

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

LAYSE NEGROMONTE AZEVEDO

**ALTERNATIVAS CAUTELARES À PRISÃO PREVENTIVA E
O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**

**JOÃO PESSOA
2011**

LAYSE NEGROMONTE AZEVEDO

**ALTERNATIVAS CAUTELARES À PRISÃO PREVENTIVA E O
PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**

Monografia Jurídica

Área: Direito Processual Penal

Orientadora: Prof.^a Msc^a. Lenilma Cristina Sena
de Figueiredo Meirelles

JOÃO PESSOA
2011

Azevedo, Layse Negromonte.

Alternativas cautelares à prisão preventiva e o poder geral de cautela do juiz / Layse Negromonte Azevedo – João Pessoa, 2011. f. 62v

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

Orientadora: Prof.^(a). Msc^a. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

1. Prisão Preventiva. 2. Medidas Cautelares. 3. Poder Geral de Cautela. 4. Taxatividade. 5. Exemplificatividade.

I Título.

LAYSE NEGROMONTE AZEVEDO

**ALTERNATIVAS CAUTELARES À PRISÃO PREVENTIVA E O
PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ**

Banca Examinadora:

**Professora Msc^a. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(Orientadora)**

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

João Pessoa
2011

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre ter me cercado com Seu grande amor e misericórdia, proporcionando-me momentos maravilhosos e indescritíveis. A Ele, minha eterna gratidão .

Aos meus pais, Walmir Azevedo e Lucione Negromonte, por todo o amor e dedicação com que me criaram e me ensinaram os mais importantes valores da vida, por todo o sacrifício que passaram para possibilitar os meus estudos e por todo o apoio que sempre me deram. Pelo ombro e pelo colo sempre disponíveis, muito obrigada.

Ao meu avô Pedro, porque mesmo não estando mais presente sempre foi e será um grande exemplo de vida. Dele guardo as melhores lembranças da infância e adolescência e para ele dedicarei todas as minhas conquistas.

Às minhas irmãs, Lizziane e Larissa, por toda cumplicidade e união que temos. Obrigada, pois em todo o tempo sempre me ajudaram com os estudos e com incontáveis caronas para a universidade.

Às amigas, Danielle Dantas e Aline Nascimento, por toda amizade que construímos nesses 5 anos de convivência, compartilhando alegrias, tristezas e muitas gargalhadas.

À minha querida orientadora, Lenilma Cristina, por quem guardo grande admiração tanto por sua dedicação ao conhecimento quanto aos alunos. Obrigada, professora, por toda a paciência ao me orientar na monografia e pela possibilidade de ter uma experiência maravilhosa na monitoria de Processo Penal.

A Lucas, por ser o meu fiel companheiro e grande amor.

RESUMO

O objetivo da presente monografia é aprofundar os conhecimentos acerca da prisão preventiva e das medidas cautelares existentes e verificar se é possível ao juiz, no âmbito de sua competência usar outras medidas cautelares para garantir a efetiva proteção à liberdade do acusado. Muito se discutiu sobre a constitucionalidade das prisões processuais, notadamente da prisão preventiva, com o fundamento de afrontar o postulado da presunção de inocência uma vez decretada antes de uma sentença penal condenatória e definitiva. Em que pese os argumentos contrários, hoje se entende plausível e constitucional as prisões processuais, utilizando-se da regra da ponderação ou proporcionalidade em que princípios constitucionais são analisados em conjunto, com o fim de proteger aquele que mais se mostra relevante no caso concreto, servindo de fundamento para a decretação das prisões preventivas, por exemplo, a manutenção da segurança e da paz social. Contudo, apesar da necessidade de fundamentação e mesmo considerada constitucional, as prisões preventivas sempre foram decretadas de forma aleatória, tornando-se a regra na maioria dos processos que apresentavam os requisitos do artigo 312 do CPP, ainda que de forma frágil, sendo necessário criar medidas que excepcionassem essa atitude. Assim, a Lei 12.403/2011 inseriu nesse contexto, medidas cautelares que devem ser utilizadas em detrimento da prisão preventiva, conferindo um caráter excepcional a mesma, discutindo-se a liberdade de aplicação do juiz no caso concreto de medidas que fogem ao que está disposto no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, utilizando-se do poder geral de cautela. Diante disso, serão abordadas, num segundo momento da pesquisa, as características de cada medida inserida no ordenamento jurídico processual-penal. Por fim, analisaremos a possibilidade de utilização do poder geral de cautela do juiz com competência criminal, vinculando-o às medidas explícitas no código ou permitindo a sua atuação criativa com base no poder geral de cautela, o que conferiria ao artigo 319 a condição de lista exemplificativa.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Medidas Cautelares. Poder Geral de Cautela. Taxatividade. Exemplificatividade.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 DA PRISÃO PREVENTIVA..... | 11 |
| 1.1 Direito de punir estatal..... | 11 |
| 1.1.1 Prisão na antiguidade..... | 12 |
| 1.1.2 Idade média..... | 13 |
| 1.1.3 Idade Moderna..... | 14 |
| 1.1.4 Prisão cautelar no Brasil..... | 14 |
| 1.2 Disciplina legal (Anterior à Lei n. 12.403/2011)..... | 16 |
| 1.2.1 Conceito..... | 16 |
| 1.2.2 Pressupostos e hipóteses de decretação..... | 17 |
| 1.2.3 Infrações que ensejam o encarceramento cautelar..... | 19 |
| 1.3 A prisão preventiva após a reforma..... | 20 |
| 1.3.1 Considerações sobre a Lei n. 12.403/2011..... | 20 |
| 1.3.2 Alterações na prisão preventiva – artigos 311 a 316..... | 22 |
| 2 DAS MEDIDAS CAUTELARES..... | 27 |
| 2.1 Aspectos gerais..... | 27 |
| 2.2 Conceito..... | 28 |
| 2.3 Características..... | 29 |
| 2.3.1 Provisoriedade..... | 29 |
| 2.3.2 Revogabilidade..... | 29 |
| 2.3.3 Substitutividade..... | 30 |
| 2.3.4 Excepcionalidade..... | 31 |

| | |
|--|-----------|
| 2.3.4.1 Necessidade..... | 33 |
| 2.3.4.2 Adequação..... | 33 |
| 2.3.5 Acessoriedade..... | 33 |
| 2.3.6 Mutabilidade..... | 34 |
| 2.4 Requisitos para aplicação das medidas cautelares..... | 34 |
| 2.4.1 Requisitos genéricos das medidas cautelares..... | 34 |
| 2.4.2 Requisitos específicos previstos no artigo 282, <i>caput</i>, do Código de Processo Penal..... | 36 |
| 2.5 Princípio da proporcionalidade..... | 37 |
| 2.6 Das medidas cautelares em espécie..... | 39 |
| 2.6.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades..... | 39 |
| 2.6.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações..... | 40 |
| 2.6.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante..... | 41 |
| 2.6.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução..... | 41 |
| 2.6.5 Reconhecimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos..... | 42 |
| 2.6.6 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..... | 42 |
| 2.6.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração..... | 43 |

| | |
|--|---------------|
| 2.6.8 Fiança, nas infrações que a admite, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial..... | 44 |
| 2.6.9 Monitoração eletrônica..... | 45 |
| 2.6.10 Proibição de ausentar-se do País..... | 46 |
| 3 O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ..... | 47 |
| 3.1 Aspectos introdutórios..... | 47 |
| 3.2 Projeto de Lei n. 156/2009..... | 49 |
| 3.3 Taxatividade do artigo 319 – vedação ao poder geral de cautela no processo penal..... | 51 |
| 3.4 Exemplificatividade do artigo 319 – poder geral de cautela do juiz como pressuposto de processo eficaz..... | 54 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 57 |
| REFERÊNCIAS..... | 60 |

INTRODUÇÃO

O caráter excepcional e último da prisão preventiva já era defendido por muitos segmentos da doutrina, mas, era muito pouco utilizado, uma vez que vigorava no ordenamento jurídico a bipolaridade das cautelares: ou se aplicava a liberdade provisória ou decretava-se a prisão processual. Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette (2011), não havia possibilidade facultada ao juiz para que este conferisse caráter subsidiário às prisões provisórias.

A prisão preventiva é um procedimento caracterizado por sua excepcionalidade, devendo ser admitida diante de requisitos devidamente provados e, somente nesta situação, é legítima a privação de liberdade do indivíduo antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. No mesmo sentido, Fernando Tourinho Filho (2005) ressalta a excepcionalidade da medida que somente se torna justa e adequada diante da Constituição Federal da República para conservar a persecução penal ou para garantir a aplicação da pena.

Contudo, somente em 2011, com a Lei n. 12.403, é que se concretizou essa característica da prisão, inserindo medidas cautelares anteriores à privação provisória da liberdade, sendo esta decretada tão somente nos casos em que as medidas cautelares não se mostrarem necessárias e suficientes diante da gravidade do delito ou quando descumpridas pelo acusado.

Assim, relacionaremos a prisão e as demais medidas cautelares para que se evidencie o caráter último daquela e as características que são próprias das providências cautelares.

Dessa forma, a pesquisa abordará, preliminarmente, a prisão preventiva e os requisitos legais que determinam sua decretação, além de fazer uma comparação com a legislação pertinente ao encarceramento provisório anterior à Lei n. 12.403/2011 e a atual, ressaltando seu caráter subsidiário e excepcional.

Em seguida, trataremos dos aspectos gerais das medidas cautelares e seu tratamento legal definido pela precitada lei. Por fim, lançaremos mão das hipóteses legais de cabimento de cada medida cautelar.

O artigo 319 relaciona as medidas cautelares inseridas no ordenamento jurídico que devem ser utilizadas no processo penal, surgindo a discussão na

doutrina acerca da taxatividade ou não desse dispositivo processual. Como consequência, debate-se a aplicação do poder geral de cautela do juiz para utilizar medidas cautelares não dispostas explicitamente no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, tornando o rol meramente exemplificativo.

Defendendo a taxatividade, Eduardo Luiz Santos Cabette (2011) entende inconcebível a aplicação desse poder no processo penal, sendo característico apenas do processo civil, não havendo possibilidades de o juiz, exercendo sua atividade jurisdicional, criar outras medidas cautelares que não as previstas no artigo 319.

De modo contrário, Iennaco (2011) ensina ser o rol exemplificativo característico do processo civil, uma vez que o juiz no processo penal estaria autorizado a utilizar-se do poder geral de cautela, e determinar outras medidas cautelares, desde que fundamentadas em critérios parecidos aos usados no artigo 319, incisos I a IX, observando, assim, a regra geral contida no artigo 282 do Código de Processo Penal. Para o autor, se as medidas cautelares do artigo 319 forem consideradas taxativas, a intenção do legislador de tornar a prisão preventiva excepcional se tornará malograda, fazendo com que em determinados casos em que coubesse uma cautelar inominada definida pelo juiz, fosse determinada a prisão sem a devida necessidade e adequação.

O tipo de pesquisa que se pretende realizar é o qualitativo, por meio de técnicas bibliográficas e documentais, aferindo as características da prisão preventiva, das medidas cautelares e o poder geral de cautela no Processo Penal. No que se refere à técnica bibliográfica, realizar-se-á uma revisão da doutrina pertinente, confrontando, através do método dialético, as opiniões dos diversos doutrinadores que são opostos e, após isso, será concluído quais são os argumentos mais convincentes para a questão.

Simultaneamente a essa pesquisa bibliográfica, será aplicada a técnica documental, através do estudo da legislação nacional e de acórdãos dos tribunais. Também serão buscados, na legislação e na jurisprudência, argumentos que fundamentem as posições adotadas em determinados assuntos. No que concerne às leis, optou-se por utilizar o método dedutivo, que parte de fenômenos gerais para o caso particular. Quanto à jurisprudência, utilizar-se-á o método indutivo, vez que se partirá de casos particulares para o geral.

A pesquisa, em um segundo momento, analisará cada instituto que a compõe – prisão preventiva, medidas cautelares e o poder geral de cautela do juiz – para, ao fim, após identificar e traçar seus contornos gerais, abordar a utilização do poder geral de cautela do juiz na seara processual penal, conferindo ao rol do artigo 319 um caráter exemplificativo ou *numerus clausus*.

1 DA PRISÃO PREVENTIVA

1.1 Direito de punir estatal

Por ser o homem um ser social por natureza, sempre viveu em comunidade e, portanto, debaixo de regras que eram impostas pelos próprios grupos para organizar a convivência. Todos os integrantes de uma comunidade deviam obediência a tais regras de comportamento, sempre com temor da consequência que a desobediência acarretaria. Não existia um Estado organizado e responsável pela fiscalização do cumprimento das regras e, por isso, essa tarefa era exercida pelos próprios membros da comunidade.

