



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PRISCILA APARECIDA LOSCHI DE MELLO

**A INOVAÇÃO DO ORDENAMENTO PENAL VIGENTE NO TOCANTE À
EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA,
À LUZ DA LEI N. 12.403/11**

**BARBACENA
2014**

**A INOVAÇÃO DO ORDENAMENTO PENAL VIGENTE NO TOCANTE À
EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVENTIVA,
À LUZ DA LEI N. 12.403/11**

Priscila Aparecida Loschi de Mello*

Josilene Nascimento Oliveira**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo proceder a uma análise das alterações emanadas da Lei n. 12.403/11 no tocante às medidas cautelares, bem como suas implicações jurídicas e práticas na nova sistemática processual penal. A nova lei alterou o Título IX do Livro I do CPP, que passou a denominar-se “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”. Tal reforma objetivou alterar o Código de Processo Penal, eliminando resquícios que, até então, já não possuíam mais aplicação prática. Mais que um estudo dessas alterações, este artigo de revisão bibliográfica, onde foram consultados livros, revistas, periódicos e documentos eletrônicos, destina-se a analisar o principal foco da reforma, que é a criação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva e sua possível ineficácia em nosso país devido à falta de estrutura Estatal para fiscalização do cumprimento das mesmas.

Palavras-chave: Lei n. 12.403/11. Mudanças. Medidas cautelares. Efetividade.

* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena – MG – E-mail: priscila.lmello@hotmail.com

**Professora Orientadora. Especialista em Ciências Criminais pela UNESA. Professora de Direito Penal do Curso de Direito da UNIPAC/Barbacena. E-mail: josinoliveira@gmail.com

1 Introdução

A necessidade de se reformar o Código de Processo Penal a fim de que este se adequasse ao ordenamento constitucional vigente, tornou-se algo imprescindível e serviu de impulso para que vários projetos de lei fossem apresentados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. Dentre esses, foi aprovado em 07 de abril de 2011 o projeto de lei n. 4.208, que se converteu na Lei nº 12.403/11, inovando ao dispor de novas alternativas acautelatórias no processo penal, visando, assim, reduzir a utilização da prisão cautelar.

Com vigência em 04 de julho de 2011, essa lei almejou acabar com a máxima de “tudo ou nada”, pois, se antes o magistrado ficava atado ao simples fato de manter a prisão em flagrante ou conceder a liberdade provisória, agora seu objetivo é evitar ao máximo a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e seus princípios.

Trata-se de uma legislação com relevantes modificações que são do interesse de toda população brasileira, uma vez que, se de um lado liberta milhares de presos, o que gera certo receio em toda a sociedade, de outro protege os princípios da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, fazendo com que haja significativa redução do número de pessoas presas indevidamente, resolvendo indiretamente a questão da superlotação de nossos presídios.

Não obstante se tratar de uma lei, em tese adequada, denota-se que a nova sistemática no que tange às medidas cautelares introduzidas em nosso Código de Processo Penal foi, e continuará sendo alvo de ferrenhas críticas por muitos, devido ao principal problema encontrado para aplicá-la na prática, qual seja, a fiscalização ineficiente por falta de estrutura em nosso país, que ainda não dispõe de recursos suficientes para efetivá-la.

2 A sistemática das medidas cautelares no processo penal antes da Lei n. 12.403/11

A principal novidade trazida pela Lei n. 12.403/11 foi a criação das medidas cautelares de natureza pessoal distintas da prisão.

Antes da mencionada lei, o juiz tinha apenas duas soluções extremas, que era a prisão ou a liberdade, sendo que, atualmente, com sua entrada em vigor, se encontram à sua disposição várias soluções intermediárias, devendo a prisão preventiva ser decretada somente em último caso.

Por muito tempo, o magistrado só possuía uma forma de conter a prática de delitos, que era a prisão. Sendo assim, ou era decretada a prisão preventiva ou a prisão temporária ou então, era concedida a liberdade provisória, não havendo um instrumento jurídico intermediário. Essas duas alternativas, com extremidades completamente opostas, ensejava grandes injustiças, pois, na ansiedade de oferecer respostas à sociedade, o Estado muitas das vezes pressionado pela mídia, agia de maneira errônea no que diz respeito ao encarceramento do indivíduo, não atendendo aos preceitos constitucionais.

