



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Medidas Cautelares no Processo Penal a partir da Lei n. 12.403/11

Julia Coimbra Starling Barcellos

Rio de Janeiro
2012

JULIA COIMBRA STARLING BARCELLOS

Medidas cautelares no processo penal a partir da Lei n. 12.403/11

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL A PARTIR DA LEI N. 12.403/11

Julia Coimbra Starling Barcellos

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho busca realizar uma análise detalhada sobre as medidas cautelares diversas da prisão trazidas pela Lei n. 12.403 de 05 de maio de 2011, passando a apreciar seus requisitos, cabimento e efetividade, buscando demonstrar a necessidade de se evitar o encarceramento provisório durante a instrução processual penal brasileira.

Palavras-chave: Medidas Cautelares. Processo Penal. Lei n. 12.403/11.

Sumário: Introdução. 1. Ordenamento jurídico anterior à Lei n. 12.403/11. 2. Medidas cautelares típicas trazidas pela Lei n. 12.403/11. 3. Taxatividade das medidas cautelares penais. 4. Possibilidade de aplicação da medidas cautelares nas hipóteses em que não cabe prisão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 04 de julho de 2011 entrou em vigor a Lei n. 12.403, publicada em 05 de maio do mesmo ano. Trata-se de mais um dos diversos Projetos de Leis que visavam a realizar reformas pontuais no Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB), como se deu com as Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008.

Tais reformas têm por finalidade eliminar resquícios do caráter inquisitório dominante quando da elaboração do Código de Processo Penal, resultante do contexto histórico em que foi produzido e as características de bases fascistas e autoritárias nele presentes.

A presente lei, em especial, visa a adequar às normas processuais penais, referentes à prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, aos preceitos e princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A ordem constitucional, inaugurada em 1988, adota a premissa fundamental da liberdade como regra, somente excepcionalmente admitindo o encarceramento cautelar do indivíduo.

O princípio da presunção de inocência, trazido pelo art. 5º, inciso LVII da CRFB/88 e a tutela da liberdade individual, visam, exatamente, a garantir que, durante as investigações, bem como no curso do processo, não se deve ter a prisão como a principal opção do julgador, muito pelo contrário: essa só deve ser aplicada quanto rigorosamente necessário.

A partir desta nova Lei, o ordenamento processual penal busca se adequar à Carta Maior, deixando claro que a prisão cautelar é alternativa de exceção e passando a regulamentar diversas outras medidas cautelares, de cunho penal, que poderão ser aplicadas pelo magistrado, no lugar da prisão.

Antes da presente reforma, já havia previsão de outras medidas cautelares em leis esparsas, como na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) e Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Além disso, alguns magistrados, excepcionalmente, utilizavam subsidiariamente o art. 798 do Código de Processo Civil para fundamentar também a aplicação de outras medidas cautelares.

Agora, com a nova Lei, a aplicação de medidas cautelares penais diversas da prisão encontram-se positivadas no próprio Código de Processo Penal, mais especificamente no art. 319, podendo trazer grande utilidade ao magistrado na sua aplicação.

O presente trabalho busca exatamente realizar uma análise detalhada sobre tais medidas cautelares diversas da prisão, trazidas pela recente reforma, passando a apreciar seus requisitos, cabimento e efetividade, buscando demonstrar que o encarceramento provisório somente deverá ser decretado nos casos de rigorosa necessidade.

1. ORDENAMENTO JURÍDICO ANTERIOR À LEI N. 12.403/2011

A alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.403/2011 tem como origem Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional no ano de 2000, após sua elaboração por uma Comissão de Juristas membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual (Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Benetti), tomando posteriormente o n.º 4.208/ 2001.

Tal projeto de lei visou, principalmente, a promover a alteração do Capítulo IX do Código de Processo Penal, intitulado anteriormente de “Da prisão e da liberdade provisória”. Agora, passou-se a chamar “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

O Capítulo IX anterior do Código de Processo Penal tinha origem em 1942, com inspiração claramente fascista, trazia a prisão como regra, criando uma presunção de culpabilidade. Naquele sistema, a prisão em flagrante recebia imediatamente natureza cautelar, sem necessidade de ratificação judicial para apreciação dos requisitos da prisão preventiva.

Ao contextualizar o momento existente quando da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, Eugênio Pacelli¹ assim leciona:

Inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em Exposição de Motivos.

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2008, p. 5.

A prisão não era tida como provisória; mas sim a liberdade, a qual apenas era cabível em situações específicas. Tratavam-se de hipóteses de prisão *ex vi legis*, com a antecipação do juízo de culpa e do cumprimento da pena, deixando totalmente de lado a cautelaridade da prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença.

Com base nisso, o sistema Processual Penal originário previa cinco modalidades de prisão cautelar: a prisão em flagrante (art. 302 do CPP); a prisão preventiva (art. 312 do CPP); a prisão decorrente da sentença de pronúncia (art. 408, § 1º do CPP); a prisão decorrente da sentença condenatória recorrível (art. 393, inciso I e art. 594, ambos do CPP); e a prisão temporária (regulamentado pela Lei n.7.960/89).