Com o fortalecimento do estado, o direito de punir passou a ser exclusivo do ente estatal, e foi vedada toda e qualquer manifestação da vingança privada, que antes imperava nas comunidades. O Estado passou a organizar suas normas penais, definindo as condutas que configuravam crime e sua respectiva punição, caso houvesse infração à norma.

Cesare Beccaria (2010, p. 19) explica que o homem em sociedade abriu mão de parcela de sua liberdade, de maneira livre e espontânea, exercendo-a de forma completa. Além disso, ainda usurpou a dos outros, externalizando a natureza despótica da humanidade, que deixou evidente, portanto, a necessidade de estabelecer as penas para reorganizar a sociedade que, por tudo isso, estava mergulhada em caos.

Nas palavras do insigne autor:

Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis. (BECCARIA, 2010, p. 19)

A principal pena que havia à época era a pena de morte, que entrou em decadência a partir da segunda metade do século XVIII porque não correspondeu às expectativas de redução de criminalidade, e, então, a prisão passou a ser a alternativa mais viável para a punição dos Estados.

No fim do século XVIII, as penas corporais desapareceram e deram lugar ao regime de segregação, com a finalidade de manter o indivíduo privado de sua

liberdade em instituições mantidas pelo Estado e obter sua regeneração. A prisão, por fim, passou a ser vista como espécie de pena.

Contudo, a prisão como medida antecipada à pena principal tem seus vínculos históricos voltados, praticamente, ao início da história da humanidade, constituindo prática secular a manutenção do acusado sob custódia, evitando sua fuga para, assim, oportunizar o processo e aplicar-lhe a pena devida.

A prisão sempre teve um caráter provisório e instrumental, configurando-se em medida eminentemente processual, que visava somente manter o acusado no distrito da culpa para, ao final, puni-lo com as penas que existiam na época. Na idade moderna, contudo, a prisão ganhou o caráter de pena, explicado anteriormente.

Dessa forma, antes de a prisão passar a ser instrumento de pena, ela se destinava a reter o condenado te a execução de sua pena, que era sempre corporal ou infamante. A custódia do acusado como meio de assegurar a aplicação das sanções punitivas antecede historicamente a própria pena privativa de liberdade, posto que esta foi introduzida pelo Direito eclesiástico, como forma de penitência. (ROSA, 2008)

1.1.1 Prisão na antiguidade

Na Idade Antiga, a prisão como pena não era conhecida e havia, tão somente, o encarceramento provisório. A prisão era, portanto, apenas uma forma de manter o indivíduo sobre o controle do Estado, mas a sanção penal consistiria não na privação da liberdade, mas em pena de morte, corporal e infamante.

Até o século XVIII a prisão era vista como meio de preservar a integridade do acusado e manter seu domínio físico enquanto esperava para ser julgado e submetido à execução da pena que lhe fosse imposta. Havia, nesse momento, apenas a prisão sob a forma de custódia.

Os locais que serviam para guardar os acusados eram os mais diversos e não havia presídios nessa época. Usavam-se calabouços, prédios em ruínas, insalubres, masmorras, lugares cujas condições eram subumanas e apropriadas para maltratá-los.

No Direito Romano, o indivíduo que cometesse algum crime deveria ser preso em estabelecimentos mantidos pelo Estado ou em casa, de forma que fosse

possível segregá-lo até a aplicação das penas. Havia, também, da mesma forma que em Roma, expressão da prisão provisória no Direito Grego.

1.1.2 Idade Média

O direito penal representava uma ferramenta estatal de controle pelo temor de suas penalidades que ainda consistiam em penas corporais e tortura. Nas prisões provisórias, os custodiados eram submetidos às diversas formas de maus tratos, com o objetivo de se obter a confissão.

As penas eram estabelecidas pelo arbítrio dos governantes e o principal critério para estabelecê-las era o status social a que fazia parte o investigado:

A amputação dos braços, degolar, a forca, incendiar, a roda e a guilhotina, proporcionando o espetáculo e a dor, como por exemplo, a que o condenado era arrastado, seu ventre aberto, as entranhas arrancadas às pressas para que tivesse tempo de vê-las sendo lançadas ao fogo. Eram essas penas que constituíam o espetáculo favorito das multidões deste período histórico, em alguns casos também se usava como “pena” tornar o “réu” em escravo. (MISCIASCI, 1999)

Surgem, nesse período histórico, a prisão do Estado e a prisão Eclesiástica. Naquela, eram enviados ao cárcere os inimigos do Estado cujos delitos seriam de traição ou compunham a classe adversária que poderiam ser colocados em dois tipos de prisão: a prisão provisória ou a prisão pena, que seria temporária ou perpétua.

Já a prisão eclesiástica era aplicada aos membros da Igreja que não obedecessem às regras que lhes cabiam. Assim, eram colocados em lugares fechados em mosteiros, privados de sua liberdade, para que buscassem o arrependimento pelos erros cometidos.

O Direito Canônico, por introduzir no direito uma espécie de prisão mais humana do que a prisão do Estado, baseada em tortura, influenciou sobremaneira a prisão pena atual, cujos principais objetivos são ressocializar e privar da liberdade, com respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Foi na Idade Média que a prisão preventiva tomou maiores contornos na sociedade e foram criados centros penitenciários para manter os presos provisórios

a fim de que, nesses lugares, permanecessem até serem julgados pela inquisição. Assim, de acordo com Marcelo Iranley Pinto de Luna Rosa (2008):

A prisão cautelar era realizada nos penitenciários que em geral estavam localizados nos subterrâneos, com celas individuais, escuras e imundas, porque, segundo os inquisidores, só assim elas seriam propícias à penitência, à expiação e a purgação. Havia uma dependência para os suplícios que eram progressivos, desde os mais brandos até os mais violentos, e desde que o supliciado não se “arrependesse” e não se “convertesse”, seria lançado vivo à fogueira.

1.1.3 Idade Moderna

A crise e a pobreza se instalaram na idade moderna, causando o aumento da criminalidade na sociedade, sendo, assim, a forma de sobreviver de inúmeras pessoas. O Estado teve que encontrar uma solução para punir uma enorme quantidade de pessoas, já que a pena de morte, até então a sanção penal que vigorava, não se mostrava suficiente para controlar a criminalidade.

No século XVI houve um significativo movimento para desenvolver penas privativas de liberdade, resultando na criação de diversos presídios que tinham a finalidade de abrigar os condenados durante o cumprimento de sua pena.

Nessa esteira, a primeira prisão construída foi a Rasphuis de Amsterdã, na Holanda, construída em 1595, lugar para onde os homens eram encaminhados. No século XVII, diversas casas de correções foram criadas, inicialmente na Inglaterra; e também casas de trabalho, nas quais os apenados usavam sua força de trabalho como forma de cumprimento de pena.

1.1.4 Prisão cautelar no Brasil

No Brasil, a prisão cautelar foi introduzida no ordenamento jurídico pela legislação no ano de 1822 quando o Príncipe D. Pedro, por meio do decreto de 23.05.1821, legislou sobre a prisão de criminosos.

Em 1824 foi publicada a Constituição do Império, cujo artigo 179 determinava que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei e que mesmo com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou

nela ser conservado, se prestasse a devida fiança, quando cabível. Havia também a possibilidade de o réu livrar-se solto, ou seja, ter de volta sua liberdade sem pagar fiança.

A culpa formada consistia em:

Um filtro para a admissibilidade da acusação tinha como apoio as provas até então produzidas (perícias, testemunhos e interrogatório do acusado) e, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão. (CRUZ, 2006)

A prisão também era prevista no Código supracitado, no artigo 175, mesmo sem culpa formada, para aqueles que fossem presos em flagrante ou para os que fossem indiciados por crimes que não admitissem a prestação da fiança. A prisão, contudo, deveria ser determinada por ordem expressa do juiz.

No Código de Processo Criminal de 1832, a prisão preventiva era prevista para os casos de crimes inafiançáveis e também dependia de ordem escrita da autoridade competente.

A exposição de motivos do código de Processo Penal de 1941 apresentou a prisão como um instrumento de interesse da administração pública, demonstrando a forte influência que sofreu do período fascista em que foi elaborado. Cuidou-se, assim, de diminuir o formalismo das prisões e aumentar os casos em que a prisão preventiva era admitida.

Nesse diploma legal, foi instituída a prisão preventiva obrigatória que era aplicada aos acusados de crimes cuja pena fosse de reclusão igual ou superior a dez anos. Desta forma, para que o encarceramento provisório fosse decretado, não era necessário nenhum outro requisito.

Contudo, foi no primeiro quarto do século XX que a prisão preventiva, como exposta acima, deixou de ser vista como meio de guardar o acusado sob o poder do Estado para, posteriormente, puni-lo, e passou a representar uma forma de garantir o efetivo andamento do processo, impedindo que o acusado empreendesse fuga, além de proteger a produção de provas e restabelecer o equilíbrio social.

Dessa forma, a prisão cautelar se tornou medida de caráter excepcional, somente se justificando quando houvesse real necessidade, abandonando, assim, o formato arbitrário que imperava na época em que constituía uma exacerbação do poder do Estado.

A legislação processual penal de 1941 trouxe as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e os seus pressupostos que autorizam sua decretação. Tais hipóteses sofreram significativas alterações com a Lei n. 12.403 de 2011, que confirmou o caráter cautelar da prisão e positivou sua subsidiariedade ao introduzir medidas cautelares do encarceramento que têm preferência na aplicação no caso concreto.

1.2 Disciplina Legal (Anterior à Lei n. 12.403/2011)

1.2.1 Conceito

A prisão preventiva já se caracterizava como uma prisão de natureza cautelar, servindo para encarcerar o acusado em qualquer momento da persecução penal, desde o inquérito até a fase processual. Deve ser decretada por ordem escrita e devidamente fundamentada e somente poderá ser autorizada pela autoridade judiciária competente, conforme determina a Constituição Federal:

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

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988)

Contudo, para que fosse possível sua decretação, conforme leciona Nestor Távora (2010), era necessária a presença dos elementos que demonstrassem o fator necessidade da prisão preventiva. Assim, sendo uma medida cautelar, só se entendia cabível se houvesse lastro probatório mínimo que indicasse a ocorrência do delito, ou seja, indícios de quem seriam os envolvidos, além do motivo legal que servisse de fundamento para a ordem de prisão.

Para que haja uma medida cautelar, esta dependerá da existência ou não dos requisitos que serão a seguir comentados. Percebe-se que se aplica à medida a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, se a situação que antes ensejava o

aprisionamento provisório mudar ou deixar de existir, a prisão preventiva deve ser revogada a qualquer tempo, por ofício ou mediante provocação.

O artigo 316 do Código de Processo Penal deixa claro que, uma vez revogada a medida, reaparecem os requisitos que demandam a determinação da prisão, pois nada impede que seja redetretada quantas vezes forem necessárias.

1.2.2 Pressupostos e hipóteses de decretação

O artigo 312, *in fine*, do Código de Processo Penal, traz em seu texto os dois pressupostos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam: materialidade do crime e indícios de autoria. Deve haver um mínimo probatório de que o delito ocorreu, vez que se houver dúvida a preventiva não poderá ser decretada, constituindo afronta ao Princípio da Presunção de Inocência todos os casos que não obedecem ao que dispõe esse artigo.

Da mesma forma, deve haver indícios da autoria, ou seja, de que aquela pessoa que será presa está, de alguma forma, ligada ao crime cometido, e que há fortes indícios de ter sido o autor do crime. Quanto a esse pressuposto, não é necessário o juízo de certeza, diferentemente do anterior, pois quanto ao crime, não pode haver juízo de probabilidade em relação a sua existência.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Nestor Távora (2010), consideram que há uma correlação entre os pressupostos descritos acima e os requisitos das medidas cautelares de *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No caso da prisão preventiva, há o *fumus commissi delicti* que, no caso em análise, seriam os seus pressupostos: materialidade do crime e indícios de autoria.

[...] no que se refere à decretação da prisão preventiva, já que para esta, por ser a mais drástica das cautelares, expressamente exigiu o legislador, ademais dos 'indícios de autoria', também a 'prova da materialidade do crime', conforme expressamente prevê o art. 312 do CPP. Destarte, tem-se que os indícios de autoria são requisitos comuns a todos os tipos de cautelares, mas a prova da materialidade é requisito específico para a decretação da custódia preventiva. (BONFIM, 2011, p. 27)

As hipóteses da prisão preventiva completam os requisitos para que o ato se torne perfeito e legal, correspondendo ao *periculum libertatis*. Além do fator

necessidade da medida, que deve ser provado por meio dos pressupostos, também deve ser comprovado o fator de risco que torne imprescindível a decretação da prisão.

