

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ANDRESSA OLMEDO MINTO

A efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Ribeirão Preto

2015

ANDRESSA OLMEDO MINTO

A efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Departamento de Direito Público

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Minto, Andressa Olmedo

A efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. Ribeirão Preto, 2015.

153 p. ;

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Silveira, Sebastião Sérgio da.

1. O sistema penitenciário brasileiro. 2. Modificações introduzidas pela Lei n. 12.403/2011. 3. 4. Modalidades de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. 5. Efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. 6. Regulamentação e constitucionalidade das audiências de custódia.

Nome: MINTO, Andressa Olmedo

Título: A efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ribeirão Preto, _____ de _____ de 2015.

Dedico este trabalho aos meus pais, Marco e Adriana,
com amor, admiração e gratidão por tudo o que já
fizeram por mim.

AGRADECIMENTOS

Às minhas irmãs, Andreia e Ana Carolina, pelo companheirismo e parceria.

Aos meus avós, Iracy, Edinor, “Lena” e “Lelé”, por serem minhas referências de afeto e amor.

Aos meus amigos, por me acompanharem durante toda esta caminhada.

Ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade de São Paulo, pelo apoio financeiro para realização desta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, pelas brilhantes aulas de Processo Penal e por toda atenção e apoio durante o processo de definição e orientação.

Aos demais professores de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, por suas lições transformadoras e por me despertarem a paixão pela área criminal.

Ao Dr. Lúcio Alberto Enéas da Silva Ferreira, por transmitir e me fazer crer em uma aplicação mais humana do direito penal.

A todos os meus colegas, aos docentes e aos funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, pelo esforço e dedicação cotidianos.

*“Toda pena que não advier da absoluta necessidade,
diz o grande Montesquieu, é tirânica.”*

(BECCARIA, 2012)

RESUMO

MINTO, Andressa Olmedo. A efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. 2015. 153 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) –Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2015.

Em vista do crescente aumento do número de prisões provisórias no Brasil e objetivando minimizar o problema da superpopulação carcerária, a Lei nº 12.403/2011 inseriu, no Código de Processo Penal, outras medidas cautelares, alternativas à prisão: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado; fiança; monitoração eletrônica; e proibição de ausentar-se do País. Com isso, a prisão preventiva tornou-se cautelar excepcional. Todavia, para que as cautelares alternativas à prisão sejam efetivas, faz-se necessário que os operadores do direito as utilizem observando os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação da medida. O que se nota no cenário jurisdicional atual, no entanto, é o excesso de prisões provisórias, exatamente pela não utilização das outras medidas cautelares pessoais.

Neste sentido, a prisão provisória prevalece como a cautelar mais aplicada pelos magistrados brasileiros e a jurisprudência admite a decretação da prisão preventiva com base em fundamentos vagos e imprecisos. Contudo, existem iniciativas do Poder Público para ampliar a utilização das medidas cautelares alternativas, como através da implantação do projeto relacionado às “audiências de custódia”.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário; Prisão; Medidas Cautelares Pessoais; Medidas Cautelares Alternativas.

ABSTRACT

MINTO, Andressa Olmedo. The effectiveness of alternative personal precautionary measure in comparison to preventive detention. 2015. 153 f. Monograph (Bachelor of Law) – Law School of Ribeirão Preto, University of São Paulo, 2015.

This monograph is based on the Brazilian Procedural Law judicial institutions. In view of the growing number of remand in Brazil and having in mind the problem with overpopulation in prison, the Law nº 12.403/2011, bestow on the Criminal Procedure Code others alternative precautionary measure to detention as: periodic attending to the trial; the person is prohibited to go in particular places; the person cannot hold contact with particular persons; the person cannot leave the County; the person shall be at home during evenings and days-off; the person shall be suspended of public office or other economical or financial activities; temporary detention; payment of the bail; electronic monitoring and the person shall be prohibited to be absent of the Country. With all these means, the remand became the last recourse. Nevertheless, for the effectiveness of the alternative precautionary measure it is necessary to the legal practitioners resort to them accordingly with the principles of proportionality, need and measure adequacy. However, in the current jurisdictional scenario, the excess of remand detention is due to the low use of alternative personal precautionary measure.

Thus, in one hand, the remand is still the most used by Brazilian Judges, and in another hand, the Case Law admits that based on vague and imprecise arguments. Although the State could expand the use of alternative precautionary measure, by implanting a project associated to parole hearings.

Keywords: Prison system; Prison; Precautionary Measure; Alternative Personal Precautionary Measure.

SIGLAS

ARP	Associação pela Reforma Prisional
CESeC	Centro de Estudos de Segurança e Cidadania
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DIPO-SP	Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Ranking Mundial do Sistema Penitenciário	22
Gráfico 2 - Evolução da População Carcerária (1990-2012)	23
Gráfico 3 - Evolução da População Nacional (1990-2012)	23
Gráfico 4 - Presos provisórios X Presos condenados	24
Gráfico 5 - Presos provisórios X Presos condenados	24
Gráfico 6 - População carcerária X Vagas prisionais em 2012	25
Gráfico 7 - Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)	29
Gráfico 8 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil	29

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em 2014	27
Tabela 2 - Decisão judicial de análise da prisão em flagrante	94
Tabela 3 - Decisão judicial de análise do pedido de liberdade provisória (vara singular)	96-95
Tabela 4 - Fundamentos do decreto de prisão preventiva no DIPO-SP	97-96
Tabela 5 – Conteúdo da decisão nas varas singulares	98-97
Tabela 6 – Argumentos que lastrearam o fundamento prisão da preventiva no DIPO-SP	98
Tabela 7 – Argumentos para a manutenção da prisão nas varas singulares	98-99
Tabela 8 – Argumentos para conceder a liberdade	99-100
Tabela 9 – Medidas cautelares escolhidas no DIPO-SP	100-101
Tabela 10 – Medidas cautelares escolhidas nas varas singulares	101-102
Tabela 11 – Medidas cautelares aplicadas aos casos de prisão em flagrante em 2011	106
Tabela 12 – Medidas cautelares aplicadas aos casos de prisão em flagrante antes e depois da Lei 12.403/11 (em % do total de casos)	106-107

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - A nova sistemática da prisão e das “outras cautelares”	40
Figura 2 – Atos procedimentais da Audiência de Custódia	125
Figura 3 – Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil	126

SUMÁRIO

Resumo	7
Abstract	14
SIGLAS	16
Lista de gráficos	18
Lista de tabelas	19
Lista de figuras	20
SUMÁRIO	22
1. INTRODUÇÃO	17
2. ASPECTOS METODOLÓGICOS	19
2.1 OBJETIVOS	19
2.2 METODOLOGIA	19
2.3. ANÁLISES	19
CAPÍTULO 1 – O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	21
CAPÍTULO 2 – MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.403/2011	33
1. A ORIGEM DA REFORMA	33
2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES	34
3. O DIREITO INTERTEMPORAL E A LEI N. 12.403/2011	42
4. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES LEGAIS	43
CAPÍTULO 3 – A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL E AS CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR	47
1. TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL	47
1.1. Classificação das medidas cautelares	48
1.2. Medidas cautelares patrimoniais.....	48
1.3. Medidas cautelares pessoais	49
2. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	50
2.1. Nomenclatura.....	50
2.2. Previsão Legal	51
2.3. Conceito e âmbito de aplicação	51
2.4. Finalidades	52
2.5. Princípio da Presunção de Inocência e medidas cautelares diversas da prisão	52
2.6. Pressuposto	54
2.7. Cabimento.....	54

2.8.	Quem pode decretar	56
2.9.	Quem pode postular a decretação	56
2.10.	Momento da decretação	57
2.11.	Critérios para escolha e decretação da medida	57
2.12.	Contraditório na decretação	58
2.13.	Decretação.....	59
2.14.	Revogação, substituição e nova decretação	59
2.15.	Detração	60
2.16.	Prazo de duração da medida cautelar	62
2.17.	Extinção	63
2.18.	Recursos Cabíveis	64
2.19.	Taxatividade	64

**CAPÍTULO 4 – MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS
ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR 67**

1. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO EM ESPÉCIE 67

1.1.	Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.....	67
1.2.	Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.....	68
1.3.	Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.....	70
1.4.	Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.....	71
1.5.	Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.....	72
1.6.	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 ⁷⁴	
1.7.	Internação Provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração	75
1.8.	Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial	76
1.9.	Monitoração eletrônica	78
1.9.1.	Tecnologias do monitoramento	79
1.9.2.	Deveres do monitorando	80
1.9.3.	Revogação da medida.....	80

1.9.4.	Consentimento do agente	81
1.10.	Proibição de ausentar-se do país	81
CAPÍTULO 5 – EFETIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR		84
1.	QUESTIONAMENTOS QUANTO À FISCALIZAÇÃO, APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR	84
1.1.	Fiscalização.....	84
1.2.	Aplicação	86
1.2.1.	Comparecimento periódico em juízo	86
1.2.2.	Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	87
1.2.3.	Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	87
1.2.5.	Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.....	87
1.2.6.	Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira	88
1.2.7.	Internação provisória.....	89
1.2.8.	Fiança	89
1.2.9.	Monitoração eletrônica.....	89
1.2.10.	Proibição de ausentar-se do país	92
2.	APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS NO JUDICIÁRIO DA CAPITAL PAULISTA	92
2.1.	Das decisões judiciais de análise da prisão em flagrante e do pedido de liberdade provisória	94
2.2.	Fundamentos legais que apareceram nas decisões de decretação de prisão preventiva.....	95
2.3.	Argumentos que lastrearam os fundamentos da prisão preventiva decretadas pelos juízes, quando da análise da legalidade da prisão em flagrante.....	97
2.4.	Escolha das medidas cautelares alternativas, quando eleitas.....	100
2.5.	Conclusões da pesquisa realizada no Judiciário da capital paulista	102
3.	APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS NO JUDICIÁRIO FLUMINENSE	103
3.1.	Pesquisa quantitativa	103
3.2.	Pesquisa qualitativa	107
3.3.	Conclusões da pesquisa realizada no Judiciário fluminense	111
4.	JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO ÀS CAUTELARES	111
5.	PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - ATUAÇÃO CONJUNTA DOS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO	113
5.1.	O primeiro acordo de cooperação técnica	114
5.2.	O segundo acordo de cooperação técnica.....	119

5.3. O terceiro acordo de cooperação técnica	121
5.4. Implantação das Audiências de Custódia	123
5.4.1. Críticas quanto à Audiência de Custódia.....	127
CAPÍTULO 6 – REGULAMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIDADE DAS	
AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	131
1. REGULAMENTAÇÃO.....	131
2. CONSTITUCIONALIDADE.....	131
RESULTADOS FINAIS	135
CONCLUSÕES	137
REFERÊNCIAS	139
ANEXO 1	146

1. INTRODUÇÃO

O número de detidos no sistema prisional brasileiro cresce a cada ano. De acordo com o “Levantamento do Sistema Penitenciário Brasileiro em 2012”, realizado pelo Instituto Avante Brasil, com o intuito de tornar pública a realidade carcerária brasileira, a população prisional aumentou 508% entre os anos de 1990 e 2012. O número de presos provisórios cresceu 1104% neste mesmo período, contra 331% de crescimento do número de presos condenados. Atualmente, o Brasil possui 37% do total de presos em situação provisória e é o quarto país mais encarcerador do mundo¹. Observamos que a ausência de políticas públicas eficientes², a falta de investimentos específicos, o aumento da violência nos estados brasileiros, e, muitas vezes, a passionalidade dos executores do sistema penal contribuem para o cenário atual do sistema prisional brasileiro. Pode-se dizer que o encarceramento provisório também contribui de forma significativa para o aumento da clientela criminal, sobretudo quando os requisitos de fundamentação de uma prisão cautelar são amplos.

Nesse cenário, a Lei nº 12.403/11 transformou radicalmente o sistema de medidas cautelares pessoais, pois inseriu, entre os extremos da prisão e da liberdade provisória, uma série de medidas cautelares alternativas à prisão, as quais permitem aumentar gradualmente a restrição de liberdade de locomoção do acusado³. Tais medidas encontram-se dispostas, nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, da seguinte maneira: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado; fiança; monitoração eletrônica; proibição de ausentar-se do País. E, mais importante do que a criação destas medidas, a referida lei concretizou ainda, no §6º do art. 282 do Código de Processo Penal, a ideia de que a prisão preventiva é uma medida extrema, possuindo caráter subsidiário.⁴

É nesse contexto, portanto, que o presente projeto de pesquisa objetiva o estudo da utilização do instituto das medidas cautelares alternativas à prisão, de forma a traçar as

¹ BOTELHO, Flávia Mestriner. *Levantamento do sistema penitenciário brasileiro em 2012*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/levantamento-do-sistema-penitenciario-brasileiro-em-2012>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

² MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27; p. 355.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. p. 714.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 702.

principais dificuldades na ocasião de sua aplicação (como, por exemplo, a questão da fiscalização, que seria de difícil controle)⁵, na tentativa de estabelecer uma posição crítica quanto a sua efetividade. Desse modo, procurar-se-á identificar os eventuais descompassos entre a teoria e a prática, entre a criação das medidas cautelares e sua efetiva aplicação pelos juízes brasileiros, a fim de definir se essas são utilizadas como alternativas à prisão cautelar, que deveria ser a *extrema ratio* da *ultima ratio*⁶.

Este estudo justifica-se, portanto, na medida em que a inaplicabilidade das medidas cautelares pessoais alternativas pode privar direitos fundamentais do indivíduo, principalmente no que tange à sua liberdade e dignidade. A inadequação ao cárcere é mais veemente quando se tem em vista a segregação em caráter provisório, já que antecipadamente submete-se um indivíduo que tem presunção constitucional de inocência às condições deletérias do sistema penitenciário brasileiro. Por tais motivos, a aplicação das medidas cautelares alternativas, quando cabíveis, é imprescindível, sob pena de tornar obsoleto um instituto tão inovador e ocasionar um evidente desprestígio do Poder Judiciário (que não observaria a lei), do Poder Legislativo (que criaria dispositivos ineficientes) e, mais amplamente, do Estado, que se mostraria incapaz de dar efetividade às normas que institui.

⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶ GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2012. p. 12.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

2.1 OBJETIVOS

O objetivo geral deste trabalho é *discutir* a efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar, inseridas pela Lei nº 12.403/11. Para atingi-lo, propõe-se os seguintes objetivos específicos: *evidenciar* os principais objetivos da mudança na legislação processual penal; *verificar*, com relação às medidas, os pressupostos, o cabimento, os critérios para escolha e decretação, a duração, a extinção e a revogação; *pesquisar* as principais dificuldades e problemas de aplicação citados na doutrina e jurisprudência; *analisar* como tais medidas são aplicadas pelos juízes brasileiros e se, de fato, elas são utilizadas preferencialmente à prisão cautelar, com eventuais contribuições de experiências de outros países.

2.2 METODOLOGIA

Será utilizado, inicialmente, o método *histórico-evolutivo e comparativo*, no intuito de compreender os objetivos da inserção das novas medidas cautelares e de comparar as mudanças com as antigas disposições do Código de Processo Penal. Como reforço, será feita comparação com o sistema jurídico estrangeiro.

Posteriormente, será adotado o método *dedutivo*, isto é, partiremos da análise geral/universal do sistema jurídico nacional relacionado às medidas, destacando suas principais características, e assim, tentaremos compreender sua forma atual de aplicação. Pretende-se, ainda, adotar o método *indutivo*, explicitando as principais posições existentes na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, destacando a atuação do Poder Judiciário quanto à aplicação das medidas, com a finalidade de definir entendimentos majoritários existentes hoje e, dessa forma, traçar um posicionamento perante a efetividade do instituto.

2.3. ANÁLISES

A análise final do tema foi realizada a partir de cinco eixos principais, responsáveis por definir os cinco capítulos da pesquisa: 1º) o sistema penitenciário brasileiro; 2º) as modificações introduzidas pela Lei n. 12.403/2011; 3º) a tutela cautelar no processo penal e as características gerais das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar; 4º) as modalidades de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar; 5º) a efetividade das medidas

cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. O estudo do tema se pautou: a) na análise doutrinária, principalmente pela leitura de obras e artigos relacionados às modificações ocorridas no Código de Processo Penal após a Lei n. 12.403/2011; b) na verificação jurisprudencial, especialmente quanto às teses sobre cautelares adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça; c) no relatório de pesquisa denominado “*O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*”, elaborado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD); d) no relatório de pesquisa intitulado “*Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*”, desenvolvido pela Associação pela Reforma Prisional (ARP) e pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC); e) na apuração de iniciativas de ampliação do uso de medidas cautelares diversas da prisão no âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário, em especial àquela relacionada às audiências de custódia.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

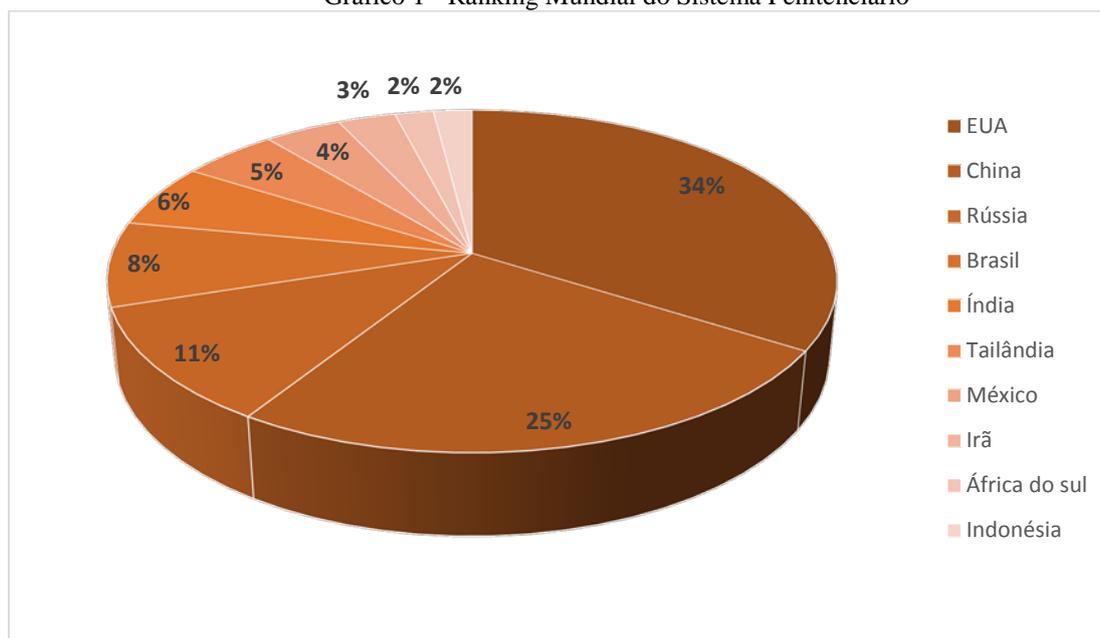
É notório que a justiça brasileira exhibe uma orientação patológica para criminalizar e penalizar. Isto decorre, principalmente, das fortes influências da opinião pública, que reclama aos seus representantes uma solução repressiva para quase todos os problemas originados pela conflituosidade social. As consequências da orientação repressiva da justiça são percebidas nas condições em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

De fato, a situação carcerária é uma das questões mais complexas da realidade social no país. Com objetivo de tornar pública essa situação, foi realizado um levantamento do Sistema Penitenciário Brasileiro em 2012 pelo Instituto Avante Brasil⁷, datado de janeiro de 2014, cujo diretor-presidente é Luiz Flávio Gomes e a coordenadora e pesquisadora é Flávia Mestriner Botelho.

Quanto ao “Sistema Penitenciário Mundial”, o levantamento destacou algumas informações importantes, como: a) estima-se que 10,2 milhões de pessoas estejam presas, em todo o mundo; b) EUA, China, Rússia e Brasil têm as maiores populações carcerárias do mundo, o correspondente a 50% do total, conforme o Gráfico 1; c) os dados da lista do Centro Internacional de Estudos Prisionais foram solicitados aos órgãos responsáveis pela administração penitenciária de cada país e referentes ao período entre setembro de 2011 e setembro de 2013.

⁷ BOTELHO, Flávia Mestriner. *Levantamento do sistema penitenciário brasileiro em 2012*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/levantamento-do-sistema-penitenciario-brasileiro-em-2012>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

Gráfico 1 - Ranking Mundial do Sistema Penitenciário

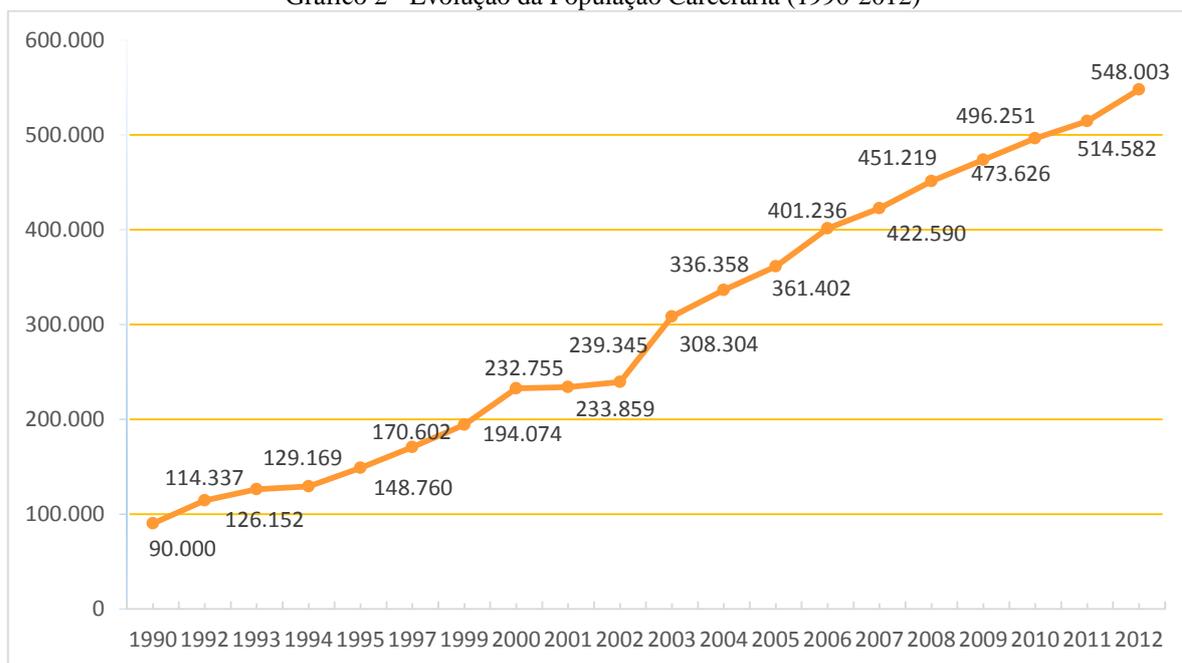


Fonte: International Centre for Prison Studies; Instituto Avante Brasil, Jan./2014

Além disso, a evolução da “população nacional” foi comparada com a evolução da “população carcerária” dentro de um mesmo período, de 1990 a 2012, concluindo-se que: o crescimento da população carcerária nos últimos 23 anos (1990-2012) foi de 508%; b) o crescimento da população carcerária nos últimos 10 anos (2003- 2012) foi de 77%; c) a população nacional teve crescimento de 31% no mesmo período; d) em 2012 a taxa de presos foi 283 por 100 mil habitantes, considerando a população de 193.946.886 habitantes estimada pelo IBGE para 2012.

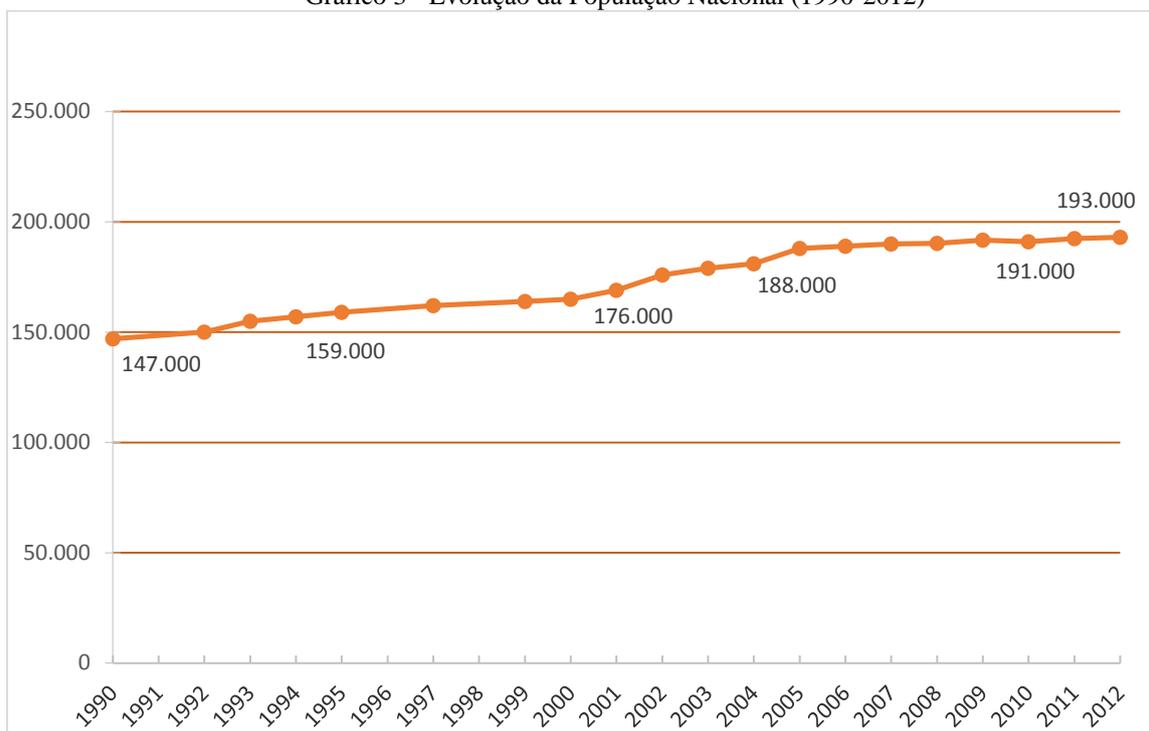
Destas conclusões destaca-se que, enquanto a população nacional cresceu apenas 1/3, a população carcerária mais que sextuplicou, conforme ilustram os Gráficos 2 e 3.

Gráfico 2 - Evolução da População Carcerária (1990-2012)



Fonte: DEPEN: Departamento Penitenciário Nacional; Instituto Avante Brasil, Jan./2014.