Somente em 1977, por força da Lei n. 6.416, o sistema de prisões começou a sofrer paulatinas alterações, visando a adequar as normas do Código de Processo Penal à nova ordem jurídica, baseada na idéia de cautelaridade da prisão anterior ao trânsito em julgado da condenação.

Tal Lei n. 6.416/77 alterou o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, ampliando a possibilidade de liberdade provisória sem fiança, uma vez que tornava necessária a presença dos requisitos da prisão preventiva para que o infrator permanecesse no cárcere durante o curso do processo.

Logo após tal alteração, a Constituição da República de 1988 trouxe grande rol de princípios e garantias fundamentais do indivíduo, merecendo destaque quanto à matéria em exame o princípio da presunção de inocência e a garantia fundamental de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Tais determinações constitucionais encontram previsão no art. 5º da Carta Maior, incisos LVII e LXI. Senão veja-se:

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Posteriormente a isso, com a edição das Leis n. 11.698 e 11.719, ambas de 2008, tendo por base a doutrina e a jurisprudência reinante nos Tribunais Superiores, foram excluídas do ordenamento jurídico nacional as prisões decorrentes da sentença de pronúncia e da sentença condenatória recorrível, passando a contar apenas com três modalidades de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva.

As referidas leis revogaram ainda o art. 594 do Código de Processo Penal e alteraram o art. 387 do mesmo Diploma Legal, passando a exigir fundamentação específica na sentença sobre a manutenção ou decretação da prisão preventiva. A partir daquele momento, toda e qualquer prisão cautelar exigiria fundamentação particular e convincente quanto a sua necessidade.

Buscava-se aí consolidar a idéia de que a prisão no curso do processo deve ser tratada como medida excepcional e não mais a regra, apenas devendo ser mantida a prisão quando extremamente necessária.

Como exemplo desse ideal, veja-se o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal do HC 95009-SP, em que o Ministro Eros Grau, ao fundamentar a concessão de liberdade ao paciente, assentou: “antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo.”²

² Brasil. Supremo Tribunal Federal, HC n.º 95009-SP, Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em: www.stf.gov.br, acesso em 25/03/2012

Desta forma, até a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, os magistrados possuíam apenas duas alternativas no caso de prisão em flagrante de um agente: a manutenção da prisão em flagrante com base nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a qual poderia valer até o trânsito em julgado da sentença, caso fundamentada sua manutenção na pronúncia ou decisão condenatória ou a liberdade provisória do réu, com base no art. 310, parágrafo único, daquele mesmo diploma processual (atualmente com redação alterada). Logicamente que seria também possível o relaxamento da prisão, caso vislumbrar-se restrição ambulatorial ilegal, com arrimo no art. 581, V, do Código de Processo Penal.

Com a atual reforma do CPP, trazida pela Lei n. 12.403/11, restam agora apenas duas modalidades de prisão cautelares: a temporária e a preventiva, com ambas exigindo fundamentação específica do magistrado e apenas sendo decretadas quando cabalmente demonstrada a sua necessidade.

A prisão passa a ser encarada como *ultima ratio*, criando-se em seu lugar diversas outras medidas cautelares alternativas não previstas anteriormente no ordenamento processual penal.

Como assevera Aury Lopes Junior³:

Há que se dar um basta à banalização das prisões preventivas, reservadas seu uso aos casos em que ela é efetivamente cautelar e faz-se estritamente necessária. A prisão preventiva e todas as demais cautelares inserem-se, perfeitamente, na lógica do sofrimento, bem tratada por SCHIETTI, segundo a qual a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência. É nessa linha, importante que a pessoa sofra na própria carne pelo mal que fez.”

Percebe-se, assim, uma gradativa e paulatina atualização do Código de Processo Penal na tentativa de adequá-lo à nova ordem jurídica, em especial aos princípios e garantias fundamentais trazidas pela Constituição Republicana de 1988, especialmente em seu art. 5º,

³ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

passando a prisão cautelar a não mais ser tida como regra, mas sim medida excepcional, apenas devendo ser decretada quando as demais medidas cautelares trazidas pela reforma não se mostrarem suficientes.

2. MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS TRAZIDAS PELA LEI N. 12.403/11

Conforme já dito, a aplicação de medidas cautelares típicas diversas da prisão não é alternativa inaugurada pela Lei n. 12.403/11. Antes da presente reforma, já havia previsão de outras medidas cautelares em leis esparsas, como na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) e na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Além disso, alguns magistrados, excepcionalmente, utilizavam subsidiariamente o art. 798 do Código de Processo Civil para fundamentar também a aplicação de outras medidas cautelares.

