugnação da prisão cautelar, determinando uma série de obrigações e sujeitando o agente ao pagamento de uma quantia financeira, diferente de antigamente, na qual a mesma era vista como um benefício concedido para não manter o acusado preso. A fiança é uma garantia real, utilizada com função cautelar,

podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente, inclusive de forma autônoma. (NUCCI, 2011, p. 86-87).

Trata-se de medida de cunho patrimonial, cujo valor arbitrado pode ser pago através do depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, entre outros. Podendo este ser paga por qualquer pessoa, não necessariamente pelo próprio acusado, e tendo como referencial o salário mínimo.

Com relação ao valor, rege o art. 345 do CPP que será de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não for superior a 4 (quatro) anos e será de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos quando se tratar de pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Dependendo da situação econômica do preso esta pode ser dispensada, reduzida até o máximo de (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Nota-se que a fiança pode alcançar valores altíssimos, o que torna exequível sua utilização em crimes que causem grandes prejuízos, como em casos de crimes ambientais, contra a ordem tributária ou contra o sistema financeiro.

Portanto, para o arbitramento do valor da fiança deve a autoridade competente ser sensata e razoável, levando-se em consideração a natureza da infração cometida, as condições pessoais do preso, incluindo, logicamente, sua condição financeira, e o custo geral das despesas processuais. Necessário haver precaução no arbitramento da fiança, pois caso seja um valor exagerado, inviabilizaria o acusado de pagar esta quantia, e sendo um valor brando demais, tiraria todo o crédito e eficácia desta medida.

É possível a fiança ser arbitrada pela autoridade policial, nos casos de infração com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos. Caso o acusado não seja posto em liberdade imediatamente, poderá este enviar petição ao juiz, que decidirá em 48 horas. Nos casos em que não for possível a autoridade policial arbitrar a fiança, o juiz decidirá sobre o requerimento desta em 48 horas. (BIANCHINI, 2011. p. 216).

Em se tratando do requerimento da fiança por parte do acusado, o juiz poderá impor outra medida cautelar em cumulação com esta, mesmo que o requerimento trate somente da fiança. Percebe-se, pois, que a fiança pode ser aplicada de ofício pelo juiz independente de requerimento, mesmo após a prisão em flagrante e quando esta se mostrar suficiente e necessária para tutelar a persecução penal.

Havendo absolvição, extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença ou arquivamento do inquérito policial, a fiança será devolvida integralmente e devidamente atualizada. Caso o agente seja condenado ou haja prescrição da pretensão

executória, a fiança será a garantia da execução da pena, servindo esta para indenizar a vítima, assegurar o pagamento das custas processuais, da prestação pecuniária e de eventual multa. Se restar algo, será devolvido ao agente. (LIMA, 2011, p. 423).

Percebe-se que o Código de Processo penal, como também a Constituição Federal, elencaram alguns casos nos quais a fiança não será concedida. São eles: aos crimes que não seja imposta pena privativa de liberdade; em casos de transação penal e de suspensão condicional do processo proposta e aceita; nos crimes culposos que não seja possível aplicação de pena privativa de liberdade; nos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos crimes hediondos; nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; em caso de prisão civil ou militar; quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva; e aos que tiverem quebrado fiança no mesmo processo ou tiverem infringido as obrigações constantes nos art. 327 e 328 do CPP.

A fiança impõe algumas consequências ao réu que não comparecer aos atos da persecução penal, para o julgamento, ou o que mudar ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de residência, sem prévia autorização judicial. Portanto, de acordo com o art. 327 e 328 do CPP, a consequência desta desobediência é o quebramento da fiança.

De acordo com o art. 341 do CPP, entende-se que o quebramento da fiança ocorre, também, quando o acusado pratica ato de obstrução ao andamento do processo, não cumpre medida cautelar que tenha sido imposta cumulativamente ou pratica nova infração penal dolosa. Sendo a fiança quebrada, tem-se como consequência a perda da metade de seu valor, podendo o juiz impor outras medidas cautelares mais graves, inclusive decretar a prisão preventiva.