O legislador enumera as hipóteses que configurariam perigo da liberdade do agente, casos que justificariam, portanto, a restrição antecipada da liberdade do investigado ou acusado, dependendo do momento de sua decretação. Essas hipóteses são determinadas, também, pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Na ordem determinada pelo artigo supramencionado, as hipóteses de decretação do encarceramento preventivo são: a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal e garantia da ordem econômica. Essas hipóteses serão, posteriormente, comentadas em pontos específicos.

Por fim, a prisão preventiva só se justifica quando presentes todos os seus requisitos, conforme julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (grifos nossos):

EMENTA PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUMUS COMISSI DELICTI. CONFIGURAÇÃO. PERICULUM IN LIBERTATIS. AUSÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. I – O fumus comissi delicti está configurado, segundo a inicial acusatória, por haver indícios de que o paciente tenha atuado no crime de quadrilha, o que foi corroborado pelo recebimento da denúncia pelo Juízo de Primeiro Grau. II – Na decisão impetrada não restou demonstrado, com base em elementos concretos, a imprescindibilidade da medida à luz das circunstâncias autorizadoras que serviram de esteio ao decreto prisional impugnado. III – Liminar tornada definitiva e ordem parcialmente concedida, para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante termo de compromisso. **(Habeas Corpus n. 2007.02.01.017269-7, Primeira Turma Especializada, Tribunal Regional Federal da 2ª Região Relator: Des. Abel Gomes, julgado em 27/02/2008)**

Assim, a presença de apenas um dos pressupostos acima explicados não justifica a determinação do encarceramento provisório, eivando de ilegalidade a prisão que assim ocorrer.

1.2.3 Infrações que ensejam o encarceramento cautelar

O artigo 313 do mesmo diploma legal prevê as infrações que, se cometidas, podem ensejar a decretação do encarceramento provisório, contribuindo para a excepcionalidade da medida que só pode ser determinada nas situações descritas no artigo supracitado.

Primeiramente, só deve ser decretada essa espécie de prisão processual em casos de crimes dolosos, excluindo-se os crimes cometidos por culpa e, como já se percebe, também estão fora das hipóteses de decretação as contravenções penais. Contudo, somente os crimes dolosos que fossem punidos com reclusão é que admitiam essa medida.

Pode, ainda, ser determinada a medida prisional mesmo quando o crime seja punido com detenção, mas desde que o agente fosse vadio cujo conceito podia ser retirado do artigo 59 do Decreto-Lei nº 3.688/41 que define vadiagem: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita”. (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688/41 de 03 de outubro de 1941)

Em sequência, o artigo previa a hipótese de haver dúvida sobre a identidade do agente e quando este não oferece elementos para esclarecê-la; quando o réu já fosse condenado por crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressaltando o disposto no artigo 64, I, do Código penal – que trata do período da reincidência; quando envolvesse crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, nos termos da Lei n. 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha.

É oportuno lembrar que para ocorrer a decretação da prisão preventiva nos termos legais, além de serem observados os crimes cometidos, também devem estar presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O artigo 314 do Código de Processo Penal estabelece que se o crime for acobertado por uma das causas excludentes de ilicitude prevista no artigo 23 do Código Penal, a prisão preventiva não pode ser decretada, sendo incluídas nesse caso as causas excludentes de ilicitude previstas na parte especial e em legislação

extravagante. Não é necessário juízo de certeza por parte do juiz, bastando que haja indícios de que aquela conduta se encontra justificada perante a Lei.

Nesse sentido, Távora (2010) ensina que também deveriam ser consideradas como causa que impediria a segregação cautelar excludentes de culpabilidade, já que é provável a absolvição, não havendo razão para o cárcere.

1.3 A prisão preventiva após a reforma

1.3.1 Considerações sobre a Lei n. 12.403/2011

A Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011 entrou em vigor no dia 04 de julho do mesmo ano, trazendo novidades e certo avanço no que se refere à prisão preventiva, confirmando sua excepcionalidade e incluindo no ordenamento jurídico-penal as medidas cautelares, anteriores ao encarceramento provisório.

A sistemática dessa prisão processual foi profundamente alterada pela lei, como também foram modificadas as hipóteses que justificavam sua decretação, ou seja, as infrações que antes a autorizavam se tornaram mais restritas, sendo possíveis, por exemplo, somente em crimes dolosos cuja pena fosse superior a quatro anos.

A lei foi amplamente elogiada pela doutrina, mas não houve a mesma receptividade pela população leiga e ansiosa por justiça rápida e imediata, conforme Nucci (2011) leciona abaixo:

A Lei 12.403/2011, em nosso entendimento, trouxe mais vantagens que pontos negativos. Atendeu a um reclamo majoritário da doutrina e da jurisprudência pátrias, razão pela qual merece particular atenção por parte dos operadores do Direito, para que seus preceitos sejam, realmente, aplicados.

Em contrapartida, foram veiculadas na imprensa diversas matérias sensacionalistas criticando a lei. Segundo estas, a lei possibilitava a saída dos presos das prisões que lá estavam “justamente”, pois já visualizavam nesses lugares a punição que só deveria ser aplicada após o devido processo. Assim, retratando essa sociedade movida à velocidade da luz:

[...] a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não pode esperar, pois está acostumada ao instantâneo). (LOPES Jr.,2006, p.28)

A Lei n. 12.403/2011 representa um avanço no tratamento das prisões cautelares, por entendê-las instrumentos subsidiários para o efetivo andamento do processo penal e, principalmente, trará um esvaziamento dos presídios superlotados, aplicando medidas que sejam eficazes e alternativas ao cerceamento da liberdade.

A introdução das medidas cautelares, se bem aplicadas, garantirão o compromisso do acusado em comparecer aos atos processuais e permanecer no distrito da culpa, preservando sua liberdade.

As medidas cautelares inseridas pela lei em questão foram criadas com a finalidade primeira de substituir a decretação da prisão preventiva, reduzindo os casos em que o magistrado a determina como primeiro ato do processo. Há, a partir de agora, a possibilidade tanto de decretá-la imediatamente, quanto de aplicar as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, as quais podem, ainda, ser decretadas de forma isolada ou cumulativa.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2011), para que haja a aplicação das novas medidas cautelares, houve a criação de dois critérios fundamentais para a determinação da medida, a partir da análise do caso concreto: necessariedade e adequabilidade.

O primeiro critério, a necessariedade, verifica se a medida cautelar é indispensável para a investigação na fase inquisitorial ou processual ou para a aplicação da lei penal, servindo, além de tudo, como forma de impedir que sejam cometidas novas infrações. Já o critério da adequabilidade deve analisar a gravidade do crime, ou seja, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do investigado ou acusado. (NUCCI, 2010, p.10)

Sobre a prisão preventiva de forma particular, a lei manteve os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, reduzindo apenas as hipóteses em que pode ser determinada, como será agora analisado.

1.3.2 Alterações na prisão preventiva – artigos 311 a 316

Com a Lei n. 12.403 de 2011, a prisão preventiva foi alterada principalmente no que se refere à oportunidade de ser decretada e à legitimidade para requerer tal medida, conforme artigo 311 do Código de Processo Penal.

. A partir de agora, a constrição cautelar da liberdade só poderá ser determinada de ofício pelo juiz na fase processual, não podendo, portanto, ser decretada dessa forma durante a investigação e, além disso, oportunizou-se ao assistente de acusação a possibilidade de requerer a medida.

A legitimação do assistente de acusação para pedir o cerceamento da liberdade do acusado consolidou o entendimento de parte da doutrina que vê a vítima não como mera espectadora do processo, aguardando inerte a resolução final do caso, mas parte ativa e legítima para considerar que a liberdade do acusado pode ser-lhe prejudicial e requerer a medida cabível.

Logo, figurando como pessoa ofendida pelo crime, nada mais justo que poder indicar ao juiz a medida cautelar consistente na prisão preventiva. Ninguém melhor que a vítima para saber se o réu, em liberdade, pode causa-lhe transtornos. Não se que dizer que a palavra do ofendido é absoluta, devendo sempre ser levada em conta pelo magistrado; porém, cercear a sua atividade, na busca da restrição à liberdade não era correto. (NUCCI, 2011, p. 62)

O artigo 312, do mesmo diploma legal, não sofreu mudanças no que se refere aos requisitos que autorizam a decretação da preventiva, se presentes no caso concreto. Acrescentou-se um parágrafo único que traz uma hipótese de decretação subsidiária da preventiva que é o caso de descumprimento das medidas cautelares impostas, conforme artigo 282, §4º do Código de Processo Penal.

O parágrafo único acima mencionado acrescentou à prisão preventiva a característica da subsidiariedade, ou seja, primeiramente será aplicada uma medida cautelar, dentre as citadas pelo artigo 319 do mesmo diploma legal e, caso seja descumprida, caberá a aplicação da prisão preventiva como *ultima ratio*. Assim, esse instituto coaduna-se com a característica do Direito Penal de somente intervir no caso concreto quando nenhuma outra forma for suficiente, concretizando o Princípio da Intervenção Mínima.

A medida cautelar, nesse caso, é vista como um voto de confiança que o Estado confere ao indivíduo, mantendo-o em liberdade, mas com algumas restrições. Para garantir que esta medida seja obedecida, o ordenamento jurídico prevê uma punição no caso de descumprimento que é a substituição da cautelar pela prisão. Assim, “se a medida cautelar alternativa foi conferida, é preciso honrá-la, cumprindo-a à risca.” (NUCCI, 2011, p. 66)

Quanto aos requisitos, como já dito anteriormente, não sofreram alterações, valendo a pena uma rápida conceituação de cada um. A ordem pública, deixando-se de lado a discussão quanto a sua constitucionalidade, caracteriza-se por ser um requisito que visa à manutenção da segurança pública, devendo ser analisado concretamente e visando evitar que o indivíduo volte a cometer crimes.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em relação aos elementos que compõem o conceito de ordem pública, que se deve analisar a forma de execução do crime, sua repercussão na sociedade, como também a periculosidade do agente (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. OBJETO. CONCESSÃO DA ORDEM IN LIMINE LITIS. JULGAMENTO DO MÉRITO DO WRIT. CAUTELAR PREJUDICADA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO CAUTELAR. IMPRONÚNCIA. ART. 343, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MOTIVO QUE JÁ NÃO SUBSISTE. FIM DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MPRESCINDÍVEL DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CONCRETOS. INTEGRIDADE FÍSICA DO PACIENTE. DEVER NÃO JURISDICIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. FUGA. ESPECULAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO. CAUTELA INDISPENSÁVEL. FEITO NA ORIGEM. ANDAMENTO REGULAR. CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL FAVORÁVEIS AO PACIENTE. IRRELEVÂNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PREVENTIVA. DECISÃO DE PRONÚNCIA A REFORÇAR OS INDÍCIOS DE AUTORIA. MANUTENÇÃO A TÍTULO CAUTELAR. PROJEÇÃO DAS RAZÕES DE CAUTELA NO TEMPO. CRIME BÁRBARO. INTENSA E ATUAL REPERCUSSÃO NA COMUNIDADE LOCAL. ELEMENTOS QUE SE CONJUGADOS AUTORIZAM MANTER A PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FORMA DE CAUTELA DO MEIO SOCIAL. MEDIDA CAUTELAR PREJUDICADA. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus n. 41.857, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Paulo Medina, julgado em 26/03/06)

Contudo, atualmente o Egrégio Tribunal entende que a ordem pública está em risco se houver a probabilidade de reiteração da atividade delituosa, não sendo necessário investigar a periculosidade do agente, a gravidade concreta do delito e a repercussão social do fato.

A ordem econômica é considerada como espécie do primeiro, referindo-se aos casos dos delitos econômicos e financeiros, conhecidos como os crimes do colarinho branco, para que o indivíduo não volte a cometê-los.

Já a conveniência da instrução se refere à atuação do réu frente à produção de provas, nesse sentido, se o indivíduo está obstruindo a captação das provas preenche um requisito para a decretação da medida cautelar prisional. Por fim, a garantia da aplicação da lei penal diz respeito à possibilidade concreta de fuga do acusado e, portanto, para garantir que o mesmo permaneça no distrito da culpa, restringe-se sua liberdade.