Inspiradas na legislação processual penal portuguesa e italiana, muitas das medidas também já são vistas na Lei n. 9.099/95, sendo certo que as cautelares constantes no Código de Processo Penal não se aplicarão nos casos de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Agora, com o advento da nova lei, medidas cautelares penais diversas da prisão encontram-se positivadas no próprio Código de Processo Penal, mais especificamente no art. 319, podendo trazer grande utilidade ao magistrado na sua aplicação.

Dessa forma, o juiz deve se pautar na proporcionalidade e legalidade a fim de ajustar a medida às características de cada caso concreto. Estas estão organizadas gradativamente, conforme a intensidade das obrigações impostas ao indivíduo.

Isso posto, passa-se à análise, em separado, de cada uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

2.1. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO, NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES

A primeira cautelar determina o comparecimento periódico do investigado ou acusado à sede do juízo, para que informe sobre suas atividades regulares (art. 319, I, CPP). Tal providência não é novidade na legislação processual penal brasileira, pois já é encontrada na chamada suspensão condicional do processo, cabível para infrações penais cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano (art. 89, Lei n. 9.099/95).

Deste modo, caberá ao juiz verificar a periodicidade do comparecimento, que será por este fixada segundo as condições do agente e a gravidade dos atos praticados.

Nada impede que seja aplicada a referida medida nos casos de investigado ou acusado residente fora da sede do juízo em que se processa a acusação. Nesta hipótese, caberá ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juízo da causa. Isto, até mesmo, para se evitar descumprimentos devido à excessiva onerosidade que representaria para o réu se tivesse que se deslocar até outra comarca periodicamente para cumprir tal determinação judicial.

Com relação às informações que deverão ser prestadas em juízo, não se impõe que as mesmas sejam necessariamente referentes a trabalho. Tal se dá porque aquele que não está no exercício de atividade laborativa regular não pode ser punido com a imposição de medida cautelar mais grave ou até com a decretação da preventiva por este motivo.

O Estado não pode impor o labor como condição de não agravamento da situação do investigado ou do processado, até mesmo por não garantir a este, na maioria das vezes, condições de trabalho. Uma coisa é investigar a origem dos recursos utilizados para a

sobrevivência daquele que afirma não ter fonte de receitas; outra, muito diferente, é punir a miserabilidade.

Por isso, a medida deve se limitar às informações sobre as eventuais atividades então em desenvolvimento, ou, se for o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas.

2.2. 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

A segunda cautelar tem por fim tanto impedir a prática de novas infrações, ao privar o indivíduo de atividades que tenham relação com o crime do qual é acusado, quanto poupar a sociedade de uma reincidência. Além disso, tal medida se mostra muitas vezes conveniente para a própria investigação ou para a instrução.

No que se refere a este inciso II do art. 319 do CPP, a grande questão que se coloca é com relação à sua eficácia, uma vez que não se encontra previsto instrumentos adequados para a fiscalização de seu cumprimento. Isto acaba fazendo com que, com base neste argumento, muitas vezes ocorra o agravamento das medidas cautelares, impondo-se uma outra mais grave, como o monitoramento eletrônico (art. 319, IX do CPP) ou mesmo a decretação da preventiva nos termos do §4º do artigo 282 do CPP.

Cabe ressaltar aqui que não se deve pensar em utilização cumulativa com a medida de monitoramento eletrônico antes de serem esgotadas todas as demais possibilidades de prevenção por meio das demais medidas cautelares menos gravosas que a imposição do rastreador.

2.3. PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DISTANTE;

A terceira cautelar tem como núcleo central das preocupações a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos.

É comum que esta medida seja cumulada à do comparecimento em juízo, podendo ser cumulada ainda com a medida do inciso II ou outras abaixo relacionadas.

Da mesma forma que foi exposta acima, aqui a medida pode trazer algumas dificuldades práticas, como parece óbvio. A ineficiência na fiscalização poderia torná-la inútil. Ensejando a decretação da preventiva, também em caráter subsidiário.

Cabe, por motivos didáticos, esclarecer que este inciso consta também na Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Ali, sua função é de impedir que o agressor tenha qualquer contato com a ofendida. Já o artigo 319 é mais abrangente, uma vez que não há necessidade de ocorrência de violência doméstica, tampouco restrição quanto ao sexo, podendo a vítima ser homem ou mulher.

2.4. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO;

A quarta cautelar compromete mais a liberdade de ir e vir do indivíduo indiciado ou acusado, que não pode deixar a sua comarca onde está tramitando o processo.

Usualmente, a presente medida é aplicada de forma cumulada com a trazida pelo inciso I deste mesmo dispositivo. Até mesmo porque a sua fiscalização se dá justamente com o comparecimento do réu em juízo, de forma que, não estando mais na comarca, dificilmente voltará apenas para assinar o termo de comparecimento na sede do juízo. O comparecimento em juízo gera a presunção de permanência na comarca, sendo de difícil efetividade a fiscalização por outro meio.