A fiança também pode ser perdida na sua totalidade, se, condenado, o acusado não se apresentar para iniciar o cumprimento de sua pena. Sendo, obviamente, deduzidas as custas e mais encargos do valor.

O valor restante, nos casos de quebramento e perda de fiança, serão recolhidos ao fundo penitenciário, entendimento este retirado dos arts. 345 e 346 do CPP, respeitando o que dispor a lei.

3.2.9 Monitoração Eletrônica

A figura da monitoração eletrônica já era aplicada na Execução Penal, sendo aduzida agora para Processo Penal como medida cautelar. Pode ser decretada durante a investigação criminal ou durante o processo, aplicada de forma isolada ou cumulativamente com outras medidas cautelares.

Essa medida tem a finalidade de fiscalizar a localização de determinada pessoa, feita, normalmente, através de algum objeto afixado ao corpo do indivíduo, de forma discreta e que não inviabilize as suas atividades normais, respeitando dessa forma a dignidade da pessoa humana.

Segundo o exímio entendimento de Renato Brasileiro de Lima, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado para se obter três finalidades:

- a) detenção: o monitoramento tem como objetivo manter o indivíduo em lugar predeterminado, normalmente em sua própria residência;
- b) restrição: o monitoramento é usado para garantir que o indivíduo não frequente certos lugares, ou para que não se aproxime de determinadas pessoas, em regra testemunhas, vítimas e coautores;
- c) vigilância: o monitoramento é usado para que se mantenha vigilância contínua sobre o agente, sem restrição de sua movimentação. (2011, p. 369).

Deste modo, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado como meio de se identificar eventual descumprimento de outra medida cautelar, como por exemplo a aproximação de alguma pessoa ou de lugar proibido ou para detectar a sua ausência de local onde, supostamente, deveria está recolhido. Sendo utilizada, também, para manter vigilância ininterrupta sobre o indivíduo.

Interessante e indicada é a contínua observância dos locais onde o agente deve estar, sendo qualquer descumprimento de horário ou aproximação indevida verificada de forma instantânea.

Essa medida demonstra uma importância desmesurada na proteção da persecução penal e do próprio indivíduo, pois o acusado continua tendo uma vida relativamente normal, integrado ao meio social e realizando atividades laborativas ou educacionais, sem haver necessidade do cerceamento absoluto da liberdade, e concomitantemente, tendo o Estado vigilância plena sobre o agente. (LIMA, 2011, p. 370-371).

3.3 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS E ENTREGA DO PASSAPORTE

Essa norma foi acrescentada pela Lei 12.403/11, embora não esteja disposta no art. 319 do CPP, indubitavelmente essa é uma medida cautelar alternativa à prisão, pois está prevista no art. 320 do Capítulo V, que trata “das outras medidas cautelares.” Dispõe o art. 320 do CPP: “A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

De acordo com Alice Bianchini, et al: “Embora não esteja no rol do art. 319, inegavelmente, trata-se de mais uma medida cautelar diversa da prisão criada pela reforma. Optou o legislador, entretanto, em tratá-la separadamente das demais cautelares do art. 319”. (2011, p. 190).

Portanto, como a medida está prevista no Capítulo das “outras medidas cautelares”, trata-se de medida cautelar alternativa a prisão, devendo, para utilização desta, serem considerados os pressupostos, características e procedimentos aplicáveis às medidas do art. 319, do CPP, inclusive a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento.

Diferentemente do disposto no art. 319, IV, do CPP, o qual proíbe o agente de se ausentar da comarca nos casos convenientes para se tutelar a investigação ou instrução criminal, essa medida do art. 320 proíbe o agente de se ausentar do país, intimando este a entregar seu passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de desobediência. O passaporte ficará depositado em juízo até o final do processo ou a eventual revogação da cautelar.