Gráfico 3 - Evolução da População Nacional (1990-2012)

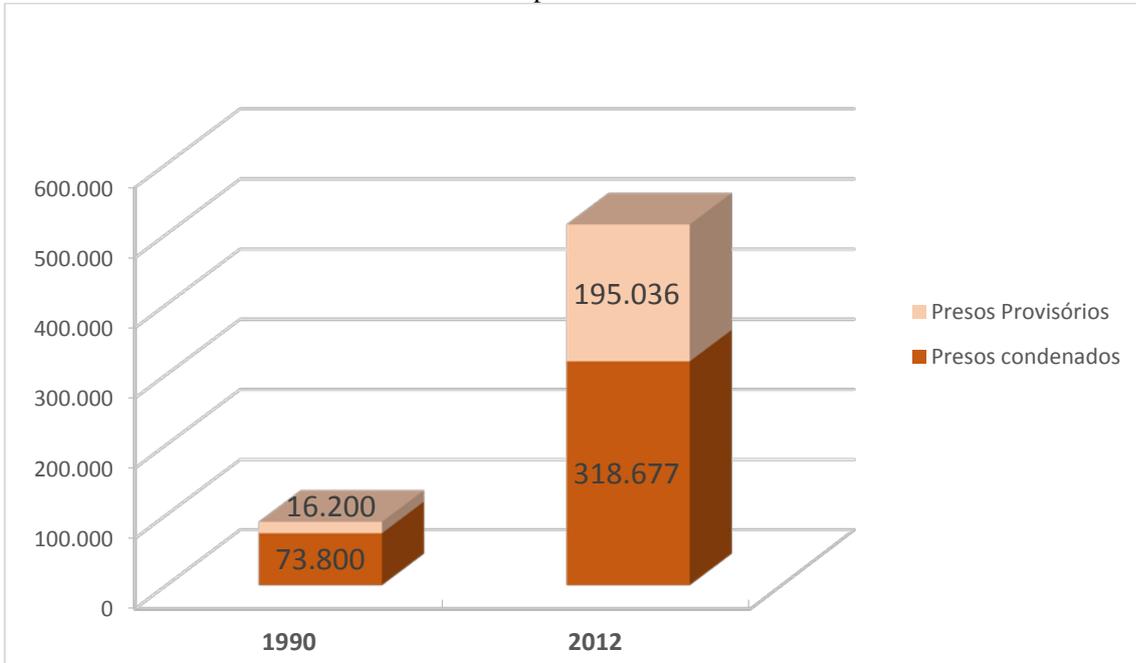


Fonte: IBGE; Instituto Avante Brasil, Jan./2014.

Ademais, ao comparar a quantidade de “presos provisórios” e a de “presos condenados”, dentro do mesmo período (1990 a 2012), conforme demonstram os Gráficos 4 e 5, o levantamento depreendeu que: a) o número de presos provisórios cresceu 1104% entre 1990 e

2012; b) o número de presos condenados cresceu 331% no mesmo período; c) o número de presos provisórios cresceu 12 vezes, enquanto o de presos condenados aumentou apenas quatro vezes; d) do total, 37% dos presos estão em situação provisória.

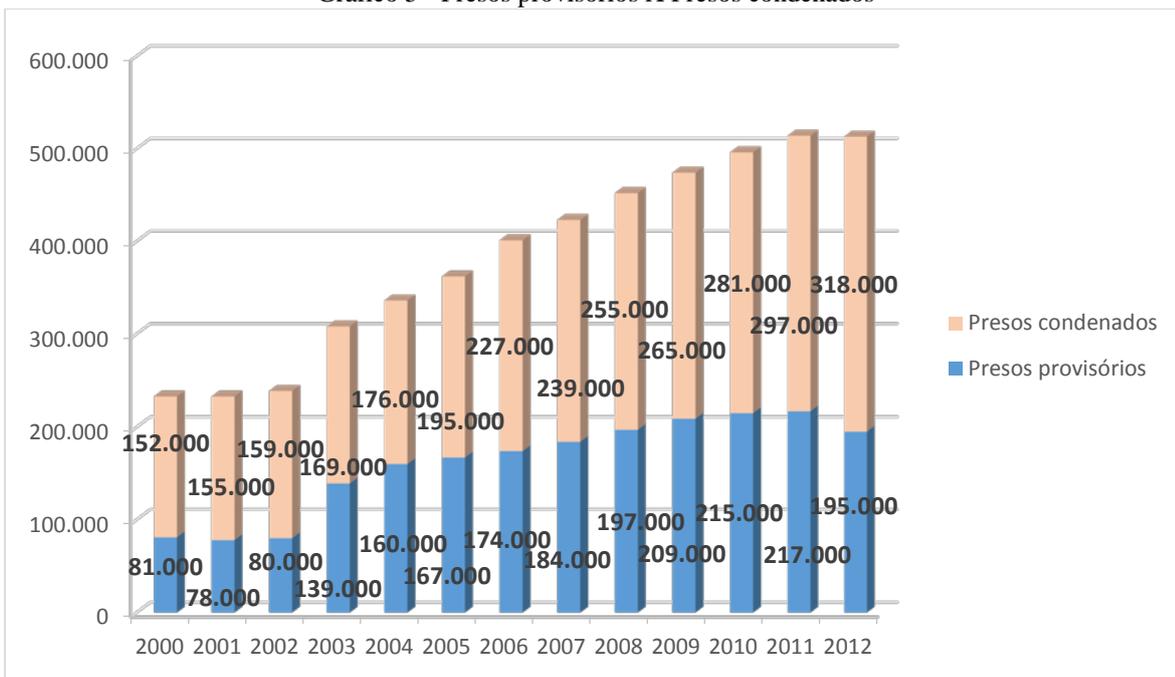
Gráfico 4 - Presos provisórios X Presos condenados



Fonte:

DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional; Instituto Avante Brasil, Jan./2014.

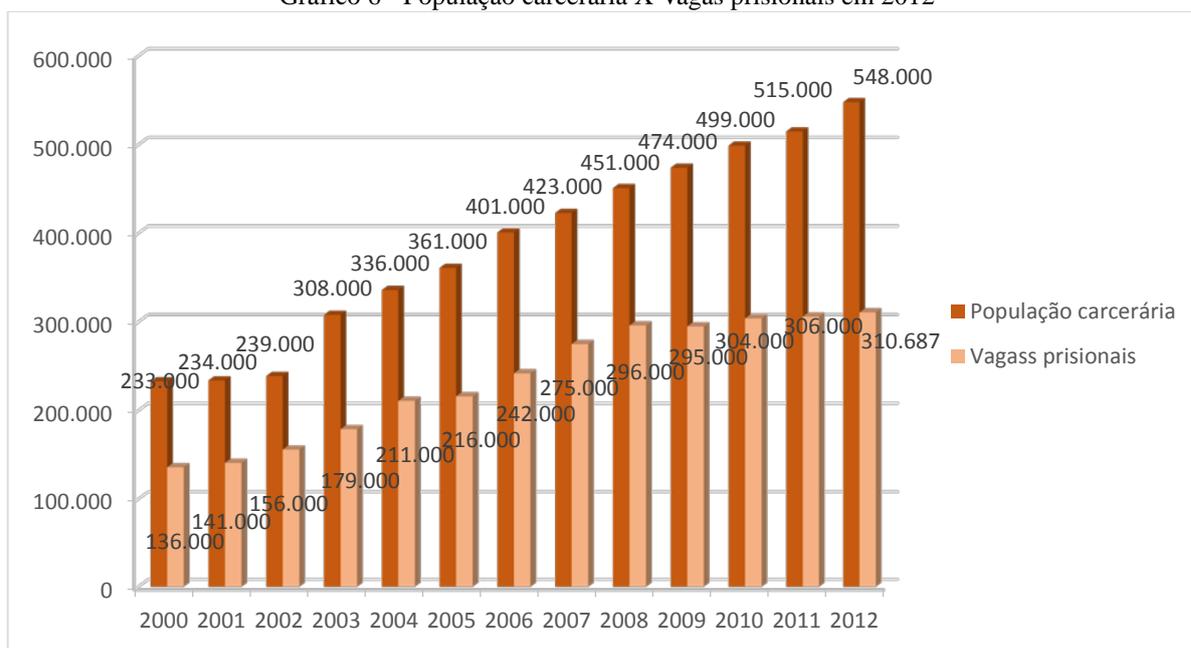
Gráfico 5 - Presos provisórios X Presos condenados



Fonte: DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional; Instituto Avante Brasil, Jan./2014.

Outrossim, ao confrontar a “população carcerária” com a “quantidade de vagas prisionais”, no período de 2000 a 2012 (Gráfico 6), foi possível perceber que: a) embora o número de vagas esteja crescendo em termos absolutos através dos anos, o déficit entre o número de presos e o de vagas ainda é muito desproporcional; b) em 2012, havia cerca de 240 mil presos além da capacidade dos presídios; c) No mesmo ano, a taxa de ocupação foi de 1,76 presos por vaga, ou seja, quase 2 presos por vaga.

Gráfico 6 - População carcerária X Vagas prisionais em 2012



Fonte: DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional; Instituto Avante Brasil, jan/2014

É imprescindível destacar que, com relação aos “gastos com segurança pública e prisões”, o estudo concluiu: a) em 2012, 61 bilhões de reais foram gastos com segurança pública; b) 37% das despesas com segurança pública no Brasil são, na verdade, despesas com previdência e seguridade social. Através dessa estimativa, a despesa efetiva com segurança pública cairia para R\$ 40,8 bilhões.

Além disso, os dados sobre “gastos com cidadania e direitos humanos - subfunção custódia e reinserção social” mostraram que: a) em 2012, foram gastos cerca de 2,3 milhões de reais apenas com a subfunção custódia e com a reinserção social, ou seja, houve um aumento de 49,8% entre 2011 e 2012; b) no período de 2008 a 2012, o crescimento foi de 105%.

Diante de todos esses dados, pode-se concluir que a situação em que o sistema penitenciário brasileiro se encontra é preocupante, sobretudo, ao considerar os seguintes critérios: o Brasil é tido como o quarto país mais encarcerador do planeta; a população

carcerária cresce de forma muito desproporcional ao crescimento da população nacional; o número de presos provisórios aumentou demasiadamente nos últimos anos, muito mais do que o número de presos condenados; não existem vagas o bastante para atender dignamente a demanda de presos atual.

Partindo-se de tais premissas, é primordial ressaltar que o grave problema carcerário decorre de inúmeros fatores, como o aumento da população nacional, o crescimento dos conflitos sociais, a ausência de políticas públicas e investimentos específicos, etc. Há muito tempo a sociedade brasileira reclama e espera por medidas alternativas à prisão, principalmente alternativas à prisão cautelar, já que a segregação em caráter provisório submete, de forma antecipada, um indivíduo que tem presunção constitucional de inocência às condições deletérias do cárcere. Atualmente, a jurisprudência e a doutrina apontam que há excessos na utilização de prisões cautelares, principalmente em decisões que exigem uma análise mais cautelosa. Ultimamente, o legislador mostrou-se mais predisposto a tratar melhor do tema, contudo, influenciado mais por motivos econômicos (pois busca reduzir investimentos), do que por valores humanitários albergados pela Carta Magna⁸.

Dessa forma, nota-se que a tendência no Brasil é de aumento do número de prisões. Entretanto, estudos realizados pelo CNJ⁹ afirmam que o crescente número de prisões não diminui o índice de criminalidade. Segundo o CNJ, dezenove cidades brasileiras são consideradas como as mais violentas do mundo. As maiores taxas de homicídios no Brasil ocorrem, em ordem decrescente, em João Pessoa, Maceió, Fortaleza, São Luís, Natal, Vitória, Cuiabá, Salvador, Belém, Teresina, Goiânia, Recife, Campina Grande, Manaus, Porto Alegre, Aracaju, Belo Horizonte, Curitiba e Macapá. O Brasil ocupa a 91ª posição no ranking dos países mais seguros do mundo, fato que revela que o Brasil caiu cinco posições em relação à realidade experimentada no ano de 2013, atrás apenas de outros países da América do Sul, como Uruguai, Chile, Argentina, Bolívia, Paraguai, Guiana e Equador. Entre 1990 e 2013, o Brasil teve a segunda maior taxa de crescimento prisional do mundo, porém, ainda há um déficit de 206.307 vagas no sistema carcerário. No ano de 1980 a taxa de homicídios era de 11,7 por 100 mil habitantes. Em 2003, essa taxa chegou a 28,9 homicídios por 100 mil habitantes. Portanto, a criminalidade não diminuiu com o aumento da quantidade de pessoas presas.

⁸ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 355-356.

⁹ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Perguntas Frequentes*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em 11 maio 2015.

Em junho de 2015 o Ministério da Justiça divulgou um novo levantamento referente ao sistema carcerário, denominado “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – Junho de 2014”¹⁰. O documento sintetiza os dados dos estabelecimentos penais dos estados e revela um panorama geral da população prisional brasileira.

Tabela 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em 2014

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014.

Os estudos realizados concluíram que o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos seiscentos mil, conforme Tabela 1. Atualmente, existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. O déficit de vagas é alto e a taxa de ocupação média dos estabelecimentos é de 161%. O Brasil, neste relatório mais recente, continua possuindo a quarta maior população prisional, ainda atrás dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Contudo, é relevante notar que a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros é de 161%, enquanto nos Estados Unidos é de 102,70% e na Rússia é de 94,20%, o que demonstra que o Brasil não possui infraestrutura para atender os encarcerados, que acabam sujeitos às condições indignas.

É indispensável destacar, ainda, que o Brasil tem a quinta maior taxa de presos sem condenação (41% dos presos), se comparado com os seguintes países: Estados Unidos, China,

¹⁰ Portal eletrônico do Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 29 junho 2015.

Rússia, Índia, Tailândia, México, Irã, Indonésia, Turquia, África do Sul, Vietnã, Colômbia, Filipinas, Etiópia, Reino Unido, Polônia, Paquistão, Marrocos e Peru. Isso significa que no Brasil, à época da colheita dos dados, aproximadamente quatro entre dez pessoas estavam presas sem terem sido julgadas, o que é preocupante diante da presunção constitucional de inocência. Além disso, a taxa de presos sem condenação mostrou-se idêntica à taxa de presos condenados em regime fechado. Entre as unidades da Federação, a taxa de presos sem condenação varia: enquanto apenas 16% das pessoas privadas de liberdade em Roraima estão em situação de prisão provisória, em Sergipe, sete em cada dez presos encontram-se nessa situação. Além deste estado, outros sete têm uma quantidade maior de presos provisórios do que condenados: Maranhão, Bahia, Piauí, Pernambuco, Amazonas, Minas Gerais e Mato Grosso. Esses dados demonstram o quão relevante é a questão dos presos provisórios e indicam uma possível banalização na aplicação da prisão cautelar.

O mesmo levantamento revelou que, em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios, com 222.190 pessoas em situação provisória. Os Estados Unidos são o país com o maior número de presos sem condenação (480.000), seguidos da Índia (255.00) e da estimativa em relação à China (250.000). Cerca de três milhões de pessoas no mundo estão presas provisoriamente e, em mais da metade dos países, observa-se uma tendência crescente no uso dessa medida.