Com efeito, não há muitas hipóteses em que se justificaria determinar a proibição de ausência da Comarca apenas sob tais finalidades. Podendo ser citadas como situações exemplificativas a necessidade de realização de exame grafotécnico (art. 174 do CPP) e o reconhecimento de pessoas (art. 226 do CPP), dentre outras.

Nestes casos, a ausência do acusado pode inviabilizar a colheita de provas, motivo pelo qual se mostra recomendada a decretação desta cautelar típica.

Quanto ao tema, merece ser ressaltado que a garantia da não auto-incriminação não constitui direito absoluto a não produzir prova contra si mesmo. O que há, em regra, é a proibição da pessoa ser coagida, contra a sua vontade, a realizar os exames previstos em lei. A violência seria abusiva, como seria o caso de forçar o autor do fato a realizar o teste do bafômetro.

Todavia, na hipótese de reconhecimento de pessoa, regulamentado pelo art. 226 do diploma processual, ou quando a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas que presenciaram o fato, não há como ser recusada a validade da medida, podendo o juiz determinar a condução coercitiva do acusado para tal fim (art. 260 do Código de Processo Penal).

2.5. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS;

A quinta medida é uma inovação em termos de cautelares típicas. E surge como alternativa ao cárcere, como medida acautelatória prévia à decretação da preventiva, podendo ser aplicada independentemente de prisão em flagrante anterior. Contudo, mais adequada se revela como substitutiva desta.

A primeira delimitação que deve ser feita no referido inciso é quanto à expressão “período noturno”. Esta deve ser entendida como o período a partir das 18 horas, quando se considera o início da noite. Entender tal período como outro mais tarde desvirtuaria a motivação desta medida, que é manter o indiciado ou acusado em casa se não estiver no trabalho.

Porém, faz-se importante aqui respeitar o tempo necessário da saída do trabalho e chegada em casa, devendo tal horário ser flexibilizado à luz do caso concreto. Para tanto, junto a essa medida, seria interessante decretar a do inciso IX, qual seja, monitoramento eletrônico, com o objetivo de permitir uma melhor fiscalização de seu cumprimento.

Saliente-se que o recolhimento domiciliar não se confunde com a prisão domiciliar, modalidade de cumprimento de sentença trazida pelo art. 117 da Lei de Execuções Penais.

Por fim, há quem entenda, entre eles Eugênio Pacelli⁴, que, em se tratando de medida limitativa da liberdade de locomoção, ainda que somente por determinado período do dia, o tempo de seu cumprimento deveria ser levado em conta para fins de detração da pena, como verdadeira prisão provisória fosse.

⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Separata juntada mais exemplares da 15. ed. dos Comentários ao Código de processo penal. Belo Horizonte: Lumen, 2011, p.20.

Todavia, o referido entendimento não deve prevalecer, uma vez que não há previsão legal para o reconhecimento desta modalidade de detração. Caso fosse de interesse do legislador a redução da pena pelo cumprimento destas modalidades de cautelares típicas, o teria feito de forma expressa. Além disso, a própria *ratio* da criação de medidas cautelares alternativas à prisão é se evitar o recolhimento do acusado ao que se considera cárcere para fins legais. Assim, o verdadeiro benefício concedido ao indivíduo já é o seu não encarceramento, não havendo que ser beneficiado pela redução da pena.

2.6. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA QUANDO HOVER JUSTO RECEIO DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS;

A sexta cautelar não interfere na liberdade de ir e vir do indivíduo. No entanto, impõe restrição de direitos. Tal medida deve ser aplicada preferencialmente quando o crime tem relação com a atividade profissional desenvolvida pelo acusado.

Dessa forma, a presente medida tem por objetivo coibir a utilização do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira para a prática de novas infrações.

No entanto, nada impede a sua aplicação, excepcionalmente, em casos onde se possa observar fundado receio de destruição de provas cujo acesso dependa do exercício da função pública ou da aludida atividade econômico-financeira.

Assim sendo, faz-se necessário conceituar o que se entende por função pública e atividades econômico-financeiras. O primeiro conceito, mais restrito, se refere a toda atividade exercida junto à Administração Pública, seja mediante cargo efetivo, comissionado, mandato eletivo, bem como atividades delegadas pelo Poder Público. Já o segundo é bem

mais amplo, dificultando a sua delimitação. Deve ser buscado um liame entre a atividade desenvolvida e o tipo de delito que se esteja investigando ou processando. Por exemplo, a atividade empresarial é desempenho de atividade de natureza econômica e a atuação das instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfazem o conceito de atividade financeira.

2.7. 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;

A sétima cautelar somente poderá ser imposta no caso de crimes praticados com violência ou grave ameaça e após a realização de perícia que constate ser o agente inimputável ou semi-imputável. Além disso, deve-se constatar o risco de reiteração da infração.

No sistema jurídico brasileiro, as medidas de segurança têm natureza de tratamento, medida de caráter terapêutico, não podendo ser considerada como uma pena. Em razão disso, a internação não se equipara à prisão, não podendo ser tida como antecipação de sua sanção penal.

