



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

PAULO ROBERTO DA SILVA PEREIRA MAIA

**ANÁLISE DA LEI N.º 12403/11 À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
PROPORCIONALIDADE**

**SOUSA - PB
2011**

PAULO ROBERTO DA SILVA PEREIRA MAIA

**ANÁLISE DA LEI N.º 12403/11 À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA
PROPORCIONALIDADE**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Prof^ª. Esp. Carla Rocha Pordeus.

**SOUSA - PB
2011**

PAULO ROBERTO DA SILVA PEREIRA MAIA

ANÁLISE DA LEI N.º 12403/11 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRORCIONALIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
da Universidade Federal de Campina Grande, em
Cumprimento dos requisitos necessários a
obtenção de título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Carla Rocha Pordeus.

Aprovada em: de de 2011.

Banca Examinadora

Prof.^a Esp. Carla Rocha Pordeus

Examinador (a): Jardel de Freitas Soares

Examinador (a): Maria de Lurdes Mesquita

Dedico este trabalho à família e amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem amo preferencialmente sobre todas as coisas, pela oportunidade de viver e realizar.

A minha família pelo apoio e razão.

A professora Carla Rocha Pordeus, pela orientação e paciência.

A todos os colegas e amigos, destacando-se os da residência, que durante a jornada acadêmica fizeram parte de momento importante da vida.

RESUMO

O trabalho científico ora desenvolvido objetiva de analisar a nova Lei n.º federal 12.403/11 à luz dos princípios constitucionais e processuais penais brasileiros, demonstrando que através da análise de algumas das alterações promovidas evidencia-se adequação aos princípios estampados na Constituição Federal de 1988. Diante do método exegético-jurídico e histórico-comparativo, apoiando-se no estudo teórico da doutrina abalizada, consulta a artigos e legislação vigente, analisa-se a consonância dos princípios constitucionais com a Lei n.º 12.403/11, principalmente com os princípios da presunção de inocência e o da proporcionalidade com seus subprincípios da necessidade e adequação, e a possibilidade de sua aplicação imediata com a entrada em vigor da referida lei. A pesquisa analisa ainda, a possibilidade de existência de um processo cautelar e sua autonomia, princípios e pressupostos das medidas cautelares penais, assim como, as medidas cautelares típicas como a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de sentença penal condenatória, a prisão decorrente de pronúncia, e a liberdade provisória, antes do advento da nova legislação. E por fim, analisa-se também as novas medidas cautelares alternativas à prisão implementadas pela lei, de forma geral através dos pressupostos gerais e específicos, e de forma específica através da análise dos pormenores de cada uma delas, evidenciando-se que procuram-se cada vez mais evitar a prisão como medida extrema que é antes de uma comprovação de culpabilidade e uma possível aplicação de pena privativa de liberdade advinda com o julgamento final do procedimento penal, visando demonstrar e defender a tese de que a referida lei está de acordo com os ditames constitucionais.

Palavras- chave: Lei n.º 12.403/11. Princípios. Pressupostos. Medidas cautelares penais.

ABSTRACT

The scientific work for now developed lens of analyzing the new Law federal n.º 12.403/11 to the light of the constitutional and procedural beginnings penal Brazilian, demonstrating that through the analysis of some of the promoted alterations adaptation is evidenced to the beginnings printed in the Federal Constitution of 1988. Before the exegetic- juridical and historical-comparative method, leaning on in the theoretical study of the distinguished doctrine, it consults to goods and effective legislation, the consonance of the constitutional beginnings is analyzed with the Law n.º 12.403/11, mainly with the beginnings of the innocence presumption and the one of the proportionality with your subprincípios of the need and adaptation, and the possibility of your immediate application with the entrance in vigor of the referred law. The research still analyzes, the possibility of existence of a process cautelar and your autonomy, beginnings and presupposed of the measures penal cautelares, as well as, the measures typical cautelares as the protective custody, the temporary prison, the prison due to condemnatory penal sentence, the prison due to pronouncement, and the temporary freedom, before the coming of the new legislation. It is finally, it is also analyzed the measured new alternative cautelares to the prison implemented by the law, in general way through the general and specific presuppositions, and in specific way through the analysis of the details of each one of them, being evidenced that you/they are tried more and more to avoid the prison as measure exalts that is before a guilt proof and a possible application of private feather of freedom advinda with the final judgement of the penal procedure, seeking to demonstrate and to defend the thesis that referred her law it is in agreement with the constitutional ditames.

Word-key: Law n.º 12.403/11; Beginnings; Presuppositions; Measures penal cautelares.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA DE SUA APLICABILIDADE FRENTE AS PRISÕES CAUTELARES.	11
2.1 Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais	12
2.2 O princípio da Presunção de Inocência e a necessidade para decretação da prisão cautelar no processo penal.	14
2.3 Proporcionalidade e medidas de conteúdo despenalizador	18
3 DO PROCESSO PENAL CAUTELAR ANTERIOR À LEI 12.403/2011	22
3.1 A autonomia do Processo Penal Cautelar	22
3.2 Princípios e pressupostos das medidas cautelares penais	23
3.3 Medidas cautelares típicas	26
3.3.1 Prisão preventiva	27
3.3.2 Prisão temporária	29
3.3.3 Prisão por pronúncia e prisão por sentença condenatória recorrível	31
3.3.4 Liberdade provisória	32
4 Das novas medidas cautelares pessoais implementadas pela Lei n.º 12403/2011	36
4.1 Das cautelares em espécie	38
5 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49
ANEXO	51

1 INTRODUÇÃO

A nova lei 12.403/11, de 04 (quatro) de maio de 2011, cuja tramitação no Congresso Nacional foi sob o n.º 4.208-C, aborda alterações do Código de Processo Penal relativas às prisões processuais, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança.

Com as inovações promovidas pela novel legislação demonstra-se evidente direcionamento do texto infraconstitucional aos princípios norteadores inseridos no corpo da Carta Magna. Dentre eles, o princípio da presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade e seus chamados subprincípios da necessidade e da adequação, dentre outros distribuídos com as alterações promovidas com a nova lei, todos com aplicação imediata em decorrência do § 1º do artigo 5º da CF/88.

Na atualidade, em consonância com os princípios constitucionais e o estado democrático de direito, a prisão é a exceção e a liberdade é a regra, onde aquela para sua decretação analisar-se-à sua necessidade, adequação, proporcionalidade, e dependendo do tipo os requisitos necessários, assim como de forma escrita e fundamentada conforme reza a Constituição Federal de 1988.

Diferentes são os tipos de prisão: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia, prisão de sentença recorrível. Sabendo-se que com as novas alterações somente poderá ocorrer a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, e a prisão em decorrência de sentença transitada em julgado.

Assim como a prisão cautelar, a liberdade provisória como medida cautelar que é também é abordada pela novel legislação, ao passo que com sua entrada em vigor extinguiu-se o binômio prisão/liberdade provisória, oferecendo ao magistrado um rol de medidas cautelares alternativas a prisão.

Assim sendo, em um primeiro momento após homologação do flagrante, o magistrado analisará se ao caso pode ser concedido a liberdade provisória sem fiança, após a liberdade provisória com fiança, após se é caso de outra ou outras medidas cautelares, e em último caso se comporta a prisão preventiva.

Conforme alterações promovidas pela lei 12.403/11 possibilitou-se ao magistrado um rol de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para

informar e justificar as atividades; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos; a monitoração eletrônica; entre outras elencadas no seu artigo 319.

De maneira a aplicar a prisão em caso de adequada necessidade e de forma excepcional, respeitando o garantismo de intervenção mínima do estado e não aplicação de uma medida extrema sem verificação de culpabilidade através de uma sentença transitada em julgado, de forma a observar os direitos e garantias fundamentais do cidadão e ao passo que também não deixa o indiciado/acusado com a sensação de impunidade com a imposição de uma medida cautelar adequada ao caso concreto.

Constitui objeto do presente estudo o exame da lei 12.403/11 à luz de alguns princípios constitucionais e processuais penais brasileiros, expondo e demonstrando que a novel legislação está em consonância com estes princípios, dentre eles o da presunção de inocência e o da proporcionalidade. Assim como também discorre sob as medidas cautelares como a prisão e a liberdade provisória, e as novas medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 da referida legislação.

Aplicar-se-à os métodos de procedimento exegetic-juridico e o historico-comparativo, apoiando-se no estudo teorico da doutrina abalizada, consulta a artigos e revistas atualizados, análise da legislação vigente no ordenamento juridico brasileiro, visando obter argumentos adequados que sustentem que a novel legislação referida está de acordo com os princípios constitucionais.

O segundo capítulo, abordará a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais, o princípio da Presunção de Inocência e a necessidade para decretação da prisão cautelar, assim como a observação da proporcionalidade para aplicação de medida cautelar e inclinação das novas legislações pela adoção de medidas de conteúdo despenalizador.

O terceiro capítulo, explicará de forma geral alguns pontos do processo cautelar anterior à lei 12.403/11, discorrendo sob a possível autonomia do processo penal cautelar, princípios e pressupostos das medidas cautelares penais, como também sob algumas medidas cautelares típicas como a prisão preventiva, a prisão temporária, prisão decorrente de sentença penal recorrível, prisão decorrente de sentença de pronúncia, e a liberdade provisória.

O quarto capítulo, abordará as novas medidas cautelares pessoais implementadas pela lei n.º 12.403/11, relatando alguns pontos de forma geral, como também explicando-as em espécie.

Destarte, justifica-se a pertinência deste trabalho científico, em razão da novel legislação federal sob análise está em consonância com os princípios constitucionais e processuais penais brasileiros, demonstrando que cada vez mais busca-se adequar os regulamentos que regem a sociedade ao Estado Democrático de Direito, respeitando os Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão.

2 DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA DE SUA APLICABILIDADE FRENTE AS PRISÕES CAUTELARES.

Nos atuais contornos do Direito Processual Penal não há como ignorar a necessária interdisciplinabilidade com a Constituição, notadamente no que pertine às normas processuais penais que dizem respeito à liberdade pessoal do acusado.

