



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Lei n. 12.403/11 e a Subsidiariedade da Prisão Cautelar

Luciana Fonseca Martins

Rio de Janeiro  
2012

LUCIANA FONSECA MARTINS

**Lei n. 12.403/11 e a Subsidiariedade da Prisão Cautelar**

Artigo Científico apresentando 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

## LEI N. 12.403/11 E A SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO CAUTELAR

Luciana Fonseca Martins

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** A Lei n. 12.403/11 trouxe diversas inovações para o Processo Penal. A principal mudança diz respeito à ampliação do rol de medidas cautelares alternativas à prisão, que consagra a excepcionalidade da prisão na fase processual. O presente artigo aborda a matéria sob a ótica dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

**Palavras-Chave:** Lei n. 12.403/11. Prisão Processual. Medidas Cautelares. Princípio da Subsidiariedade.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípios que Restringem a Privação da Liberdade Antes da Condenação. 2. Subsidiariedade da Prisão Cautelar. 3. Prisão Preventiva. 4. Novas Medidas Cautelares Alternativas à Prisão. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar as inovações que a Lei n. 12.403/11 trouxe ao alterar os dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

O principal assunto a ser tratado diz respeito às medidas cautelares alternativas à prisão. A nova lei introduziu medidas cuja análise de incidência deve preceder a aplicação da prisão preventiva.

Diante da discussão sobre a falência do sistema carcerário no Brasil e da duração excessiva dos processos, a importância de tais medidas é indiscutível. Apesar das críticas principalmente sobre a sensação de impunidade, este trabalho demonstrará os aspectos positivos e avanços que a Lei nº 12.403/11 implantou no Processo Penal brasileiro.

Busca-se, também, relatar que as medidas cautelares alternativas à prisão, além do objetivo específico de garantir a efetividade do processo, terão importantes reflexos jurídicos e sociais tendo em vista que reforçam a ideia de excepcionalidade da prisão em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

No primeiro capítulo será demonstrado que a privação da liberdade antes da condenação, na maioria dos casos, viola os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade.

O segundo capítulo pretende comprovar que a prisão cautelar, ao se tornar subsidiária, é excepcionalíssima.

O terceiro capítulo abordará a prisão preventiva e revelará que, apesar da previsão legal da prisão em caso de descumprimento de outras medidas cautelares, esta hipótese é extraordinária e deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

O quarto capítulo enfrentará as novas medidas cautelares alternativas à prisão e atestará que elas são um grande instrumento para garantir a efetividade do processo e trazem benefícios para sociedade, sem fomentar a sensação de impunidade.

## **1. PRINCÍPIOS QUE RESTRINGEM A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE ANTES DA CONDENAÇÃO**

A antecipação da culpabilidade era característica do Código de Processo Penal de 1941. Contudo, com o advento da Constituição da República de 1988, a imputação de qualquer penalidade, principalmente daquelas que privam o indivíduo de sua liberdade antes de condenação pautada pelo devido processo legal, se tornou excepcional. Sob a égide do princípio da presunção de inocência, garante-se no processo ao acusado a condição de sujeito de direitos, podendo produzir qualquer prova com intuito de rechaçar a denúncia, em respeito a sua condição de mero imputado e não, de condenado.

Ademais, o princípio da proporcionalidade impõe juízo de necessidade e adequação a qualquer medida sancionatória que for imposta, sendo que a sua observância é prerrogativa de qualquer indiciado.

### **1.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esse princípio basilar constitui um direito fundamental de qualquer indivíduo e sendo direito fundamental é considerado *clausula pétrea*. Inegável, portanto, a sua importância.