Para agravar mais ainda o quadro do sistema penitenciário brasileiro, a pesquisa demonstrou que a variação da taxa de aprisionamento brasileira apresenta tendência contrária aos demais países: desde 2008, os Estados Unidos, a China e a Rússia estão reduzindo seu ritmo de encarceramento, ao passo que, no Brasil, o ritmo se acelera. De acordo com os dados coletados, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas: o número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, consoante Gráfico 7.

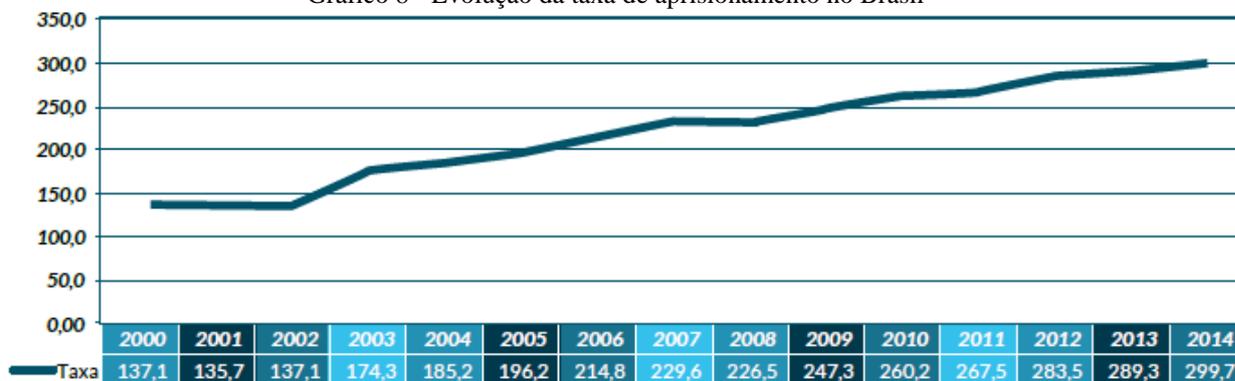
Gráfico 7 - Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119% (Gráfico 8). Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso esse ritmo de encarceramento se mantenha, é possível prever que em 2075, uma em cada dez pessoas estará em privação de liberdade.

Gráfico 8 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil



Fonte: Infopen, junho/2014

Em suma, chegou-se a conclusão, dentre outros pontos, que: a) a população prisional ultrapassa a quantidade de 600 mil pessoas, sendo que existem cerca de 300 presos para cada 100 mil habitantes no país; b) a taxa de ocupação média dos estabelecimentos prisionais é de 161%, revelando a situação de superlotação; c) o Brasil tem a quarta maior população de presos provisórios, possuindo uma alta taxa de presos sem condenação (41% do total de presos); d) entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%.

Em face dos dados apontados nos dois levantamentos, é possível concluir que a atual situação carcerária brasileira é complexa e reclama boas soluções para suas mazelas. A magnitude do problema do sistema penitenciário brasileiro exige uma atuação conjunta entre os operadores do direito, os gestores públicos e os legisladores, a fim de que se encontrem soluções e estratégias factíveis. Uma das possíveis soluções veio com a Lei n. 12.403/2011, a qual incentivava a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar e busca, com isso, dentre outros objetivos, minimizar o problema do hiperencarceramento.

Nesse sentido, os professores Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira afirmam que uma das preocupações desta nova lei foi a “desprisionalização”:

Restou evidente a preocupação da lei nova com as lamentáveis condições de encarceramento no Brasil e sua banalização. Não só são lastimáveis – para dizer o mínimo – as condições concretas em que alguém aguarda preso o seu julgamento no Brasil, como também, prende-se “por pouco” e em ritmo acelerado, sem precedentes na história do Brasil (e do mundo). Por isso, como dizia Alessandro Baratta, tornou-se imperioso pensar em dispositivos desencarceradores como forma de implementar uma política criminal radicalmente alternativa, minimizando a clássica incidência penal trágica sobre a classe social marginal seletivamente alcançada na esmagadora maioria dos casos de encarceramento. A superlotação gera efeitos invisíveis para aqueles que não estão em contato direto com dura e triste realidade prisional. Assim, se um estabelecimento foi concebido para abrigar 500 presos, óbvio e natural que caso esteja – como de fato estão – abrigando o triplo dessa população, não terá condições de prover água em quantidade suficiente, nem possuirá uma rede de esgoto adequada, produzindo efeitos sobre a condição sanitária da unidade. Tampouco, terá médicos e enfermeiros em quantidade suficiente. Os agentes penitenciários ou “carcereiros” – da mesma forma – são insuficientes, fato que provoca riscos à segurança pública (...) A falta de leitos nas celas obriga os detentos a dormir em condições indignas e é a causa de doenças ortopédicas e psicológicas. Ademais, é da própria falta de condições carcerárias dignas que se alimenta o crime organizado no Brasil¹¹

Raúl Cervini¹², por sua vez, afirma que já na década de 60 havia um movimento doutrinário quase universal de autores, que compartilhavam o “espírito de reforma”, baseado na ideia de reduzir a inflação legislativa penal, em observância ao Princípio de Intervenção Mínima. O mesmo autor cita a necessidade de “despenalização”, que seria o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo. Para isso, poderia ser utilizada toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão aos finais de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, prisão domiciliar, diminuição do salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais¹³.

¹¹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo*. São Paulo: J.H. Mizuno, 2012. p. 22.

¹² CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. rev. da tradução. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002. p. 214.

¹³ *Ibid.*, p. 85.

No mesmo sentido, Faustino Gudín Rodríguez-Magariños¹⁴ acrescenta que a prisão é um mal necessário e que esta natureza contraditória nos obriga a adotar uma postura dinâmica e reformista em relação à sanção penal. Para René Ariel Dotti¹⁵ existe uma crise no sistema penitenciário, e a “prisionalização” seria uma “terapia de choque permanente”, cuja natureza e extensão jamais poderiam autorizar a tese enfadonha de que ela constitui uma etapa para a liberdade, ou seja, em situação análoga, seria o mesmo que sustentar o paradoxo de preparar alguém para disputar uma prova de corrida, amarrando-o a uma cama.

Tais considerações, se somadas aos estudos feitos por Loic Wacquant¹⁶, permitem dizer que, ainda hoje, prevalecem as “prisões da miséria”, já que a maioria dos encarcerados é composta por pequenos delinquentes, oriundos de família de baixa renda e geralmente condenados por envolvimento com drogas, furto e roubo. É justamente nesse sentido que Wacquant fala do encarceramento nos Estados Unidos no final de 1998, ano em que havia dois milhões de encarcerados, demonstrando uma verdadeira hiperinflação carcerária ou “expansão vertical do sistema”. Segundo o autor, nesse país houve uma expansão do “Estado Penal”, em detrimento do “Estado Social”. O mesmo fenômeno de aumento rápido e contínuo dos índices de encarceramento teria ocorrido, posteriormente, em países da Europa, como Portugal, Espanha, Inglaterra, França e Itália. Em toda a Europa, o seio da população carcerária era composto de imigrantes (sobretudo orientais ou afrodescendentes) que compunham as categorias mais vulneráveis tanto no mercado de emprego quanto em face ao setor assistencial do Estado. As prisões, assim, seriam “depósitos de indesejáveis”, nas palavras de Wacquant:

Como nos Estados Unidos, o resultado da extensão da rede penal na Europa sobre todo o continente é que *o superpovoamento das prisões pesa enormemente no funcionamento dos serviços correcionais e tende a relegar a prisão à sua função bruta de "depósito" dos indesejáveis.*¹⁷

(...)

Os Estados Unidos claramente optaram pela criminalização da miséria como complemento da generalização da insegurança salarial e social. A Europa está numa encruzilhada, confrontada com uma alternativa histórica entre, de um lado, há algum tempo, o encarceramento dos pobres e o controle policial e penal das populações desestabilizadas pela revolução do trabalho assalariado e o enfraquecimento da proteção social que ela requer e, de outro, e a partir de agora, *a criação de novos direitos do cidadão* – tais como o salário de subsistência, independentemente da realização ou não de um trabalho, a educação e a formação para a vida, o acesso efetivo à moradia para todos e a cobertura médica universal -, acompanhada de uma reconstrução efetiva das capacidades sociais do Estado, de modo a conduzir

¹⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciário y revolución telemática: ¿el fin de los muros em las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Madrid: Slovento, 2005. p. 9.

¹⁵ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 1980. 457 f. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Penal) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1980. p. 54.

¹⁶ WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2001, p. 76.

¹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

rapidamente à criação de um Estado social europeu digno do nome. Dessa escolha depende o tipo de civilização que ela pretende oferecer a seus cidadãos.¹⁸

Tudo isto traz à tona a ideia de seletividade do direito penal, pois, como visto, não é comum apenas no Brasil, mas em vários países do mundo. Em reação ao grande encarceramento sofrido por parcela significativa desta população selecionada pelo sistema penal, costuma-se apontar a necessidade de dispositivos legais desencarceradores,

Assim, pode-se afirmar, a partir destas considerações doutrinárias, que a Lei n. 12.403/2011 tenta reduzir os problemas atuais de encarceramento no Brasil, principalmente no que tange à superpopulação carcerária. Contudo, como já dito anteriormente, a efetivação das medidas desencarceradoras dependerá dos magistrados e dos intérpretes da nova lei. Os operadores do direito devem estar com os “corações desarmados e mentes abertas”¹⁹ para recepcionar os novos instrumentos ofertados pela lei, figurando não como “vingadores da sociedade”²⁰, mas como democratas humanizados e interessados em um Estado de Direito mais aperfeiçoado. Nesse sentido advertem Geraldo Prado e Rubens Casara, ao falarem da necessidade de medidas desencarceradoras:

A hipótese aqui defendida é a de que o grande problema, o principal obstáculo à concretização dessas medidas, não se dá no plano da legislação: trata-se de uma questão hermenêutica; mesmo diante de dispositivos legais que autorizam a substituição do cárcere por outras medidas penais (como, por exemplo, o artigo 44 do Código Penal), é no momento da interpretação/aplicação da norma que se impede a diminuição do sofrimento do apenado ou que se decreta ou mantém prisões cautelares desnecessárias (em que a liberdade do acusado não gera risco processual). Diante de uma Constituição da República em tendência emancipatória (em que pesem alguns poucos comandos de incriminação), a insistência dos atores jurídicos, em especial no Poder Judiciário, em reconhecer o cárcere como resposta preferencial aos desvios sociais criminalizados, revela que o processo de encarceramento deve ser compreendido à luz da hermenêutica. (...) Não raro, porém, o juiz/intérprete esvazia o conteúdo libertador do dispositivo legal desencarcerador ao apresentar respostas estatais que prestigiam o cárcere em detrimento de alternativas menos danosas à dignidade humana. (...) Percebe-se, pois, que a concretização do desencarceramento exige muito mais do que apenas uma mudança legislativa, também necessária. É, antes de tudo, uma luta política, uma batalha por mudança na correlação de forças e que necessariamente passa pela construção de uma cultura democrática.²¹

Portanto, para que Lei n. 12.403/2011 atinja sua pretendida eficácia, faz-se necessária uma articulação entre os órgãos de justiça criminal no sentido entender o cárcere como *ultima ratio*. A efetividade da lei será objeto de análise nos próximos capítulos.

¹⁸ Ibid., pp. 99-100

¹⁹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.* p. 23.

²⁰ Ibid., loc. cit.

²¹ PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens. Dispositivos legais desencarceradores: o óbice hermenêutico. In: ABRA-MOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 355.

CAPÍTULO 2 – MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.403/2011

1. A ORIGEM DA REFORMA

Qualquer análise das modificações trazidas pela Lei n. 12.403/2011 deve partir da premissa de que no nosso atual Código de Processo Penal (CPP), o Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, foi editado durante o Estado-Novo, período no qual Getúlio Vargas governou o Brasil com forte centralização de poderes. Quando o CPP foi editado, a Constituição de 1937 estava em vigor, outorgada e de inspiração autoritária e policialesca, características essas que acabaram refletindo no Código. Depois, outras três Constituições (1946, 1967 e 1967) se sucederam, e, finalmente, houve a promulgação Constituição Federal de 1988 (CF/88), vigente atualmente. Durante todo esse período, o CPP sofreu mais de 40 alterações legislativas. Não obstante tais modificações, ainda existiam diversas falhas e incoerências na sistemática processual penal, sobretudo no tocante aos temas de prisão e liberdade provisória²².

Com o objetivo de proporcionar maior coerência ao processo penal brasileiro em relação à CF/88 e prover uma prestação jurisdicional mais democrática, humana, racional (menos seletiva e inquisitiva), em janeiro do ano de 2001 foram apresentados oito projetos de lei pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional²³. O então ministro da Justiça, José Carlos Dias, havia constituído uma Comissão para o trabalho de reforma, por meio da Portaria 61/2000, composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Antonio Magalhães Gomes Filho, Petrônio Calmon Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti, Sidney Beneti e Rui Stoco. Posteriormente, três dos projetos apresentados se tornaram leis, a saber: a) Lei n. 11.689/2008, que alterou dispositivos no CPP que tratavam de Tribunal de Júri; b) Lei n. 11.690/2008, que modificou o tema das “provas” no processo penal e; c) Lei n. 11.719/2008, que alterou o procedimento comum²⁴.

Já as modificações quanto à prisão e à liberdade provisória foram tratadas no Projeto de Lei n. 4.208/2001, e o Poder Executivo remeteu à Câmara dos Deputados tanto a Mensagem 214/01 quanto a Exposição de Motivos 00022- MJ, do Ministério da Justiça. Em 2008, após tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi aprovada a emenda substitutiva

²² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 9.

²³ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. op. cit., p. 17.