Esclarecem Gomes e Marques, no que tange às regras antigas Código de Processo Penal:

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória (CPP, art. 310, na sua redação original). (GOMES, MARQUES, 2011, p.24)

Corroborando este entendimento e ressaltando as modificações trazidas pela Lei n. 12.403/11, temos o posicionamento de Lima (2011, p.125):

[...] durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que essa medida de contracautela só pode ser concedida àquele que foi anteriormente preso em flagrante. Tem-se aí o que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória. Seguindo orientação do direito comparado, e com o objetivo de pôr fim a essa bipolaridade cautelar do sistema do Código de Processo Penal, a Lei nº 12.403/11 amplia de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade.

Diante da rejeição à bipolaridade até então consagrada no Processo Penal é que aflorou a necessidade de uma reforma em todo o sistema, para assegurar a persecução penal e evitar que soluções injustas pudessem ser utilizadas.

Dessa forma, a superação da prisão como forma de garantia do juízo foi consolidada, derrubando a polarização prisão x liberdade, fazendo incidir então, vários mecanismos de segurança ao Juízo.

A forma de decretação automática que existia na redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal, quando da sua entrada em vigor, foi finalmente afastada, uma vez que, dessa forma, estava enraizada em nosso direito a prisão compulsória ou obrigatória, impossibilitando ao juiz verificar a real necessidade de decretar ou não essa medida. Por força dessa norma, por muito tempo nossos magistrados se mantiveram de “mãos atadas” quanto à faculdade de analisar a necessidade da prisão.

Com a Lei n. 12.403/11, encerrou-se o sistema binário do processo penal brasileiro e iniciou-se a fase do sistema multicautelares, tendo sido alterada a característica da prisão preventiva, sendo que esta passou a existir conjuntamente com as medidas cautelares, porém de forma excepcional, sendo agora aplicada como deve ser, a *ultima ratio*.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2011, p.24), “a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a extrema *ratio* da *ultima ratio*. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último, a prisão, por expressa previsão legal”.

Assim, as medidas cautelares, para serem aplicadas, deverão preencher os requisitos da necessidade e da adequação, passando a prisão a ser projetada para recolher apenas quem efetivamente representa sério perigo para a sociedade.

3 Os requisitos da Prisão Preventiva sob a ótica da Lei n. 12.403/11

Antes de se iniciar um estudo específico sobre as medidas cautelares, é importante que se entenda melhor as alterações ocorridas no cerne do instituto da prisão preventiva em nosso ordenamento pátrio.

Ao contrário do que ocorreu com a prisão em flagrante, esta modalidade de prisão sofreu várias alterações trazidas pela nova lei.

Segundo Nucci (2012, p.64), a prisão preventiva “é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.

A Lei n. 12.403/11 traz três espécies de prisão preventiva, a saber: prisão preventiva originária, decretada pelo juiz, nos termos do art. 312 do CPP; a prisão preventiva derivada, convertida da prisão em flagrante, a teor do art. 310, inciso II, do CPP; e a prisão preventiva substitutiva, decorrente do descumprimento de medidas cautelares penais, na forma do § 4º do art. 282 do CPP.

No entanto, a prisão preventiva, segundo o §6º inserido no artigo 282 do CPP “será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art.319)”.

Com a inserção deste parágrafo, o legislador afirma ser a prisão preventiva a medida cautelar mais grave. Dessa forma, deve o juiz analisar primeiramente a aplicação de todas as medidas cautelares e, somente constatando não ser possível a substituição da preventiva por essas, deverá adotar a medida mais extrema.

Para haver a decretação da prisão preventiva, deverão estar presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que foram mantidos de acordo com as hipóteses legais anteriores, configurando o *periculum libertatis*, além da demonstração de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, que configuram o *fumus comissi delicti*, nos seguintes termos:

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

No que diz respeito à admissibilidade da prisão preventiva, o artigo 313 passou a apresentar a seguinte redação:

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

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

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

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

Quanto a essa alteração, assevera Barros¹:

¹http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf

Neste ponto, a Lei nº 12.403/2011 é, de maneira geral, mais benéfica ao acusado, especialmente por restringir as hipóteses de cabimento da prisão cautelar. Somente em poucos pontos há prejuízo para o réu, como na inclusão do assistente de acusação como legitimado para requerer medidas cautelares [...]