Esse postulado traz consequências e gera reflexos no direito processual penal. Isso porque, o acusado não poderá ser tratado como objeto do processo, mas sim como parte da relação processual, devendo ser conferido a ele todos os direitos cabíveis aos demais. Deste princípio também decorre a imposição de rigorosa análise da necessidade na aplicação de qualquer penalidade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão cautelar injusta é o mais grave óbice à efetivação desse princípio, pois presunção significa que não há certeza sobre determinado fato, mas probabilidade da sua ocorrência. Essa presunção antes da condenação é voltada para inocência e não para culpa. Sendo assim, tal prisão é medida excepcional, como muito bem explicam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>1</sup>:

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a

---

<sup>1</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 515.

prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Mais uma consequência desse princípio é que toda prisão, principalmente antes da condenação, deverá se pautar na extrema necessidade. Essa afirmação é prestigiada por um dispositivo constitucional e um legal, previsto no Código de Processo Penal:

Art. 5º. (...)

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.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em razão das premissas constitucionais e legais acima expostas e que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, deve partir de ordem judicial escrita e fundamentada, com base na indispensabilidade da medida<sup>2</sup>.

Ademais, a legislação processual penal brasileira deixa clara a indispensabilidade de fundamentação judicial, fundada em necessidade acautelatória, para a decretação de prisões antes do trânsito em julgado. Confira-se:

Art. 387. (...)

Parágrafo único: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

O princípio constitucional da presunção de inocência foi prestigiado com o advento da Lei n. 12.403/11. A Constituição Federal é base fundamental de validade de qualquer norma, ela é suprema. Nesse contexto, os dispositivos inseridos por essa lei conferem maior efetividade à Constituição, conforme será demonstrado posteriormente.

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 492.

Apesar de haver um aparente conflito entre as medidas cautelares, que incluem a prisão, e o princípio da presunção de inocência, a verdade é que eles coexistem através de um juízo de ponderação. Quando a liberdade ou os direitos do acusado impedem ou restringem o exercício pleno de outras garantias constitucionais relativas ao processo ou a suposta vítima, poderá ser flexibilizada a presunção de inocência, que como todos os princípios, não é absoluta.

## 1.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Outro princípio que restringe a aplicação de medidas privativas de liberdade, bem como de qualquer outra medida, é o princípio da proporcionalidade, guiado pelo binômio necessidade/adequação.

Esse princípio é considerado por ampla parcela da doutrina como princípio constitucional implícito, seja porque serve como vedação de excessos para que se alcance a máxima efetividade dos direitos fundamentais, ou também, por servir como parâmetro de ponderação nos eventuais conflitos de normas. Lembra Eugênio Pacelli<sup>3</sup>, que Robert Alexy aponta três critérios essenciais de ponderação:

Por isso, e quanto a essa última função, Robert ALEXY, dentre outros, se refere aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva *divergência* de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto (*Derecho y razón práctica*. 2ª reimpressão, corrigida. Colonia del Carmen: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política, 2002).

O princípio da proporcionalidade foi claramente prestigiado pelas alterações introduzidas pela Lei n. 12.403/11. Em trechos de diversos dispositivos do Código de

---

<sup>3</sup> ALEXY *apud* OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 499.

Processo Penal verifica-se a positivação do princípio. No artigo 282, inciso II, CPP, quando determina que as medidas cautelares devem ser “adequadas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, além de atender às condições pessoais do indiciado ou acusado”. No § 1º, do artigo 283, ao informar que “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”, também se deduz presente o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição do excesso. O mesmo pode-se inferir do que está preceituado pelo inciso II, do artigo 310 interpretado conjuntamente com o inciso I, do artigo 313<sup>4 e 5</sup>.

O disposto nesses preceitos legais demonstra a tentativa do legislador em não imputar medidas desproporcionais ao acusado. Acolhendo a vedação do excesso ao exigir que as medidas levem em conta a infração cometida, a gravidade do fato, as circunstâncias do crime e que, principalmente, atendam as condições pessoais do indiciado.