Deste modo, a internação provisória do inimputável dependerá apenas da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, bem como do risco concreto da ocorrência de reiteração criminosa.

2.8. 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;

A fiança, que havia perdido praticamente toda a sua importância com a instituição legal da liberdade provisória sem fiança, prevista na antiga redação do art. 310, parágrafo único do CPP, ganha nova força com o advento da Lei n. 12.403/11.

Essa oitava modalidade de medida cautelar visa atingir o patrimônio do indivíduo e fazer com que ele cumpra as demais medidas impostas, sob a ameaça de, em não o fazendo, restar atingido o seu patrimônio.

Trata-se de medida de cunho patrimonial, exigindo a prestação em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição (art. 330, CPP), com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial.

Com efeito, algumas críticas se fazem pertinentes em matéria de fiança. A primeira delas é o fato de a lei ter sido muito sucinta, apenas se referindo ao “comparecimento ao processo” do acusado, quando não há mais discussão quanto à sua admissibilidade em momento anterior, na fase de investigação (art. 310, II, CPP).

A segunda crítica reside no caráter vago ao termo “resistência injustificada à ordem judicial” constante no inciso VIII. A interpretação mais coerente que a ele pode ser dada é entendê-lo apenas como reforço de fundamentação quanto à necessidade do comparecimento obrigatório a todos os atos do processo e sempre que a tanto intimado, nos precisos termos do art. 327 e art. 328, CPP. Assim, a resistência injustificada seria às obrigações decorrentes do Termo de Fiança, a serem entendidas como ordens do juízo.

2.9. MONITORAÇÃO ELETRÔNICA.

Por fim, tem-se a nona cautelar, que depende de regulamentação de sua execução, por ato do Poder Executivo.

Tal medida foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84. A motivação de uso do monitoramento na LEP é assegurar que os condenados com decisão definitiva retornem quando da sua saída temporária ou assegurar que permanecerão na sua residência, no caso de prisão domiciliar.

Já com o advento da Lei n. 12.403/11, que altera o CPP introduzindo o inciso IX ao art. 319, a monitoração eletrônica ganha nova dimensão, podendo ser aplicada a presos provisórios, isoladamente ou em conjunto com outra medida constantes do rol do mesmo dispositivo legal.

Não se trata de medida que se deva reputar inconstitucional, uma vez que ao se considerar uma violação ao princípio da inocência, estar-se-ia afastando também a aplicabilidade de qualquer outra medida cautelar, por serem sempre aplicadas no curso de processo.

A grande discussão que rodeia o tema é no tocante à violação do princípio da dignidade humana pela utilização de braceletes ou tornozeleiras com este objetivo de monitorar o indivíduo.

Isto porque, para muitos, a colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo da pessoa constitui constrangimento, na medida em que evidencia se tratar de alguém *sub judice*.

Todavia, desde que o dispositivo seja discreto e não ostensivo, o monitoramento eletrônico não deve ser interpretado deste modo. Até mesmo porque se trata de medida alternativa à prisão, sendo por si só, assim, menos atentatória à dignidade da pessoa.

Isto posto, quando se tratar de concreta alternativa à prisão, não se deve recusar a possibilidade do manejo do monitoramento eletrônico.

Concluindo, note-se que a criação dessas medidas cautelares não tem o intuito de abolir a prisão provisória, mas, tão somente, de tentar concretizar o seu caráter de excepcionalidade. Assim, a prisão deve ser manejada somente quando não for suficiente uma das outras medidas.

3. TAXATIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

Conforme já destacado, a reforma trazida pela Lei n. 12.403/11 visou, exatamente, a deixar a prisão cautelar como a última medida a ser aplicada ao réu, apenas devendo ser aplicada quando as demais medidas, já apontadas anteriormente, não se mostraram suficientes para o caso.

Assim, evita-se o aprisionamento prematuro do acusado sem que haja prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional, da investigação policial e da segurança e tranquilidade dos envolvidos em um episódio criminal.

Para deliberar pela aplicação de uma medida cautelar, seja ela do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal ou mesmo uma prisão provisória, deverá sempre o Juiz levar em conta os critérios da necessidade e da adequação previstos no artigo 282, incisos I e II, daquele mesmo Diploma Legal.

Acontece que com o advento das previsões expressas do artigo 319 do CPP, em sua nova redação, vem à tona, com maior ênfase, uma antiga discussão: poderia o Juiz no Processo Penal adotar medidas cautelares não previstas legalmente com fulcro no chamado Poder Geral de Cautela? Ou seja, o rol de medidas cautelares diversos da prisão seria taxativo ou admitiria novas hipóteses com base no poder geral de cautela?

Como dito, tal discussão existia antes mesmo da recente reforma. Porém, a partir da previsão de diversas medidas cautelares típicas, ganhou ainda mais vigor a dúvida quanto à admissão de interpretação extensiva.