A redação do artigo 313 foi profundamente alterada, retirando hipóteses que antes autorizavam a prisão preventiva, restringindo-as, como por exemplo, a hipótese ventilada no inciso II, de ser o acusado vadio quando o crime por ele cometido fosse punido com detenção.

A partir da Lei n. 12.403 não há mais diferença entre crimes punidos com detenção e reclusão para se decretar a preventiva, determinando-se, agora, pelo elemento subjetivo do agente, ou seja, o dolo. Assim, não importa a espécie de pena privativa de liberdade aplicada ao crime cometido, mas ter o acusado cometido um crime doloso. Somando-se a isso, deve ser o crime doloso punido com pena privativa de liberdade mínima de quatro anos.

Outro caso legítimo para decretar a prisão preventiva, mantido pela reforma de 2011, é quando o acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvada a hipótese de já haver transcorrido o prazo de duração da reincidência, previsto no artigo 64, I, do Código Penal.

Manteve-se a hipótese de decretação de preventiva no caso de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, acrescentando-se nesse caso, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência determinadas.

O parágrafo único do artigo em comento trouxe um caso de prisão preventiva utilitária, sendo decretada no caso de haver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando não tiverem sido fornecidos elementos suficientes para esclarecê-la. Ensina Eugênio Pacelli de Oliveira (2011) que assim que seja esclarecida a identidade, deve ser revogada a medida por não mais se justificar.

[...] a referida hipótese autorizadora da decretação da prisão preventiva, diferentemente das demais, deve ser revogada imediatamente após a identificação, colocando-se o réu em liberdade, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BONFIM, 2011, p. 138)

Por fim, vale destacar a última forma prevista no Código de Processo Penal que justifica a decretação da prisão, que é a disposta no artigo 282, § 4º, afirmando que o descumprimento de qualquer das medidas impostas acarreta na decretação da prisão. Deve-se ponderar, contudo, que nesse caso não é necessário que o crime seja doloso punido com, no mínimo, quatro anos de prisão. Basta que haja um efetivo descumprimento da medida, independente do crime que foi cometido, para que seja aplicada essa medida cautelar substitutiva. Caso contrário, o descumprimento não acarretaria nenhuma consequência, levando ao fracasso todo o sistema de medidas cautelares.

Assim, a prisão preventiva passou a ser decretada de forma autônoma, como conversão da prisão em flagrante e subsidiária às medidas cautelares.

A decretação de forma autônoma é independente de anterior prisão em flagrante, como também pode ser fruto da conversão de flagrante que tem os requisitos da preventiva. Nesses dois casos, é imprescindível a existência dos requisitos do artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Uma situação inovadora, trazida pela Lei n. 12.403, é a decretação da prisão preventiva quando as medidas cautelares impostas forem descumpridas. Nesse caso, a prisão preventiva é subsidiária e, portanto, não é necessária a existência dos requisitos do artigo 313 acima mencionado.

Foi mantida pelo artigo 314 a proibição de se decretar prisão preventiva no caso de o crime ter sido cometido nas hipóteses de excludentes de ilicitude. Corrigiu-se, somente, a referência ao artigo das excludentes no Código Penal.

O artigo 315 foi alterado no que diz respeito à redação, mas manteve-se a ideia de que a preventiva deve ser decretada por decisão devidamente fundamentada. Por último, o artigo 316, que trata da possibilidade de revogação da medida, manteve-se inalterado afirmando que uma vez desaparecidos os requisitos que a determinaram, o juiz deve revogá-la como também poderá red decretá-la se sobrevierem razões para tal.

O artigo acima consolida o chamado Princípio da Imprevisão nas prisões preventivas, baseado na cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto a situação

se manter da forma que estiver, deverá ser mantida a medida. Caso contrário, procede-se à revogação.

2 DAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1 Aspectos gerais

A Lei n. 12.403/2011 acrescentou no ordenamento jurídico brasileiro um rol de medidas cautelares que podem ser aplicadas pelo juiz tanto na fase inquisitorial como na processual, com o fim de permitir um controle sobre o acusado para que este não reitere sua conduta e garantir o devido andamento do processo.

A supracitada lei atendeu às expectativas dos juristas e da população em geral em relação à criação de medidas alternativas à prisão preventiva, tendo em vista a superlotação dos presídios que abrigam presos provisórios. Estas medidas constituem instrumentos adequados aos fins que deseja alcançar, sem necessidade de cerceamento provisório automático.

O artigo 319 do Código de Processo Penal traz a lista das medidas cautelares que foram adicionadas e que constituem providências tomadas pelo Estado para garantir o resultado da tutela jurisdicional.

Vale destacar que, nesse momento, percebemos o confronto de dois bens jurídicos distintos, quais sejam: a liberdade do acusado e a segurança da sociedade. As medidas cautelares são apresentadas, nesse contexto, como forma de garantir que a restrição à liberdade do acusado seja a proporcional para o caso e garantir, em contrapartida, a segurança da população.

As cautelares quando são aplicadas pelo magistrado têm o objetivo de garantir a aplicação da lei no caso concreto, ou seja, o andamento do processo de forma efetiva e sem tumultos, pois visa manter a situação protegida de qualquer interferência que cause sua falsidade ou destruição.

As providências cautelares previstas no artigo supramencionado não são novidades, em sua maioria, no ordenamento jurídico como veremos adiante, uma vez que o legislador aprimorou algumas já existentes na Lei n. 11.340 de 2006 e na Lei n. 9.099 de 1995, por exemplo. Além disso, servem como penas restritivas de direito, mostrando que a legislação as considera como meio eficiente de punição e, a partir de agora, também como instrumento intimidativo para efeito de acautelamento no âmbito do processo (NUCCI, 2011).

A Lei Maria da Penha e a Lei dos Juizados Especiais Criminais já apresentavam em seu texto medidas cautelares cujo objetivo era impedir a prisão do acusado, aplicando tais medidas que, a depender do caso concreto, seriam suficientes e adequadas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Antes dessas, o Código de Processo Penal já trazia em seu texto medidas cautelares sobre a rubrica de medidas assecuratórias, como explicadas a seguir:

Frise-se que até mesmo no CPP as medidas cautelares já eram previstas, sob a forma de *medidas assecuratórias* (arts. 125 a 144), que são aquelas providências tomadas no curso da ação penal ou do inquérito policial para garantir uma eventual e futura indenização ou reparação à vítima do processo penal, bem como assegurar o pagamento das custas processuais existentes ou, mais ainda, evitar que ele venha a se locupletar dos ganhos obtidos com a prática criminosa, que consistira numa forma de incentivo velado à delinquência. (BONFIM, 2011, p.19)

Percebe-se que essas medidas assecuratórias têm um caráter de medidas reais, enquanto que as medidas cautelares trazidas pela reforma da lei retromencionada se caracterizam por serem subjetivas, ou seja, de caracteres pessoais, refletindo na liberdade do acusado com o fim de garantir a efetividade do processo.

2.2 Conceito

As medidas cautelares são providências tomadas pelo magistrado, com o objetivo de permitir o perfeito andamento do processo e resguardar a sociedade de eventuais delitos que o indivíduo possa cometer. Percebe-se, nesse ponto, o viés processual e social da cautelaridade das medidas.

Caracterizam-se por serem provisórias, revogáveis, substitutivas, excepcionais, acessórias e mutáveis, sendo aplicadas somente quando forem adequadas e necessárias ao caso concreto.

A Lei n. 12.403/2011 acrescentou nove medidas cautelares no artigo 319 do Código de Processo Penal, que devem ser aplicadas preferencialmente à prisão preventiva. Tais medidas, em geral, representam novidade para o ordenamento

jurídico-processual penal, pois já existiam em outros diplomas legais como, por exemplo, na Lei Maria da Penha.

2.3 Características

2.3.1 Provisoriedade

Ser provisório significa ser passageiro por certo período de tempo, enquanto for necessária sua existência. Dessa forma, as medidas cautelares sempre devem ser provisórias. O caráter definitivo das medidas só virá com a condenação transitada em julgado do acusado.

A medida sempre é vinculada ao período e à necessidade que resultou em sua imposição, assim, quando não há mais utilidade prática para a medida, ela deve ser revogada, pois não é definitiva, ou seja, a medida cautelar já nasce com o tempo de duração certo.

Por fim, quando uma medida cautelar atinge todos os seus objetivos, duas situações exsurtem: a sua revogação ou substituição por outras medidas cautelares mais adequadas à situação processual existente.

2.3.2 Revogabilidade

Como já demonstrado acima, as providências cautelares também são revogáveis, aplicando a cláusula *rebus sic stantibus*, cujo significado é enquanto as coisas permanecerem como estão. Assim, havendo mudança na situação fática que justificou a aplicação da medida, deve-se proceder a sua revogação, bem como afirma Bonfim (2011, p. 22):

Assim, reaparecendo o pressuposto ensejador da sua imposição ou, ainda, outra situação fática que se amolde a quaisquer das providências estabelecidas no art. 319 do CPP, poderá a cautelar ser imposta novamente pelo juiz, desde que tenha relação com a razão que delimita seus contornos e lhe confere eficácia e validade.

O artigo 282, § 5º, 1ª parte, do Código de Processo Penal prevê, por um lado, a possibilidade das medidas cautelares serem revogadas (grifos nossos): “§ 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.” (BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941)

Por outro lado, a natureza revogável da medida provisória acarreta na possibilidade de a medida ser imposta em qualquer momento, desde que reapareçam motivos que a tornem necessária para garantir o andamento do processo.

2.3.3 Substitutividade

Os parágrafos 5º e 6º, do artigo 282 do Código de Processo Penal, estabelecem a natureza de substitutividade das medidas cautelares. Dessa forma, o juiz poderá, de ofício ou por provocação, substituir as medidas cautelares umas pelas outras, quando for mais apropriado para o caso concreto.

Essa característica exalta a provisoriedade das cautelares uma vez que as mesmas só subsistirão se houve razões que as justifiquem, caso contrário, serão revogadas ou substituídas.

As medidas cautelares também substituem a prisão preventiva, sendo uma primeira opção do magistrado antes de decretar a prisão que constitui um ônus mais pesado para o acusado. Por opção do legislador, a prisão preventiva só será imposta se não for possível sua substituição por outra medida cautelar.

Segundo Edilson Mougenot Bonfim (2011), o que ocorre nesse caso é um escalonamento das medidas que restringem as garantias e direitos dos acusados, partindo das menos onerosas, que são as medidas cautelares alternativas à prisão, enquanto que estas serão usadas somente em último caso, quando forem insuficientes ou inconvenientes as medidas tomadas.

2.3.4 Excepcionalidade

Durante o inquérito e o processo, o acusado deve ser encarado como presumidamente inocente, como determina o artigo 5º, LVII, da Carta Política de 1988. Assim, toda e qualquer medida tomada nesse período que limite seus direitos e que acarrete algum ônus, deve ser encarada como exceção.

Tais medidas não podem, por isso, configurar antecipação de pena, na medida em que esta só pode ser aplicada no fim do processo, quando já há uma decisão que reconhece aquele sujeito como culpado do crime que lhe fora imputado.

Dessa mesma maneira, são as medidas cautelares que restringem as garantias e a liberdade do sujeito, mas só podem ser aplicadas de forma excepcional, assim como, também, as prisões cautelares.

Caso assim não ocorresse, haveria a predominância do Princípio da Presunção de Culpabilidade pelo qual o acusado já é culpado, devendo ser provada sua inocência durante o processo, possibilitando qualquer violação aos seus direitos sem decisão definitiva. No Direito Brasileiro, como já dito acima, vige a Presunção de Inocência, acarretando nas consequências descritas anteriormente.

O Supremo Tribunal Federal, corroborando com esse entendimento, já decidiu que por causa do princípio supracitado, o acusado não pode ter sua prisão definitiva decretada antes do trânsito em julgado da sentença, mas somente a prisão caracterizada como medida cautelar e desde que estejam presentes os seus requisitos para que não configure antecipação de pena:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa,

também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. **(Habeas Corpus n. 84078/MG, Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009)**

Esse caráter excepcional das medidas cautelares define, inclusive, sua preferência em relação à decretação da prisão preventiva, exatamente para proteger o acusado de prisões cautelares, mas com moldes de definitiva. Adequando-se a esse entendimento, as medidas cautelares do artigo 319 foram dispostas de forma que não se confundissem com antecipação de pena, nem com o disposto no artigo 44 do Código Penal que trata das penas restritivas de direitos.