²⁴ Ibid., loc. cit.

global de Plenário apresentada pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processual Penal, instituído no âmbito da Câmara dos Deputados, sob a coordenação do deputado João Campos. Tal emenda tinha como justificativa a atualização do projeto original, com observância da evolução da jurisprudência desde 2002. No Senado Federal, o Projeto n. 4.208/2011 foi convertido no Projeto n. 111/2008. Nesta Casa Legislativa, ele foi distribuído ao senador Demóstenes Torres, para que fosse emitido relatório pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a qual aprovou, em abril de 2009, o parecer favorável com algumas emendas, que foram posteriormente afastadas pela Câmara dos Deputados, na votação final do dia sete de abril de 2011²⁵.

Assim como os demais projetos apresentados pela referida Comissão e que se tornaram leis posteriormente (Lei n. 11.689/2008, Lei n. 11.690/2008 e Lei n. 11.719/2008), a Lei n. 12.403/2011 foi mais uma “reforma jurídica parcial” no processo penal brasileiro. Este fato, no entanto, é objeto de crítica por parte dos doutrinadores, já que cada vez mais pedaços são acrescentados à “toalha de fuxico” que vem se formando sobre o Código de Processo Penal de 1941²⁶, criando um código complexo e, muitas vezes, incoerente e controverso. Por outro lado, há uma resistência dos congressistas à criação de um código de processo penal inteiramente renovado, como aquele que se espera através do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009 (PLS 156).

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Conhecida como a “Lei da Prisão e Medidas Cautelares”, a Lei n. 12.403/2011 modificou 32 artigos do Código de Processo Penal (282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439), incluiu um novo artigo (289-A) e revogou os seguintes dispositivos: art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o §2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595²⁷.

Essas alterações entraram em vigor em 04 de julho de 2011, ocasionando profundas alterações no sistema de prisão e liberdade provisórias. Para Maximiliano Fühler²⁸, a linha-

²⁵ GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2012, p. 12.

²⁶ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 18.

²⁷ Cf. Anexo 1.

²⁸ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 51.

mestra da reforma foi o Princípio da Proporcionalidade, que visa a assegurar que as medidas gravosas impostas pelo Estado sejam realmente eficientes e se restrinjam apenas ao mínimo estritamente necessário para a finalidade proposta. Para outros doutrinadores²⁹, as transformações ocorreram principalmente nos temas de desprisionalização, efetivação de contraditório em sede de cautelaridade penal³⁰ e revitalização da fiança.

É possível afirmar que, mesmo antes da Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal já previa medidas cautelares pessoais, mas com uma primitiva graduação da restrição da liberdade do acusado e com problemas graves quanto à sua sistematização e lógica³¹. A aplicação dessas medidas ocorria em substituição à prisão em flagrante, e poderia ser feita das seguintes formas: a) concessão da liberdade provisória sem pagamento de fiança e sem vinculação ao processo³²; b) concessão de liberdade provisória sem pagamento de fiança, mas com vinculação ao processo, impondo-se a obrigação de comparecimento a todos os atos deste³³; c) concessão de liberdade provisória com pagamento de fiança e com vinculação ao processo, impondo-se a obrigação de comparecer a todos os atos processuais de comunicar ao juízo mudança de residência³⁴; d) decretação da prisão preventiva caso os requisitos legais se façam presentes³⁵.

²⁹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 21.

³⁰ Dispõe o artigo 282, § 3º, do CPP, conforme redação dada pela Lei n. 12.403/2011: “*Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo*”.

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 47

³² A antiga redação do artigo 321 do CPP determinava que: “*Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança: I- no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II- quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses*”.

³³ Tal hipótese seria admissível quando não coubesse a prisão preventiva, nos termos do antigo artigo 310 do CPP: “*Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único: Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)*”.

³⁴ As obrigações impostas constavam dos artigos 327 e 328 do CPP, que dispõem:

Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebração da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Não obstante, o pagamento da fiança poderia ser dispensado no caso de impossibilidade econômica do acusado, nos termos do antigo artigo 350 do CPP: *Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício.*

³⁵ Previam as antigas redações dos artigos 312 e 313 do CPP:

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.

Dessa forma, até o advento da nova lei, o Código de Processo Penal possibilitava ao juiz, em suma, duas opções para decidir sobre uma prisão em flagrante legal: 1) colocar o acusado em liberdade provisória (com ou sem fiança) até o seu julgamento; 2) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos legais. Por outro lado, se o flagrante fosse ilegal, a prisão deveria ser relaxada. Assim, restava ao indiciado ou acusado o trânsito entre “o céu e o inferno”, ou entre o “tudo e o nada”³⁶: ou a pessoa estaria livre da precariedade do sistema penitenciário brasileiro e, por isso, estaria no céu; ou estaria presa cautelarmente sob as condições desumanas que esse sistema oferece, estando no inferno. Ou o indivíduo responderia preso cautelarmente ao processo; ou responderia solto, sem vinculações ao processo; ou responderia solto, com vinculações pouco expressivas ao processo³⁷, fossem em forma de fiança, fossem em forma de compromissos comportamentais (como não mudar de residência, não sair da comarca em que reside ou comparecer a todos os atos processuais).

Com a Lei n. 12.403/2011, o julgador não deve apenas: 1) examinar a presença dos requisitos formais do auto de prisão em flagrante; 2) verificar a presença da própria situação de flagrância (medidas que ele já tomava), mas deve, também; 3) preferir a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, observando critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade estrita; 4) decretar a prisão preventiva, se presentes os requisitos dessa *ultima ratio*³⁸.

Além das poucas opções que o magistrado dispunha quando da decisão do flagrante, havia outra falha na antiga sistematização: o Código de Processo Penal não estipulava em quais crimes o acusado teria direito à liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, estabelecendo, somente, os crimes inafiançáveis³⁹. Ao mesmo tempo, o Código dizia que, se

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal; IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

³⁶ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 20.

³⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁸ *Ibid.*, p. 21.

³⁹ Consoante as antigas redações dos art. 323 e 324, do CPP:

Art. 323. Não será concedida fiança: I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos; II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais; III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio; V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350; II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar; III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposos ou contravenção que admita fiança; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão

ausentes os requisitos da prisão preventiva, não se impediria que o acusado pedisse sua libertação sem o pagamento de qualquer quantia, já que o art. 310 não fazia qualquer referência de pagamento de valores nessa hipótese de concessão de liberdade provisória.

Essa falha na sistematização, aliada ao surgimento de microssistemas legislativos que trouxeram regras específicas a respeito de fiança e liberdade provisória⁴⁰, geraram problemas de ordem teórica e levaram a situações jurídicas contraditórias. Permanecia, por exemplo, a proibição de concessão de liberdade provisória com fiança aos autores de delitos hediondos e equiparados, mas facultava-se ao magistrado a concessão da liberdade provisória sem fiança, para esses mesmos crimes. Ou seja, a libertação de alguém, sem o pagamento de qualquer quantia, era viável para qualquer delito, inclusive os graves; por outro lado, os autores de crimes menos graves poderiam ser colocados em liberdade somente mediante o pagamento da fiança⁴¹.

Com o passar dos anos as falhas foram constatadas, e o sistema de liberdade provisória com fiança, até então previsto, acabou por perder muito de sua relevância⁴². Como não havia a previsão legal de medidas cautelares diversas da fiança, o juiz não tinha ferramentas para escolher um grau maior ou menor de restrição de liberdade a ser aplicado ao acusado, depois de verificada a necessidade de acordo com cada caso concreto. Antonio Scarance Fernandes, antes da edição da Lei das Cautelares, ao fazer uma comparação entre as legislações penais brasileira, portuguesa e italiana, pontuou:

(...) as medidas cautelares pessoais continuaram se resumindo, praticamente, a duas, prisão cautelar e liberdade provisória. Em suma, duas medidas extremas, o encarceramento preventivo ou a liberdade sujeita a tênues restrições impostas ao acusado, como pagamento de fiança, obrigação de comparecer aos atos do processo. De há muito, sente-se a necessidade de aumento do rol das medidas cautelares como fizeram os citados códigos, português e italiano.⁴³

Diante de todos esses problemas, era inquestionável a necessidade de uma reforma no Código de Processo Penal. E foi justamente a Lei n. 12.403/2011 que trouxe mudanças

preventiva (art. 312).

⁴⁰ Como exemplo, pode-se citar o que ocorria com os crimes hediondos e alguns crimes da lei de drogas, respectivamente:

Artigo 2º, II, Lei 8072/90. Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II – fiança.

Artigo 44 da Lei 11.343/06. Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e Processuais Comentadas*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009a, p. 350.

⁴² IDDD. *O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*. Maio de 2014. Disponível em: <https://redejesticriminal.files.wordpress.com/2014/10/sos_liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015.

⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *op. cit.*, p. 282.

significativas na sistemática da prisão e da liberdade provisória, sendo as principais destacadas a seguir⁴⁴:

a) houve ampliação do rol de medidas cautelares e estabeleceu-se a prisão preventiva como medida excepcional. Nesse sentido, foram criadas dez “outras medidas cautelares”, antes centradas na liberdade provisória e na prisão preventiva. Esta última, por sua vez, pode ser imposta somente em último caso⁴⁵, quando nenhuma outra medida se mostrar hábil para afastar a situação de perigo concreto derivada do cometimento de um crime ou for de aplicação impossível⁴⁶. A maioria das chamadas “outras medidas cautelares” já eram conhecidas, pois algumas são utilizadas como obrigações impostas na suspensão do processo (artigo 89, parágrafo 1º, II, II e IV, da Lei n. 9.099/95), na suspensão condicional da pena (artigo 78, parágrafo 2º, do Código Penal), como medidas protetivas de urgência (artigo 22, II e III, da Lei n. 11.340/06), como regras do regime prisional aberto (artigo 36, parágrafo 2º, do Código Penal) e como instrumento de vigilância indireta na saída temporária (artigo 122, parágrafo único, da Lei n. 7210/84-LEP);

b) estabeleceram-se quatro opções ao juiz, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, pois ele deverá, conforme ilustra a Figura 1: relaxar a prisão que for ilegal; conceder liberdade provisória e impor medida cautelar; conceder liberdade provisória sem medida cautelar ou; converter o flagrante em preventiva, se cabível⁴⁷. Com isso, deu-se uma nova formatação à liberdade provisória, que passa a ser imposta não apenas como contracautela (como se entendia anteriormente), mas, também, como cautela originária, para evitar a decretação da prisão⁴⁸. Ademais, estabeleceu-se o caráter precário e temporário da prisão em flagrante, que passou a ter prazo certo e limitado, sendo que, decorrido este prazo, a prisão deve ser relaxada, convertida em outra prisão cautelar ou a liberdade deve ser concedida.

c) houve uma modificação das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, inclusive possibilitando a decretação quando de eventual descumprimento de outras medidas cautelares. Nesse sentido, o artigo 313 do CPP dispõe que a prisão preventiva só será admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; ou se

⁴⁴ Nesse sentido, GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, pp.12-13.

⁴⁵ Assim determina o § 6º do art. 282, do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

⁴⁶ Segundo Luiz Flávio Gomes, a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*, mas também *extrema ratio da ultima ratio*. *Ibid.*, p.12.

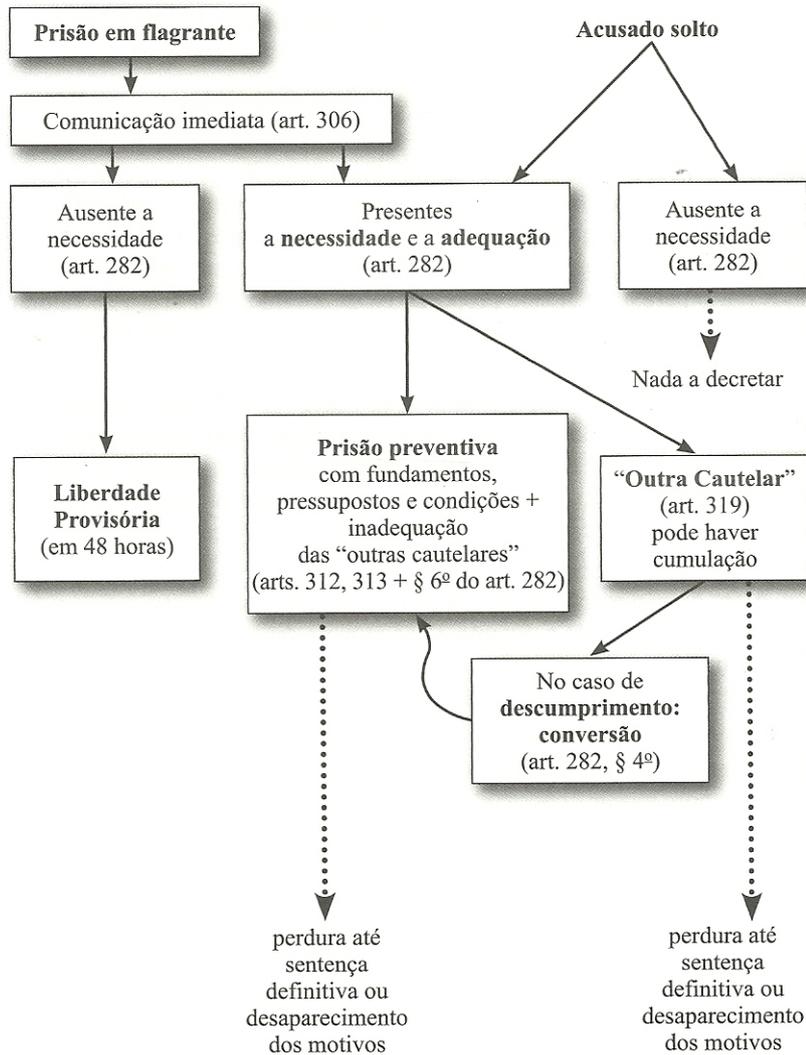
⁴⁷ Art. 310, do CPP: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 10.

houver reincidência em crime doloso; ou se o crime praticado envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; ou se existir dúvida sobre a identidade civil do indiciado; ou se forem inadequadas outras medidas cautelares. A prisão, assim, foi relegada para crimes mais graves⁴⁹;

⁴⁹ *Ibid., loc. cit.*

Figura 1 - A nova sistemática da prisão e das “outras cautelares”



Fonte: FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. op. cit., p. 52.