Nesse contexto, ao tratar das medidas cautelares pessoais no processo penal, como se propõe no presente trabalho, urge que se faça uma prévia incursão nos princípios constitucionais que mais se relacionam com toda e qualquer medida que venha limitar ou tolher a liberdade do acusado: o Princípio da Presunção de Inocência e da Proporcionalidade, que serão analisados neste capítulo à luz da doutrina constitucional da aplicabilidade das normas constitucionais.

O princípio da presunção de inocência, que desde os tempos da Revolução Francesa e da queda do absolutismo começa a influenciar as relações sociais, recebendo tratamento diferenciado na Constituição de 1988, com a inserção do inciso LVII, artigo 5.º (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), tem sido um dos principais elementos de sustentação do direito à liberdade do ser humano, preconizando que a restrição a este direito por meio da imposição de uma medida cautelar somente deve ocorrer quando necessário, cabendo ao Estado demonstrar a culpabilidade do acusado.

Apesar de não expressamente previsto, infere-se que o Princípio da Proporcionalidade está implícito na Constituição Federal de 1988 concretizado em normas como a do inciso XLVI, do artigo 5º (a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes...). Estando atualmente dividido em três subprincípios, quais sejam, o da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, preconizando que para decretação de uma medida cautelar pessoal precisa-se analisar se a necessidade, se é a mais adequada e se ocorre uma proporcionalidade entre o fato cometido e a medida cautelar aplicada.

Destarte, é salutar afirmar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, como o direito à liberdade, assegurado principalmente pela presunção de inocência, trata-se de um direito fundamental, deve ser aplicado de forma plena e imediata.

Sendo assim, este segundo capítulo abordará o princípio da inocência, bem como o da proporcionalidade, sob a ótica da necessidade da prisão cautelar, sobretudo com a adoção pelas legislações emergentes de diversas medidas com conteúdo despenalizador.

2.1 Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais

As normas constitucionais definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais muitas das vezes são sintetizadas por princípios, com sua aplicabilidade e eficácia com força obrigatória e desde logo aplicável. Adequada é a definição exposta por Barroso (apud PRETEL, 2011):

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Assim sendo, os princípios constitucionais gozam de supremacia e indicam os caminhos a serem percorridos pelas demais normas infra-constitucionais. Conforme se corrobora também na definição de Nunes (apud PRETEL, 2011):

Da mesma maneira que os princípios ético-jurídicos mais gerais, os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.

Destarte, depreende-se que os princípios constitucionais, destacando-se o princípio da presunção de inocência e o da proporcionalidade, por serem alvo deste capítulo, dão estrutura e coesão ao universo jurídico. Devendo os mesmos serem

obedecidos sob pena de todo o ordenamento jurídico não ter fundamentação e força para regularizar as relações humanas.

Entretanto, dado o grau de abstratividade inerente aos princípios constitucionais, faz-se imprescindível que se verifique a doutrina da eficácia e aplicabilidade das referidas normas.

Com relação a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais interessante as palavras do professor Silva (2000, pág. 52):

Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais, como outras, são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas. Juridicamente, no entanto, a aplicabilidade das normas constitucionais depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência destes dados constitui condição geral para a aplicação das normas constitucionais.

A vigência da norma trata-se da sua promulgação e publicação da norma de forma regular, com a entrada em vigor em determinada data. A sua legitimidade se evidencia na medida em que são compatíveis com a Constituição Federal de 1988, são constitucionais. A eficácia da norma, por sua vez, evidencia-se quando esta dispõe de todos os requisitos para sua aplicação ao caso concreto.

Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos (SILVA, 2000, p. 82).

Segundo citado autor, todas as normas constitucionais têm eficácia e aplicabilidade, variando o grau desta eficácia e aplicabilidade entre elas. Para o renomado jurista, as normas constitucionais se classificam em normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida. Lecionando sobre a classificação das normas constitucionais Silva (2000, p. 82 e 83):

Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isto suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o

legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do estado.

Das lições do autor se infere que as normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral, as normas de eficácia contida também possuem aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, sujeitando-se a regulamentação que possa vir a limitar sua eficácia e aplicabilidade. As normas de eficácia limitada, por sua vez, são de eficácia, indireta, mediata e reduzida, necessitando de uma norma ulterior que regule sua aplicação.

Na Constituição brasileira pode-se citar como norma de eficácia plena com aplicabilidade direta, imediata e integral as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme definido no § 1º do artigo 5º da CF/88. Citando-se como exemplo o Princípio da Presunção de Inocência, abordado de forma mais ampla nas próximas seções, garantidor do direito fundamental da liberdade do ser humano.

2.2 O princípio da Presunção de Inocência e a necessidade para decretação da prisão cautelar no processo penal.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Consolidando a presunção de inocência, um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito tido como garantidor do processo penal, visando à proteção da liberdade pessoal.

Inferindo-se do referido princípio que há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, através de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, que é constitucionalmente presumido inocente. Oportuna as considerações trazidas por Moraes (2006, p. 103):

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisão provisória, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventiva, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.

Apesar da consagração do princípio da inocência, a constitucionalidade das prisões provisórias continua sendo pacificamente reconhecidas pelas decisões uniformes dos tribunais, incidindo sobre o *status libertatis* dos indivíduos. Atentando-se com relação a fundamentação das decisões que decretam estas cautelares e observação da proteção ao adequado e regular exercício da jurisdição penal.

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição estabelece que 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.

Ou seja, fora dos casos previstos em lei, a prisão, inclusive a cautelar, pode caracterizar por exemplo um seqüestro ou cárcere privado, ou quando é realizada ilegalmente pode se caracterizar um abuso de autoridade.

Desta forma, a prisão provisória exige cautelaridade e necessidade, na medida que alguém somente pode ser preso ou mantido na prisão se não for cabível a liberdade provisória. Interessante as palavras do professor Pacheco (2008, pág. 724 e 725):

A intervenção no direito fundamental de liberdade somente se justifica constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída (por exemplo, proteger a efetividade do processo penal).

Destarte, a aplicação de medidas cautelares no processo penal se justifica se houver necessidade para o interesse do que visa proteger, devendo-se escolher as que melhor se amoldem aos direitos fundamentais dos cidadãos.

As medidas cautelares além da necessidade dos pressupostos específicos para sua decretação, pressupostos estes que serão discorridos em capítulo próprio, devem satisfazer os pressupostos gerais do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo na demora).

O *fumus boni iuris* trata-se de indícios de veracidade do direito almejado, ou seja, plausibilidade de que ocorreu um delito fundamentado por elementos

probatórios. Já o *periculum in mora* trata-se do dano possível que será gerado diante da demora do procedimento necessário, ou seja, perigo que a liberdade do acusado acarreta para investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança pública, no caso por exemplo de uma decretação de uma prisão preventiva.

Com a Constituição Federal de 1988, duas medidas foram observadas de imediato pelo sistema prisional: a criação do princípio da presunção de inocência e a exigência de toda prisão ser fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Importante ressaltar as palavras de Oliveira (2004, pág. 490):

E assim é porque o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, posto que só o judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E, mais, que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.

Assim, as prisões provisórias, ou seja, aquelas antes da sentença penal condenatória transitada em julgado devem ser fundamentadas e estarem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. Desta forma, poderá ser decretada a prisão de quem é considerado pela ordem jurídica como inocente. Neste sentido, SCHREIBER (2011):

Deve ser dispensado tanto ao investigado quanto ao réu tratamento compatível com seu estado de inocente. A condição de investigado e de réu em processo criminal já traz, por si, indiscutível constrangimento. Em vista disso, todas as medidas restritivas ou coercitivas que se façam necessárias no curso do processo só podem ser aplicadas ao acusado na exata medida de tal necessidade. Se houver várias formas de conduzir a investigação, deve-se adotar a que traga menor constrangimento ao imputado e que enseje a menor restrição possível a seus direitos. Eventual prisão anterior à condenação definitiva, por exemplo, deverá estar pautada em decisão judicial que indique quais circunstâncias presentes no caso concreto autorizam e recomendam a excepcional privação da liberdade do réu. O mesmo ocorre com outras medidas que impliquem em restrição de direitos fundamentais, como se observa da necessidade de que a quebra de sigilo bancário e de comunicação telefônica, ou ainda a busca e apreensão no domicílio do acusado, sejam precedidas de decisão judicial devidamente fundamentada.

Ou seja, para aplicação da prisão provisória é imprescindível que haja necessidade, não só a necessidade dos pressupostos gerais e específicos, mas também

a necessidade-adequação, ou seja, se é a mais adequada e menos constrangedora diante das circunstâncias, devendo-se procurar adotar outras formas menos graves para garantir a investigação e o fim visado pelo processo. Atentando-se para que eventual prisão anterior a condenação definitiva, por exemplo, seja decretada com base em decisão judicial devidamente fundamentada, o mesmo ocorrendo com outras medidas que impliquem em restrição de direitos fundamentais, como é o caso do direito a liberdade. Relata também SCHREIBER (2011):

Firmou-se então o entendimento de que a presunção de inocência não impede a decretação das chamadas prisões processuais (prisão em flagrante, temporária, preventiva, e prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, todas previstas em lei). Não obstante, o princípio incide para exigir que o juiz demonstre a ocorrência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) a autorizar a decretação da custódia cautelar, significando que não são compatíveis com a norma constitucional as prisões processuais obrigatórias, quais sejam, as que decorrem de forma automática de determinado evento processual, ou ainda do cometimento de crimes graves.

Depreende-se que o princípio de inocência não proíbe a decretação das chamadas prisões cautelares, exigindo contudo que o magistrado demonstre a incidência dos pressupostos necessários a decretação da custódia cautelar. Não compatibilizando com as prisões que decorrem de forma automática de determinado evento processual, somente sendo possível este efeito automático após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, com a certeza jurídica do delito, tendo como efeito a execução da pena.

Sustenta ainda, que a presunção de inocência, tomada em todas as suas conseqüências teria que levar por exemplo, à abolição da prisão cautelar, e tornaria inócua a própria persecução criminal (MANZINI apud SCHREIBER, 2011).