Além disso, grande exemplo que abraça o princípio da proporcionalidade, que restringe a aplicação de medida privativa da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, diz respeito à impossibilidade de encarcerar cautelarmente o acusado quando se sabe, por conta do crime que lhe foi imputado, que a pena definitiva não irá gerar a privação de sua liberdade. Ou seja, não seria proporcional a prisão cautelar de alguém, que após o transcurso de um processo e eventual condenação, não seria encarcerado – não haveria necessidade e adequação.

---

<sup>4</sup> ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *A Lei nº 12.403/2011 e os princípios informadores das medidas de cautela no Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10196](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10196)>. Acesso em: 02/04/2012.

<sup>5</sup> “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...)

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (...)”

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (...)”



Portanto, qualquer medida limitativa deve atender uma finalidade legal com observância do postulado da proporcionalidade, em especial, nos casos de privação do *status libertatis* do indivíduo.

## **2. SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO CAUTELAR**

O Brasil possui cerca de 500 mil presos e é quarta maior população carcerária do mundo. De acordo com os dados mais recentes do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), de 2010, o Brasil tem um número de presos 66% superior à sua capacidade de abrigá-los (déficit de 198 mil)<sup>6</sup>. Estima-se que aproximadamente 34% da população carcerária brasileira seja composta por presos provisórios<sup>7</sup>. Essa estatística assustadora demonstra uma característica do nosso sistema penal: a priorização da privação da liberdade. Contudo, com o advento da Lei nº 12.403/11 essa afirmação tende a mudar progressivamente.

A realidade atual é de que muitos indivíduos cumprem totalmente a pena antes mesmo de serem condenados, o que vai de encontro com os princípios da dignidade da pessoa humana, da duração razoável do processo e da presunção de inocência.

A adoção de medidas alternativas à prisão se mostra imprescindível sob todos os aspectos, pois garante mais efetividade aos princípios constitucionais e desafoga o sistema prisional. Observar a aplicabilidade de tais medidas diante da iminência de uma prisão garante a sua excepcionalidade.

Luiz Flávio Gomes aponta que a banalização da prisão cautelar tem como origem o fato de o Brasil ter adotado ao longo da história um sistema processual penal binário ou

---

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_lk.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml)>. Acesso em: 26 ago. 2012.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. Presos provisórios cresceram quase 1000% em 21 anos. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3276, 20jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22061>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

bipolar. Em tal sistema só existem a prisão e a liberdade, sem qualquer previsão de medidas intermediárias, o que acarreta um crescimento exponencial dos presos provisórios<sup>8</sup>.

As medidas cautelares que não promovem o encarceramento devem ser priorizadas por serem não intervencionistas, o que torna a prisão subsidiária. Tais medidas possuem natureza instrumental e promovem a eficácia da justiça criminal, garantindo que a jurisdição alcance suas finalidades.

Nesse contexto, a Lei nº 12.403/2011, alterando e inovando a redação de alguns dispositivos do Código de Processo Penal, disponibilizou diversas medidas alternativas, além das tradicionais: liberdade provisória sem fiança e a fiança. Se no caso concreto não for possível a plena liberdade do acusado, o juiz poderá escolher a medida mais adequada dentre o rol previsto no artigo 319, sempre se guiando pelo artigo 282 do Código de Processo Penal. As últimas hipóteses são a decretação de prisão domiciliar, prevista no artigo 317 do CPP, e a prisão preventiva, prevista no artigo 311 do mesmo diploma legal.

Importante observar que para que haja a possibilidade de aplicação de qualquer medida se faz imprescindível o *fumus commissi delicti*, que é o requisito necessário para aplicação das medidas cautelares no processo penal. A fumaça do cometimento de um fato punível em conjunto com indícios suficientes de autoria fundamentam a aplicação de uma das medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Entretanto, antes mesmo de se falar em medidas cautelares alternativas à prisão, deve ser prioritariamente resguardada a liberdade individual. A liberdade como direito fundamental de todos os indivíduos (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), não só em sua vertente liberdade de locomoção. Na fase processual a plena liberdade é a regra, é o que efetiva o princípio da presunção de inocência. Quando não é possível manter o acusado em liberdade

---

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403*, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 27.

deve-se optar pela aplicação de uma medida cautelar não prisional e em último caso fala-se em prisão.