Como antes, não cabe prisão preventiva em caso de contravenções penais e crimes culposos. Todavia, não é mais levado em conta se a pena é de reclusão ou detenção, sendo relevante apenas o *quantum* da pena máxima abstrata, conforme explica Távora (2014, p.736):

A preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (art.313, I, CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11). Os crimes culposos e as contravenções penais, neste parâmetro inicial, não admitem a prisão preventiva. A lei é intransigente, restringindo aos crimes dolosos (com pena de reclusão ou detenção superior a quatro anos), o âmbito de incidência desta medida prisional. Daí se conclui que nem todos os crimes dolosos admitem preventiva [...]

O artigo 314, que dispõe sobre os casos em que estão presentes excludentes de ilicitude, após a nova lei, passou a ter a seguinte redação: “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

O entendimento no caso desse artigo, não sofreu grande alteração, tendo ocorrido apenas um reparo na redação do artigo, uma vez que referido artigo mencionava o artigo 19 e não o artigo 23 do Código Penal, para tratar das excludentes de ilicitude, que passaram a ser tratadas pelo último, após a reforma de 1984.

4 As inovações acerca das medidas cautelares, trazidas pela Lei n. 12.403/11

O ineditismo da Lei n. 12.403/11 introduziu no processo penal brasileiro uma gama de medidas cautelares diversas da prisão, que visam manter a efetividade do processo, protegendo seu resultado final, bem como reduzir a decretação de prisões preventivas.

Aury Lopes Júnior (2013, p. 132) afirma que “há que se dar um basta à banalização das prisões preventivas, reservadas seu uso aos casos em que ela é efetivamente cautelar e faz-se estritamente necessária”.

De todas as alterações trazidas pela entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, as ocorridas no que se refere às medidas cautelares distintas da prisão, destacam-se como sendo as mais importantes, pois, com a inovação legislativa, os operadores do Direito possuem

agora, um leque de opções, que são suficientes para garantir a aplicação da lei penal e o direito de punir do Estado.

Segundo Aury Lopes, as medidas cautelares podem ser aplicadas:

- a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando se fizer necessária a medida de controle ;
- a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, como medida alternativa à prisão preventiva já decretada e que se revele desproporcional ou desnecessária à luz da situação fática do perigo ;
- aplicada juntamente com a liberdade provisória, no momento da homologação da prisão em flagrante pelo juiz, como medida de contracautela (alternativa à prisão em flagrante);
- a qualquer tempo está permitida a cumulação das medidas alternativas, quando se fizer necessário. (LOPES JR., 2013. p. 147)

Ainda no sentido de que as medidas cautelares diversas da prisão representam a principal inovação introduzida pela lei em comento, temos o posicionamento de Nucci, que aduz:

Trata-se do cerne da reforma processual introduzida pela lei 12.403/2011, buscando evitar os males da segregação provisória, por meio de encarceramento de acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas ínfimas. Porém, como já mencionamos nas notas do art. 282, não se cuida de medida automática, a ser padronizada e aplicada aos réus em geral. Elas dependem dos requisitos de necessidade e adequabilidade. Além disso, se não forem cumpridas, pode o magistrado decretar a prisão preventiva como ultima ratio. A mudança, em princípio, é bem-vinda, restando ao Estado implementá-la na prática. (NUCCI, 2012, p.679)

O objetivo dessa alteração é evitar ao máximo a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, adequando este instituto aos ditames constitucionais dos dias de hoje e seus princípios.

Esclarece Gusmão (2013)²:

A Lei 12.403/11[...] prevê a aplicação de medidas de natureza cautelar, diversas da prisão, para serem aplicadas em estrita observância do binômio adequação-proporcionalidade, para que não se utilize de medida extrema, mas para que também não se deixe de acautelar situações que merecem algum tipo de restrição cautelar com o único fim de proteger o próprio processo.