d) ocorreu uma compatibilização constitucional das hipóteses de prisão: a redação anterior do artigo 319 do CPP cuidava da prisão administrativa, requisitada (decretada) por autoridade administrativa “contra os remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los para que o façam”; contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional; e nos demais casos previstos em lei. A CF/88 não recepcionou este dispositivo, pois o artigo 5º, LXI, dispõe, *in verbis*: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Ou seja, exceto as hipóteses de prisão em flagrante e prisão de militar, a prisão de alguém só se faz possível através de ordem judicial, jamais por ordem de autoridade administrativa. Em suma, houve uma compatibilização das hipóteses que um indivíduo pode ser preso com a regra constitucional do art. 5º, LXI, da CF/88;

e) encerrou-se a discussão a respeito de quais são as prisões processuais existentes no Brasil, já que se consolidaram como tais apenas a prisão preventiva e a prisão temporária, estando revogadas todas as outras⁵⁰;

f) a separação entre os presos provisórios e os presos definitivamente condenados tornou-se obrigatória, e não mais “sempre que possível”, como dispunha a redação anterior do código de processo penal. A não separação, pela autoridade responsável, caracterizará constrangimento ilegal⁵¹;

g) a garantia de comunicação obrigatória da Defensoria Pública foi ampliada, caso o preso não apresente o nome de seu advogado constituído. Além disso, reforçou-se a necessidade de comunicação à família, ao Ministério Público e ao juiz competente quando uma pessoa for presa em flagrante⁵², em respeito ao princípio do controle jurisdicional imediato;

h) revogou-se a hipótese de prisão do réu vadio, pessoa acusada de vadiagem ou mendicância;

i) disciplinou-se o cabimento da prisão domiciliar⁵³;

j) houve revitalização do instituto da fiança, com ampliação das hipóteses de afiançabilidade, permitindo que a autoridade policial conceda imediata liberdade para crimes afiançáveis com pena de até quatro anos. Outrossim, ampliaram-se os valores passíveis de serem aplicados⁵⁴. A fiança deixou de ser um substituto da prisão para ganhar o *status* de medida cautelar. Assim, presente a necessidade (artigo 282, I, do CPP) e sendo a fiança adequada, não há impedimento para sua aplicação, mesmo que não tenha ocorrido a prisão em flagrante⁵⁵;

⁵⁰ Art. 283, do CPP: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

⁵¹ Art. 300, do CPP: “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

⁵² Art. 306, do CPP: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

⁵³ Art. 317, do CPP: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

Art. 318, do CPP: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

⁵⁴ Art. 325, do CPP: “O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. § 1o Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes”.

⁵⁵ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *op. cit.*, p. 54-55.

k) fez-se necessária a observância do contraditório nas medidas cautelares, em geral anterior à decretação da medida;

l) foi instituído o registro obrigatório de todos os mandados de prisão do país, os quais devem conter anotações sobre cumprimento e revogação, alocado em banco de dados a ser mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ou seja, a Lei n. 12.403/2011 buscou indicar que a aplicação de qualquer medida cautelar, da mais tênue a mais grave, deve perseguir uma finalidade cautelar, observando os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da medida. Em suma, pode-se afirmar que a Lei objetivou uma ruptura no pensamento encarcerador, predominante até então. A prisão cautelar era vista como uma forma exclusiva de tutela antecipada de justiça criminal, ocasionando, muitas vezes, a aplicação desproporcional, inadequada e desnecessária desta medida.

3. O DIREITO INTERTEMPORAL E A LEI N. 12.403/2011

O artigo 2º do CPP dispõe que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Ou seja, no caso de modificações nas normas de direito processual penal, haverá a aplicação imediata das mesmas. Ao dispor desta maneira, o Código consagrou a regra geral conhecida como *tempus regit actum*.

Não obstante, antes do início da vigência da Lei n. 12.403/2011, muito se discutiu sobre sua aplicação no tempo. Segundo a doutrina, era equivocado aplicar o *tempus regit actum* para todas as modificações introduzidas pela nova Lei. Isto porque as normas que ela trouxe consigo possuem natureza jurídica diferenciada: há regras de natureza penal (recaem sobre a liberdade do indivíduo, v.g., as medidas de comparecimento periódico em juízo, de proibição de ausentar-se da Comarca ou país, de recolhimento domiciliar noturno ou suspensão do exercício de função pública), regras de natureza processual (v.g., a fiança) e regras de natureza híbrida (por exemplo, a possibilidade de concessão de liberdade provisória cumulada com outras medidas cautelares possíveis e adequadas)⁵⁶.

Ora, sendo normas de natureza penal, deveriam se submeter à mesma lógica de direito intertemporal que as leis materiais submetem-se⁵⁷. Por isso, só poderiam retroagir para beneficiar o acusado, sendo possível atingir crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei n.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio et al. *op. cit.*, p. 16.

⁵⁷ Art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

12.403/2011. Desta forma, defendeu-se que as prisões processuais, em especial as preventivas e as prisões em flagrante, anteriormente decretadas, deveriam ser revistas pelos magistrados, com base, principalmente, em três hipóteses⁵⁸: 1) na possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, competindo ao advogado ou ao promotor de justiça pleitear a adequação da situação cautelar dos presos para aplicação de novas regras menos incisivas; 2) na vedação da legalidade da prisão em flagrante como único argumento a justificar a manutenção da custódia durante toda a ação penal, por força da nova regra do artigo 310 do CPP⁵⁹; 3) na proibição de manutenção das prisões preventivas para as hipóteses de réu primário acusado da prática de crime cuja pena máxima em abstrato não seja superior a quatro anos⁶⁰. Neste último caso, aquele que se encontra preso preventivamente por furto simples, por exemplo, deveria ter a prisão preventiva substituída por uma medida menos gravosa, sob pena de severo constrangimento⁶¹.

Portanto, coube aos magistrados reverem fundamentadamente a situação processual em todos os processos sob sua jurisdição em que havia prisão preventiva decretada, ou, ainda, nos casos em que havia liberdade provisória concedida com fiança.

Segundo Ivan Luís Marques⁶², prisões antes lícitas tornaram-se *contra legem* com a aprovação da nova lei e, por isso, todas as prisões foram revistas pelo Poder Judiciário. Milhares de *habeas corpus* foram impetrados, por força da nova regra do art. 313, I, do CPP: tratando-se de réu primário, com bons ou maus antecedentes (a lei não distingue), e o crime cometido possuir pena máxima prevista, em abstrato, de até quatro anos, não é cabível a prisão preventiva.

4. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES LEGAIS

A lógica da nova lei é de que a prisão deve ser a última opção dentre as cautelares: o binômio necessidade-adequação deve nortear a aplicação dessas medidas. Não obstante, mesmo após as alterações legislativas ocorridas, alguns problemas surgiram, e outros permaneceram.

O primeiro problema detectado já foi mencionado, pois já existia anteriormente, e diz respeito à inafiançabilidade de alguns crimes para os quais poderá caber, entretanto, a liberdade

⁵⁸ Ibid., p. 18.

⁵⁹ Art. 310, do CPP: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

⁶⁰ Art. 313, do CPP: “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 (...)”

⁶¹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 28.

⁶² GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, p. 18.

provisória sem fiança. Como a nova sistemática manteve a opção de delimitar os crimes inafiançáveis, concomitantemente à manutenção da regra da liberdade provisória, a contradição permaneceu: praticado crime definido como inafiançável, o acusado poderá ser solto mediante liberdade provisória sem fiança, caso estiverem ausentes os requisitos que determinem a decretação da prisão preventiva; por outro lado, muitas vezes, os acusados de crimes menos graves terão que pagar fiança para serem soltos. Não obstante, parte da doutrina entende que esta incongruência estaria solucionada, já que a custódia do acusado poderia ser mantida com base no flagrante de crime inafiançável⁶³. Este entendimento, contudo, parece ir contra a determinação de que a regra é a liberdade provisória.

O segundo problema a ser destacado se relaciona também aos crimes inafiançáveis, e tem como fundamento as possíveis respostas para a seguinte pergunta: “é possível decretar outras medidas cautelares, que não a fiança, na hipótese de crimes inafiançáveis?” Nesta situação, ainda que se argumente que a vedação a outras cautelares estaria implícita na vedação constitucional à fiança, cumpre ressaltar que não há qualquer vedação legal à aplicação de outra medida cautelar diversa da fiança a tais crimes. No julgamento do *habeas corpus* n. 108.990, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou neste sentido, embora o Superior Tribunal de Justiça tivesse negado, anteriormente, a liberdade provisória, alegando ser crime inafiançável, consoante a Lei de Drogas⁶⁴:

Por votação unânime, a Segunda Turma concedeu, no dia 23.08.11, com restrições, a ordem de soltura a A.F.B., presa há mais de nove meses por ordem do juiz da 4ª Vara Criminal de Campo Grande (MS), sob acusação de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006) (...) No sentido sufragado pela Turma, entendo que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros princípios. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma abstrata, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo contra diversos dispositivos constitucionais⁶⁵.

O terceiro ponto objeto de crítica diz respeito à previsão de decretação da prisão preventiva na hipótese de descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. Desta

⁶³ Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci diz que, havendo prisão em flagrante, a alternativa para deixar o cárcere é a fiança; contudo, se a Constituição Federal classifica o crime como inafiançável, há o forte conteúdo político-criminal impeditivo da liberdade provisória. Desta forma, sendo inafiançável o crime, e ainda que não caiba preventiva (mas tenha havido flagrante), a força cautelar da prisão em flagrante se estenderia e não seria possível a liberdade provisória. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2009b, p. 1158.

⁶⁴ O artigo 44 da Lei 11.343/06 diz que: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

⁶⁵ STF - HC: 108990 MS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/06/2011, Data de Publicação: DJe-121 DIVULG 24/06/2011 PUBLIC 27/06/2011.

forma, no julgamento do *habeas corpus* n. 112.731, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o mero descumprimento de cautelar não autorizaria a imediata decretação da prisão preventiva, já que esta tem natureza excepcional. Veja-se:

Ademais, o descumprimento, em tese, de condição da liberdade provisória, não autorizaria a imediata decretação da preventiva, sobretudo em razão da natureza excepcional. Por oportuno, confira-se o que dispõe o art. 282, § 4º, do CPP: “§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)”. Desse modo, entendo que o magistrado dispõe de outras medidas cautelares diversas da prisão — fiança, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos, entre outras —, as quais se mostram mais ajustadas às circunstâncias do caso concreto, permitem a tutela do meio social e também servem, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado. Nesses termos, voto pela concessão da ordem, confirmando a liminar deferida. É como voto⁶⁶.

No entanto, em sentido contrário, os juízos de 1º Grau vêm aplicando a determinação legal de decretar prisão apenas pelo mero descumprimento de cautelar⁶⁷.

A quarta e última crítica abordada diz respeito ao questionamento da efetividade ou não das novas medidas cautelares pessoais inseridas no Código de Processo Penal, já que muitos são os que desacreditam e põem em dúvida a efetividade desses institutos. No entanto, não se pode negar que são justamente essas novas medidas que poderão ser a solução da superlotação dos presídios brasileiros e para o final da famigerada “cultura do encarceramento”. Para uma efetiva aplicação da lei, contudo, é necessário que os operadores do direito compreendam seu espírito de reforma e busquem a aplicação dos institutos inovadores trazidos por ela. Neste sentido:

Verifica-se, pela simples análise das modificações realizadas, que apenas alterar o texto legal talvez não seja suficiente para mudar a realidade. É preciso que os juízes apoderem-se da lei, compreendendo sua racionalidade e aplicando-a com entusiasmo. Caso contrário, em nada adiantará o esforço legislativo, e as prisões brasileiras permanecerão depósitos humanos, muitos deles sequer condenados⁶⁸.

Desta forma, conclui-se que, embora a nova Lei tenha trazido alterações significativas na sistemática do Código de Processo Penal, algumas polêmicas e dúvidas ainda permanecem. O presente trabalho tratará mais profundamente do quarto e último problema citado, abordando diversas questões sobre as medidas cautelares pessoais alternativas. Contudo, para se adentrar

⁶⁶ STF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/09/2012, Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4214174>>. Acesso em 04 abril de 2015.

⁶⁷ IDDD. *op. cit.*, p. 11. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/10/sos_liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 12. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/10/sos_liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015.

nas medidas cautelares em si, é imprescindível abordar, de início, o conceito da tutela cautelar para o processo penal.

CAPÍTULO 3 – A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL E AS CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

1. TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Assim como no processo civil, também existe uma *tutela cautelar* no processo penal. Contudo, não há uma “ação penal cautelar” ou um “processo penal cautelar”, mas somente a aplicação de medidas cautelares de forma autônoma, por meio de simples requerimento ou de ofício. Rogério Lauria Tucci diz que as medidas cautelares, no processo penal, são concedidas no mesmo *iter* procedimental, não havendo necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença⁶⁹. Vicente Greco Filho assevera que as providências cautelares são determinadas como incidentes no processo de conhecimento⁷⁰.

No sistema anterior, vigente antes do advento da Lei n. 12.403/2011, a tutela cautelar no processo penal era insuficiente diante das necessidades que existiam, já que o Código de Processo Penal limitava-se à prisão. Assim, para garantir as finalidades da investigação, instrução criminal e aplicação da lei penal, ou se decretava a prisão, como medida extrema, ou não se decretava nenhuma medida. Aury Lopes Junior, ao fazer referência a esse sistema anterior, menciona que este era bastante limitado, o que fazia reduzir a complexidade da tutela a dois extremos patológicos: a banalização da prisão preventiva, de um lado, e o sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições, de outro⁷¹.

Rogério Pacheco Alves, também ao se referir ao antigo sistema, diz:

(...) diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do “prender” ou “não prender”, o que como consequência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir passivamente, o esvaziamento do processo, lavando as mãos qual Pilatos no credo, mesmo diante da premente necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública⁷².

A reforma realizada no CPP ocorreu no sentido de aumentar as possibilidades de acautelar o processo, sem que necessariamente se prenda a pessoa não definitivamente condenada.