Tem-se questionado o referido princípio que, interpretado de forma extrema, proibiria qualquer medida de coação contra o acusado, inclusive a prisão provisória ou até mesmo o próprio processo. Atualmente tem-se entendido que ocorre uma tendência à presunção de inocência, ou um estado de inocência, em que o acusado é considerado inocente até uma declaração de culpabilidade por uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Negar o direito a presunção de inocência é negar-se um dos princípios basilares que sustenta o Estado Democrático de Direito e o próprio processo penal, este inclusive existindo em razão desta presunção de inocência, servindo de

instrumento para o Estado fundamentar uma decisão condenatória e considerar um cidadão culpado.

2.3 Proporcionalidade e medidas de conteúdo despenalizador

Além da observância da necessidade como requisito para decretação de uma prisão cautelar, é preciso analisar a adoção de critérios de proporcionalidade para fixação destas prisões, uma vez que deve sempre existir uma correlação, uma interdependência entre a medida de cautela a ser adotada e a potencial pena atribuída ao final do processo de conhecimento. Oportuno é o comentário de Câmara (2011, p. 108):

Noção bastante nítida acerca do princípio da proporcionalidade é oferecida pelo Código de Processo Penal de Portugal ao determinar que “as medidas de coação a aplicar em concreto devem ser proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

Conclui-se que, ao aplicar as medidas cautelares penais restritivas de direitos no caso concreto, deve-se analisar a proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido e as sanções que possivelmente serão aplicadas no final do processo com a sentença. Ensina Oliveira (2004, p. 493):

Como a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é sempre uma medida cautelar, faz-se necessário que na sua aplicação não se perca de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser. Um exemplo bastante eloquente do que vem de se afirmar é a impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para crimes culposos e/ou para as contravenções (art. 313), mesmo que se constate a presença dos requisitos fáticos para sua concessão, dentre aqueles arrolados no art. 312 do CPP. Parte-se do raciocínio, logicamente justificado, no sentido de que mesmo quando condenado o autor do crime culposo ou de infração contravencional, dificilmente lhe será imposta a sanção privativa da liberdade, em razão das diversas alternativas sancionatórias previstas nos arts. 43 e 44 do Código Penal, as chamadas penas alternativas.

Destarte, conforme se depreende no exemplo citado, a decretação da prisão cautelar não se justificaria na medida que, diante das alternativas previstas aplicadas

aos determinados delitos, haveria uma desproporcionalidade em relação ao resultado final do processo, corrompendo a função acautelatória da prisão provisória. Assim, prevendo-se a possibilidade de sua aplicação gerar resultados mais danosos do que o provimento almejado no processo penal, passaria a desempenhar função punitiva, perdendo sua justificação e razão de existir. Continua ensinando Oliveira (2004, p. 494):

(...). Consta-se que a concessão de fiança para crimes em que a pena mínima cominada não seja superior a dois anos (art. 323, I, CPP) encontra-se na linha da proporcionalidade com o sursis do art. 77 do Código Penal, por meio do qual se permite a suspensão condicional da pena quando a condenação não for superior a dois anos.

Depreende-se que a concessão de fiança, também citada como exemplo, está harmônica com o princípio da proporcionalidade ao passo que não seria justificável manter alguém preso quando a lei prevê a possibilidade de um benefício no resultado final da ação que não fosse o encarceramento do cidadão. Sabendo-se que hoje para concessão da fiança a nova lei promulgada estabelece uma pena máxima privativa de liberdade até quatro anos, vindo a enfatizar a necessidade desta proporção para aplicação da prisão provisória.

Assim, além da análise da necessidade de forma geral para decretação da prisão provisória, é preciso que se observe a proporção entre o processo cautelar e o processo principal, como também a análise de sua necessidade diante da adoção pela legislação de diversas medidas de conteúdo despenalizador, como aquelas previstas precisamente na Lei 9.099/95, na Lei 9.714/98 e mais recentemente na Lei 12.403/11. Interessantes as palavras do professor Oliveira (2004, p. 495)

Como exemplo da primeira (Lei n. 9099/95), tem-se o disposto no art. 89 da citada lei n. 9099/95, que permite a suspensão condicional do processo, por prazo certo, mediante o cumprimento de determinadas condições (restrições de direitos), para fins de extinção da punibilidade, desde que cumpridas aquelas (...). Já a Lei n. 9714/98, com a alteração processada nos arts. 43 e seguintes do Código Penal, deu também um novo redimensionamento à proporcionalidade na aplicação da pena privativa da liberdade, em razão de reduzir drasticamente a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade (até mesmo em hipótese de reincidência), com a previsão de penas alternativas para condenações até quatro anos, se praticada a infração sem violência ou grave ameaça.

As medidas previstas nas citadas leis visam evitar a imposição da pena privativa de liberdade, por meio de medidas mais adequadas ao caso e menos constrangedoras ao cidadão, ao passo que almeja também desafogar o sistema prisional. Devendo-se assim aferir com maior cuidado a necessidade da decretação da prisão provisória para que não haja desproporção entre o resultado final da persecução penal e as medidas cautelares adotadas no curso do processo.

Recentemente com a promulgação da Lei 12.403/11 procurou-se complementar essa busca pela implementação de medidas alternativas à prisão. Válido o que consta Ferreira (apud SUMARIVA, 2011):

“Muitos veículos da mídia disseram que 200 mil presos seriam colocados em liberdade. Não é verdade”, adverte a pesquisadora Carolina Ferreira. “Nós temos 200 mil presos provisoriamente, mas não temos dados suficientes para dizer que todos esses respondem por crimes com pena de até quatro anos de prisão. Muitas vezes eles já são reincidentes, ou já estão cumprindo pena por concurso ou estão respondendo a processos em concurso, como furto com formação de quadrilha, o que aumenta a pena teórica para além de quatro anos. Esses já não terão direito a essas medidas cautelares alternativas”, explica a professora.

“O apelo da mídia foi totalmente desproporcional ao objetivo da lei, que vem complementar todo o sistema de penas alternativas que já estamos criando desde 1998, com a Lei 9.714”, critica. “A prisão cautelar continua sendo autorizada. Na verdade, a Lei 12.403 impõe as medidas cautelares para crimes cujas penas não chegam a quatro anos. Nos outros, ela deixa a critério do juiz”, elucida Ferreira.

Atualmente a política de segurança pública demonstra está voltada para adoção de alternativas que possam propiciar sanções mais adequadas aos fatos delitivos, como as medidas despenalizadoras e cautelares das referidas leis, evitando ao máximo a prisão, seja por que evidencia-se que os estabelecimentos prisionais são em número insuficientes e procura-se desafogar o sistema prisional, como também seja por demonstrar-se que as prisões no país são desumanas e indignas, muitas vezes servindo como influência para o crime. Nesse contexto, continua comentando Ferreira (apud SUMARIVA, 2011):

Para Carolina Ferreira, que pesquisou especificamente a efetividade das penas alternativas no Distrito Federal entre 1998 e 2005, a substituição da prisão é eficaz. “A lei tutela direitos e garantias, especificamente em relação à proporcionalidade da pena. O público-alvo dessa lei são os acusados de crimes com pena de até quatro anos de prisão que depois de condenados já teriam direito a uma pena alternativa. Em nossa pesquisa, chegamos à conclusão de que para quem foi aplicada uma pena substitutiva, o índice de reincidência foi muito menor”, aponta.

“O Poder Legislativo não está errado em entender que devemos aplicar outras medidas menos gravosas que a prisão, afinal a atual situação do nosso sistema penitenciário é inconcebível. O que é necessário fazer agora é fiscalizar”, completa a pesquisadora.

Infere-se dos comentários da pesquisadora que se busca cada vez mais a adoção de medidas alternativas ao invés da prisão, que deve ser a exceção, demonstrando que as penas alternativas podem ser eficazes, respeitando-se os direitos fundamentais do cidadão.

Uma vez que se analisou ainda que brevemente os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, urge que a seguir se demonstre como as prisões cautelares se relacionavam com tais princípios num contexto anterior às modificações promovidas pela n.º 12.403/11 e como essas mudanças contribuíram para proporcionar uma melhor sintonia entre as medidas cautelares no processo penal e a ordem constitucional vigente.

3 DO PROCESSO PENAL CAUTELAR ANTERIOR À LEI 12.403/2011

Tendo em vista as relevantes transformações perpetradas pela Lei 12.403/11 no cenário do processo penal brasileiro, notadamente no que pertine às prisões cautelares, interessante discorrer sobre o processo penal cautelar anterior à lei 12.403/2011, relatando alguns pontos considerados mais importantes do processo penal cautelar antes do advento das novas medidas cautelares.

Para tanto, inevitável comentar sobre a autonomia do processo penal cautelar, princípios e pressupostos das medidas cautelares penais, bem como das medidas cautelares típicas como a prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença penal não transitada em julgado, prisão temporária e a liberdade provisória, eis o fim a que se propõe o presente capítulo.

3.1 A autonomia do Processo Penal Cautelar

O processo cautelar é a tutela jurisdicional que visa garantir o processo principal. Tem natureza acessória e possui como requisitos específicos ou pressupostos de admissibilidade o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Suas características principais conforme melhor doutrina são a autonomia, a instrumentalidade, sumariedade da cognição, provisoriedade, urgência, fungibilidade, inexistência de coisa julgada e revogabilidade.

O processo cautelar tem sua individualidade, demanda, relação processual e objeto próprios. Já a medida cautelar não tem um fim próprio, apenas vai servir o processo principal, só devendo ser utilizada se presente uma situação de perigo, ameaçando o provimento final do processo principal.

No processo cautelar não há uma análise profunda das matérias alegadas, a medida cautelar não é definitiva, podendo ser revogada a qualquer tempo, a medida é provisória e não gera coisa julgada material, podendo inclusive o juiz escolher a medida que lhe pareça mais adequada.

Há autores que negam a existência do processo penal cautelar como afirma Tucci (apud MIRANDA, 2011):

"Inadequando-se, como visto, a transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter-se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei; e b) dispicienda mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni iuris*-, para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, medida cautelar penal." (11) (destacamos)

Segundo o referido doutrinador não existe no processo penal o processo cautelar ou ação cautelar, podendo porém serem aplicadas medidas cautelares.