Seguindo essa orientação, o artigo 319 do CPP elenca um rol de nove medidas cautelares diversas da prisão.

²<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal-cabimento-e-substitutividade,46262.html>

Com a nova redação trazida pela Lei 12.403/11: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”.

Tal medida, que não é novidade no âmbito penal, se justifica pelo fato de que em certos casos concretos há a necessidade de o Judiciário acompanhar o indivíduo de forma mais próxima.

Segundo Aury Lopes (2013, p.211), “o modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial (afinal, a polícia está em ‘todos’ os lugares) e também a maior eficácia do controle”.

A segunda medida cautelar está prevista no artigo 319 do CPP e consiste na: “Art. 319 [...] II- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deve o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de nova infração”.

Para Távora e Alencar. (2014, p.820):

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

A terceira medida cautelar é a: “Art. 319 [...] III- proibição de manter contato com pessoas determinadas quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”.

Este inciso certamente é destinado aos casos em que há a prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça e merece destaque por caracterizar um aprimoramento do que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) implementou, como medidas protetivas de urgência para proteger a mulher em situação de vulnerabilidade.

Assim como no caso da Lei Maria da Penha, é possível impor uma distância mínima do acusado em relação ao indivíduo protegido. Nesse sentido, é a jurisprudência:

Habeas Corpus. Lesões corporais contra companheira e ameaça, em concurso material. Possibilidade de aguardar o julgamento em liberdade, mediante a proibição de manter contato com a vítima, mantendo a distância de 200 metros, sob pena de prisão. Ordem parcialmente concedida, ratificada a liminar (3028714720118260000 SP 0302871-47.2011.8.26.0000, Relator: Francisco Bruno. (Data de Julgamento: 09/02/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/02/2012).)

A quarta medida cautelar, também prevista no artigo 319 do CPP trata-se de: “Art. 319 [...] IV- proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para investigação ou instrução”.

A limitação imposta neste caso deve se justificar pela necessidade de produção probatória ou conveniência para investigação ou instrução criminal.

Para alguns, esta medida possui uma peculiaridade, pois o seu texto foi alterado no trâmite do processo legislativo. O seu texto original não mencionava a ‘conveniência’, exigia-se apenas a ‘necessidade’ e havia a expressão ‘para evitar fuga’. O texto anterior era muito mais abrangente.³

A quinta medida cautelar é: “Art. 319 [...] V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos”.

Essa medida visa diminuir o risco da fuga, tutelar a prova e até mesmo prevenir, de forma geral e especial.

Segundo Nucci (2014, p.821), “a medida em tela é a ideal para tornar a prisão preventiva realmente excepcional. Sendo suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária é a segregação cautelar”.

Para Luiz Flávio Gomes (2011, p. 184) a medida também pode servir para garantir a ordem pública se tiver por finalidade evitar crimes cujas regras de experiência demonstram que são praticados à noite e nos horários de descanso da população, como o furto em estabelecimento comercial.

Vale salientar que referida medida difere da prisão domiciliar, uma vez que essa substitui a prisão preventiva, possuindo caráter mais severo que a medida aqui imposta.

A sexta medida cautelar consiste na: “Art. 319 [...] VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais”.

Na lição de Guilherme Nucci, “a medida pode ser ideal para crimes contra a administração pública, bem como para delitos econômicos e financeiros, evitando-se a preventiva, que tenha por fundo a garantia da ordem econômica”.

Temos a seguir um modelo de aplicação desta medida em um caso concreto:

³ http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10722

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA, INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO E QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS.I - Fumus comissi delicti demonstrado com base em extensa investigação, mas sem correspondente demonstração de periculum in libertatis.II - Fatos mais destacados indicando delitos praticados sem maiores contornos de gravidade concreta como seriam aqueles que repercutem de imediato e de forma incisiva contra calores comunitários essenciais à harmonia da ordem pública.III - Suficiência de medida menos gravosa. Suspensão do exercício da função pública até o término do processo.IV - Ordem concedida (201102010029430 RJ 2011.02.01.002943-0, Relator: Juiz Federal Convocado ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 01/06/2011, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::29/06/2011 - Página::22/23).