Como decorrência dessa excepcionalidade, visando a garantir os direitos do acusado, as medidas cautelares só podem ser aplicadas se obedecerem aos seus pressupostos elencados pelo artigo 319, incisos I e II, do Código de Processo Penal, ou seja, para que sejam decretadas devem ser necessárias e adequadas.

Outra face da natureza excepcional das providências cautelares seria a taxatividade das medidas trazidas no artigo 319 pelo “[...] fato de restringirem o grau de liberdade do indiciado/acusado [...]” (BONFIM, 2011, p. 41). Contudo, essa posição não é pacífica na doutrina, havendo defensores da exemplificação do rol como decorrência do poder geral de cautela do juiz.

2.3.4.1 Necessidade

As medidas cautelares, em decorrência da excepcionalidade, devem ser indispensáveis, no caso concreto, já que ocasionam restrições à liberdade individual.

2.3.4.2 Adequação

As providências cautelares devem expressar uma proporcionalidade entre o fato praticado e seu agente, correspondendo à medida mais adequada ao caso concreto. Por essa característica, o magistrado analisa o fato e o indivíduo em busca da mais eficiente medida cautelar.

2.3.5 Acessoriedade

Outra característica inerente às medidas cautelares seria a acessoriedade, ou seja, elas sempre vão ostentar tal natureza instrumental, objetivando assegurar o escoamento tramitar da ação penal, preservando-se o resultado final condenatório ou absolutório.

2.3.6 Mutabilidade

As medidas cautelares são, além de tudo, mutáveis, ou seja, são passíveis de alteração sempre que não forem suficientes nem adequadas para atingir os fins aos quais se destinam.

Como consequência desse caráter precário, as providências cautelares podem ser revogadas em qualquer momento, alteradas ou substituídas.

2.4 Requisitos para aplicação das medidas cautelares

2.4.1 Requisitos genéricos das medidas cautelares

Levando-se em consideração a natureza excepcional das medidas cautelares, estas devem ser aplicadas somente quando seus requisitos estiverem presentes. São, portanto, imprescindíveis, os requisitos do *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*.

Como dito no primeiro capítulo, o requisito do *fumus comissi delicti* corresponde ao *fumus boni iuris* do Direito Civil e, no âmbito penal, significa a necessidade de se realizar um juízo de viabilidade e probabilidade da ação penal, se for medida aplicada na fase de inquérito policial, ou a provável condenação ao final do processo, se já estivermos tratando da ação penal.

Devem ser analisados os indícios de autoria no caso concreto, analisando a existência de um lastro mínimo probatório que relacione o acusado ao crime, além de ser imprescindível uma razoável probabilidade de ocorrência do delito.

Vale ressaltar que quando o magistrado se depara com uma das situações de excludente, de ilicitude ou de culpabilidade, não deve aplicar medidas cautelares por ausência de interesse prático, ou seja, não haveria necessidade de impor uma medida que restrinja a liberdade do acusado se, após a instrução probatória, for declarada a isenção da pena ou excluído o crime.

Demonstrado que há uma probabilidade de o delito ter ocorrido no mundo dos fatos, através de um lastro probatório mínimo que fundamente a denúncia e a ação penal, o primeiro requisito resta preenchido.

Em seguida, deve-se analisar o segundo requisito que é o *periculum in libertatis*. Da mesma forma que o anterior, esse requisito também tem seu correspondente na esfera cível, consistindo na demonstração do risco efetivo da liberdade ampla e irrestrita do acusado para o deslinde do processo penal.

Dependendo da gravidade que o agente represente para o processo, poderá, inclusive, ensejar na decretação da prisão preventiva. Sendo, contudo, reduzido o risco do agente para o correto andamento do processo, mas significativo, torna-se possível a imposição de medidas cautelares ao caso concreto, desde que reste devidamente comprovado o aludido requisito.

Assim, se o caso concreto preenche todos os dois requisitos acima detalhados, pode-se aplicar a medida cautelar. O mesmo raciocínio não prospera se estiver presente apenas um requisito, não se justificando a aplicação da medida. Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. MAGISTRADO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E REGULARIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão cautelar, em quaisquer de suas modalidades, representa medida excepcional, cuja principal característica é a sua instrumentalidade, motivo pelo qual somente se justifica quando amparada na presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (art. 312 do CPP), em estrita observância ao princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. 2. Na hipótese, não obstante esteja demonstrada a presença do *fumus commissi delicti*, haja vista a existência de indícios de materialidade dos delitos de corrupção passiva qualificada, bem como de sua autoria, quanto ao *periculum libertatis*, não houve a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da medida, não se evidenciando na decisão a real ameaça à ordem pública e o risco para a regular instrução criminal. 3. Reconhecida a ilegalidade da prisão provisória do paciente, resta prejudicado o pleito quanto às demais questões suscitadas. 4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva. **(Habeas Corpus n. 2005/0136146-1, Quinta Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/11/2006)**

A Suprema Corte, no julgado acima, reconheceu a inexistência dos dois requisitos que autorizam as medidas cautelares e considerou a prisão cautelar imposta como ilegal, consolidando o entendimento exposto acima.

2.4.2 Requisitos específicos previstos no artigo 282, *caput*, do Código de Processo Penal

A Lei n. 12.403 acrescentou no *caput* do artigo 282 do Código de Processo Penal, pressupostos específicos das medidas cautelares, que devem sempre ser analisados diante do caso concreto. Os pressupostos localizam-se topograficamente nos incisos I e II do artigo mencionado, e relacionam-se ao Princípio da Proporcionalidade.

Assim, o artigo 282 em seus incisos prevê que as medidas cautelares devem ser aplicadas desde que haja necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Além disso, o inciso II do artigo estabelece que a medida cautelar deva ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Tais requisitos são imprescindíveis para a aplicação das novas regras das medidas cautelares e não podem ser impostas de forma desregrada, somente se justificando nos casos em que foram preenchidos os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Penal, atentando-se, inclusive, para sua característica de excepcionalidade, já que as providências cautelares surgiram para evitar o grande número de prisões provisórias.

Dessa forma, as medidas cautelares devem atender aos requisitos de necessidade e adequação, cumprindo sua função de ser suficiente para impedir que novas infrações penais sejam cometidas, como também a função de resguardar a aplicação da lei penal, além de ser adequada à finalidade que pretende.

Com a análise de todos esses requisitos, o legislador intencionou assegurar que as medidas impostas ao caso concreto sejam proporcionais e razoáveis, evitando, assim, que sejam aplicadas medidas que resultem em um ônus tão pesado quanto uma pena de forma antecipada.

Ser necessária, como já explicado no item 1.2.4.1, significa que deve ser indispensável para o caso concreto. A medida deve servir, segundo redação do inciso I, para a garantia da aplicação da lei penal e conveniência de investigação ou instrução criminal, além de pretender evitar novas infrações.

A adequação citada pelo inciso II se relaciona intimamente com o Princípio da Proporcionalidade, devendo o magistrado analisar o fato e seu autor para impor a medida cautelar que seja mais adequada ao caso concreto.

Para Guilherme de Souza Nucci (2011), esse processo significa uma verdadeira individualização da medida cautelar, tendo em vista os requisitos que devem ser analisados antes de sua aplicação, pois se analisam a gravidade do delito, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Para que uma medida cautelar seja imposta, estuda-se o delito efetivamente praticado, sendo adequada a aplicação somente em casos realmente graves; as circunstâncias do fato se referem às qualificadoras, privilégios e causas de aumento e diminuição que circundam o crime; e, por fim, as condições pessoais do agente dizem respeito ao modo de ser da pessoa, tomando-se por referência o artigo 59 do Código Penal.

[...] a imposição de qualquer medida cautelar, diversa da prisão, precisamente por implicar restrições a direitos individuais, reclamará, sempre, *fundamentação escrita da autoridade judiciária*, com base nos critérios de *necessidade e de adequação* da medida (art. 282, CPP, e art. 283 e art. 315, CPP, extensivos às cautelares). (OLIVEIRA, 2011, p. 11)

As medidas cautelares, por restringirem direitos fundamentais, submetem-se à Cláusula de Jurisdição, ou seja, para ser imposta, faz-se necessário que a ordem escrita do juiz seja devidamente fundamentada, atendendo aos requisitos de adequação e necessidade previstos nos incisos I e II, do artigo 282, do Código de Processo Penal.

2.5 Princípio da proporcionalidade

O Princípio da proporcionalidade está relacionado à evolução dos direitos e garantias fundamentais do homem. Sua origem se deu nos séculos XII e XVIII, quando surgiu a teoria do direito natural, anterior ao Estado que tem a obrigação de respeitá-los e preservá-los. Assim, o princípio da proporcionalidade estava ligado à limitação do poder do Estado em relação aos direitos naturais de seus governados.

Esse princípio tem suas origens no direito Administrativo e resultou na criação de meios capazes de evitar o arbítrio do Estado. Contudo, foi inserido no direito

Constitucional pela Corte Alemã que dividiu o princípio em três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O Brasil sofreu forte influência da Europa e introduziu no ordenamento pátrio o princípio da proporcionalidade, limitando a atuação do Estado que, por isso, devia impor somente as medidas que fossem proporcionais ao caso concreto, protegendo os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Recentemente, com a Lei n. 12.403/2011, o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso foi inserido no Código de Processo Penal, no título que trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, mais precisamente no artigo 282 do diploma legal mencionado.

A partir da análise dos incisos do artigo 282, percebe-se que o legislador nada mais fez do que desdobrar o princípio da proporcionalidade que trata dos requisitos de imposição das medidas cautelares, quais sejam: a adequação e a necessidade.

A adequação garante que seja observada a compatibilidade entre a norma, seus objetivos e o meio empregado para sua aplicação. A lei, entretanto, será afastada quando se mostrar inadequada, ou seja, incapaz de atingir os fins para os quais foi criada.

O subprincípio da necessidade garante que a medida aplica será a indispensável para restringir o direito fundamental do indivíduo, somente no que for necessário para alcançar o fim pretendido pela norma. Assim,

[...] o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. Deste modo, este não deve agir com demasia, da mesma forma que não pode agir de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Além da força de limitação da intervenção do Estado o princípio de proporcionalidade também está relacionado à proteção substancial do indivíduo. (SILVA, 2005)

Dessa forma, o postulado da proporcionalidade garante que o direito à liberdade do investigado ou acusado só será restringido nos termos necessários para a proteção de outros direitos que conflitam no caso, realizando-se um juízo de ponderação entre o fim almejado e o meio que deve ser utilizado.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), o princípio, primeiramente, traz a proibição do excesso das medidas cautelares, funcionando como controle de validade e alcance das normas que restringem os direitos fundamentais. Em segundo lugar, proporciona ao magistrado a possibilidade de realizar um juízo de

ponderação na escolha da medida mais eficaz para o caso concreto.

Com isso, qualquer medida cautelar, antes de ser aplicada, deve ser analisada quanto à necessidade de sua aplicação e, após isso, deve também ser analisada a adequação da medida para atingir os objetivos que somente o caso concreto vai determinar, uma vez que nenhuma providência cautelar pode ser maior do que o resultado final do processo.

2.6 Das medidas cautelares em espécie

2.6.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

Essa medida, prevista no inciso I do artigo 319, teve suas origens no artigo 89, § 1º, IV, da Lei n. 9.099/95, que estabelece condições impostas para o beneficiado com a suspensão condicional do processo, como também serve de condição para a concessão de regime aberto, para o livramento condicional e para a suspensão condicional da pena.

Dessa forma, fica o agente obrigado a comparecer em juízo de forma periódica para informar suas atividades, devendo mostrar conduta idônea. Se for constatado que, apesar do compromisso assumido em juízo, o indivíduo está envolvido em atividades que não são lícitas, a medida pode ser convertida em prisão preventiva, desde que presentes os demais requisitos.

É importante destacar que o inciso não traz a obrigatoriedade de trabalhar para o indivíduo, ou seja, ele pode até estar desempregado, mas exercendo qualquer atividade que lhe dê sustento. O que se pretende com essa medida é saber a origem dos recursos utilizados para a sua sobrevivência, através de informações sobre possíveis atividades com as quais o investigado ou acusado esteja envolvido.

O juiz deve designar audiência específica para que o agente compareça e, em juízo, comprove e justifique suas atividades, mediante a juntada de documentos, de forma que seja possível ao magistrado inquiri-lo sobre o que faz e se a medida cautelar está sendo realmente a mais adequada para o caso.

Segundo Oliveira (2011), a medida ora em análise também poderá ser aplicada ao investigado ou acusado que resida fora da sede do juízo em que o feito

tem andamento. Nesse caso, a fiscalização do cumprimento da medida seria do juiz da residência, por meio de carta precatória ou por registro em livro próprio, a fim de confirmar o cumprimento ao juiz da causa.