A sistemática das medidas que foram trazidas pelo novo processo penal cautelar permite afirmar que houve um reforço do argumento sobre a impossibilidade de antecipação das penas, bem como de sua execução provisória. Deve ser atendida a máxima de que o processo não pode se converter em instrumento para antecipação da punição<sup>9</sup>.

### 3. PRISÃO PREVENTIVA

A espécie mais tradicional de prisão cautelar é a prisão preventiva e por isso seu destaque no presente trabalho. A decretação depende de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação, conforme prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal. Mas além dos requisitos do artigo supracitado, deve haver demonstração da necessidade do cárcere. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>10</sup> explicam:

A preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF), afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.

Portanto, é imprescindível que haja o *periculum libertatis*. Não mais existe a figura da prisão preventiva obrigatória em virtude da gravidade do delito. Essa hipótese não possuía qualquer razoabilidade, pois estava calcada em algo abstrato e incapaz de determinar a necessidade de restringir a liberdade de ir e vir de alguém.

A legislação fixou fatores que indicam o perigo da liberdade do agente, são eles: a ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal, a

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 41.

<sup>10</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 549.

garantia da ordem econômica e o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Além dos motivos ensejadores da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, o artigo 313 traz casos em que a prisão preventiva será admitida e o artigo 314 as hipóteses em que não será. Todos devem ser observados em conjunto:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A segregação cautelar por ordem pública é muito polêmica. A expressão gera diversos tipos de interpretações e pode tornar a prisão arbitrária. O fundamento da prisão com base nesse fator nada tem de cautelar por ser demasiadamente abrangente e geral. Esse tipo de prisão é incompatível com os princípios constitucionais e em muitos casos pode configurar abuso de autoridade. Muito pior é quando a prisão preventiva para assegurar a ordem pública tem fundamento no clamor social, pois de forma alguma um indiciado pode sofrer tal ônus. O judiciário não pode ceder a esse tipo de pressão, pois em razão da opinião pública, estaria cometendo injustiças.

Quanto à prisão por motivo de conveniência da instrução criminal, deve ser devidamente justificada e necessária. Esse caso representa as hipóteses em que o acusado

tenta de qualquer forma obstruir a instrução probatória em busca da verdade real. A prisão com fundamento nessa hipótese deve ter como base prova de que a instrução criminal está em risco.

A prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal ocorre quando há suspeitas de fuga. A possibilidade de fuga deve ser concreta. A prisão nesse caso não poderá se fundar em mera probabilidade.

Quando o *periculum libertatis* é caracterizado em razão da garantia da ordem econômica há receio de o indivíduo solto continue praticando delitos que abalem a ordem econômica. Essa hipótese diz respeito a crimes específicos e foi inserida pela Lei Antitruste (Lei n° 8884/94).

Em todas as hipóteses enumeradas acima deve haver um análise sobre a necessidade dessa medida extrema de privação da liberdade, pois, em qualquer caso, antes de se cogitar a prisão preventiva, é preciso verificar o cabimento de uma das medidas do artigo 319 do Código de Processo Penal, evitando-se, assim, o encarceramento.

A Lei n° 12.403/11 trouxe um novo fundamento para prisão preventiva, o descumprimento das obrigações impostas por medida cautelar. A imposição de medidas cautelares diversas da prisão deve preceder, sempre que possível, a preventiva. Nesse sentido, quando estabelecida medida cautelar e esta não for devidamente cumprida, o artigo 282, §4°, do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de substituição por prisão preventiva. Destaca-se que, antes disso, deve ser observada a possibilidade de substituição por outra medida ou cumulação (artigo 282, §§ 5° e 6°). A preventiva será a última hipótese por ser subsidiária e excepcional. Além disso, a prisão preventiva nessa hipótese deve respeitar o artigo 313 do Código de Processo Penal, ou seja, o crime dever ser doloso e com pena superior a quatro anos.

O doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>11</sup> defende que no caso de prisão preventiva por substituição de medida cautelar descumprida, o artigo 313, I, do Código de Processo Penal não precisa ser observado. Para esse autor, o respeito a esse artigo afetaria a efetividade das medidas cautelares, pois por mais que elas fossem descumpridas isso nunca acarretaria sua conversão em prisão. Contudo, essa interpretação afasta a aplicação de disposição expressa da lei processual penal. Não é possível admitir a prisão na hipótese do artigo 313, I, do Código de Processo Penal, pois esse entendimento fere claramente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ora, o artigo 313, já transcrito, traz os casos em que a prisão preventiva será admitida, em uma interpretação a contrário senso, se o caso não estiver no rol deste artigo não caberá prisão. Esta é a única interpretação cabível, até porque não é possível interpretação prejudicial ao réu no processo penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>12</sup> filiam-se a este entendimento e explicam esta interpretação, enumerando as hipóteses de cabimento da prisão:

A preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (art. 313, I, CPP, com redação determinada pela Lei n.º 12.403/2011). Os crimes culposos e as contravenções penais, neste parâmetro inicial, não admitem a prisão preventiva. A lei é intransigente, restringindo aos crimes dolosos (com pena de reclusão ou detenção superior a quatro anos), o âmbito de incidência desta medida prisional. Daí se conclui que nem todos os crimes dolosos admitem a preventiva, senão vejamos. A preventiva se reserva a abarcar os crimes dolosos mais graves (pena superior a quatro anos), independentemente de ser apenado com reclusão ou detenção. Esta é a regra. Excepcionalmente, contudo, a preventiva terá cabimento aos crimes dolosos menos expressivos, com pena menor que quatro anos, nas seguintes hipóteses:

- quando o réu já foi condenado por crime doloso, em sentença transitada em julgado, sendo aplicável o período depurador da reincidência (art. 64, I, CP): tratando-se de infrator reincidente, ou seja, já condenado em sentença transitada em julgado por crime doloso, vindo a praticar um novo crime doloso, antes de passados cinco anos do cumprimento ou extinção da pena aplicada na primeira infração, mesmo que o novo crime tenha pena igual ou inferior a quatro anos, caberá a preventiva, com esteio no inciso II, do art. 313, do CPP.
- quando exista dúvida sobre a identidade civil da pessoa, e o agente não fornece elementos suficientes para esclarecê-la: ora, a ausência de identificação civil idônea,

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 544.

<sup>12</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 554 e 555.

e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 3º da Lei n.º 12.037/09 (que revogou a Lei n.º 10.054/2000), a sua identificação criminal, incluindo o processo datiloscópico e fotográfico, não sendo caso, a nosso sentir, de prisão. Esta hipótese de decretação, da forma como colocada, só incidirá em situação excepcional, tal como se pode imaginar pela recusa do indiciado em se submeter, inclusive, à identificação criminal, gerando risco à garantia da aplicação da lei penal ou a própria instrução. Todavia, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação (civil ou criminal, acrescentamos), salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (parágrafo único, do art. 313, com redação determinada pela Lei n.º 12.403/2011). Por outro lado, o parágrafo único do art. 313 do CPP não fez qualquer referência ao tipo de delito praticado pela pessoa não identificada civilmente, é dizer, não especificou se é doloso ou culposo, nem delimitou o quantitativo de pena. A nosso sentir, e mais uma vez invocando a proporcionalidade, não é razoável adotar-se a medida extrema (segregação preventiva), em delitos de natureza culposa, devendo-se ter por referência os próprios incisos do art. 313 do CPP.