Essa medida foi prevista pelo legislador visando assegurar que o indivíduo não se aproveite da função pública ou atividade econômica ou financeira para praticar infrações penais.

A sétima medida cautelar descrita no artigo 319 do CPP aborda a: “Art. 319 [...] VII- intervenção provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código de Penal) e houver risco de reiteração”.

Antes da Lei n. 12.403/11 não havia qualquer instrumento processual capaz de conter a periculosidade de acusado doente mental, enquanto não houvesse decisão definitiva, a não ser pela decretação da prisão preventiva, que não era a mais adequada para casos deste jaez. Com esta inovação legislativa é possível evitar a prisão preventiva, recolhendo ao cárcere as pessoas incapazes de compreender o caráter ilícito do fato, em virtude de doença mental. No entanto, conforme assevera Távora (2014, p.822), “a medida deve ser justificada pelo risco da reiteração delituosa, o que impede a internação compulsória em razão da simples prática delitiva, como se fosse um efeito automático da doença mental”.

Neste caso, faz-se necessário uma perícia para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade no momento do crime. Para Pacelli⁴, são requisitos desta medida cautelar:

Primeiro, a existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e segundo do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial, segundo o dispositivo no artigo 149 e seguintes do código de processo penal.

⁴[http://www.amdepol.org/arquivos/reforma do CPP.pdf#bdc4.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/reforma%20do%20CPP.pdf#bdc4.pdf)

A oitava medida cautelar mantida no CPP é a: “Art. 319 [...] VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do andamento ou em casos de resistência injustificada a ordem judicial”.

A fiança, que antes possui natureza de contracautela e hoje se encontra disposta no rol das medidas cautelares autônomas, com a recente Lei, passa a ter duas dimensões de atuação, podendo ser aplicada no momento da concessão da liberdade provisória ou como medida cautelar diversa.

Ensina-nos Távora (2014, p.822) que:

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

A nona medida cautelar trata-se da: “Art. 319 [...] IX – monitoração eletrônica”.

Essa talvez seja uma das medidas cautelares que mais merece atenção, pois, conforme leciona Lopes Jr. (2013, p.161):

O monitoramento eletrônico é uma medida cautelar alternativa, subordinada também ao *fumus commissi delicti*, e principalmente, à necessidade de controle que vem representada pelo *periculum libertatis*. Seu uso, por ser um dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle e, em geral, vem associado ao emprego de outra medida cautelar diversa (como proibição de ausentar-se da comarca, art. 319, IV).

Ainda segundo este doutrinador:

É um instrumento bastante útil de controle, mas que deve ser reservado para casos mais graves, como último passo antes da decretação da prisão preventiva, sob pena de sua banalização gerar um expansionismo ilegítimo de controle penal, com sérios riscos à liberdade individual e à própria dignidade da pessoa humana. LOPES JR. (2013, p.161)

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

Vale lembrar que a prisão domiciliar também é medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, no entanto não vem tratada no art. 319 do CPP, vez que possui requisitos próprios.

O artigo 320 do CPP traz uma medida que já vinha sendo aplicada por alguns juízes, dentro do poder geral de cautela, tornando-se agora medida formal, como se vê:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Segundo Nucci (2012, p.682):

A entrega do passaporte, como regra, impede a saída do Brasil, a menos que se trate de pessoa muito rica ou extremamente ousada, cuja fuga pode ser assegurada por outros meios, inclusive pela documentação falsa. [...] Como regra, destina-se aos crimes econômicos e financeiros, onde está presente o poderio do acusado para a fuga ao exterior[...].

Após a nova lei, a prisão preventiva passou a possuir função subsidiária, podendo ser aplicada apenas quando não for hipótese de cabimento das medidas cautelares alternativas. Essa característica é extraída o §6º do artigo 282 do CPP, que dispõe: “Art 282 [...] § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Referido dispositivo remete ao parágrafo único do art. 312, que, após a novidade, deixa evidente o caráter subsidiário da preventiva, que tão somente deve ser aplicada em última hipótese, diante da ineficácia das medidas cautelares de menor gravidade, senão vejamos: “Art. 312. [...] Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)”.