Como se percebe a partir da simples leitura do inciso I ora em destaque, o legislador não determinou qual o período de tempo que o acusado deve comparecer, deixando essa função a cargo do juiz que, a partir da análise do caso concreto, vai estipular um período que seja eficaz para os fins que a medida pretende. Esta medida, por sua vez, diferencia-se, nesse ponto, da medida prevista no artigo 89, § 1º, IV da Lei n. 9.099/95, pois esta exige expressamente a periodicidade mensal do acusado em juízo.

Por fim, esse comparecimento deve ser pessoal e obrigatório, uma vez que estamos diante de uma medida cautelar de natureza subjetiva, pessoal e, portanto, intransferível.

2.6.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

Assim como a anterior, essa proibição cautelar não representa algo novo no ordenamento jurídico, tendo em vista que já era requisito para o *sursis*, para o livramento condicional e, também, como condição para a suspensão condicional do processo com previsão no inciso II, § 1º, artigo 89, da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

O artigo 47, inciso IV, do Código Penal, da mesma forma, prevê a proibição de acesso em certos lugares relacionados ao crime como forma de pena alternativa à pena privativa de liberdade.

O objetivo maior dessa medida cautelar é evitar que o indivíduo frequente determinados lugares que, por sua natureza, possam ser propícios para o cometimento de novos delitos relacionados ao que já está sendo investigado no inquérito policial ou já discutido no processo penal.

Ressalta-se que a lei expressamente veda não somente a frequência, mas também o simples acesso a determinados lugares. Enquanto que aquela exige uma reiteração da conduta, ou seja, ir mais de uma vez, esta impede que o agente, inclusive, entre no estabelecimento ainda que seja apenas uma vez.

2.6.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante

A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez através da Lei n. 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, no seu artigo 22, inciso III, alínea *a* e *b*.

A Lei n. 12.403/11 ampliou os casos em que a medida pode ser aplicada inserindo-a no rol do artigo 319, devendo ser imposta em qualquer caso, desde que preenchidos seus requisitos genéricos e específicos.

A medida tem por finalidade afastar o investigado ou acusado de determinadas pessoas quando, devido ao crime cometido, deva permanecer distante das mesmas. O objeto maior de proteção da medida é a vítima ou seus familiares, que veda o estabelecimento de contato com tais pessoas para que o crime não seja reiterado.

Cabe ao magistrado definir qual a distância máxima que o acusado deve manter da pessoa, já que o legislador não acrescentou parâmetros de referência.

2.6.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

A medida cautelar do inciso IV, artigo 319 do Código de Processo Penal, não fugiu ao padrão das anteriores, também tendo correspondência com a legislação. A proibição de ausentar-se da comarca já consistia em condição para a suspensão condicional da pena, do livramento condicional e do regime aberto.

Só haverá justificativa para a aplicação dessa medida se o juiz verificar que há a possibilidade concreta de que o agente empreenda fuga e obstrua a aplicação da lei penal, proibindo-o de se ausentar da comarca quando seja imprescindível a sua presença no lugar.

Havendo descumprimento da medida, haverá a decretação da prisão preventiva, segundo o artigo 312, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Por consistir em restrição de garantias fundamentais do indivíduo, a decisão que determinar tais proibições deverá ser devidamente fundamentada, conforme determinação da Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX.

2.6.5 Reconhecimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

Diferentemente das anteriores, a medida cautelar prevista no inciso V, artigo 319 do Código de Processo Penal, não tem correspondente no ordenamento jurídico, sendo uma novidade que foi acrescentada pelo legislador como forma alternativa à decretação da prisão preventiva e também não traz sua finalidade na redação do inciso.

Essa modalidade de cautelar é bastante semelhante ao regime aberto, na sua forma de prisão albergue domiciliar, ou seja, nesse regime o sentenciado se recolhe à sua casa todos os dias à noite (e nos finais de semana) e de dispensa do trabalho.

O inciso prevê dois requisitos para que a medida seja aplicada, assim o acusado deve comprovar que tem residência certa e trabalho fixo, demonstrando que com esses pressupostos o acusado não pretende sair do distrito da culpa, já que tem suas raízes nesse local.

O objetivo dessa medida é controlar o investigado ou acusado para que este compareça em juízo quando for necessário e não se furte à aplicação da lei penal. A efetividade da norma se liga à possibilidade de conversão em prisão preventiva se for descumprida, produzindo no agente certo temor e, portanto, seu cumprimento.

2.6.6 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

A providência cautelar de suspensão do exercício de função ou atividade se mostrará bastante eficaz quando estiver diante de crimes praticados contra a administração pública, crimes econômicos, financeiros e tributários, por exemplo.

Pretende-se evitar que o indivíduo permaneça com livre acesso, por exemplo, ao sistema que corrompeu, impossibilitando-o de cometer novas infrações penais da mesma forma que o crime investigado foi cometido.

Essa medida guarda correlação com um dos pressupostos da medida preventiva que é a garantia da ordem econômica, cujo objetivo é segregar o acusado para impedir que ele volte a cometer crimes de natureza econômica, caso permaneça envolvido com negócios proibidos.

Deve-se destacar que só será possível a aplicação dessa medida cautelar de suspensão da função pública e da atividade econômica e financeira se esta tiver alguma relação com o crime cometido. Caso contrário, injustificada e ilegal é a medida por restringir direito fundamental da pessoa humana sem a devida justificativa legal.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2011) defende que a medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou atividade também poderá ser aplicada na hipótese de conveniência da instrução ou da investigação quando houver grande receio de que as provas, existentes nos locais onde o indivíduo exerce sua função, sejam destruídas.

Ao final do processo, advindo uma sentença condenatória, a medida cautelar é tornada definitiva, pois constitui um dos efeitos da sentença penal condenatória previsto no inciso I, do artigo 92, do Código de Processo Penal.

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

A Lei de Execução Penal extinguiu a medida de segurança provisória que era aplicada aos inimputáveis ou semi-imputáveis no curso da investigação ou do processo, para garantir a segurança dos mesmos e da sociedade.

Essa extinção trouxe uma grande lacuna ao ordenamento jurídico brasileiro, já que não havia qualquer outra previsão de internação provisória para esses casos. Com isso, alguns tinham sua prisão preventiva decretada e eram colocados em presídios normais, não recebendo o tratamento específico que sua condição exigia.

Nesse contexto, a Lei n. 12.403, de maio de 2011, introduziu a medida cautelar de internação provisória que preencheu o vazio existente, possibilitando que

os investigados ou acusados que tenham essa condição possam ser colocados em locais próprios para sua saúde e segurança.

A internação provisória deve ocorrer em locais próprios de internação, ou seja, em hospitais ou casas de custódia, separados dos presídios que abrigam os presos comuns, garantindo um tratamento adequado aos agentes.

A referida internação tem caráter eminentemente cautelar e provisório, sendo que sua imposição não vincula o juiz na apreciação do fato criminoso, uma vez que poderá absolver o acusado, mesmo inimputável, se entender pela ocorrência de quaisquer das hipóteses do art. 386 do CPP. (BONFIM, 2011, p. 51)

Há um requisito formal para que a medida seja imposta, que é a conclusão pericial de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Alguns doutrinadores defendem que se a condição de enfermidade do indivíduo for notória, o juiz pode usar de seu poder geral de cautela e aplicar a internação provisória antes mesmo da perícia.

Dessa forma, “[...] pode-se colher um parecer médico prévio ou fiar-se em documentos emitidos por médico particular para se chegar a tal medida, em caráter urgente.” (NUCCI, 2011, p.86).

Também devem ser considerados como requisitos para a imposição da medida, a existência de indícios de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos com grave ameaça, além de haver a possibilidade concreta de reiteração da conduta delituosa.

2.6.8 Fiança, nas infrações que admite, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

O instituto da fiança caracteriza-se por ser uma garantia de caráter patrimonial, dada pelo investigado ou acusado, para continuar em liberdade enquanto aguardam o deslinde do inquérito policial ou da ação penal em curso.

A fiança, até a inovação trazida pela Lei n. 12.403, era vinculada à prisão em flagrante, ou seja, quando o indivíduo era preso em flagrante delito, pagava a fiança e permanecia livre durante a investigação e o processo, caso não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva.

A partir de agora, a fiança ganha um caráter de cautelaridade, ou seja, passa a ser uma alternativa à prisão preventiva e só será imposta quando estiverem presentes os requisitos genéricos e específicos das medidas cautelares.

Além desses requisitos, a fiança só será imposta para os casos que a admitem, não sendo possível exigir pagamento de fiança das infrações que, originariamente, não a admitem.

Da mesma forma que as demais medidas cautelares, a fiança imposta nesses termos tem por finalidade impedir que o indivíduo fuja e obrigá-lo a comparecer a todos os atos processuais para os quais seja convocado. Não obedecendo a essas imposições, poderá haver a decretação da prisão preventiva, bem como a perda da fiança para o Estado.

Da mesma forma que 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, a medida cautelar da fiança está relacionada à garantia da ordem econômica, pressuposto da decretação da prisão preventiva.

As hipóteses que autorizam a imposição da fiança são determinadas pelo próprio inciso VIII, do artigo 319, a saber: assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em casos de resistência injustificada à ordem judicial.

2.6.9 Monitoração eletrônica

O inciso IX, do artigo 319, traz a última modalidade de medida cautelar que já era prevista pela Lei n. 12.258/2010. De acordo com essa lei, a monitoração eletrônica deveria ser imposta aos condenados nos casos de saída temporária no regime aberto e na prisão domiciliar, sendo restrita à fase de execução da pena.

Como forma de medida cautelar, agora a monitoração será possível em toda a persecução penal, ou seja, tanto na fase investigativa como na processual, de acordo com o caso concreto, mas dependerá de regulamentação de sua execução por ato do Poder Executivo.

A medida visa à fiscalização do indiciado ou acusado, permitindo ao magistrado saber a localização do indivíduo. Nesse caso, cabe ao juiz o dever de

estipular as condições e limites da monitoração eletrônica, vez que a lei processual nada diz sobre sua forma utilização.

A monitoração será feita com uma tornozeleira que o acusado irá usar, permitindo o controle de seus passos. Qualquer dano no aparelho ou o rompimento do mesmo acarretará no seu descumprimento e na sua substituição por outras medidas cautelares ou, em último caso, na prisão preventiva.

2.6.10 Proibição de ausentar-se do País

Apesar de não integrar o rol do artigo 319, a proibição de o indiciado ou acusado se ausentar do país, prevista no artigo 320 do Código de Processo Penal, também compõe a lista das medidas cautelares do ordenamento jurídico penal.

Esta medida significa um complemento da cautelar da proibição de ausentar-se da Comarca, sendo uma consequência desta e, portanto, não há a possibilidade de ausentar-se do país, devendo o juiz comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as fronteiras do território nacional, e intimar o indivíduo para entregar seu passaporte em 24 horas.

A medida tem que ser analisada de forma ampla, tendo em vista a possibilidade de sair do território nacional por transporte viário e, até mesmo, sair pelos países do Mercosul, uma vez que não é exigido o passaporte para neles ingressar. Assim, o ilustre Eugênio Pacelli (2011), de forma pioneira, sugere que seja proibida a expedição de novo passaporte nesses países, assim, o controle ficaria por conta das respectivas Embaixadas.

3 DO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ

3.1 Aspectos introdutórios

O poder geral de cautela do juiz no processo penal produz acaloradas discussões na doutrina, dividindo-a entre os que o admitem nesse ramo do direito e aqueles que não o reconhecem, por ausência de autorização expressa no Código de Processo Penal.

Para os defensores da segunda corrente, apenas o magistrado da seara cível teria esse poder, vez que o Código de Processo Civil traz a autorização do uso do poder geral de cautela do juiz.

O artigo 798 do Código de Processo Civil prevê, de forma expressa, a autorização ao juiz de aplicar, ao caso concreto, medidas cautelares previstas pela lei e outras que, mesmo não contempladas nas hipóteses legais, podem ser úteis à proteção do direito que se pretende na ação principal.

As medidas cautelares que encontram previsão no ordenamento jurídico são conhecidas como nominadas, enquanto que as demais aplicadas sem previsão na lei são chamadas de cautelares inominadas.

Com esse artigo, o legislador não pretendeu criar um rol taxativo de medidas cautelares civis, reconhecendo a possibilidade de surgirem diversas situações distintas das previstas no momento da elaboração da norma. Na impossibilidade de fechar as hipóteses, a autoridade legiferante inseriu essa norma genérica cujo objetivo é preencher as lacunas que porventura possam surgir.