Seja antes ou posteriormente à recente reforma, o Código de Processo Penal não prevê o chamado Poder Geral de Cautela, o que apontaria, *ab initio*, para a vedação de sua aplicação nesta sede.

Este sempre foi o entendimento de Aury Lopes Jr.⁵, conforme suas lições:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais ‘poderes gerais de cautela.

Aqueles que defendem a impossibilidade de o magistrado aplicar medida cautelar atípica no processo penal argumentam que, neste ramo do direito, sempre está em jogo a liberdade do cidadão, o que exigiria o respeito às garantias fundamentais do indivíduo, em especial o princípio da reserva legal.

Porém, antes mesmo da reforma, o entendimento majoritário era pela possibilidade do reconhecimento de medidas cautelares inominadas, combinando-se os artigo 3º do CPP e artigo 798 do CPC.

Essa era a posição do doutrinador Afranio Silva Jardim⁶:

Em sendo única a atividade jurisdicional, não há por que negar a existência do processo penal cautelar e do processo penal de execução. Tanto a doutrina como o legislador sempre estiveram os olhos voltados, quase que exclusivamente, para o processo penal de conhecimento, ou mais precisamente, para a ação penal condenatória. Por isso mesmo, tem sido lenta a sistematização científica destas outras espécies de processo penal.

(...)

É certo que o nosso código não disciplinou autonomamente o processo penal cautelar. O projeto que se encontra no Senado Federal já abre um título específico para as ‘providências cautelares’, disciplinadas a partir do art. 405. De uma forma ou

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, V. II. 2. ed. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, p. 58.

⁶ JARDIM, Afranio Silva - *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 254/255

de outra, é indiscutível a existência de tutela cautelar no processo penal, como se pode extrair do seu sistema. Entretanto, ela é prestada incidentalmente, até mesmo de ofício, pelo Juiz.

No mesmo sentido, a lição de Rogério Pacheco Alves⁷:

Não se pode dizer que o magistrado, ao conceder uma cautela inominada, esteja agindo ao largo da lei, uma vez que é o próprio ordenamento jurídico (art. 798 do Código de Processo Civil c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal) que lhe possibilita, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a adoção de outras providências adequadas a garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

E de acordo com o proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, “o poder acautelar é imanente ao julgar”⁸

Válida também a transcrição de julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, anterior à reforma do Código de Processo Penal, reconhecendo a possibilidade de medida cautelar atípica no âmbito do Processo Penal:

Pretensão de correção parcial. Réus denunciados pela prática do delito previsto no artigo 7º, VII, da Lei 8.137/90, acusados de veicular publicidade enganosa referente a selo de proteção de lata de cerveja. Decisão reclamada que determina a suspensão da propaganda. Cabimento de medida cautelar inominada no processo penal. Ausência de inversão da ordem processual. Pronunciamento judicial que desafia a interposição da apelação residual prevista no artigo 593, II, do Código de Processo Penal. Ausência dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 219 do CODJERJ. Reclamação inadmitida.⁹

CAUTELAR INOMINADA EM MATÉRIA PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. ARTIGO 121, CAPUT, COMBINADO COM ARTIGO 14, II, (DUAS VEZES) TODOS DO CODIGO PENAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. VISTO A PRESENÇA DOS REQUISITOS ESTIPULADOS PELO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO DA MEDIDA PLEITEADA. Ausência de comprovação dos requisitos necessários para que o requerido possa responder ao processo em liberdade. Não comprovadas residência fixa, atividade laborativa lícita, necessidade de assegurar a instrução criminal e a segurança de aplicação da lei penal.¹⁰

⁷ Alves, Rogério Pacheco. *O Poder geral de cautela no processo penal*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 15, p. 229, 2002

⁸ Supremo Tribunal Federal, ADC n. 4. Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento 11.02.98. Disponível em <www.stf.gov.br>. acessado em 16/04/2012

⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Correção Parcial n.º 0050216-45.2009.8.19.0001. Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho. Terceira Câmara Criminal. julgamento: 18/08/2009. Disponível em: <www.tjrj.jus.br> acessado em 17/04/2012

¹⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Recurso n.º 2009.229.00007. Rel. Des. Guaraci de Campos Viana. Sexta Câmara Criminal. julgamento: 19/05/2009. Disponível em: <www.tjrj.jus.br> acessado em 17/04/2012

Com efeito, a Lei n. 12.403/11 passou a prever nove medidas cautelares típicas, diversas da prisão, o que indicava a tentativa de trazer rol taxativo de hipóteses para sua aplicação.

No entanto, impossível ao legislador prever todas as hipóteses fáticas em que é recomendado a aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Caso o rol fosse encarado como totalmente taxativo, para estas hipóteses em que o legislador não previu medida cautelar típica, a única solução permitida seria o encarceramento do acusado, o que não é a intenção da reforma, uma vez que pretende tornar a prisão a *ultima ratio*, apenas sendo aplicada quando extremamente necessária.