Tal norma, na lição de Barros⁵:

Exige *interpretação conforme a Constituição*, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Por isso há menção no dispositivo ao artigo 282, §4º, do CPP. Assim, ao decretar a prisão preventiva, além de presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, deve o juiz fundamentar as razões pelas quais entende insuficientes as demais medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, sob pena de ilegalidade da decisão.

Conforme disposto no art. 282, §§4º e 6º, do CPP, as medidas cautelares sempre preferirão à decretação da prisão preventiva, razão pela qual, decidindo pela prisão, o juiz deve fundamentar o motivo pelo qual deixa de aplicá-las.

⁵http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_52.pdf

Em suma, hodiernamente a preventiva só é cabível se as demais medidas cautelares se revelarem insuficientes.

5 A efetividade das medidas cautelares diversas da prisão

A introdução das medidas cautelares em nosso ordenamento jurídico foi positiva, vez que possibilitou ao juiz impor uma medida mais ou menos gravosa, de acordo com o caso concreto, preenchendo desta forma, os requisitos da necessidade e adequação.

A dedicação do legislador em ajustar a sistemática processual penal em vigor, ao que emana a Carta Maior, protegendo assim, os direitos e garantias fundamentais do cidadão por meio da criação das medidas cautelares alternativas à prisão, foi válida e consolidou o caráter excepcional da prisão.

No entanto, apesar de possuir inúmeros pontos positivos, as medidas cautelares possuem eficácia duvidosa, sendo objeto de controvérsias no que tange à sua aplicação, principalmente quando questionada sua efetividade. Parcela considerável de doutrinadores, processualistas e a própria sociedade já se manifestaram no sentido de que a nova lei não é benéfica.

Segundo Nucci (2012, p.679), “a mudança, em princípio, é bem-vinda, restando ao Estado implementá-la na prática”.

É justamente este o ponto que mais nos preocupa, ou seja, o fato de o Estado possuir condições ou não de fiscalizar o cumprimento de tais medidas, pois, em caso negativo, estaremos diante da aclamação da impunidade.

Observamos sua ineficácia, uma vez que faltam servidores públicos que possam fiscalizar o seu cumprimento. Na prática, essas medidas têm demonstrado que não atingem sua finalidade. O acusado volta a praticar crimes e, por muitas vezes, acaba revelando necessária a decretação de sua prisão preventiva. Com isso, não solucionam o problema da superlotação, nem da ressocialização do preso. Deve-se considerar que se o Brasil tivesse uma estrutura adequada para aplicar tais medidas, nosso sistema melhoraria muito, não há dúvidas.

No entanto, a realidade nos leva à descrença a respeito da eficácia da fiscalização, pois se não é satisfatória a fiscalização daqueles que estão presos, será impossível fiscalizar os que estão cumprindo uma medida cautelar.

A Constituição Federal estatui em seu artigo 5º, *caput*, que a segurança é direito fundamental do indivíduo. Dessa maneira, o constituinte de 1988 estabeleceu que a Segurança

Pública é um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através das polícias. Em conformidade, não há porque haver óbice ao fato de que as polícias federal e civil, observadas suas respectivas atribuições, possam fiscalizar o cumprimento das medidas cautelares pessoais criadas pela Lei n. 12.403/11 até que o Judiciário tenha aparato suficiente para esta fiscalização.

Para os delegados Santos e Ubeda (2011)⁶:

Com a adoção desse posicionamento, as instituições policiais ganhariam mais prestígio frente à sociedade, pois o fruto de seu trabalho de fiscalização poderia levar à prisão cautelar aqueles que, inicialmente agraciados com medidas mais brandas, posteriormente, demonstram não terem condições de permanecerem convivendo em sociedade. Com esse trabalho, certamente, seriam retirados do convívio social, antes do transito em julgado da sentença penal condenatória, aquelas pessoas que, no curso da persecução penal, demonstrassem grau de periculosidade elevado. É inegável que tal medida traria maior segurança para a sociedade.