Embora haja posições em sentido contrário, adota-se nesse trabalho postura tendente à admissão de um processo penal cautelar, como o fazem Frederico Marques e Romeu Pires de Campos Barros. (CÂMARA, 2011, p. 93).

De suma, resta afirmar que o processo cautelar possui autonomia, dependendo do processo principal. Merecendo atenção o fato de no processo penal, em razão dos estudos sobre a existência de cautelaridade decorrerem dos ensinamentos do direito processual civil, ocorrer grandes dificuldades. Gerando com isso divergências na doutrina, quanto a existência de um processo penal cautelar, que conteria medidas urgentes e provisórias tendentes a assegurar os efeitos da sentença.

3.2 Princípios e pressupostos das medidas cautelares penais

As medidas cautelares não são adotadas ao alvedrio do magistrado, sua aplicação é regida por princípios e pressupostos. Os princípios servem como orientadores das medidas cautelares, são interdependentes e complementam-se, devendo ser observados na aplicação destas medidas. São princípios que orientam as cautelares o da provisoriedade; excepcionalidade; necessidade; proporcionalidade; presunção de inocência; entre outros.

Insta salientar que os dois últimos princípios é que serão alvo de análise neste trabalho, haja vista se defender que as alterações promovidas pela Lei 12.403/11 só vieram contribuir para efetivação dos mesmos no âmbito das medidas cautelares no

processo penal brasileiro. Nesse lume, importa ressaltar as palavras do professor Oliveira (2004, p. 27):

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo, no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado e no instituto a que se convencionou chamar de “Liberdade Provisória”.

Ali, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em uma palavra, o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas a tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

Segundo se depreende dos apontamentos supracitados, o princípio da presunção de inocência não proíbe a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas exige que a mesma ostente natureza cautelar, seja devidamente fundamentada através de uma ordem judicial e fundada em razões de extrema necessidade ligadas à realização da jurisdição penal. Nesse mesmo sentido são os argumentos fornecidos por PORTELA (2011) ao comentar as transformações ocorridas com o advento da Lei 12.403/11.

Os capítulos e artigos modificados pela citada legislação visam adequar as normas processuais penais, no que se referem à prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, às normas e princípios previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/88). De acordo com a norma constitucional a liberdade é a regra e, como tal, deve ser tutelada pelos ordenamentos infraconstitucionais. Ademais, ninguém poderá ter sua liberdade cerceada senão quando preso em flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, ou ainda, antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Além disso, o princípio constitucional de presunção de inocência até então não era devidamente observado com ocorrência de prisão cautelar de quem deveria ser considerado inocente pelo simples arbítrio subjetivo do julgador a respeito da gravidade do fato.

Analisando a referida lei percebe-se que a mesma procura atribuir à prisão um aspecto de exceção, efetivando direitos fundamentais como a proteção do direito à liberdade, adequando-se a princípios como o da presunção de inocência e o da proporcionalidade.

Ao acrescentar medidas cautelares diversas da prisão, medidas estas que evitam a sensação de impunidade, bem como não permitem a execução antecipada de pena, estabelecendo que sempre que possível a prisão cautelar será substituída por

outras medidas cautelares como as citadas na nova redação do artigo 319, de forma a evitar a aplicação de prisão abusiva, a nova lei demonstra compatibilização com o texto constitucional, procurando adequar as medidas cautelares aos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da presunção de inocência.

Assim como o princípio da presunção de inocência, o princípio da proporcionalidade também se destaca como um dos orientadores nessa nova ótica enfatizada pela Lei 12.403/11, onde a prisão cautelar é a exceção, e a liberdade é a regra, implementando novas medidas cautelares como forma de substituir a prisão e aplicar medidas mais adequadas ao caso concreto. Conforme se verifica nos comentários de Queiroz e Bezerra (2011):

Recentemente, a Lei nº 12.403/11, que entrou em vigor no dia 5 de julho de 2011, bem se ancorou no princípio da proporcionalidade, ao proceder as reformas no Código de Processo Penal, especialmente, quanto às medidas cautelares – mormente no que dispõe o art. 282, II, do referido *Códex* – reforçando, por imposição do novo § 6º, do art. 282, a subsidiariedade da prisão preventiva em face das demais medidas de cautela relacionadas no art. 319.

Compreende-se que com as reformas promovidas pela lei em comento, a prisão cautelar tornou-se subsidiária, em face da implantação das novas medidas cautelares que deverão ser aplicadas precipuamente, conforme dispõe o §6º do artigo 282, assim como deverá procurar aplicar a medida mais adequada ao delito cometido, conforme dispõe o artigo 282, II, todos do Código de processo Penal. Continua no enfoque da nova lei Queiroz e Bezerra (2011):

Exige-se, a partir de então, que o crime doloso tenha a pena máxima abstratamente cominada superior a quatro anos, seja o acusado reincidente ou o delito haja sido praticado em situação de violência doméstica contra a mulher, contra idoso, criança ou adolescente, enfermo ou deficiente. Evita-se, com os primeiros requisitos, que o acusado que possa vir a ter em seu favor, com a prolação da sentença, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – verificado o preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal – cumpra, antecipadamente, sanção mais grave que a imposta no provimento final, após o encerramento da instrução criminal.

Demonstrando com isso que está em relevante sintonia com o princípio da proporcionalidade, na medida em que procura adequar a medida à gravidade do crime, preferindo quase sempre as novas medidas cautelares pessoais em detrimento

da prisão cautelar, que só deve ser decretada em caso de extrema necessidade, evitando com isso que o cidadão sofra punição maior do que a prevista no provimento final da decisão.

Assim como, os princípios são normas que fundamentam e orientam as medidas cautelares penais, os pressupostos são requisitos necessários para implementação dessas medidas.

No processo penal a adoção de medida cautelar está necessariamente ligada a um caso que, em concreto, demonstre a existência de alguns pressupostos. (CÂMARA, 2011, pág. 117). Senão vejamos o que discorre CUNHA (2011):

As cautelares processuais penais devem sempre estar ligadas a um caso concreto no qual estejam presentes os pressupostos cautelares gerais. Ensina a tradicional doutrina que tais pressupostos, comuns a todas as cautelares, são o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”.

Para o “*fumus boni iuris*” necessário que se evidencie indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, já o “*periculum in mora*” visa preservar o interesse processual ou acautelar o meio social, evitando que o provimento final seja frustrado. Conforme (CÂMARA apud CUNHA, 2011):

Segundo Câmara, esses pressupostos podem ser divididos em “probatórios” (indícios convincentes de autoria e prova do crime) e “cautelares” (interesse processual em sua imposição, por exemplo, para o bom andamento da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Segundo o citado autor, os pressupostos das medidas cautelares se dividem em probatórios e cautelares, pressupostos estes que se coadunam com os pressupostos gerais presentes em todas cautelares descritos acima e que estão bem definidos no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro que trata da prisão preventiva, e que serão oportunamente analisados na próxima seção que trata das medidas cautelares penais típicas.

3.3 Medidas cautelares típicas

As medidas cautelares surgiram como uma ferramenta ao Estado para se atingir o fim principal, a aplicação da lei penal. Sendo necessária para aplicação da

medida cautelar, em destaque para as medidas que adiante serão abordadas como a prisão preventiva, a prisão temporária, a de sentença penal recorrível, a de pronúncia, e a liberdade provisória, a observância de requisitos básicos e princípios basilares como os já citados em linhas pretéritas.

Insta mencionar, por se tratar principalmente a presente seção dos tipos de prisões cautelares, o conceito de prisão, e mais precisamente o de prisão provisória: as prisões processuais ou provisórias são mecanismos que permitem restringir o estado original de liberdade do cidadão, por isso, só poderão ter lugar em momentos excepcionais, quando forem estritamente necessárias para garantir o fim útil da medida principal.

As prisões provisórias no ordenamento jurídico brasileiro são basicamente a prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença penal não transitada em julgado e prisão temporária, que juntamente com a liberdade provisória constituem as principais medidas cautelares típicas que serão abordadas a seguir.

3.3.1 Prisão preventiva

A prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar e encontra-se regulamentada no Título IX, Capítulo III, artigo 311 ao 316 do Código de Processo Penal.

Câmara (2011, p. 122) descreve: “A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, ou seja, diferentemente das outras espécies, pode (desde que presentes os necessários autorizativos) ter duração equivalente à do próprio processo [...]”

Autorizativos que o autor acima citado comenta (2011, p. 126-127) nas seguintes palavras:

A medida excepcional, grau absoluto de restrição à liberdade física do acusado, somente pode ser decretada quando no caso concreto, em relação de interdependência, se encontrem presentes de um lado os pressupostos probatórios e, de outro, os pressupostos cautelares. Estes, guardando relação com os fins que justificam a cautela. Aqueles, dizendo respeito à prova da existência da infração e da autoria desta. Pode ocorrer que, mesmo presentes os primeiros, ainda assim, por inexistentes autorizativos à tutela cautelar, não seja permitido lançar mão dela.

Conforme se extrai das palavras acima transcritas, a prisão preventiva como medida excepcional e restritiva extrema da liberdade física do acusado, só pode ser decretada quando presentes, de forma interdependente, os pressupostos probatórios e os cautelares, ou seja, se presentes aqueles e não estes, não se deve decretá-la.

Segundo a conceituação de Pacheco (2008, p. 745), prisão preventiva é uma prisão provisória, de natureza cautelar e processual, decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento durante inquérito policial ou processo penal, quando presentes certos pressupostos ou requisitos legais. Pressupostos estes que o renomado autor discorre Pacheco (2008, p.745):

Podemos subdividir os requisitos legais (ou pressupostos legais *lato sensu*) para decretação da prisão preventiva em: a) pressupostos (*stricto sensu*), que demonstram o *fumus commissi delicti*; b) fundamentos, que demonstram o *periculum libertatis*; c) condições de admissibilidade. Para que o juiz ou tribunal possa decretar a prisão preventiva, devem estar presentes, simultaneamente, os dois pressupostos (*stricto sensu*), um dos fundamentos e uma das condições de admissibilidade.

O artigo 312 do CPP, elenca os fundamentos da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública; a conveniência da instrução criminal; segurança da aplicação da lei penal; garantia da ordem econômica.