Por isso, apesar do grande número de medidas cautelares típicas a serem aplicadas ao acusado, nada afasta a possibilidade de, no caso concreto, se entender que medida atípica se mostraria mais adequada e necessária para garantir a efetividade do processo, naquela hipótese.

Por outro lado, no âmbito do processo penal, onde se encontra em jogo o direito de liberdade do indivíduo, o rol do art. 319 não pode ser encarado como cláusula totalmente aberta, sob pena de grave violação aos direitos fundamentais trazidos pela Carta Maior, em especial o princípio da reserva legal.

Buscando conciliar os dois conceitos: de um lado a aplicação da melhor medida ao caso, deixando a prisão para última hipótese e, do outro lado, o respeito às garantias do indivíduo, deve prevalecer o entendimento que o rol do art. 319 é taxativo em sua essência, mas admitindo, em casos excepcionais, interpretação ampliativa, sempre tendo como parâmetro e norte as próprias medidas cautelares típicas trazidas pela Lei n. 12.403/11.

É este o entendimento do Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais Rodrigo Iennaco, em recente artigo comentando a reforma trazido pela Lei n. 12.403/11, quando deixa claro sua posição quanto a possibilidade do juiz, com base no poder geral de cautela,

determinar outras medidas, desde que fundadas em critérios análogos aos que informam as hipóteses dos incisos I a IX do artigo 319 do CPP, bem como inspiradas, no plano concreto, nas diretrizes gerais do artigo 282 do mesmo Diploma Legal. No entendimento daquele autor, a consideração do rol do artigo 319, caso fosse encarado como totalmente taxativo, perverteria o intento legislativo de tomar a prisão provisória como medida extrema, fazendo com que, em certos casos, onde seria cabível e efetiva uma cautelar inominada para evitar a prisão, assim não se pudesse agir, impondo a prisão sem necessidade e adequação.¹¹

O próprio autor acima citado aponta algumas hipóteses em que seria possível ser vislumbrada a aplicação de medida cautelar diversa das elencadas no art. 319: suspensão do licenciamento e impedimento de transferência de veículo automotor; bloqueio de bens, direitos ou rendimentos, ainda que provenientes de relação de emprego ou remuneração pelo exercício de função pública, quando se tratar de investigado ou acusado em local incerto e não sabido etc.

Desta forma, conforme já acima apontado, o rol do Código de Processo Penal deve ser encarado como taxativo em sua essência, mas admitindo-se, em hipóteses pontuais e com base no caso concreto, que medida cautelar atípica seja aplicada por se mostrar mais adequada e proporcional para proteger o interesse das partes envolvidas naquele caso e buscando garantir a própria efetividade do Processo Penal.

Por fim, merece ser reiterado que o rol de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não afasta outras trazidas pelas legislações esparsas, tais como a Lei n. 11.340/06 (medidas protetivas de urgência dos artigos 22 a 24); o Código de Trânsito Brasileiro - Lei n. 9.503/97 (Suspensão preventiva da habilitação prevista no artigo 294); Lei n. 11.343/06 (nos artigos 60 a 62).

¹¹ IENNAO, Rodrigo. Reforma do CPP: Cautelares, prisão e liberdade provisória. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 13.05.2011.

Ressalta-se que o próprio Diploma Processual prevê medidas cautelares distintas daquelas contidas no art. 319, como as medidas assecuratórias do artigo 125 e dispositivos seguintes e a de busca e apreensão prevista no artigo 240, entre outras. Isto tudo sem olvidar o recurso efetivo ao Processo Civil para obtenção de determinadas tutelas, bem como aos regramentos de Direito Administrativo Disciplinar que preveem afastamentos provisórios de exercício funcional, retenção de armas de policiais e outros funcionários públicos que as portam, entre outras medidas possíveis.

4. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES NAS HIPÓTESES EM QUE NÃO CABE PRISÃO

Há que se diferenciar as hipóteses de cabimento da prisão em flagrante para aquelas em que são cabidas as medidas cautelares diversas da prisão.

Para a prisão preventiva, o art. 313 do Código de Processo Penal deixa claro que somente será admitida a prisão preventiva: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; quando o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso (salvo hipótese do art. 64, inciso I do Código Penal); ou para garantir a execução de medida protetiva de urgência em crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Além disso, o parágrafo único do art. 312 autoriza a decretação da preventiva quando do descumprimento das demais medidas cautelares.

Já para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, os seus requisitos encontram-se previstos nos artigos 282 e 283 do Diploma Processual Penal, o qual prevê o seu cabimento para qualquer crime em que for prevista isolada, cumulativa ou alternativamente pena privativa de liberdade.

Desta forma, para crimes em que a pena privativa de liberdade máxima cominada na Lei seja inferior a 4 anos, apesar de não ser cabível a prisão preventiva, perfeitamente possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Dúvidas surgem quando do descumprimento das medidas cautelares em crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 anos. Caberia aí a decretação da prisão preventiva?