O poder geral de cautela também significa um aspecto da atividade jurisdicional exercida pelo magistrado, constituindo uma espécie do poder-dever que lhe é delegado.

A atividade do magistrado ao exercer o poder geral de cautela é jurisdicional na medida em que aplica a norma abstrata a determinado caso concreto com o desiderato de solucionar os conflitos de interesses apresentados pelas partes, preservando, desta forma, a ordem e o equilíbrio social. (OLIVEIRA, 2006, p. 13)

A norma supramencionada do Código de Processo Civil foi determinada sem quaisquer limites, possibilitando ao magistrado, a partir da análise do caso concreto, definir qual a providência cautelar mais adequada para atingir seus objetivos.

A redação do artigo 798 determina que o juiz possa aplicar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação. A partir da leitura desse dispositivo legal, parte da doutrina entende que o poder geral de cautela seria uma discricionariedade do juiz, classificando-o como norma em branco.

Contudo, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, ou seja, deve-se agir segundo os limites estipulados pela própria lei, inferindo do caso concreto se os pressupostos para a aplicação da medida estão presentes e, em caso positivo, deixa de ser uma discricionariedade do juiz e passa a ser um direito subjetivo da parte.

Muito já se discutiu sobre a possibilidade de aplicar ao processo penal o poder geral de cautela, dividindo-se a doutrina em duas posições, cujos argumentos são todos pertinentes e muito bem desenvolvidos.

Parte da doutrina entende que o poder geral de cautela do juiz no Processo Penal representaria uma afronta aos princípios da legalidade, segundo os quais o juiz só poderia agir nos estreitos limites estipulados pela lei e, portanto, como o legislador não inseriu norma genérica que permitisse a aplicação de medidas cautelares inominadas, não é possível que o magistrado aplique outras medidas que não as já existentes.

De outro lado, forte doutrina vem se formando no positivo da aplicação do poder geral de cautela no processo penal, aplicando-se de forma analógica o artigo 798 do Código de Processo Civil, baseando esse entendimento no artigo 3º do Código de Processo Penal que autoriza o uso da interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como dos princípios gerais do direito.

Para essa última corrente, o poder geral de cautela do juiz e a possibilidade de aplicar a medida cautelar inominada no processo penal atende aos princípios constitucionais, servindo para preservar a eficiência da tutela jurídica a que se pretende proteger.

A discussão a que ora nos detemos ganhou força a partir da Lei n. 12.403, de 2011, que inseriu as medidas cautelares no artigo 319 do Código de Processo

Penal. Para os que se filiam à primeira corrente, o rol do artigo supramencionado é taxativo, não podendo ser ampliado em nenhuma hipótese pelo juiz.

Já para os que defendem a segunda posição, a lista do artigo 319 é meramente exemplificativa, pois o legislador não teve a intenção de esgotar as providências cautelares que podem ser usadas pelo magistrado no caso concreto. Assim, visto que não há proibição expressa no código quanto ao uso do poder geral de cautela, entendem ser perfeitamente cabível.

Mais adiante discutiremos de forma aprofundada cada uma dessas posições, refletindo na taxatividade ou não das medidas cautelares listadas no Código de Processo Penal.

3.2 Projeto de Lei n. 156/2009

O projeto de lei que tramita no Congresso Nacional tem por objetivo substituir o Código de Processo Penal em sua inteireza, elaborado por uma comissão de juristas que teve como relator o ilustre Eugênio Pacelli de Oliveira, sob a coordenação do Ministro Hamilton Carvalhido.

Além de diversas mudanças previstas pelo Projeto, este pretende ampliar o rol das medidas cautelares inseridas pela recente Lei n. 12.403. Conforme o projeto de lei, outras medidas cautelares pessoais que não foram inseridas serão acrescentadas e, sendo assim, as que já existem devem se repetir.

Ao mesmo tempo em que o projeto avança com a inclusão de diversas cautelares, também proíbe o uso das cautelares inominadas. O artigo 514 do projeto determina que as medidas cautelares deverão ter expressa previsão legal, vedando o poder geral de cautela do juiz no processo penal, conforme podemos confirmar abaixo:

Art.514. As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação. (BRASIL Projeto de Lei do Senado 156, 2009)

Assim, o Projeto de Lei pretende proibir o uso do poder geral de cautela do juiz e, se for aprovada, colocará fim à discussão sobre a taxatividade ou não do rol das medidas cautelares.

Para José Nilton Costa de Souza (2011), a doutrina mais atual defende, de forma crítica, o uso do poder geral de cautela no processo penal como forma de efetivar os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo. O PL 156, por sua vez, viria na contramão da evolução do pensamento processualista atual, representando um verdadeiro retrocesso.

O projeto de lei pretende inserir outras medidas cautelares que, embora ampliem o rol que já existe, não tem o condão de esgotar as diferentes possibilidades que podem surgir em decorrência das relações sociais complexas.

Dessa forma, se diante de um caso concreto inédito o juiz percebe que nenhuma das medidas previstas no rol é suficiente e adequada para proteger a tutela processual e a sociedade, acabará decretando a prisão preventiva do sujeito por impossibilidade legal de aplicar uma medida cautelar eficaz, mas inominada, ou seja, fora das hipóteses presentes na lei.

Em que pese a previsão de medidas cautelares nominadas, variadas a partir do rol trazido pelo Projeto 156 do Congresso brasileiro e pela Lei 12.403/2011, elas não contemplam todas as hipóteses oriundas da variedade infinita de situações que a vida social apresenta. Vale dizer, por mais pródigo que seja o legislador na tipificação de situações em que seja autorizado ao juiz acautelar direitos ameaçados, sempre haverá insuficiência da medida ante as situações singulares que o cotidiano reserva. (SOUZA, 2011, p. 11)

Além das medidas cautelares já previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, o Projeto ora em análise pretende acrescentar outras, como já dito anteriormente. Essas medidas seriam, dentre outras: a suspensão da atividade de pessoa jurídica; suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor; embarcação ou aeronave, do afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte, além da suspensão do poder familiar.

Esse projeto de lei, se aprovado, excluirá do processo penal a aplicação do poder geral de cautela do juiz que deverá ficar limitado às hipóteses nele previstas, conforme redação do seu artigo 514.

Os opositores do projeto de lei já defendem sua patente inconstitucionalidade por ofender os princípios da proporcionalidade e da inafastabilidade da jurisdição, além de constituir uma contradição dentro do próprio processo penal, uma vez que a Lei n. 11.340/2006 prevê, de maneira expressa, a possibilidade de aplicação de medida cautelar atípica, conforme seu artigo 19, § 2º, *in verbis*:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

[...]

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados (BRASIL, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006).

A inconstitucionalidade se manifesta pela possibilidade de diversas lesões ou ameaças de lesão ao direito, cuja proteção dependa de uma medida cautelar que não se encontra no rol definido pelo legislador, e o magistrado não tenha como solucionar a questão de outra forma criativa, adequada e eficaz, ofendendo ao princípio da proporcionalidade, como acima explicado.

Por enquanto, não há no Código de Processo Penal nenhuma vedação relacionada ao uso de cautelares atípicas, havendo quem advogue tanto a tese da taxatividade como da exemplificatividade das medidas que estão em vigor, o que será adiante discutido.

3.3 Taxatividade do artigo 319 – vedação ao poder geral de cautela no processo penal

Partindo da análise do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, percebe-se que o legislador enumerou as medidas cautelares que devem ser aplicadas pelo juiz, não fazendo qualquer ressalva acerca do uso de medidas cautelares inominadas. A tese que agora passamos a desenvolver defende a taxatividade do precitado rol, como forma de obedecer aos princípios e características próprias do Direito Processual Penal.

Entende-se que não há lugar para esse postulado em razão da observância restrita ao princípio da legalidade, já que não se verifica lacuna no processo penal,

não podendo aplicar a interpretação extensiva ou analógica, conforme autoriza o artigo 3º do Código de Processo Penal.

Com base nesse raciocínio e levando-se em consideração o fato que o direito processual penal tem suas próprias características, não se deve aplicar o artigo 798 do Código de Processo Civil de forma analógica, posto que o legislador não manifestou essa intenção e, também, por não haver qualquer lacuna que precise de integração.

Urge observar, também, que o uso da interpretação extensiva ou analógica deveria ter sido previsto pelo legislador para que fosse possível aplicar o artigo 798 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º do Código de Processo Penal, que permite o uso desses instrumentos de interpretação. Contudo, o legislador não inseriu nenhum dispositivo permissivo, sendo, portanto, vedado o uso *in malam partem*.

Além do princípio da reserva legal, deve-se atentar à vedação de aplicação de analogia ou interpretação extensiva prejudicial ao investigado ou acusado, vez que ao magistrado se reconheceria um poder ilimitado de criar restrições à liberdade do agente configurando, por vezes, uma grande afronta aos princípios constitucionais e legais que regem a matéria.

Corrobora para esse raciocínio Luiz Flávio Gomes (2011), que defende ser a forma e a garantia fundamentais ao processo penal, por isso a estreita ligação com o princípio da legalidade que garante que todos os atos praticados devem conter a forma legal. A possibilidade de medidas inominadas representaria um ato arbitrário feito pelo juiz, não havendo, portanto, poder geral de cautela, sendo exclusivamente aplicado na esfera cível.

A tendência de desenvolver uma Teoria Geral do Processo pode levar ao equivocado entendimento de que os institutos do processo penal e civil podem ser regrados da mesma forma, o que não pode prosperar. Isso porque, como acima explicado, são ramos do direito que têm seus pontos de divergência e que devem, portanto, ser regrados de forma diferente e autônoma.

Nesse sentido, não seria viável a aplicação do artigo 798 do *Codex Civil* com o intuito de criar medidas atípicas não previstas em lei, uma vez que o processo penal deve zelar pelas garantias de liberdade do indivíduo, pautando as decisões do juiz somente no que a lei permite.

É de se ressaltar, porém, que a 'Teoria Geral do Processo', bem entendida e aplicada, visa exatamente identificar o que há de comum e o que há de específico em cada ramo processual. Não por outra razão pretende identificar princípios gerais e princípios específicos do processo. (CABETTE, 2011)

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de um *Habeas Corpus*, manifestou-se sobre a questão, vedando o uso desse poder na seara penal:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA. 1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa. 2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência. 3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, determinada pelo Tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.^a Vara Federal de de Ponta Grossa/PR. **(Habeas Corpus n. 128599, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, data do julgamento: 07/12/2010)**

O direito processual penal é o instrumento de aplicação do direito material que atinge os direitos e garantias fundamentais do homem, com a real possibilidade de privação de liberdade por determinado período de tempo e, por esse motivo, as medidas cautelares do artigo 319 devem ser aplicadas com base no princípio da legalidade, sendo imperiosa a taxatividade desse rol.

Outro argumento usado para afastar a possibilidade de aplicação de providências cautelares não previstas pelo artigo 319 é que, se assim não o fosse, haveria uma imposição automática da prisão preventiva. Ocorre que, para os defensores da taxatividade do rol supracitado, o magistrado tem ao seu dispor satisfatórias hipóteses de medidas cautelares que seriam perfeitamente adequadas.

Por fim, entende-se que o próprio Direito Processual penal tem outras diversas medidas cautelares na legislação esparsa que podem ser aplicadas, quais sejam: a Lei n. 11.340/06 – medidas protetivas de urgência, o Código de Trânsito Brasileiro – suspensão preventiva da habilitação, Lei n. 11.343/06, dentre outras.

Assim, a taxatividade do rol que trata das medidas cautelares deve ser reconhecida, pois trata de medidas que atingem, de forma direta, o direito de

liberdade garantido pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que, por sua natureza, só comporta restrições legais com a devida fundamentação.

A taxatividade representa, para a tese ora em análise, uma garantia para o indivíduo de que sua liberdade antes e durante o processo será devidamente protegida de medidas arbitrárias do magistrado, que estará limitado às possibilidades insertas no artigo 319.

3.4 Exemplificatividade do artigo 319 – poder geral de cautela do juiz como pressuposto de processo eficaz

A corrente que analisaremos a partir de agora defende a possibilidade do uso do poder geral de cautela do juiz, relacionando-o aos princípios constitucionais e ao processo penal constitucional. Segundo argumentam, o uso do poder geral de cautela deve ser visto como pressuposto de um processo penal eficaz.