Ainda segundo os delegados:

[...] Algumas dessas medidas, para que sejam efetivamente cumpridas pelos indiciados ou acusados pela prática delitiva, exigirão a realização de uma fiscalização eficaz, por parte do judiciário e das instituições que integram a segurança pública do país. Caso contrário, tais medidas não passarão de regras meramente formais, como tantas outras existentes em nosso ordenamento jurídico. Considerando que o cumprimento dessas medidas está relacionado à questão de segurança pública, o ideal seria que a polícia judiciária passasse a fazer a fiscalização *latu senso* das pessoas a quem as mesmas fossem impostas, sem prejuízo da fiscalização eventual exercida por outras instituições. Assim, se durante essa fiscalização for constatado o descumprimento da cautelar pessoal, a autoridade policial poderá representar ao juízo competente postulando a decretação de outras medidas, cumulativamente, a substituição da medida anterior ou, até mesmo, pedir a prisão preventiva do desobediente (SANTOS; UBEDA (2011)⁷

As medidas cautelares alternativas sem a devida fiscalização tornam-se fatores de descrédito para o Judiciário e para o sistema penal como um todo, uma vez que são apontadas por muitos como sendo de frágil eficácia ou difícil fiscalização.

É o que vem ocorrendo no Brasil, onde o que falta é fiscalização do Poder Público, diminuindo, portanto, a efetividade das normas.

⁶http://www.policiaocivil.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=7195&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053

⁷*ibidem*

Aplicar essas medidas sem uma devida fiscalização ocasiona efeito contrário ao que foi idealizado, pois pode levar alguns acusados aos quais foram impostas essas medidas, a praticar novos crimes, entrando em colisão o direito fundamental que o detento tem de ser presumido inocente com o direito que a coletividade possui da segurança.

Uma solução para se evitar a ineficácia da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão é considerar seu descumprimento como fator relevante no momento de aplicação da pena, elevando-se a pena-base de acordo com o grau de descumprimento do indivíduo, mas essa medida por si só, não garante eficácia às medidas.

Muito há ainda de se estudar até que alcancemos a completa eficácia das medidas cautelares, pois, decorridos pouco mais de 03 anos após a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, a questão de como essa medida cautelar vai ser fiscalizada de forma eficaz ainda não foi consolidada. Resta dessa forma ao Estado buscar meios eficientes para aplicação dessas medidas, que foram sim, fruto de uma excelente ideia.

6 Considerações finais

Depreende-se diante de tudo o que foi exposto que o novel diploma legislativo teve como propósito instituir diversas medidas cautelares alternativas, visando assim certificar a subsidiariedade da prisão, de forma a colocar em prática os preceitos de nossa Lei Maior.

Para tanto, o legislador criou essas medidas cautelares que deverão anteceder, quando suficientes para assegurar a aplicação da lei penal e a ordem processual, a decretação da prisão.

Verifica-se, portanto, que as inserções legislativas trazidas pela Lei n. 12.403/2011 no tocante às medidas cautelares ocorreram, dentre outros motivos, por razões de política criminal, pois ao eliminar o excesso de prisões processuais, tem-se uma significativa redução da população dos presídios. Ademais, finalmente foram previstas medidas que se amoldam ao ordenamento constitucional vigente.

Indubitavelmente essa foi a maior inovação desta reforma, eis que afastou o binômio prisão/liberdade, bem como buscou consolidar vários princípios, segundo os quais “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (Princípio da Não Culpabilidade), “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Princípio do Devido Processo Legal), bem como “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”

(Princípio da exigência de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar).

À vista disso entendemos que referida lei foi criada em momento oportuno e possui vários pontos positivos. Tomemos como exemplo a criação de um banco de dados nacional de mandados de prisão que impede que indivíduos perigosos, postos em liberdade cometam novos crimes por falta de informação das autoridades competentes, bem como o alinhamento ao minimalismo penal, evitando prisões preventivas em diversos casos.

Porém, embora pareça formidável, esta reforma estabeleceu medidas de difícil implementação, uma vez que estamos diante de um Estado onde há total escassez quanto à fiscalização pública.

Data venia, posicionamo-nos ser um dever do Estado, frente a essa situação e com o objetivo de solucionar este problema, investir em estruturas de controle, proporcionando dessa maneira aos juízes e tribunais, meios de romperem definitivamente com a cultura até então existente, que é a banalização da prisão.