– se o crime envolver violência doméstica e familiar, no objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência: esta hipótese foi inserida pelo art. 42 da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no intuito de dar maior efetividade às medidas protetivas, disciplinadas nos artigos 22, 23 e 24 do referido diploma normativo. Estas são medidas administrativas visando a proteção da mulher, de cunho nitidamente cautelar, com caráter obrigacional, imprimindo uma série de imposições ao agressor, como o afastamento do lar, proibição de aproximação da ofendida, implemento de alimentos provisórios ou provisionais, etc. Seguindo essa tendência, e ampliando a proteção aos hipossuficientes no seio familiar de forma não restrita à mulher, a Lei n.º 12.403/2011 deu nova redação ao inciso III, do art. 313, do Código, para assentar o cabimento da segregação preventiva quando a violência doméstica e familiar envolver não só a mulher, como também a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo e as pessoas com deficiência, assegurando-se mais uma vez o nítido objetivo da implementação das medidas protetivas urgentes.

A prisão preventiva mesmo quando decretada com respeito aos ditames legais, com observância da subsidiariedade, deve respeitar a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, ela pode ser revogada a qualquer tempo se não houver mais motivos para sua manutenção. Essa afirmativa mais uma vez comprova sua excepcionalidade.

#### **4. NOVAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

O art. 319 do Código de Processo Penal enumera as medidas cautelares alternativas à prisão:

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 circunstância relacionada 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 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

A primeira cautelar é o comparecimento periódico em juízo, para que o investigado ou acusado informe sobre suas atividades regulares. A mesma obrigação é encontrada na suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, em que haverá obrigação de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo para informação e justificação de atividades.

Importante ressaltar que o Estado não pode impor o dever do trabalho, como condição de não agravamento da situação do investigado ou do processado. A medida deve se limitar às informações sobre as eventuais atividades então em desenvolvimento<sup>13</sup>.

A segunda cautelar é a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. Esta medida possui o intuito de impedir que o acusado pratique novos crimes e não atrapalhe a instrução processual. Poderá haver cumulação com o monitoramento eletrônico.

A terceira providência cautelar, relativa à proibição de contato com pessoa determinada, tem como núcleo central a vítima ou seus familiares. Como forma de protegê-los, esta medida, assim como a anterior, pretende impedir o cometimento de novas infrações e a perturbação da instrução.

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 503.



A quarta medida proíbe a ausência da comarca, para fins de conveniência da investigação e da instrução criminal. Esta imposição da simples proibição de ausência da Comarca é menos onerosa que a exigência de comparecimento periódico e obrigatório. Sua finalidade é claramente a garantia da aplicação da lei penal.

A quinta modalidade de cautelar constitui uma inovação em tema de cautelares. O recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga deve ser utilizado como as demais cautelares, sobretudo como substitutiva da prisão preventiva por ser menos gravosa. Contudo, em relação às demais cautelares do artigo 319, deve ser tratada como a última hipótese.

O recolhimento domiciliar não pode ser confundido com a prisão domiciliar, cabível como substitutiva da prisão preventiva e prevista nos artigos 317 e 318 do CPP. A prisão domiciliar só é cabível quando o agente for maior de oitenta anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência ou; gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou quando esta for de alto risco.

O tempo de cumprimento tanto do recolhimento domiciliar, como da prisão domiciliar, por serem medidas que restringem demasiadamente a liberdade do agente, deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos do art. 42, do Código Penal.

A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira é a sexta cautelar prevista no rol do artigo 319. Esta medida visa impedir a utilização de tais circunstâncias para a reiteração de infrações penais.

A primeira hipótese tem como objetivo principal evitar crimes contra a Administração Pública. A segunda suspensão evita prioritariamente os chamados crimes do colarinho branco.

A internação provisória do inimputável ou do semi-imputável, prevista no inciso VII, depende da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça e do *periculum libertatis*, perigo concreto de reiteração delituosa. Tais fatos devem ser comprovados por laudo de sanidade mental.