⁶⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Sequestro prévio e sequestro no CPC: distinção. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v.5, p.142, São Paulo, RT.

⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.115.

⁷¹ LOPES Jr., Aury. *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)*. São Paulo. Boletim do IBCCRIM. Ed. Especial CPP, ago. 2010

⁷² ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

1.1.CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares no processo penal podem ser divididas em: *patrimoniais* (arresto, sequestro e especialização e registro de hipoteca legal); *pessoais* (prisão em flagrante, preventiva e temporária, prisão domiciliar e medidas diversas da prisão); *relacionadas à prova* (v.g., a antecipação de prova testemunhal e a interceptação telefônica).

Já no esquema de Antonio Scarance Fernandes, as cautelares são divididas da seguinte forma: *medidas cautelares de natureza civil ou reais* (relacionadas à reparação do dano); *medidas cautelares pessoais* (relacionadas ao acusado, suspeito); e *medidas cautelares relativas à prova*⁷³.

Criticando a sistematização das medidas cautelares no CPP e baseando-se na doutrina de Romeu Pires de Campos Barros, Rogério Pacheco Alves⁷⁴ coloca que, diferentemente do que ocorre no processo civil, a legislação processual penal é confusa quando trata das medidas cautelares. Para ele, o CPP traz em seu corpo diversas providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático, tratando-as em diversos capítulos. Partindo da doutrina de Calamandrei, Carnelutti, Podetti, Foschini e outros processualistas, Alves classifica as medidas cautelares penais em: a) *cautelares pessoais*, que compreendem as prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por força de pronúncia e prisão em virtude de sentença condenatória recorrível), as medidas de segurança e interdições de direito (previstas no Título XI do Livro I do CPP e que se viram esvaziadas pela reforma da parte geral do Código Penal levada a efeito em 1984), as contracautelas (liberdade provisória, com ou sem fiança) e as restrições processuais (Título X); b) *cautelares patrimoniais*, disciplinadas nos artigos 6º (inquérito policial), 125 (sequestro), 132 (arresto), 136 (hipoteca legal) e 240 (busca e apreensão) do Código; c) *cautelares referentes aos meios de prova*: depoimento *ad perpetuam rei memoriam* (art. 225), exame de corpo de delito (arts. 158/181), perícia complementar (art. 168, § 2º) e exame do local do crime (art. 169/173).

1.2.MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

Também chamadas de medidas assecuratórias, são três as modalidades de medidas cautelares patrimoniais previstas no CPP: arresto, sequestro e especialização e registro de

⁷³ FERNANDES, Antônio Scarances. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2002.pp. 298-299.

⁷⁴ ALVES, Rogério Pacheco. *op. cit.*

hipoteca legal. Estas medidas objetivam, principalmente, a proteção da vítima, garantindo a ela ou aos seus sucessores a reparação dos danos sofridos com a infração penal.

No processo penal, contudo, essas medidas sempre foram subutilizadas, em virtude da pouca importância que sempre se deu à proteção dos interesses da vítima, a qual ficava relegada ao processo civil. A vítima, na lógica que originou o Código de 1941, era vista como uma mera colaboradora dos interesses estatais de punição, já que a finalidade do processo penal era exclusivamente o *jus puniendi* do Estado. Desta forma, a reparação do dano deveria ser buscada pela própria vítima, com suas forças próprias, no âmbito civil, e não no criminal. As investigações centravam-se, exclusivamente, na apuração da infração penal.

No âmbito normativo, essa indiferença com os interesses da vítima começou a mudar apenas em 1995: a Lei n. 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, previu, por exemplo, a composição civil de danos (art. 74); a Lei n. 9.503/1997 dispôs sobre a possibilidade de o juiz aplicar, na sentença penal condenatória, multa reparatória em favor de vítimas de crimes de trânsito (art. 297); a Lei n. 9.605/1998 previu a possibilidade de o magistrado criminal fixar valor mínimo de indenização para reparação dos danos causados por crimes ambientais (art. 20); a Lei n. 11.719/2008, por fim, tornou regra geral a possibilidade de o juiz criminal fixar indenização civil (art. 387, IV, do CPP). Segundo Greco⁷⁵, a partir desse ponto, a vítima, que fora esquecida durante décadas, retomou sua posição de proeminência, com o Estado zelando por seus interesses, o que proporcionou uma verdadeira “privatização do direito penal”. Citando Ulfrid Neuman, Greco diz que a *reparação* do dano causado à vítima surgiu, dessa forma, como uma terceira função da pena, conjuntamente com a *retribuição* e a *prevenção*.

1.3.MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

As medidas cautelares pessoais são as prisões cautelares e as medidas cautelares diversas da prisão, incluída aqui a cautelar real da fiança. Essas medidas visam garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal, ou a garantia da ordem pública ou econômica.

Até o advento da Lei n. 12.403/2011, as únicas medidas cautelares aplicadas no processo penal para tal finalidade eram as prisões cautelares, e, em bem menor escala, a fiança. Com a criação das medidas cautelares diversas da prisão, a ordem de preferência foi alterada: a prisão cautelar deve ser, dentro de um juízo de proporcionalidade, a última medida cautelar a ser

⁷⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. vol. I. p.14.

decretada.

A nova lei inseriu nos arts. 319 e 320 do CPP as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável, monitoração eletrônica e proibição de ausentar-se do país; fiança. Estas medidas estão disciplinadas no Capítulo V, intitulado “Das outras medidas cautelares”.

2. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos no Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri, em seu artigo 413, § 3º, referente à decisão de pronúncia, passou a dispor: “*O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código*”, acenando, desta forma, para uma primeira possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

A segunda possibilidade de aplicação veio com a modificação no CPP após a aprovação da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, a qual deu o seguinte §1º ao art. 387: “*O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta*”.

Contudo, ainda que a redação de tais dispositivos tenha se referido à aplicação de medidas cautelares, não se encontrava qualquer previsão relacionada a elas, ao consultar o Título IX do Livro I do CPP. Somente a partir da vigência da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, é que o CPP passou a abordar e regulamentar as medidas cautelares alternativas à prisão cautelar.

2.1. NOMENCLATURA

Segundo Renato Marcão⁷⁶, as medidas cautelares são divididas em *medidas cautelares*

⁷⁶ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357.

restritivas (embora a medida de internação seja privativa de liberdade) e *medidas cautelares alternativas* (por se apresentarem como “opções”). Entretanto, o autor diz que não é possível pensá-las em sentido estrito, como *alternativas à prisão*, ao contrário do que ocorre com as penas alternativas. Isto porque nem sempre tais medidas são utilizadas com o objetivo de evitar a decretação da prisão preventiva. Assim, quando se falar em “*medidas cautelares alternativas*”, deve-se compreender a expressão em seu sentido amplo.

Andrey Borges de Mendonça, citando a classificação de Carnelutti, diz que, no rol do art. 319 do CPP, há *medidas pessoais coercitivas* (aquelas que impõem uma sujeição, v.g., a internação provisória), *obrigatórias* (quando impõem obrigações, v.g., a proibição de manter contato com pessoa determinada) e *interditivas* (quando privam de algum poder, v.g., a suspensão do exercício de função pública ou de atividade privada)⁷⁷.

2.2. PREVISÃO LEGAL

A existência das medidas cautelares é anunciada no art. 282 do CPP. Elas são tratadas no Título IX do Livro I do mesmo diploma, parte do Código que fixa regras, critérios e parâmetros para sua aplicação. Essas medidas fixam obrigações, determinam restrições à liberdade ou a direitos e se dividem da seguinte forma: *prisão em flagrante* (arts. 301 a 309); *prisão preventiva* (arts. 311 a 316); *prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva* (arts. 317 a 318) e as *medidas cautelares diversas da prisão* (arts. 319 e 320). Não é possível a admissão da aplicação indiscriminada das medidas cautelares, ainda que diversas da prisão, pois, embora não privativas de liberdade (com exceção da medida prevista no art. 319, VII, do CPP, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico), determinam obrigações ou graves restrições a direitos assegurados na CF/88. Ou seja, como são medidas restritivas ou constrictivas de direitos, elas possuem imposição excepcional.

2.3. CONCEITO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Arroladas nos arts. 319 e 320 do CPP, as medidas cautelares diversas da prisão:

(...) são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir a aplicação da lei penal; o êxito da investigação ou instrução criminal, bem como

⁷⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 426.

evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional⁷⁸.

Consoante Andrey Borges de Mendonça, o artigo 319 do CPP não estabeleceu o âmbito de aplicação de cada uma das medidas cautelares e também não fixou, ao contrário do legislador português, uma escala de gravidade entre as medidas alternativas à prisão. Dessa forma, ficou a critério do magistrado definir qual medida usará, em face das circunstâncias do caso concreto e à luz do princípio da adequação (art. 282 do CPP). O autor sugere uma ordem de gravidade que pode ser observada pelo juiz: (a) comparecimento periódico em juízo; (b) proibição de acesso a determinados lugares; (c) proibição de contatos; (d) proibição de ausentar-se da Comarca; (e) proibição de ausentar-se do País; (f) recolhimento domiciliar noturno; (g) suspensão no exercício de funções; (h) fiança; (i) monitoração eletrônica e (j) internação provisória do acusado⁷⁹.

2.4. FINALIDADES

As medidas cautelares diversas da prisão devem cumprir as mesmas finalidades que até hoje vem sendo cumpridas exclusivamente pela prisão cautelar. O artigo 282, I, do CPP, elenca expressamente tais objetivos: garantir a aplicação da lei penal; assegurar a investigação ou instrução criminal e evitar a prática de infrações penais. Ainda que a garantia da ordem econômica não figure como finalidade mencionada no artigo 282, I, do CPP, a medida cautelar do 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 a prática de infrações penais) inegavelmente presta-se a tal objetivo.

2.5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Para Tourinho:

(...) segundo Zavaleta, a prisão provisória é a medida cautelar que mais gravemente lesiona a liberdade individual, pelos intensos sofrimentos físicos, morais e materiais a que sujeita o preso, pela sua irreparabilidade, por sua longa duração e porque fere um homem ainda não definitivamente culpado. Por isso mesmo, desde tempos imemoriais, a prática, os costumes, as legislações, a doutrina e a jurisprudência de todos os países civilizados da Terra vêm incessantemente repetindo sábia expressão, elevado hoje em dia à categoria de inconcusso princípio de Direito Público: não se deve utilizar a prisão provisória senão nos casos de absoluta necessidade⁸⁰.

Como se observa, a prisão provisória deve ser aplicada em casos de absoluta

⁷⁸ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 359.

⁷⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 430.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v.3. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 539.

necessidade, por possuir a capacidade de atingir pessoas não definitivamente culpadas. Esta prisão somente não violará o Princípio Constitucional de Presunção de Inocência se for decretada com o pressuposto da real necessidade, já que é verdadeira exceção (legítima) a tal Princípio. As medidas cautelares diversas da prisão, assim como a prisão provisória, também servem para acautelar os objetivos do processo penal. Entretanto, ao contrário do que ocorre com a prisão cautelar, as medidas alternativas se coadunam com princípio constitucional da presunção de inocência, por não acarretarem a privação da liberdade do acusado (com exceção da medida contida artigo art. 319, VII, do CPP).

Segundo Silvio Maciel:

Ocorre que na prática essas prisões ditas cautelares, não raras vezes, são decretadas sem o pressuposto da real necessidade, numa indevida antecipação de pena cuja aplicação é incerta. Prova disso é a torrencial jurisprudência das Cortes Superiores que, diuturnamente, revogam e relaxam prisões provisórias decretadas sem um mínimo de fundamentação consistente e de demonstração empírica de necessidade. A morosidade judicial em dar uma resposta ao delinquente transformou a prisão cautelar num indevido sucedâneo de pena. Desta forma, as medidas cautelares diversas da prisão vieram para se evitar encarceramentos demasiadamente prolongados e decretados sem o cuidado devido e sem a efetiva necessidade, os quais podem gerar efeitos irreparáveis para o infrator que foi absolvido ao final do processo⁸¹.

Comparando o sistema jurídico brasileiro com o estrangeiro, o autor continua:

A nossa legislação, ao inserir tais medidas, segue a tendência mundial de se deixar a prisão provisória como última medida cautelar. De novo nos valemos das palavras de Tourinho: ‘inúmeras legislações, senão todas, têm procurado alternativas capazes de substituir a prisão provisória, mantendo ou procurando manter, a mesma finalidade: ficar o indiciado ou réu, embora em liberdade, à disposição das autoridades’. Em outras palavras, a prisão cautelar, de medida mais usual, passou a constituir a *ultima ratio* das cautelares, somente podendo ser decretada se demonstrada, de forma fundamentada, a fragilidade das outras medidas (art. 286, §6º e art. 312 do CPP). Na feliz expressão de Luiz Flávio Gomes, a prisão preventiva passou a ser ‘*extrema ratio da ultima ratio*’⁸².

A criação das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar seguiu a mesma lógica das modificações nas medidas alternativas à pena de prisão pela Lei n. 9.714/98 (que alterou o Código Penal no que tange às penas restritivas de direitos), e da criação das “medidas despenalizadoras” pela Lei n. 9099/95. Todas as alterações basearam-se na ideia de que é preciso haver a real e efetiva *necessidade* da pena de prisão, pois deve-se preferir medidas menos invasivas, em consonância com o princípio da liberdade e da presunção de inocência. Qualquer prisão, seja ela provisória ou definitiva, deve se pautar pela real *necessidade*. No entanto, mesmo as medidas cautelares alternativas à prisão devem ser decretadas com os mesmos cuidados e fundamentação da prisão cautelar, pois algumas delas, ainda que não privem o direito de liberdade, o restringem, (como, por exemplo, o recolhimento domiciliar noturno e

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio et al. *op. cit.*, p.187-188.

⁸² *Ibid.*, p.187-188.

a proibição de se ausentar da comarca). Caso contrário, o instituto das medidas alternativas corre o risco de ser banalizado, mais do que foi o da prisão provisória, o que pode afrontar o princípio da presunção de inocência.