INNOVATION SPATIAL CRIMINAL APPLICABLE LAW, THE LAW OF LIGHT 12.403 / 11, IN RELATION TO THE EFFECTIVENESS OF THE PRECAUTIONARY MEASURES OF PROBATION MISCELLANEOUS

Abstract

This article aims to undertake a review of the changes established by Law n. 12.403 / 11 with regard to precautionary measures, as well as their legal and practical implications of the new criminal procedure systematic. The new law amended Title IX of Book I of the CPP, which changed its name to "Prison, the Provisional Measures and Interim Freedom". This reform aimed to change the Code of Criminal Procedure, eliminating remnants that, until then, no longer had more practical application. More than a study of these changes, this article of literature review, where books were consulted, magazines, periodicals and electronic documents, is intended to analyze the main focus of the reform, which is the creation of alternative protective measures to provisional detention and its possible inefficiency in our country due to lack of State structure for the enforcement thereof.

Keywords: Law n. 12.403 / 11. Changes. Precautionary measures. Effectiveness.

Referências

ARAÚJO, Dálberson Carlos Canton. **Uma abordagem acerca da prisão preventiva sob a égide da Lei nº 12.403/11**. Barbacena: [s.n.], 2012. 56 p. Trabalho Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)-Universidade Presidente Antônio Carlos.

BRASIL [Leis, decretos, etc...] **Vade Mecum**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei 12.403/11, de 04 de maio de 2011**. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. Prisão preventiva na nova lei: polêmica à vista. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.7, n.42, jun./jul. 2011. p. 5-9.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

CONGRESSO JURÍDICO ONLINE DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Prisões provisórias e medidas cautelares**: Questões Controvertidas. Recife, 2014.

CORRÊA, Nodimar. *et al.* **A lei 12.403/2011 e as novas medidas cautelares alternativas à prisão**. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/lei-124032011-e-novas-medidas-cautelares-alternativas-%C3%A0-pris%C3%A3o>>. Acesso em: 05 out. 2014.

CURY, R.; CURY, D. M. S. **Mudança do Código de Processo Penal - Lei 12.403/2011: Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade.** Disponível em: <http://www.malheirosecury.com.br/OLD/artigos/MUDANCA_DO_%20CODIGO_DE_PROCESSO_PENAL_LEI_12.403_2011.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

FARIAS, Vilson. A lei nº 12.403/2011 e as alterações promovidas no código de processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.7, n.42, jun./jul. 2011. , p. 26-38.

GARCETE, Carlos Alberto. **Breves impressões acerca da novel lei n. 12.403/2011 (lei das novas medidas cautelares penais).** Disponível em: <http://www.actadvocacia.com.br/downloads/download_6495_61.pdf>. Acesso em: 05 out. 2014.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Prisão e Medidas Cautelares:.** Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

GUSMÃO, Marcus. **O uso das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.** Disponível: < <http://jus.com.br/artigos/29617/o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

JORGE, Ana Paula. A Reforma das Cautelas no Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.7, n.41, abr./maio 2011. p. 5-11.

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova prisão cautelar:** doutrina, jurisprudência e prática, de acordo com a lei nº 12.403/11. São Paulo: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURES, Lázaro Henrique. **O instituto da liberdade provisória e a nova lei de medidas cautelares no Brasil.** Barbacena: [s.n.], 2012. 52 p. Trabalho Conclusão de Curso(Bacharelado em Direito)-Universidade Presidente Antônio Carlos.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade.** As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

PORTO, P. R.F. **Lei 12.403/11 - Novas medidas cautelares no Processo Penal Brasileiro - Reflexões iniciais.** Jun, 2011. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6510/Lei-12403-11-Novas-medidas-cautelares-no-Processo-Penal-Brasileiro-Reflexoes-iniciais>>. Aceso em : 06 out. 2014.

SANTOS, Cleopas Iaías. Índícios de uma teoria geral das medidas cautelares prisionais no projeto de reforma do código do processo penal. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.11, n.66, fev./mar. 2011. p. 35-47.

SILVA, H.K.B.C.P. **O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal.** Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/serie/s/4/medidas_cautelares_174.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2014.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 9.ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando. A reforma do código de processo penal. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.11, n.66, fev./mar. 2011. p. 7-21.