Essa medida não pode ser decretada por haver mera suposição de que o acusado queira fugir, devendo essa intenção de fuga ser comprovada através de dados concretos. Sendo medida indispensável para garantia da aplicação da lei penal.

Necessário se faz a comunicação dessa proibição à Polícia Federal, órgão responsável pela confecção dos passaportes e pelo policiamento de aeroportos e fronteiras.

3.4 DA PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar no Processo Penal é uma inovação como medida cautelar. A provável inspiração deste tipo de prisão foi o teor mencionado no art. 117 da Lei de Execução Penal, que assim dispõe:

Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I- condenado maior de 70 anos; II- condenado acometido de doença grave; III- condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV- condenada gestante. (BRASIL. Lei 7.210/84, de 11 de julho de 1984)

A previsão do art. 117 da LEP refere-se à fase do cumprimento de pena denominada de regime aberto. Diferentemente do teor do art. 318 do CPP, o qual disciplina os casos de prisão domiciliar admitidos como medida cautelar, *in verbis*:

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 7º mês de gravidez ou sendo ela de alto risco. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Percebe-se que houve uma severidade dos requisitos da prisão domiciliar do Código de Processo Penal em relação ao teor disciplinado na Lei de Execução Penal.

Para Guilherme de Souza Nucci, “a prisão domiciliar é uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva; em lugar de se manter o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante as 24 horas do dia”. (2011, p. 79).

Portanto, a prisão domiciliar não deixa de ser uma forma de prisão, originada pela decretação de uma prisão preventiva. Devendo o réu permanecer em sua residência recolhido por conta de suas condições pessoais peculiares, e só podendo ausentar-se dela com autorização judicial.

Importante frisar que esta medida cautelar não pode ser confundida com a cautelar de recolhimento domiciliar prevista no art. 319, V, do CPP. Nesta o indivíduo deve permanecer recolhido apenas no período noturno e nos horários de folga, diferente da

prisão domiciliar, na qual o indivíduo não poderá se ausentar de sua residência, salvo com autorização judicial.

A decisão de substituir a prisão preventiva depende de uma faculdade do poder judiciário, cabendo ao juiz ter discernimento suficiente para perceber a mínima periculosidade do agente em caso de cumprimento de prisão domiciliar, visando tornar a segregação cautelar menos desumana. O juiz deve exigir do agente prova idônea dos requisitos estabelecidos nos inc. I à IV do art. 318, não sendo aceitável apenas meras alegações. (BIANCHINI, 2011, p. 169).

Por prova idônea entende-se qualquer meio previsto ou não proibido por lei, ressalvadas as limitações impostas pela lei civil referente ao estado da pessoa. De acordo com este entendimento, se for necessário haver prova referente à idade, poderá esta ser feita através de certidão de nascimento ou outro documento equivalente. Para se provar a gravidade de doença ou da gravidez, deve ser feito através de documento médico ou outro meio idôneo. Sendo, dessa forma, essencial a comprovação fática da necessidade do preso estar em sua residência.

Portanto, para o indivíduo estar apto à receber a prisão domiciliar, nos termos do art. 318, é necessário está enquadrado em um dos requisitos deste artigo. O primeiro é ter idade maior que 80 anos. O segundo requisito faz referência a condição de saúde do agente, devendo este está extremamente debilitado por causa de doença grave. Nota-se que de acordo com o art. 318 do CPP, não basta haver doença grave, mas imprescindível se faz a presença de extrema debilidade causada pela doença. Pode ser citado o exemplo de um indivíduo portador de tuberculose, que não necessariamente esteja com extrema debilidade, mesmo sendo esta uma doença grave. O terceiro requisito trata da questão do preso provisório ter pessoa menor de 6 anos ou deficiente necessitando dos seus cuidados. Devendo esta ser uma dependência imediata e direta. E por fim, tem-se à gestante que conta com no mínimo 7 meses de gravidez ou sendo ela de alto risco. Sendo estes os quatro requisitos que podem possibilitar a decretação da prisão domiciliar, ao invés da prisão preventiva.