O artigo 313 do CPP, por sua vez, trata das condições de admissibilidade da prisão preventiva, quais sejam, crimes dolosos punidos com reclusão (inciso I); crimes dolosos, punidos com detenção, quando se apurar que o acusado é vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (inciso II); crimes dolosos, se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o decurso do prazo necessário para extinção do efeito da reincidência (inciso III); se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, nos termos da lei Maria da Penha, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (inciso IV).

Portanto, para decretação da prisão preventiva, necessário estar presente os dois pressupostos gerais, ou seja, o *fumus boni iuris* que corresponde a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, e o *periculum in mora* que corresponde a incidência de um dos fundamentos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP, assim como uma das condições de admissibilidade previstas no

artigo 313 do CPP. Importante a lição sobre admissibilidade e vedação da prisão preventiva do professor Pacheco (2008, p. 753 e 754):

São hipóteses de vedação da decretação: a) as contravenções penais; b) nos crimes culposos, exceto na hipótese do inciso IV do artigo 313 do CPP; c) se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito; d) quando o acusado se livra solto, independentemente de fiança, já que não permite, nessa hipótese, o recolhimento em caso de prisão em flagrante.

São hipóteses de admissibilidade: a) no crime afiançável abstratamente; b) quando o acusado se apresenta espontaneamente; c) quando o acusado é primário e de bons antecedentes; d) tanto nos crimes de ação penal pública como nos crimes de ação penal privada; e) após o juiz ter anulado o auto de prisão em flagrante por vício formal.

Elenca o autor hipóteses de vedação e admissibilidade para decretação da prisão preventiva, assim não basta está presente os pressupostos *lato sensu* para incidência, deve-se observar se o caso não se amolda a alguma vedação para sua decretação.

O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo legal para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316, CPP). Ou seja, a prisão preventiva pode ser tanto revogada como redetretada se forem verificados os motivos para sua revogação ou nova decretação, conforme o andamento do processo.

Enfim, é necessário afirmar que a prisão preventiva só se compadece com os princípios constitucionais basilares se decretada para atender sua finalidade cautelar e presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de modo a servir apenas como um instrumento necessário ao processo.

3.3.2 Prisão temporária

A prisão temporária, prevista na lei 7960/89, surgiu para regularizar a denominada prisão para averiguação. É uma prisão provisória, de natureza cautelar, com a finalidade de garantir a investigação criminal realizada no inquérito policial, quando for imprescindível e somente quanto a alguns crimes considerados graves.

Segundo a lei 7960/89, cabe prisão temporária quando: a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado no rol de crimes elencados na própria lei, dentre os quais pode-se destacar: homicídio doloso, seqüestro, estupro, roubo, tráfico de drogas, quadrilha, entre outros.

Há divergência na doutrina quanto a aplicação dos pressupostos para decretação da prisão temporária, sendo interessante citar as palavras do professor Pacheco (2008, p. 770):

Há divergência na doutrina e na jurisprudência quanto aos requisitos ou pressupostos para decretação da prisão temporária: a) basta qualquer um dos incisos do artigo 1º da lei 7960/89; b) deve haver dois incisos- o inciso I combinado com o inciso III ou o inciso II combinado com o inciso III; c) há necessidade dos três incisos simultaneamente; d) necessita-se de qualquer um dos três, desde que também concorram os fundamentos da prisão preventiva.

Entendemos correta a opção b. A prisão temporária pode ser decretada na hipótese do inciso I (*periculum libertatis*) ou na do inciso II (*periculum libertatis*), desde que, em qualquer dos dois casos, também concorra o inciso III (*fumus commissi delicti* ou *fumus boni iuris*) e apenas se for um dos crimes mencionados em suas alíneas (condição de admissibilidade).

Posição que mostra ser mais adequada diante da presença dos requisitos gerais do *periculum libertatis* e do *fumus boni iuris*, bem como os mais específicos como a presença da condição de admissibilidade.

A prisão temporária, conforme dispõe o artigo 2º da lei 7960/89, não poderá ser decretada de ofício pelo magistrado, precisa-se de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, com prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade, excetuando-se nos casos de crimes hediondos onde conforme o artigo 2º, §4º, da lei 8072/90, o prazo é de trinta dias prorrogáveis por mais trinta em caso de extrema necessidade. Inclusive essa delimitação de prazo sendo uma diferença em relação a prisão preventiva, pois esta não possui um prazo delimitado para sua duração, mas sim enquanto persistirem seus pressupostos e fundamentos.

3.3.3 Prisão por pronúncia e prisão por sentença condenatória recorrível

Haja vista ausente o trânsito em julgado de sentença condenatória, ambas as hipóteses trata-se de prisão provisória. Por isso a denominação de sentença condenatória recorrível, em razão da possibilidade de recurso cabível ante a ausência de trânsito em julgado. A pronúncia tem como conseqüência a submissão do acusado ao julgamento perante o Tribunal do Júri.

Antigamente, mais precisamente ao início de vigência do CPP, as prisões decorrentes de pronúncia e a de sentença recorrível não mantinham compromisso com a cautelaridade, impondo-se como verdadeiras execuções provisórias (OLIVEIRA, 2004, p. 536).

Com a reforma de 1984, a prisão para poder apelar perdeu sua natureza de execução provisória, permanecendo apesar disto, no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de prisão cautelar ou natureza processual. Necessitando desta forma que demonstre-se a presença dos motivos fáticos e jurídicos excepcionais para possibilidade de sua decretação, situando-se na mesma linha da prisão preventiva. Importante a lição do professor Oliveira (2004, p. 537 e 538):

Parece-nos perfeitamente possível que a autoridade judiciária competente, por ocasião da pronúncia e da sentença condenatória passível de recurso, determine a prisão do acusado, se solto, ou a manutenção dela, se já estiver preso.

Na primeira hipótese, estando o acusado solto, o juiz deverá, necessariamente, seja na pronúncia, seja na sentença condenatória, declinar as razões pelas quais entende não ser possível ao réu aguardar o julgamento em liberdade. E as referidas razões devem estar incluídas naquelas alinhadas no artigo 312 do CPP. No segundo caso, se já preso o acusado, de duas, uma: se a prisão antecedente já tiver devidamente fundamentada, e as razões de sua manutenção forem as mesmas, não haverá necessidade de nova fundamentação; se as razões forem outras, haverá necessidade de renovação da motivação.

Conforme melhor doutrina, a imposição de prisão como conseqüência automática da sentença de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível não está de acordo com a nova ordem constitucional, que consagra princípios basilares como o da presunção de inocência e o da proporcionalidade. Contudo, admitem a decretação da prisão ou sua manutenção, desde que presentes os pressupostos da prisão preventiva.

A Súmula n.º 9 do STJ dispõe sobre o entendimento de que a exigência da prisão provisória, para o réu apelar, não ofende o princípio da presunção de inocência. Sendo que hoje conforme entendimento de melhor doutrina, a admissão de tais prisões, com nítida natureza cautelar, só é justificável quando devidamente fundamentada pelo magistrado, nos ditames da possibilidade da decretação da prisão preventiva.

Na atualidade, conclui-se que a referida Súmula foi revogada pelas leis n.º 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, como também o artigo 594 do Código de Processo penal. Sendo que tal revogação não se procedeu por ofensa ao princípio da presunção de inocência, mas precisamente em decorrência do princípio do duplo grau de jurisdição, onde a prisão era um requisito para propor recurso. Relacionado com o tema as palavras de Pacheco (2008, p.811):

Enfim, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível somente é possível se houver necessidade cautelar da respectiva prisão provisória (de modo geral, as razões cautelares da prisão preventiva, que se encontram no art. 312 do CPP, exceto, obviamente, a conveniência da instrução criminal, pois já terminou) e, mesmo assim, se for “proporcional” (não faria sentido, por exemplo, prender alguém provisoriamente por pena pequena, pois ficaria mais tempo preso provisoriamente do que definitivamente).

Ou seja, a prisão decorrente de sentença penal condenatória, assim como a decorrente de pronúncia, e como todas as demais prisões cautelares, na nova ordem constitucional onde princípios basilares como o da presunção de inocência e o da proporcionalidade entre outros estão consolidados, somente é possível se houver necessidade cautelar nos termos da decretação da prisão preventiva, considerada a principal medida cautelar e espelho para as demais, e mesmo assim analisando a adequabilidade da medida ao caso.

3.3.4 Liberdade provisória

A liberdade provisória é um instrumento de substituição da prisão processual, onde o acusado aguarda o julgamento pelo cometimento de delito em liberdade,

mediante a observância de regras determinadas pelo magistrado, não necessitando sofrer com a odiosa consequência da prisão sem necessidade.

Em conformidade com o processo penal brasileiro, pode ser definida como medida cautelar de natureza pessoal, através da qual o acusado responde ao processo em liberdade com assunção de determinadas obrigações ligadas à produção da prova e à eventual execução de sentença penal condenatória (CÂMARA, 2011, pág. 167-168). Oportuno as definições de Pacheco (2008, p. 784):

Liberdade provisória é o instituto processual (medida cautelar pessoal) que substitui a prisão em flagrante, se presentes determinados pressupostos de concessão e sob determinadas condições de manutenção da liberdade, cujo descumprimento acarreta a revogação da liberdade e a restauração da prisão em flagrante.

A rigor, a liberdade provisória não é, propriamente, liberdade, mas uma medida cautelar pessoal.

Da liberdade provisória como medida cautelar que é decorre limitações, restrições e condições impostas em razão do acusado poder auferir sua liberdade em substituição da prisão em flagrante ou outra espécie de prisão, se presentes determinados pressupostos como os indispensáveis *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, assim como a observância de determinadas condições impostas pelo magistrado, como por exemplo, não mudar de residência sem prévia autorização da autoridade processante. Nesse contexto, discorre Câmara (2011, pág. 169-170):

Por ser restritiva da liberdade de locomoção, é medida acautelatória em conformidade com o próprio Código de Processo Penal, ao dispor, no art. 310, parágrafo único as obrigações para quem é liberado sem fiança e nos arts. 327 e 328, as obrigações do afiançado. Ora, é óbvio que o legislador, impondo ao acusado uma série de obrigações (comparecer a todos os atos do processo, somente alterar a residência após ter recebido a anuência da autoridade e prévia comunicação ao juízo quando pretender se ausentar por mais de oito dias), quis tê-lo à disposição, para que se atendesse aos fins do processo. Diga-se o mesmo acerca da situação prevista no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo penal, onde ao indiciado ou acusado se impõe a obrigação de comparecer a todos os atos processuais. Inegável, portanto, o caráter acautelatório da medida.