As medidas cautelares, incluindo-se nesse rol a prisão preventiva, trazem para o investigado ou acusado certas restrições aos seus direitos e garantias fundamentais e, por isso, devem ser vistas sob a ótica constitucional, uma vez que tais direitos existem para limitar a ação do Estado, estabelecendo até que ponto pode atuar.

Nesse contexto, o poder geral de cautela do juiz deve ser reconhecido no processo penal, pois antes de representar uma norma em branco para o magistrado, representa uma maneira de impedir que o direito de liberdade do indivíduo seja desrespeitado em situações que seriam passíveis de aplicação de medidas cautelares uninominadas, mas que não seriam aplicadas por vedação legal.

Dessa forma, o magistrado pode analisar o caso concreto e aplicar uma restrição eficaz para alcançar os objetivos a que se pretende atingir, concretizando o caráter de subsidiariedade da prisão preventiva. Com isso, evitar-se-ia que pessoas nunca antes presas fossem colocadas na prisão provisoriamente e, como decorrência da convivência no presídio, saísse com o caráter moldado às avessas.

Os doutrinados que se filiam a essa corrente entendem que o uso do poder geral de cautela do juiz no processo penal é autorizado pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 798 do Código de Processo Civil. Conforme o supramencionado artigo 3º, a lei processual penal admitirá interpretação

extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Assim, por haver a possibilidade de usar a interpretação analógica, torna-se possível a aplicação de medidas cautelares inominadas, na forma do artigo 798 do Código de Processo Civil, apesar de não existir nenhuma norma que trate sobre o assunto na lei de ritos penais.

A jurisprudência também se divide quanto ao uso do poder geral de cautela no processo penal, com decisões que ora a defendem ora a repudiam. O Supremo Tribunal Federal, em sede de *Habeas Corpus*, já admitiu o uso de medida cautelar não prevista expressamente na lei, com base nesse poder e na ponderação de interesses que estavam em conflito (grifos nossos):

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada. (**Habeas Corpus, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Ellen Graice, julgado em 25/05/2008**)

Os tribunais vêm fundamentando suas decisões no princípio da proporcionalidade, no sentido de que não pode haver excesso na atuação do Estado, como também não pode haver a insuficiência da proteção aos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, as medidas cautelares atípicas seriam fruto desse princípio, possibilitando ao juiz tanto preservar a liberdade do indivíduo, não decretando sua prisão preventiva, como tomar uma medida suficiente para o restabelecimento da paz social e para a garantia do andamento eficaz do processo, fazendo um juízo de ponderação como no julgado acima.

Nessa esteira, a Lei n. 12.403, de 2011, trouxe a positivação do princípio da proporcionalidade nos incisos I e II do artigo 282, do Código de Processo Penal, informando que as medidas cautelares deverão ser necessárias e adequadas ao caso concreto, como já tratado no capítulo das medidas cautelares, reafirmando, com isso, a possibilidade de aplicação do poder geral de cautela. Em torno disso, ressalta Souza (2011, p. 21):

Veja-se que falando de juízo de suficiência e necessidade, a nova regra exige valorização para a imposição das restrições contidas nas cautelares, exigindo adequação ao caso concreto. Assim, acolhe expressamente a novel legislação o princípio da proporcionalidade, proibindo o excesso e a proteção ineficiente da tutela.

Além de tudo, argumenta-se a impossibilidade de o legislador prever todas as situações que possam surgir na vida em sociedade e, com isso, pretender elaborar um rol taxativo de medidas cautelares. Portanto, para evitar que o juiz se depare com situações não previstas pela autoridade legiferante, o poder geral de cautela seria usado para preencher essas lacunas que porventura pudessem surgir, usando analogicamente o artigo 798 do Código de Processo Civil.

Assim, se na seara civil há a autorização expressa do uso do poder geral de cautela pelo juiz, tratando-se de direitos, em regra, patrimoniais, não haveria sentindo a proibição do uso desse poder na esfera penal, na qual se lida com direitos indisponíveis. Nesse sentido:

Há uma contradição em ser aceito que o juiz cível – que lida, de regra, com direitos disponíveis e patrimoniais – tenha flexibilidade de substituir uma medida cautelar por outra garantia, mesmo que esta medida alternativa não esteja prevista expressamente na lei (Poder Geral de Cautela), enquanto o juiz criminal – lidando com o direito fundamental, indisponível por natureza – não possa adotar medida cautelar atípica. Essa negativa do Poder geral de Cautela é interpretação que não se coaduna com a efetividade dos direitos fundamentais. (SOUZA, 2011, p. 22)

Busca-se, com a aplicação de medidas cautelares atípicas, a preservação da liberdade do indivíduo com providências necessárias e adequadas para o andamento do processo penal, não significando um ônus excessivo ao investigado ou acusado, obedecendo-se, assim, aos princípios da proporcionalidade, da eficiência e da inafastabilidade da jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva é um dos institutos mais antigos do ordenamento jurídico, cuja origem remonta aos primórdios da humanidade e sempre foi utilizada pelos governos, com o objetivo de manter o controle físico sobre o acusado até que a pena lhe fosse imposta.

O ordenamento jurídico brasileiro também se utilizou da prisão preventiva que foi inserida em 1822 por D. Pedro e, desde então, é um instrumento que se propõe a garantir o efetivo andamento do processo, regulamentada pelo Código de Processo Penal, mas possui suas próprias características e requisitos.

A prisão preventiva é caracterizada por ser uma medida cautelar excepcional e que tem pressupostos que devem estar presentes no caso concreto para autorizar a sua decretação. Assim, a prisão preventiva só deve ser determinada pelo juiz quando os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal estiverem presentes.

A Lei n. 12.403 de maio de 2011 alterou substancialmente as hipóteses de cabimento da prisão provisória, diminuindo os casos em que pode ser aplicada e acrescentou uma modalidade nova da prisão que é: a prisão para identificação civil do investigado ou acusado. Além disso, a lei sedimentou a característica de subsidiariedade da medida que, a partir de então, só poderá ser decretada nos casos em que não forem aplicadas as medidas cautelares.

O artigo 319 do Código de Processo Penal, modificado pela supramencionada lei, acrescentou um rol composto por nove medidas cautelares que devem ser aplicadas quando forem necessárias e adequadas ao caso concreto, como alternativa à prisão preventiva.

Sob o ponto de vista processual, as providências cautelares têm o objetivo de garantir o perfeito andamento do processo, vez que compromete o indivíduo, por exemplo, a comparecer em juízo sempre que for solicitado. Além disso, na ótica social, pretendem impedir que o acusado permaneça delinquindo e restringindo parcela de sua liberdade.

Por serem medidas excepcionais, devem ser fundamentadas pela autoridade judiciária que as impuser, e sua duração deve estar condicionada ao que lhe

justificou, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus*. As medidas cautelares, nesse viés, são provisórias e revogáveis.

Dessa forma, a medida cautelar que será aplicada em um caso concreto dependerá dos objetivos que se pretende alcançar, decretando a prisão preventiva somente em casos de insuficiência da medida ou seu próprio descumprimento.

O rol do artigo 319 conferiu um caráter de *ultima ratio* para a prisão preventiva por ser essa uma medida extremamente nociva, pois leva à prisão pessoas que ainda não foram julgadas e cuja presunção de inocência não deve ser abalada. O legislador acertou ao inserir medidas alternativas à prisão preventiva, conferindo ao juiz a possibilidade de proteger a ordem pública com proibições cautelares menos danosas e eficientes.

Contudo, a discussão que surge na doutrina sobre a relação das medidas cautelares com o juiz diz respeito à possibilidade de aplicar ao processo penal o poder geral de cautela do juiz, conferindo ao rol do artigo 319 do Código de Processo Penal um caráter aberto ou fechado.

Os que defendem a taxatividade argumentam no sentido de que o legislador não fez qualquer ressalva sobre o uso do poder geral de cautela e, por isso, em respeito ao princípio da legalidade no processo penal, não deve o juiz aplicar medidas cautelares atípicas.

Ademais, não haveria qualquer lacuna no direito processual penal sobre a matéria e, portanto, o uso da interpretação analógica não seria adequado, conforme norma autorizadora do artigo 3º do precitado diploma legal.

Como decorrência, o artigo 798 do Código de Processo Civil não poderia ser aplicado ao Processo Penal, em primeiro plano, por causa da completude que o caracteriza em relação às medidas cautelares e, em segundo momento, porque são ramos do direito com características próprias e a unificação em uma teoria geral do processo não teria sucesso nesse aspecto.

Por fim, defendem que o Processo Penal deve zelar pelos direitos e garantias individuais do agente, restringindo sua liberdade apenas com medidas previstas legalmente, respeitando os princípios da reserva legal e da presunção de inocência.

Entretanto, apesar da força dos argumentos, a pesquisa nos mostrou que a corrente que defende o uso do poder geral de cautela do juiz é a mais viável, pois confere ao juiz a possibilidade de aplicar medidas cautelares inominadas e impedir

que a prisão preventiva seja decretada por falta de previsão legal de uma medida eficaz e adequada.

O uso do artigo 798 do Código de Processo Civil é totalmente autorizado pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, possibilitando ao magistrado utilizar-se de medidas outras, que não previstas no rol fechado do artigo 319, mas que podem, inclusive, fazer parte do ordenamento jurídico penal.

Dessa forma, garantir-se-ia que o acusado não fosse levado à prisão por ausência de previsão legal, preservando-se a liberdade do indivíduo e a subsidiariedade da prisão preventiva que só seria aplicada quando fosse a única medida adequada para o caso concreto.

A liberdade de ir e vir não constitui um direito absoluto e, portanto, comporta restrições de acordo com a situação concreta em que se depare o juiz, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade. Dessa forma, as medidas cautelares não previstas na lei possibilitariam a preservação da liberdade do indivíduo, não decretando sua prisão preventiva, como também, seria uma medida suficiente para o restabelecimento da paz social e para a garantia do andamento eficaz do processo.

Ademais, enquanto que a seara cível trata de direitos patrimoniais disponíveis, o processo penal cuida de direitos indisponíveis, tal como a liberdade do indivíduo, não sendo concebível que para aquele seja permitido que o juiz evite restrições patrimoniais anteriores à sentença com medidas inominadas, e para este não. Se assim fosse, configuraria uma incoerência no ordenamento jurídico que protege o patrimônio, mas não a liberdade, cuja proteção é limitada à letra da lei.

Além de tudo que foi exposto, deve-se reconhecer a impossibilidade de o legislador prever todas as situações do mundo concreto e cada medida cautelar correspondente, isto porque as relações sociais são extremamente complexas e mutáveis. Por isso, para que haja um processo penal eficaz, deve-se reconhecer o poder geral de cautela do juiz e a possibilidade de aplicação de medidas cautelares não previstas de forma expressa pela lei.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>> Acesso em 01 set. 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. *In*: Vade Mecum. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. *In*: Vade Mecum. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 156**. 2009. Disponível em: <<http://senado.gov.br>> Acesso em: 27 set. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O advento da reforma do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011 e o destino da apresentação espontânea**. Disponível em <www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 30 maio 2011.

_____. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP de acordo com a Lei 12.403/11**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19189>>. Acesso em 30 maio 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

IENNACO, Rodrigo. **Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade Provisória.** Disponível em <www.direitopenalvirtual.com.br> Acesso em 31maio2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luíz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares – comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JORGE, Ana Paula. **A reforma das cautelares no Código de Processo Penal.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19090>>. Acesso em 25maio2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional).** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MISCIASCI, Elizabeth. **Como surgiram as prisões.** Disponível em: <http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm> Acesso em 17set.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Editora Podivm, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Atualização do Processo Penal Lei 12.403, de 05 de maio de 2011.** Brasília: Lúmen Juris, 2011.

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.uol.com.br/texto/19637>> Acesso em 15set.2011.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Lei nº 12.403/11: novas medidas cautelares no processo penal brasileiro.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/19638>> Acesso em: 15set.2011.

ROSA, Marcelo Iranley Pinto de Luna. **Cautelaridade da prisão preventiva.** Disponível em: < <http://artigos.netsaber.com.br>>. Acesso em: 16out.2011

SILVA, Marco Aurélio Leite. **Prisão temporária, uma aberração.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/6917/1/priso-es-cautelares-aspectos-teleologicos/pagina1.html>>. Acesso em: 30maio2011.

SOUZA, José Nilton Costa. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz.** Disponível em: <www.paginasdeprocessopenal.com.br> Acesso em: 11out.2011.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Considerações sobre a prisão preventiva.** Revista Síntese de Direito Processual Penal e Processual Penal. Ano VI, n. 34, out./Nov. 2005.

_____. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2000. V.1.