Existe a possibilidade de o juiz decretar a cumulatividade da prisão domiciliar com a monitoração eletrônica. Segundo Renato Brasileiro de Lima:

Apesar de os arts. 317 e 318 do CPP silenciarem acerca do assunto, pensamos que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar deve ser adotada em conjunto com a medida cautelar de monitoramento eletrônico (prisão domiciliar

eletrônica). (2011, p. 351).

A cumulação da prisão domiciliar com a monitoração eletrônica torna mais eficiente a fiscalização do seu cumprimento. O próprio legislador deixou previsto a adoção de medidas cumulativamente, dando maior efetividade e atingindo de forma mais fácil a finalidade da medida adotada.

CONCLUSÃO

Como foi visto, percebe-se que a intenção do legislador ao aprovar a Lei nº 12.403/2011 foi de aumentar o leque de opções referente as medidas cautelares, respeitando os direitos fundamentais do homem, independente da situação delituosa em que estes se encontrem. Porém, criou-se algumas divergências sobre a efetividade prática destas medidas, gerando discordância entre os doutrinadores.

Em síntese, inicialmente, apresenta-se uma visão geral dos principais Princípios Processuais Constitucionais aplicáveis as medidas cautelares, bem como foi feita uma abordagem geral sobre as medidas cautelares tradicionais, já existentes antes da entrada em vigor da Lei 12.403/11 e que continuam vigentes mesmo após essa atualização

Logo após, foi realizado um exame minucioso das novas medidas cautelares diversas da prisão, introduzidas pela Lei 12.403/11, conceituando-as, verificando suas aplicações, cabimentos, pressupostos, procedimentos, entre outros. Foram discutidas suas peculiaridades, ressaltando em alguns momentos a visão doutrinária e demonstrando decisões dos Tribunais Superiores.

Dessa forma, percebe-se que as medidas cautelares diversas da prisão são utilizadas pelo juiz de forma autônoma ou substitutiva, podendo o juiz utilizar-se de uma ou mais cautelares para obter sua finalidade. Foi visto, ainda, que o juiz não pode decretar, de ofício, medida cautelar durante a fase inquisitorial ou investigatória, devendo haver requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial. Na fase do processo, a legitimação ativa para o requerimento das cautelares cabe ao Ministério Público e ao querelante; ao assistente habilitado; e ao juiz, de ofício.

Analisou-se que em caso de descumprimento das medidas cautelares, primeiramente, deve o juiz observar a possibilidade de substituição desta por uma ou mais medidas que sejam suficientes para atender a finalidade almejada. Havendo alteração da circunstância que deu causa a decretação da cautelar, deve o juiz se adequar a nova realidade, seja revogando a medida cuja causa cessou, seja decretando nova medida cautelar diante do surgimento de nova causa que a autorize. Somente em último caso, sendo as medidas cautelares insuficientes, pode o juiz decretar a prisão preventiva.

Conseguindo, assim, alcançar o enfoque principal que era o de obter a resposta ao problema ora apresentado.

A resposta obtida foi que as medidas cautelares de natureza pessoal introduzidas pela Lei 12.403/2011 são um instrumento suficiente para substituir e alcançar a finalidade tutelada pela prisão preventiva, protegendo a persecução penal, a ordem pública e a aplicação da lei penal. São várias as opções de medidas, as quais devem ser adequadas ao caso concreto, e, sendo estas aplicadas corretamente, são capazes de tutelar o bem protegido. Sem dúvida, com a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão, a tendência é a redução da quantidade de prisões cautelares decretadas, substituindo uma medida extrema por outra moderada, sem haver os prejuízos que a privação plena da liberdade acarreta ao indivíduo. Em caso de descumprimento das medidas cautelares por parte do acusado, ou caso estas medidas se mostrem insuficientes, pode o juiz decretar a prisão cautelar. Nota-se, assim, a coercibilidade e o caráter intimidatório destas medidas.