As palavras do autor acima citado vem enfatizar o que foi dito por Pacheco e conforme melhor doutrina, ao afirmar que a liberdade provisória tem natureza cautelar, pois na medida que concede a liberdade, restringe a mesma ao impor obrigações ao acusado como forma de exercer controle sobre seus atos para que se

obtenha o fim visado pelo processo. Sobre liberdade provisória discorre Pacheco (2008, pág. 784):

Em sentido amplo, se houver condições para manutenção da liberdade, podemos também considerar como liberdade provisória os institutos que substituem as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível (art. 594, CPP), e de sentença de pronúncia (art. 408, §2º, CPP). Assim, mais genericamente, seria o instituto processual que substitui determinadas prisões provisórias.

A liberdade provisória não substitui a prisão preventiva, nem a prisão temporária; a revogação (por não estarem mais presentes os motivos da prisão preventiva ou por ter terminado o prazo da prisão temporária) e a anulação (pela ilegalidade) dessas prisões acarretam o retorno ao status quo ante, que é o da liberdade plena.

Atenção também para o fato de a liberdade provisória poder substituir as prisões decorrentes de sentença penal recorrível e de pronúncia quando não houver necessidade de sua manutenção ou imposição conforme decisão do magistrado nos termos do artigo 413, §3º, do Código de Processo Penal.

Assim como também é interessante o fato de a liberdade provisória não substituir a prisão preventiva e nem a temporária, seja por não mais está presente os motivos que as autorizam ou por ilegalidade dessas prisões, senão a restituição da liberdade plena do cidadão em virtude de não mais presentes os motivos ensejadores destas prisões.

A liberdade provisória tem fundamento constitucional: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art.5º, LXVI, CF).

Assim conforme melhor doutrina e próprio se depreende da Constituição Federal de 1988, a liberdade provisória pode ser classificada como liberdade provisória sem fiança e liberdade provisória com fiança. Interessante as palavras de Pacheco (2008, p. 787) sobre a classificação da liberdade provisória:

Liberdade provisória com fiança: o acusado obtém a liberdade mediante o depósito de dinheiro ou bens, ou da hipoteca. É sempre vinculada (a certos deveres processuais).

Liberdade provisória sem fiança: o acusado obtém a liberdade sem ter que recolher fiança. Também é, pela sua natureza provisória, sempre vinculada, a não ser que consideremos a existência da liberdade provisória não-vinculada, que também se enquadra nessa categoria.

Conforme se depreende, na liberdade provisória com fiança, o acusado adquire sua liberdade mediante o recolhimento de fiança que pode ser em dinheiro, bens ou através de hipoteca, assim como o cumprimento de certos deveres processuais que são os constantes nos artigos 327, 328 e 324, I, todos do Código de Processo penal.

Já na liberdade provisória sem fiança, para obtenção da liberdade o acusado não está obrigado a recolher fiança, sendo contudo, por sua natureza provisória, sempre vinculada, se amoldando ao caso do artigo 310 do CPP, onde se detém que o acusado é obrigado a comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade. Tendo como exceção o artigo 321 do CPP, onde o acusado se livra solto independentemente de recolhimento de fiança e cumprimento de certos deveres processuais. Por fim, interessante os ensinamentos do professor Pacheco (2008, p. 785) relacionando a liberdade provisória com os princípios constitucionais:

O que a doutrina e a jurisprudência geralmente não percebem é que os princípios constitucionais da inocência, da liberdade e da proporcionalidade não somente impõem a cautelaridade da prisão provisória, a qual, por força dessa cautelaridade, é substituída pela liberdade provisória, mas também impõem a cautelaridade da própria liberdade provisória.

Querendo afirmar que tanto as prisões provisórias, como a liberdade provisória, por serem medidas cautelares e disporem de cautelaridade, cautelaridade esta imposta pelos princípios basilares da presunção de inocência e da proporcionalidade de onde decorre o dever de que tanto as prisões cautelares como a liberdade provisória com suas restrições, observem os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para sua decretação.

Enfim, conforme pode concluir, os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade não revogaram o instrumento da prisão cautelar, muito menos a liberdade provisória, apenas impõem limites de modo a preservar direitos fundamentais do cidadão. O primeiro abrandando o instituto da prisão cautelar, impondo que somente deve ser decretada em casos extremos, como uma exceção e desde que preenchidos todos os requisitos definidos na lei. O segundo por sua vez, em acordo com os seus subprincípios, impõe que deve-se escolher entre as medidas restritivas de direitos fundamentais aquela que menos interfira no direito fundamental da liberdade.

4 DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS IMPLEMENTADAS PELA LEI N.º 12403/2011

Ultimamente, com a criação de leis com conteúdo despenalizador, demonstra-se a busca cada vez maior pelo poder público de meios alternativos à prisão. Como é o caso, por exemplo, da Lei n.º 12.403/11, que introduz no Código de Processo Penal um rol de medidas cautelares diversas da prisão com menos requisitos exigidos para sua utilização do que a medida considerada extrema, tendentes a reduzir consideravelmente a decretação da prisão preventiva, ao passo que forçam sua substituição quando o caso concreto analisado não demonstre a necessidade, nem adequação de sua imposição.

Essas medidas cautelares pessoais podem ser conceituadas como medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o acusado no curso da persecução penal, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo.

Antes da lei n.º 12403/11, o Código de Processo Penal previa apenas duas modalidades de cautelares pessoais, quais sejam, a prisão cautelar e a liberdade provisória, onde esta só era concedida quando o acusado fosse preso em flagrante delito. Oportuno as palavras de Távora e Alencar (2011, p. 643):

Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310, CPP).

A grande novidade trazida pela lei 12403/11 é a ampliação do rol de medidas cautelares de natureza pessoal, pondo um fim a esta bipolaridade que existia anteriormente.

Como toda medida cautelar, exige a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* (indícios de autoria e demonstração de materialidade do delito) e o *periculum in mora* (perigo concreto para persecução penal). Oportuno os ensinamentos de Távora e Alencar (2011, p. 644):

Exigem assim: 1) a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência.

2) a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautela que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista.

3) Aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade. É dizer, as cautelares em voga não se destinam a infrações que têm na multa a única pena, caracterizando verdadeiras contravenções. Da mesma forma, quando a única sanção prevista é a restrição de direitos, como ocorre no porte para uso de drogas, caracterizado como crime, porém sem reprimenda cerceadora da liberdade (art. 28, lei n.º 11.343/06).

Ou seja, no momento de adotar as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, é necessário demonstrar a incidência do *fumus boni iuris*, efetivado pelos indícios de autoria e pela demonstração da existência do crime, como também o *periculum in mora*, efetivado diante da necessidade para aplicação da lei penal, necessidade para investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais, e desde que também à infração penal cometida seja aplicada pena privativa de liberdade.

Interessante informar que só poderão ser adotadas pelo juiz, com exceção da fiança que poderá ser concedida pela autoridade policial nos casos de infrações penais cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. Que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, e que possuem legitimidade para requererem a autoridade policial (através de representação), o promotor, o acusado ou seu representante, o querelante, o assistente, e o próprio juiz pode decretá-las de ofício (na fase processual).

Quanto ao descumprimento das medidas cautelares, o juiz pode impor outra medida em substituição, aplicar cumulativamente outra medida ou, em último caso decretar a prisão preventiva. Quanto a revogabilidade e/ou substitutividade das medidas cautelares, depende da persistência dos pressupostos que autorizam sua decretação (art. 282, § 5º e art. 316, do CPP).

Necessário discorrer também sobre o fato de que antes do advento da lei 12.403/11 o contraditório era diferido, após a lei, em regra, deve haver um

contraditório prévio, onde a parte contrária receberá intimação acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (art. 282, §3º).

Como a grande novidade trazida pela lei 12.403/11 foi o rol de medidas cautelares pessoais constante no seu artigo 319, passa-se a analisá-las de forma específica na próxima subseção.

4.1 Das cautelares em espécie

O artigo 319 do Código de Processo Penal que enumera às cautelas pessoais, contempla nove medidas alternativas à prisão cautelar ou subcautelar. Das estabelecidas, oito são consideradas novas, apenas a fiança que já era prevista desde a origem do Código de Processo Penal.

Destarte analisar-se-á de maneira pormenorizada as medidas cautelares pessoais diversas da prisão em espécie, que a saber são: A primeira medida a ser tratada é o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades, com a finalidade precípua de evitar a reiteração, como também garantir o adequado prosseguimento do processo e possível cumprimento de pena com sua presença constante. Válido os ensinamentos de Távora e Alencar (2011, p. 645):

A frequência de comparecimento deve ser estabelecida pelo juiz sempre com a finalidade de que o agente venha a informar e justificar suas atividades, vinculando-o a persecução penal. Nada impede que a finalidade seja outra, menos exigente (para o acusado simplesmente informar que não houve alteração de sua situação financeira, que o impediu de prestar fiança). Trata-se de medida cautelar com possibilidade de ampla imposição.

A periodicidade, fixada judicialmente, deve atender a razoabilidade, de forma que não prejudique a rotina de trabalho do indivíduo, e seja condizente com sua condição pessoal (se idoso, a frequência ao fórum, em regra, será menor que a dos demais acusados).

O comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades, passou a ter prazo e condições fixadas pelo magistrado. o que quer dizer que o magistrado vai ter discricionariedade para fixar o período de comparecimento do agente ao fórum que em analogia com outros institutos pode ser mensalmente, ou a

depender da condição pessoal do agente (se idoso ou enfermo por exemplo) bimestralmente, trimestralmente, conforme entender o juiz. Como também estará sujeita a discricionariedade do magistrado as condições fixadas, que em regra equivale ao comparecimento no fórum para assinar folha de frequência.