Com efeito, o art. 312 do Código de Processo Penal simplesmente afirma, de forma genérica, o cabimento da prisão preventiva na hipótese de descumprimento das demais medidas protetivas.

Porém, em uma interpretação sistemática do Diploma Processual Penal, apenas seria possível a decretação da prisão preventiva, mesmo em caso de descumprimento das outras medidas cautelares, quando presentes uma das hipóteses do art. 313 do CPP. Em outras palavras toda e qualquer prisão preventiva, mesmo a decorrente do descumprimento das demais medidas cautelares, deve ter amparo legal nos arts. 312 e 313 do CPP.

Neste mesmo sentido, válida a transcrição dos ensinamentos do professor Damásio de Jesus¹²:

Pode ser decretada a prisão preventiva no caso de descumprimento das condições se convertida a prisão em flagrante em medida cautelar alternativa? Suponha-se que o sujeito seja preso em flagrante por crime de furto simples. Substituída a prisão em flagrante por uma medida cautelar alternativa (art. 310, II), ele descumpra suas condições. É possível a prisão preventiva? A lei nova dispõe afirmativamente (arts. 282, § 4.º, e 312, par. ún.). Cremos que não, pois essas normas desobedecem ao princípio constitucional da proporcionalidade. Caso contrário, o descumprimento de uma medida cautelar seria de efeito mais grave do que o da infração penal. Ora, no caso indicado, se diante do crime não era permitida a prisão preventiva em face da quantidade da pena, como permiti-la em face do não cumprimento de uma condição, como "comparecimento periódico em juízo", "ausentar-se da comarca", "recolhimento domiciliar noturno" etc., que não são delitos? Como poderia a inobservância das condições do decreto judicial operar efeito mais grave do que a do crime?

Sendo assim, em caso de crime com pena máxima inferior a 4 anos e não sendo o réu reincidente, não seria possível a decretação da prisão cautelar, ainda que descumprida medida cautelar distinta.

¹² JESUS, Damásio de, Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=7900>>, em 03 de novembro de 2011. Acesso em 17.04.2012

CONCLUSÃO

A reforma trazida pela Lei n. 12.403/11, assim como as Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719 que a antecederam, teve por finalidade eliminar resquícios do caráter inquisitório dominante quando da elaboração do Código de Processo Penal, resultado do contexto histórico existente quando da elaboração o Código, em sua redação original.

Buscou-se adequar as normas do Diploma Processual Penal aos princípios e garantias fundamentais trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

A presente reforma consagra o princípio da presunção de inocência e a garantia fundamental de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Passa-se a prever uma série de outras medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas dentro dos critérios da adequação e necessidade para cada caso concreto. A prisão que antes era tida como regra, passa a ser encarada como a *ultima ratio*, apenas devendo ser aplicada quando as demais medidas cautelares a serem impostas não se mostrarem suficientes para o caso.

No presente trabalho, foram explicitadas e minuciosamente debatidas cada uma das medidas cautelares diversas da prisão elencadas agora no art. 319 do CPP.

Firmou-se, ainda, o entendimento de que não se tratar de rol totalmente taxativo, podendo tais medidas, em hipóteses pontuais e de acordo com o caso concreto, admitir interpretação ampliativa, quando medida cautelar atípica se mostrar mais adequada e proporcional para proteger o interesse das partes envolvidas e a própria efetividade do Processo Penal.

Por fim, asseverou-se que, apesar de a Lei n. 12.403/11 não regulamentar de forma clara a hipótese, em uma interpretação sistemática, deve ser entendido pelo não cabimento de

prisão preventiva para os crimes com pena máxima inferior a 4 anos, ainda que tenha havido o descumprimento da medida cautelar diversa.

Ressalta-se que por se tratar de reforma bem recente do Código de Processo Penal, a sua interpretação e os entendimentos a serem firmados pelos Tribunais ainda estão em constante evolução, enriquecidas pela importância do tema, envolvendo o próprio direito à liberdade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. II.
- BOTTINI, PIERPAOLO CRUZ, *Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11). Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas*. Disponível em <<http://www.parana-online.com.br/canal/direitojustica/news/541437/?noticia=medidas+cautelares+penais+lei+1240311+novas+regras+para+a+prisao+preventiva+e+outras+polemicas>>. acesso em 13.03.2012
- DOTTI, René Ariel. *Novas medidas cautelares no processo penal*. Disponível em: Direito e Justiça:<<http://www.parana-online.com.br/colunistas/149/86404/?postagem=novas+medidas+cautelares+no+processo+pena+II>> acesso em 08.03.2012
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Separata juntada mais exemplares da 15. ed. dos Comentários ao código de processo penal. Belo Horizonte: Lumen, 2011.
- OTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: Projeto de Lei 111/08. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. (Org.). *As reformas do processo penal*. São Paulo: RT, 2008, p. 448-501.