No inciso VIII, está prevista a fiança. Trata-se de medida de cunho patrimonial, na qual se exige a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca em primeira inscrição, artigo 330 do CPP. Tem como função garantir o comparecimento do acusado aos atos processuais e resguardar seu pleno desenvolvimento. Marcellus Polastri Lima<sup>14</sup> afirma que esta medida possui característica de uma verdadeira caução e não pode ser equiparada a fiança dos artigos 322 e seguintes por força do que dispõe o artigo 319, §4º, do CPP.

O requisito da resistência injustificada à ordem judicial é vago e inconsistente, pois sabe-se que o investigado e o acusado, na condição e no estado de inocência em que se encontram, antes de condenação passada em julgado, permanecem no regular exercício de seus direitos individuais. Não têm eles obrigações processuais junto à Justiça, ressalvadas as poucas hipóteses de intervenções corporais legalmente previstas em lei. Eugênio Pacelli<sup>15</sup> afirma que a melhor interpretação é a que diz respeito ao 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.

---

<sup>14</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória* (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155 e 156.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012, p. 509.

O monitoramento eletrônico, última medida prevista no rol do artigo 319, foi introduzido pela Lei 12.258/2010, como incidente de execução da pena, a fim de se evitar o cárcere, sob determinadas condições.

Muito se discute se esta medida ultrapassa ou não os limites do respeito à dignidade da pessoa humana. É inevitável o constrangimento causado pela colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo. Além disso, o aparelho ocasiona grande incômodo. Para solucionar tal questão seria necessária a concordância do acusado, pois, em tese, o monitoramento eletrônico seria mais benéfico do que a prisão, mas em razão da humilhação que pode ocasionar não deve ser uma imposição. Pelas consequências que pode causar, deve ser tratada como excepcional.

Existe, ainda, a medida que proíbe se ausentar do país e está prevista no artigo 320 do Código de Processo Penal. Esta medida impõe a entrega do passaporte, que deverá ser feita no prazo de vinte e quatro horas após a intimação.

O juiz comunicará às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, medida que deverá ser reforçada na fronteira com países que não exigem a entrega do passaporte.

A última observação a ser feita a respeito das medidas cautelares está relacionada à detração. O cumprimento de medida cautelar imposta deve servir para o abatimento da pena, principalmente quando há correlação entre a medida e a pena final.

As medidas que restringem demasiadamente a liberdade, como na hipótese do artigo 319, V e VII, do Código Processo Penal, importam em detração da pena de prisão. As demais medidas também podem ser utilizadas para fim de detração se compatíveis com a penalidade imposta, como, por exemplo, para abater uma pena restritiva de direitos.

## CONCLUSÃO

A Lei n. 12.403/11 reforçou a ideia de excepcionalidade da prisão cautelar, tornando-a subsidiária em face das novas medidas cautelares. Muitos aspectos dessa lei ainda terão seus contornos práticos definidos pela jurisprudência, que ainda é escassa sobre o tema. Contudo, desde já, conclui-se que os benefícios e vantagens de um sistema, que oferece um maior número de medidas cautelares diversas do encarceramento, se concentram principalmente na efetivação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

As medidas cautelares alternativas à prisão são um grande instrumento para garantir a efetividade do processo. A superlotação do sistema carcerário brasileiro e a duração excessiva dos processos são fatores que destacam a importância de tais medidas.

Entretanto, todas representam medidas limitativas e precisam observar o postulado da proporcionalidade, sendo este princípio a grande diretriz dos magistrados e demais aplicadores do Direito.

Apesar da evolução trazida pela lei em comento, o que se espera do legislador no futuro é a imposição das novas cautelares como resposta penal definitiva, sempre que demonstrada sua adequação e suficiência.

## REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.
- MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais trazidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O Novo Processo Penal Cautelar*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011.
- TASSE, Adel El; SANTOS, Cássia Camila Cirino dos Santos. *Cautelares no processo penal: Comentários à Lei 12.403 de 04 de maio de 2011*. Curitiba: Juruá, 2011.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.