A outra medida é 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, com a finalidade de impedir novas infrações penais com a determinação de não frequentar determinados lugares propícios a reiteração criminosa relacionados com o fato, assim como também como meio de se garantir adequada produção probatória com o afastamento do investigado/processado de lugares que tem acesso. Válido os ensinamentos de Távora e Alencar (2011, p. 646):

A vedação deve ser revestida de plausibilidade, não sendo admissível que seja dissociada dos fatos. Daí que, quando a frequência a determinados ambientes seja fator de potencialização da prática de delitos, festas de largo, bares, prostíbulos, a restrição será pertinente, desde que coerente com o contexto do delito anteriormente praticado.

Não se deve tolerar vedações genéricas, imprecisas. Por outro lado, a medida tem cabimento quando, por si só, seja suficiente a evitar a prática de novas infrações. Percebendo o magistrado que a medida pode não ser bastante, como *ultima ratio*, é possível a decretação da preventiva, como forma de garantir a ordem pública, se o delito e as circunstâncias comportarem a medida (adequação).

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares visa evitar a reiteração criminosa, desde que relacionada com o fato e haja probabilidade razoável do cometimento de novas infrações. Analisando que a medida não é bastante para atingir sua finalidade, até mesmo pela deficiência da fiscalização, o magistrado pode cumular outra medida cautelar como, por exemplo, o monitoramento eletrônico, ou em último caso decretar a prisão preventiva se presente seus requisitos.

A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, objetiva promover o afastamento do investigado/acusado, notadamente nos casos de violência, onde geralmente a agressor e vítima, evitando constrangimentos e possíveis novos conflitos até uma solução definitiva para o caso. Interessante as palavras de Távora e Alencar (2011, p. 646):

Pode o agente ser proibido de entrar em contato com determinada pessoa, mas a vedação, consoante critério de proporcionalidade, deve guardar relação com o fato delituoso, a exemplo da necessidade dessa cautela no caso de infração que envolva violência ou grave ameaça contra o indivíduo.

Não podemos descurar das pessoas que vão contribuir com a persecução penal, como testemunhas, peritos, assistentes técnicos e a própria vítima. Por essa razão, e para tutela da instrução criminal, a proibição também se faz pertinente.

Percebe-se que a vedação ao contato não se restringe ao mesmo ambiente físico, coibindo-se telefonemas, emails, cartas, e qualquer outra forma da qual possa gerar intimidação. É de bom tom que o beneficiado pela medida seja sempre informado, alimentando o juízo com informações sobre eventual descumprimento, que servirão como mais uma fonte de cognição, que podem gerar, inclusive, havendo revogação do instituto, a decretação eventual da prisão preventiva, se o delito comportar a medida.

Referida medida cautelar pode ser imposta para impedir o contato do infrator com a vítima, testemunhas e outros sujeitos do processo de forma a garantir a instrução processual penal. Contato este que deve abarcar o telefone, emails, redes sociais, ou qualquer outra forma que possa intimidar. Ante a ausência de um meio eficaz de fiscalização, a própria vítima e testemunhas acabarão por realizar essa fiscalização quando informar ao juízo eventual contato com o acusado, podendo o descumprimento da medida gerar a aplicação de outra medida em cumulação ou decretação da preventiva. Lembrando que tal medida também deve guardar relação com o fato criminoso, como por exemplo quando o indivíduo sofre ameaça e/ou é agredido pelo acusado.

Quanto a proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, o magistrado impõe ao investigado/acusado limitação a sua liberdade de locomoção, impedindo que o mesmo ultrapasse os limites da comarca, atentando-se para as necessidades do caso concreto. Interessante as palavras de Távora e Alencar (2011, p. 646 e 647):

Como se depreende, a vedação não pode ser arbitrária. Em regra, o acusado deve responder ao processo em liberdade provisória, comumente com a imposição de obrigações. A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na fase processual. Para que a medida não seja ineficaz, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com o fito de se certificar que o agente não está se ausentando de sua sede jurisdicional.

Tal medida cautelar visa garantir a persecução criminal, impondo a permanência do acusado ou investigado, quando necessário para esclarecimentos dos fatos. E buscando a efetividade da medida, o juízo procede com o encaminhamento

de ofícios comunicando aos órgãos responsáveis pela fiscalização, na tentativa de cumprimento efetivo da medida. Sendo salutar mencionar as hipóteses em que deve haver adequação ao caso concreto, como por exemplo, o fato de o acusado trabalhar em uma comarca e residir em outra, assim como também o tempo desta restrição, analisando o magistrado os possíveis ajustes/acordos para o caso.

Já o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, objetiva impedir o encarceramento preferencialmente de pessoa que tenha residência determinada e trabalho fixo/lícito, podendo ser aplicada a qualquer pessoa, restringindo a liberdade do investigado/acusado no período noturno e nos dias de folga. Apropriado os apontamentos de Távora e Alencar (2011, p. 647):

A medida cautelar em tela é a ideal para tornar a prisão preventiva realmente excepcional. Sendo o suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária é a segregação cautelar. Para ser possível sua imposição, exige que o agente possua residência e trabalho fixos. Daí não caber o recolhimento domiciliar quando se constatar a necessidade de garantir a aplicação da lei penal, por já ter o acusado fugido do distrito da culpa, quando a cautelar indicada será a preventiva (art. 312, CPP).

Tal medida cautelar refere-se a prisão domiciliar, concedida quando o agente possui residência e trabalho fixos, assim como não se constatar a necessidade de decretação da prisão preventiva como no caso para garantir a aplicação da lei penal. Medida cautelar esta que se adequa aos termos do regime aberto do §1 do artigo 36 do Código Penal, onde se consta que o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Sabendo-se que, segundo o Código Penal, trata-se de condenado e portanto de pena definitiva, já a prisão domiciliar constante da imposição da medida cautelar trata-se de prisão provisória, e que assim sendo pode muito bem ser computada para efeitos de detração penal, nos termos do artigo 42 do Código Penal.

Por sua vez, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, visa impedir a reiteração de infração penal quando houver justo receio de que o exercício da função pública ou a atividade de natureza econômica ou financeira será utilizada para esse fim, tendo aplicação principalmente

nos crimes contra a economia. Conveniente os apontamentos de Távora e Alencar (2011, p. 647):

Havendo pertinência funcional, com facilitação da atividade criminosa pela função desempenhada, admite-se que ela seja cautelarmente suspensa, notadamente em se tratando dos crimes contra a administração pública (não é suficiente mera conjectura, mas possibilidade concreta da prática de novas infrações caracterizada pelo histórico/circunstâncias dos fatos e/ou pelos antecedentes do infrator). Em face do status de inocência, e por ser mera suspensão, o subsídio continuará sendo provido.

Por outro lado, a suspensão do exercício da atividade econômica ou financeira também estão a exigir pertinência temática, como ocorre no risco perpetuação de delitos contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86) ou contra a ordem econômica (Lei 8.137/90 e 8.176/91).

A referida medida cautelar pessoal deve ser aplicada quando houver justo receio de sua utilização para prática de delitos e que haja relação entre a infração cometida e a função exercida pelo agente. Assim como também, a atividade econômica ou financeira exercida tenha relação com os tipos de crimes cometidos, como é o caso dos crimes contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômica.

Outra medida importante é a 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, podendo ser aplicada cautelarmente antecipando eventual aplicação de medida de segurança, devendo ser utilizada após perícia médica conclusiva de inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, quando a conduta por este praticada for praticada com violência ou grave ameaça quando houver risco de reiteração de novas condutas criminosas. Importante a lição de Távora e Alencar (2011, p. 648):

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.

A decisão deve ser apoiada no respectivo incidente de insanidade ou similar, não apenas para aferir a higidez mental do agente, como também para dosar a probabilidade da reiteração de condutas.

A internação se dará no Hospital de Custódia e Tratamento, sendo adequada aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, leia-se, àqueles com conotação mais gravosa.

A medida cautelar em tela exige além da comprovação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente através de laudo pericial atualizado constante nos autos e por meio da instauração de incidente de insanidade mental, ou seja, após instauração do processo e indícios de que o agente sofre das faculdades mentais, instaura-se o incidente de insanidade para constatação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Necessita-se também da conclusão de que o agente possivelmente voltará a delinquir, praticando de forma reiterada condutas criminosas, como também que sua conduta tenha sido praticada com violência ou grave ameaça.

A 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, que apesar de prevista desde a vigência do Código de Processo Penal vem inovar alterando requisitos para sua concessão, como quanto ao tipo de pena aplicada, pena máxima, valor fixado, entre outros, com o objetivo precípuo de garantir a persecução penal. Continua lecionando Távora e Alencar (2011, p. 648):

Como estudado, a fiança é medida reservada a impugnação do cárcere, impondo implementação financeira e submetendo o agente a uma série de obrigações. De regra, funciona como contracautela, ou até mesmo como cautelar autônoma, assegurando o comparecimento do agente aos atos processuais, evitando a obstrução da persecução, ou sendo imposta quando o agente resiste injustificadamente à ordem judicial, evitando o encarceramento.

Conforme se depreende, a fiança pode funcionar como uma contracautela evitando a permanência no cárcere através de uma determinada quantia financeira arbitrada pela autoridade policial nos casos de infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos e nos demais casos pelo juiz. Também como cautelar autônoma, visando assegurar o comparecimento do agente aos atos processuais, evitar a obstrução da persecução, ou no caso de resistência injustificada à ordem judicial, podendo assim sendo, o magistrado ao invés de decretar medida de segregação como a prisão preventiva em caso de descumprimento por exemplo à ordem judicial, aplicar a fiança.