Além de que, com a utilização desses novos preceitos se alcança de forma segura a proteção do processo, do acusado e da sociedade em geral. A aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal devem ser escritas e fundamentadas, o que demonstra maior segurança jurídica para a sociedade. Importante frisar que a Lei 12.403/11 está em consonância com os Princípios Processuais Constitucionais, respeitando, inclusive, o princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte, a adoção da Lei 12.403/11 produziu algumas consequências visíveis resultantes de sua aplicação, dentre as quais destacam-se as seguintes: aplica-se de forma imediata medidas cautelares alternativas à prisão, com o intuito de tutelar a persecução penal, a ordem pública e a aplicação da lei penal; possibilita ao acusado responder o processo sem a privação plena de sua liberdade; obsta as diversas prisões desnecessárias e, conseqüentemente, desafoga o sistema carcerário brasileiro; apresenta caráter coercitivo, intimidando o acusado a cumprir a medida cautelar imposta.

Por fim, nota-se que as vantagens da Lei 12.403/11 são nitidamente perceptíveis, sendo esta lei de importância fundamental para a realidade do sistema jurídico pátrio, regulando o Código de Processo Penal ao novo horizonte instruído pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais. Dessa forma, deve-se apenas ter cuidado com a correta aplicação das medidas cautelares, as quais devem ser adequadas a cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. - 13. ed. Atual. e ampl. - São Paulo: Rideel, 2011.

ARAS, Vladimir. **Princípios do Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2416>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 31 de dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 13 de out. 1941.

BRASIL. Lei 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 25 de maio. 1977.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 13 de julho. 1984.

BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Publicado no Diário Oficial da União de 22 de dez. 1989.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 27 de set. 1995.

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para o coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 08 de ago. 2006.

BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 05 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

BIANCHINI, Alice, et al. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. - 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. - São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 20. ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11)**. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=11907>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP, de acordo com a Lei nº 12.403/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19189>>. Acesso em: 2 de setembro de 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. - 14. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Execução Penal**. - 12. ed. - São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A. **Metodologia científica**. - 5. ed. - São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática**. - 1. ed. - Salvador: JusPODIVM, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. - 14. ed. - São Paulo: Rideel, 2010.

IENNACO, Rodrigo. **Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória**. Disponível em: <www.direitopenalvirtual.com.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. - 8. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2005.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2008. vol. I.

_____. **Direito processual penal**. - vol. II. - Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

_____. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/5060.pdf>>. Acesso em: 05 de outubro de 2011.

MARQUES, Ivan Luís. **Resumo em 15 tópicos na nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/ivanluismarques/2011/08/12/resumo-em-15-topicos-da-nova-lei-de-prisoas-e-medidas-cautelares/#more-107>>. Acesso em: 30 de setembro de 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares. Comentários à Lei nº 12.403/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2877, 18 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19131>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais**

penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** - 15. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

PACHECO, Breno Nascimento. **Prisão Preventiva: a impossibilidade de se justificar o cárcere preventivo perante o Estado Democrático de Direito e o Garantismo Penal.** Disponível em: <http://www.revista.fadir.ufu.br/view_issue.php?id=2>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova reforma do Código de Processo Penal comentada (Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011).** - Minas Gerais: Editora Virtual Books, 2011.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7198>>. Acesso em: 4 de setembro de 2011.

SILVA, De Plácido e. SLAIBI FILHO, Nagib (atualizador) e CARVALHO, Gláucia (atualizadora). **Vocabulário Jurídico.** - 26. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** - 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração.** São Paulo: Atlas, 1997.