Por fim a monitoração eletrônica, feita através da implantação no investigado ou acusado de tornozeleira ou pulseira eletrônica, ou outro aparelho eletrônico programado para tal, de modo a detectar a localização do imputado fiscalizando de forma mais eficiente seus atos. Trata-se de medida mais rígida e prejudicial a

intimidade do imputado, somente sendo utilizada segundo melhor entendimento, com a concordância à quem a medida foi estabelecida, sob pena de contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Devendo-se o magistrado analisar a necessidade e adequação de sua utilização, ao passo que somente é considerada apropriada quando apta a solucionar o caso concreto diante das alternativas à disposição e confronta-se com medida mais grave restritiva da liberdade do investigado/acusado, que seria mais precisamente a prisão preventiva. E continua Távora e Alencar (2011, p. 648):

A tecnologia também deve ser utilizada em favor da persecução penal. O monitoramento eletrônico tem seus contornos na década de 60, ganhando efetividade nos idos da década de 80, notadamente em território americano e europeu. No Brasil, em que pese leis estaduais de duvidosa constitucionalidade tratando do tema, como ocorreu no Estado de São Paulo (Lei n.º 12.906/08), fato é que a matéria foi devidamente regulamentada por força da lei n.º 12.258/08, alterando a execução penal, e inserindo o instituto para o seguinte tratamento: a) saída temporária aos beneficiários do regime semi-aberto; b) disciplina da prisão domiciliar. Com o advento da Lei n. 12.403/11, o instituto passa a permear toda a persecução penal, desde a fase investigativa, contemplando inclusive a evolução processual, funcionando como verdadeiro substitutivo do cárcere cautelar, para aferir a ida, vinda ou permanência do indivíduo em determinados lugares, por meio de aparato tecnológico não ostensivo, com impacto mínimo na sua rotina, em consonância com o estipulado em decisão judicial motivada.

O monitoramento eletrônico passou a ser devidamente regulamentado pela lei 12.403/11, que altera a lei de execução penal (7.210/84), prevendo a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta, como por exemplo, por meio de tornozeleiras ou pulseiras eletrônicas, nos casos em que especifica que a saber são: saída temporária aos beneficiários do regime semi-aberto e determinação domiciliar.

Com o advento da novel 12.403/11 a monitoração eletrônica obteve contornos de medida cautelar pessoal, podendo ser utilizada não só apenas na fase de execução penal, mas também na fase investigatória e evoluindo até a fase processual, de maneira que apesar de restringir de forma mais acentuada do que as demais medidas e até mesmo chegar a constranger o agente, se adequado ao caso funciona como medida mais favorável do que o cárcere cautelar.

Se for imposta a monitoração eletrônica como medida cautelar, será imposto ao agente conforme o artigo 146-C da lei 7.210/84 (lei de execução penal), por analogia, ante a ausência de disciplina procedimental da medida, os seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica,

responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou permitir que outrem o faça.

Sendo salutar afirmar que caso ocorra descumprimento de qualquer dos deveres, ao invés de regressão de regime ou revogação da prisão domiciliar por exemplo, como trata-se de medida cautelar, pode ter como consequência a substituição da medida, a cumulação com outra, ou em último caso, a decretação da prisão preventiva.

Assim, pode-se inferir que, as medidas cautelares pessoais penais diversas da prisão inseridas no CPP pela Lei n.º 12.403/11, veio a ampliar as opções à disposição do Estado como forma de evitar restrição tão extrema ao direito à liberdade sem necessidade ou antes de uma sentença condenatória, reforçando a implementação de novas políticas públicas voltadas para desencarcerização e o respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

O tema abordado teve como embasamento primordial a vigência da lei 12.403/11, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, à luz dos princípios constitucionais e processuais penais brasileiros.

Conforme visto em definições anteriores, os princípios são os alicerces do sistema jurídico, precisam ser seguidos pelas legislações infraconstitucionais sob pena de comprometimento das relações por elas regulamentadas.

Demonstrou-se que os princípios que regem os Direitos e Garantias Fundamentais tem aplicação imediata, conforme dispõe o §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e em especificamente discorrendo sob a novel legislação, com sua entrada em vigor os pontos que se amoldam aos referidos princípios devem ser aplicados imediatamente.

De logo, observou-se que a novel legislação está de acordo com os princípios constitucionais, dentre eles o Princípio da Presunção de Inocência, inferindo-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e o Princípio da Proporcionalidade inferindo-se que para decretação das medidas cautelares analisar-se-à a necessidade e adequação da medida ao caso concreto, assim como se é proporcional a medida aplicada em determinado instante, o que vem a ser aplicado com a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Viu-se que para decretação das medidas cautelares necessário está presente os requisitos gerais que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, assim como os requisitos específicos que de maneira geral são os requisitos para decretação da prisão preventiva. Relatou-se também sobre a possível existência de um processo penal cautelar e sua autonomia, constatando-se que ocorre divergência na doutrina.

Com relação as medidas cautelares típicas analisou-se a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de sentença penal condenatória, a prisão advinda da sentença de pronúncia e a liberdade provisória. Constatando-se que com exceção da prisão temporária que exige requisitos próprios para sua decretação, as demais prisões cautelares para sua incidência exigem os requisitos da prisão preventiva.

Apresentou-se os requisitos necessários para decretação da prisão preventiva, quais sejam os indícios suficientes de autoria e materialidade, uma das hipóteses do artigo 312 que se resume a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, assim como uma das hipótese do artigo 313, quais sejam, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o caso de reabilitação; se o crime envolver violência doméstica e familiar; no caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Evidenciou-se que no atual Estado Democrático de Direito a prisão é a exceção e a liberdade a regra, exigindo-se a análise do caso concreto e demonstrando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade para sua decretação. Devendo ser aplicada em última circunstância, se insuficiente, ou inadequada, ou descumpridas as demais medidas cautelares.

Assim como evidenciado que a prisão cautelar é decretada em caso de excepcionalidade e em última circunstância, como medida odiosa e constrangedora que é, em respeito ao princípio da presunção de inocência que reza que enquanto não comprovado a culpa do indiciado/acusado deve-se aplicar medida cautelar menos constrangedora possível ao passo que também assegure o fim visado pelo processo, deve-se atentar para o fato de que a ordem para sua decretação emane de autoridade competente e de forma fundamentada, conforme preceitua a CF/88.

Discorreu-se sobre a liberdade provisória, que antes do advento da lei 12.403/11 existia apenas o binômio prisão-liberdade provisória, ou seja ou o magistrado decretava a prisão cautelar ou concedia a liberdade provisória geralmente sem fiança. Com o advento da nova lei propiciou-se ao magistrado um leque de opções diversas da prisão, ou seja, se não há necessidade para decretação da prisão nem é adequado conceder a liberdade provisória com ou sem fiança impõe-se uma das medidas cautelares criadas pela lei, que pode ser inclusive a fiança, de forma isolada ou cumulada conforme o caso.

Viu-se que para decretação das medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal como toda medida cautelar necessário a incidência dos pressupostos gerais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, exigindo-se contudo requisitos específicos menos rigorosos do que os exigidos para decretação da prisão

preventiva, como que o crime seja apenado com pena privativa de liberdade e que ocorra uma análise de necessidade e adequação das medidas impostas, conforme dispõe o artigo 282, I e II, do Código de Processo Penal.

Constatou-se que o rol de medidas implementadas pela novel legislação federal veio ampliar o *status libertatis* do cidadão, ofertando ao magistrado um rol de medidas que principalmente nos casos de infração de menor ou médio potencial ofensivo apresenta-se como capaz de proteger o bem jurídico em perigo, sem imposição de uma medida extrema e excepcional de forma a restringir um direito fundamental que é a liberdade sem necessidade.

Analisando sob o ponto de vista da situação do sistema prisional nacional, onde o Poder Público não demonstra interesse na construção de novos presídios e estimula criação crescente de legislações de conteúdo despenalizador, seja por interesses políticos, seja por defender na atualidade uma nova sistemática voltada aos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão, a nova lei 12.403/11 demonstra-se amoldar-se aos princípios constitucionais e processuais penais brasileiros.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Luiz Antônio. Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CUNHA, Rogério Snaches. Terminologia dos pressupostos das medidas cautelares penais: uma visão crítica das posturas críticas. Disponível em: <http://criminalistanato.blogspot.com/2011/08/terminologia-dos-pressupostos-das-html>. Acesso em 07 de setembro de 2011.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Processo penal cautelar e polícia judiciária. Disponível: < <http://jus.com.br/revista/texto/4586/processo-penal-cautelar-e-policia-judiciaria> >. Acesso em 06 de setembro de 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitosa. Direito Processual Penal. 5. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PORTELA, Alessandra Castro Diniz. Lei nº 12.403/2011: uma análise relativa as medidas cautelares e à necessidade de se evitar a encarcerização provisória. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/19637/lei-no-12-403-2011-uma-analise-relativa-as-medidas-cautelares> >. Acesso em 07 de setembro de 2011.

PRETEL, Mariana Pretel e. Princípios constitucionais: conceito, distinções e aplicabilidade. Disponível: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23507>>. Acesso: 31 de agosto de 2011.

QUEIROZ, Liana Carine Fernandes de; BEZERRA, Lenildo Queiroz Bezerra. O PRINCÍPIO DA PRPPORCIONALIDADE INFORMADOR DAS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS E PENAS APÓS A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 12.403/11. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn/gerenciador/revistafiles/Liana_e_Lenildo.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2011.

SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7198/o-principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso: 31 de agosto 2011.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. Dicas de Direito Penal e Processual Penal. Disponível: <<http://professorsumariva.wordpress.com/>>. Acesso em 01 de setembro de 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 6. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Bahia: Jus PODIVM, 2011.

ANEXO



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Vigência

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“TÍTULO IX
 DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º 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.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

“Art. 283. 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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (NR)

“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.” (NR)

“Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)

“Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.” (NR)

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (NR)

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR)

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

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

Parágrafo único. 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).” (NR)

“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;

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;

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;

IV - (revogado).

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.” (NR)

“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.” (NR)

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)

“CAPÍTULO IV

DA PRISÃO DOMICILIAR”

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

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

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

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

“CAPÍTULO V

DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES”

“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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

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

“Art. 320. 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.” (NR)

“Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado)

II - (revogado).” (NR)

“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado);

V - (revogado).” (NR)

“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).” (NR)

“Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).” (NR)

“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)

“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

“Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.” (NR)

“Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.” (NR)

“Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.” (NR)

“Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)

“Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.” (NR)

“Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA
José Eduardo Cardozo

ROUSSEFF

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.5.2011