2.6. PRESSUPOSTO

O pressuposto à imposição de qualquer das medidas arroladas nos arts. 319 e 320 é a existência de imputação relacionada à prática de delito, que pode ser doloso ou culposo. No entanto, o § 1º do art. 283 do CPP dispõe que as medidas cautelares do Título IX não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Assim, por exemplo, não se pode decretar as medidas catalogadas àquele que for surpreendido na prática do crime de porte ilegal de droga para consumo pessoal, tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

2.7. CABIMENTO

Para o renomado jurista Aury Lopes Jr., a medida alternativa só pode ser decretada quando cabível a prisão preventiva:

(...) a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação (...) é importante compreender que as medidas do art. 319 têm o caráter substitutivo em relação à prisão preventiva e, portanto, não podem ser desconectadas dos seus limites, requisitos e pressupostos (...) são alternativas à prisão preventiva e devem ser aplicadas com caráter substitutivo, nos limites e casos em que couber aquela⁸³.

Em sentido contrário, Renato Marcão⁸⁴ defende que as medidas cautelares diversas da prisão cautelar podem ser decretadas mesmo nos casos em que ausentes os requisitos ou regras da prisão preventiva, descritos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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).

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;

⁸³ LOPES Jr., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 119 e 121.

⁸⁴ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 360-361.

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 pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

Para o autor, assim, a imposição de medidas cautelares restritivas não depende de toda a análise das regras inseridas nestes dois dispositivos. Primeiramente, ressalta que as medidas não são meras *alternativas* ao encarceramento preventivo, pois podem ser aplicadas em outros casos; e, além disso, elas podem ser decretadas também no momento em que o juiz concede a liberdade provisória, conforme o disposto no art. 321 do CPP. E segue:

(...) ora, é sabido que a prisão preventiva e a liberdade provisória são institutos que se antagonizam. Onde cabe a prisão preventiva não cabe a liberdade provisória. Diante dessa realidade jurídica inarredável, não há como aceitar o argumento no sentido de que só cabe a aplicação dos arts. 319 e 320 do CPP quando presentes os requisitos da prisão preventiva, já que isso implicaria dizer que na hipótese de cabimento da liberdade provisória o juiz não poderia fixar cumulativamente medida cautelar restritiva⁸⁵.

Assim, segundo este entendimento, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas em razão da prática de delito culposo ou doloso, exceto quando, em relação a esta infração, não for cominada, isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade (art. 283, §1º, do CPP).

Para Silvio Maciel⁸⁶, as medidas podem ser aplicadas autonomamente (tal como a prisão domiciliar, ou seja, para crimes em que não há previsão legal de prisão preventiva ou temporária), ou como medidas substitutivas dessas prisões cautelares. No entanto, não podem ser aplicadas às contravenções penais. Para elucidar, o autor divide as medidas em dois tipos: *medidas cautelares autônomas diversas da prisão*, e *medidas cautelares substitutivas da prisão*. As *medidas cautelares autônomas diversas da prisão* são aplicadas quando forem necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, para evitar a prática de novas infrações penais (art. 282, I, do CPP), ou para garantia da ordem econômica (art. 319, VI, do CPP). São cabíveis em qualquer espécie de infração penal, exceto naquelas para as quais não há cominação de pena privativa de liberdade, ou seja, nas contravenções penais (art. 283, §1º, do CPP). Além disso, a medida cautelar a ser aplicada deve guardar relação de

⁸⁵ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 360-361.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, p. 187-188.

proporcionalidade com a pena que poderá ser aplicada no final do processo (art. 282, II, do CPP), ou seja, o magistrado não poderá aplicar uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a própria sanção definitiva no caso de condenação, a não ser que as medidas sejam descumpridas. Dessa forma, por exemplo, se o juiz antevê a possibilidade de concessão de *sursis* ao final do processo, em caso de condenação, deverá escolher a aplicação de medida ou medidas que se compatibilizem com essa realidade que se antevê, v.g., a medida de recolhimento domiciliar e a proibição de frequentar determinados lugares.

Já as *medidas cautelares substitutivas da prisão* são decretadas nas infrações para as quais são previstas a prisão preventiva ou temporária. Nesse caso, o magistrado verificará que, não obstante estarem presentes os motivos da prisão cautelar, as medidas substitutivas (diversas da prisão) podem suficientemente cumprir as mesmas finalidades da prisão preventiva ou temporária, sem necessidade da medida extrema do encarceramento (art. 321 do CPP).

Para o mesmo autor, tanto o descumprimento de medidas cautelares autônomas diversas da prisão, quanto o de medidas cautelares substitutivas da prisão, pode ensejar a decretação da prisão preventiva, mesmo sem a ocorrência das hipóteses do art. 313 do CPP. Isto porque, se assim não fosse, a medida cautelar se revelaria inútil, já que seu descumprimento em nada afetaria o infrator:

Em primeiro lugar, deve o juiz substituir a medida descumprida (ou as medidas descumpridas) por outra (ou outras) mais drástica. Se persistir o descumprimento reiterado das medidas impostas, aí então só restará ao juiz decretar a prisão preventiva nos termos do art. 312, parágrafo único, do CPP. Tomemos como exemplo o crime de coação no curso do processo (art. 344 do CP) cuja pena máxima cominada é de 4 anos, praticado por réu primário. Em princípio não é cabível a prisão preventiva, tendo em vista o patamar máximo da sanção cominada (art. 313, I, do CPP); mas, se as cautelares diversas da prisão forem reiteradamente descumpridas pelo infrator, o juiz não terá outra opção para acautelar o processo, a não ser decretar a prisão preventiva⁸⁷.

2.8. QUEM PODE DECRETAR

Somente o juiz natural competente pode decretar uma medida cautelar diversa da prisão, através de decisão convenientemente fundamentada (art. 282, §2º do CPP), com exceção da liberdade provisória com fiança, que poderá ser concedida pelo delegado nos crimes cuja pena máxima cominada não supere quatro anos (art. 322 do CPP).

2.9. QUEM PODE POSTULAR A DECRETAÇÃO

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 187-188.

Nos termos do art. 282, §2º, do CPP, no curso das investigações as medidas cautelares não poderão ser decretadas de ofício pelo juiz, mas apenas a *requerimento* do Ministério Público ou por *representação* da autoridade policial. Já na fase judicial, a decretação da medida poderá dar-se de ofício ou por requerimento das partes⁸⁸.

Segundo Renato Marcão⁸⁹, em razão do fortalecimento do processo de modelo acusatório, a decretação *ex officio* é cabível apenas no curso do processo penal. Contudo, mesmo na investigação policial é possível que o juiz, de ofício ou em razão de requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou querelante, substitua a medida ou imponha outra em cumulação, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas (art. 282, §4º, do CPP).

2.10. MOMENTO DA DECRETAÇÃO

As medidas cautelares diversas da prisão podem ser determinadas durante a investigação policial ou no curso do processo penal (art. 282, §2º, do CPP); no momento da sentença condenatória (art. 387, parágrafo único, do CPP) ou da decisão de pronúncia (art. 413, §3º, do CPP). Ao receber o auto de prisão em flagrante (o que deverá ocorrer em até 24 horas após a realização da prisão), o juiz deverá fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP e se as medidas cautelares diversas da prisão revelarem-se inadequadas ou insuficientes; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, do CPP). Como neste momento os fatos ainda se encontram na fase de investigação policial, a imposição da prisão preventiva ou medida diversa da prisão não poderá decorrer de iniciativa exclusiva do juiz (*ex officio*), mas dependerá de provocação (arts. 311 e 282, §2º, ambos do CPP).

2.11. CRITÉRIOS PARA ESCOLHA E DECRETAÇÃO DA MEDIDA

O primeiro critério para a escolha e a decretação de uma medida cautelar é o da sua

⁸⁸ Renato Marcão diz que uma interpretação literal da lei, contudo, levar-nos-ia a um equívoco, pois a redação do dispositivo permite concluir que o requerimento do ofendido ou do Defensor só será possível apenas após a instauração do processo, e não na investigação criminal, o que seria uma clara restrição de direito, esbarrando, inclusive, em uma inconstitucionalidade. Assim, o correto seria dizer que a qualquer tempo o agente ou seu defensor são legitimados a formular tal postulação de decretação, dentro dos limites da cautelaridade. Ainda, o autor ressalta que a autoridade policial somente pode formular representação visando à aplicação das medidas durante a investigação criminal, pois, se representar no curso do processo penal, o juiz deverá abrir vista para o Ministério Público e para a defesa para que se manifestem. MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 361.

necessidade, que se relaciona com a *utilidade* da restrição para a investigação ou instrução criminal. Além disso, a cautelar pode ser decretada para evitar a prática de infrações penais.

O segundo critério, cumulativo, é o da *adequação*, que abrange a *proporcionalidade* e a *razoabilidade*. Neste sentido, a medida, para não ser inócua, deve pautar-se na sua individualização, escolhida com base na gravidade do delito, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ademais, as cautelares não podem passar da pessoa do acusado, por força de interpretação extensiva que se deve dar ao princípio da intranscendência. Poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com os critérios de *proporcionalidade* e *suficiência*. Esses também devem ser observados quando do descumprimento de qualquer das obrigações impostas e posterior substituição da medida ou imposição de outra em cumulação (art. 282, §4º, do CPP).

2.12. CONTRADITÓRIO NA DECRETAÇÃO

O contraditório e a ampla defesa são assegurados pelo art. 5º, LV, da CF/88, e por isso o artigo 282, §3º, do CPP dispõe que, apresentado em juízo o pedido de medida cautelar, o juiz deve determinar a intimação da parte contrária, antes da decisão judicial. Para Renato Marcão⁹⁰, a finalidade desta intimação é permitir o contraditório prévio, e não apenas dar ciência a outra parte. A intimação só não precisa ocorrer em duas exceções expressamente previstas no dispositivo: 1ª) casos de urgência; 2ª) perigo de ineficácia da medida caso se aguarde a prévia intimação da parte contrária. Nestas hipóteses, o contraditório é diferido para momento posterior.

É certo que, na maioria das vezes, a decretação de uma medida cautelar é impulsionada pela urgência, por conter os requisitos gerais de cautelaridade (*fumus boni juris; fumus commissi delicti* e *periculum in mora; periculum libertatis*). Assim, essas exceções de que trata o artigo devem ser verificadas apenas em casos concretos, *v.g.*, na situação de um indivíduo que ameaça constantemente sua esposa ou companheira⁹¹. Neste caso, é possível a dispensa do contraditório prévio, sem que possa se arguir qualquer violação a princípio constitucional, pois a medida é perfeitamente legal. Portanto, o contraditório é possível, mas não imprescindível, em razão da existência dessas ressalvas. Para Marcão, no entanto, há uma confusão na redação do dispositivo:

Se não há urgência e perigo de ineficácia da medida, como sustentar a cautelaridade

⁹⁰ *Ibid.*, p. 365.

⁹¹ *Ibid.*, p. 366.

da medida? (...) E mais: raciocinando em sentido inverso, sempre que identificada situação de cautelaridade – exatamente na constatação da urgência e perigo de ineficácia – seria dispensado o contraditório prévio. A que ponto chegamos! Seja como for, a regra é que se respeite o contraditório prévio e, portanto, sempre que o juiz entender estar diante de uma dentre as hipóteses de exceção deverá justificar destacadamente em sua decisão (...) ⁹².

2.13. DECRETAÇÃO

Depois de auferido o cabimento da medida cautelar, sua decretação pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira possibilidade de decretação pode acontecer durante a investigação policial, desde que postulada, em um dos seguintes casos: a) o investigado está solto desde o início da investigação, algum legitimado postula a aplicação da medida e o juiz acolhe o pedido; b) o investigado foi preso em flagrante, e o juiz concede liberdade provisória, mediante fiança, cumulada com medida(s) cautelar(es) restritiva(s); c) o investigado foi preso em flagrante, pagou fiança, mas esta foi posteriormente quebrada, e o juiz acolhe o pedido de decretação de medida cautelar restritiva (art. 343 do CPP); d) o juiz concede liberdade provisória sem fiança ao preso em flagrante, mas aplica medida cautelar restritiva; e) o investigado teve sua prisão preventiva decretada e depois revogada para a aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

Já a segunda hipótese de decretação pode acontecer durante o processo criminal, em alguma das seguintes situações: a) o acusado estava solto, mas no momento de se receber a denúncia, ou durante a instrução, verifica-se a necessidade de aplicação e o juiz decreta, de ofício ou mediante provocação; b) o acusado estava preso em razão de prisão preventiva e o juiz, no despacho de recebimento da denúncia, revoga a preventiva e aplica medida cautelar restritiva, ou assim o faz no curso da instrução, *ex officio* ou por provocação; c) o acusado responde ao processo em liberdade em razão de ter prestado fiança, que é julgada quebrada posteriormente, e então o juiz impõe medida cautelar restritiva (art. 343 do CPP); d) o acusado respondeu a todo o processo em liberdade e sem estar submetido a qualquer medida cautelar, mas quando da prolação da sentença o juiz decreta a aplicação, ou quando da decisão de pronúncia nos casos de competência do Tribunal de Júri (art. 413, §3º, do CPP).

2.14. REVOGAÇÃO, SUBSTITUIÇÃO E NOVA DECRETAÇÃO

Nos termos do artigo 282, §5º, do CPP, “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-

⁹² *Ibid.*, p. 366-367.

la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Revogar é tornar a medida sem efeito, fazendo ressurgir o *status quo*; *Substituir* significa a substituição de uma medida cautelar por outra de natureza diversa, que, *in casu*, só há como pensar na aplicação da prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP)⁹³.

Cumprе ressaltar, ainda, que é possível que o juiz cesse as restrições e decrete a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, quando presente os requisitos legais. Nesse caso, nada impede que o magistrado, ao término da instrução, ao proferir sentença condenatória, revogue a prisão preventiva e na mesma ocasião volte a decretar a aplicação de medida cautelar diversa da prisão – *nova decretação* (art. 387 c/c o §5º do art. 282, ambos do CPP). Aliás, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, a regra é que o juiz revogue a prisão preventiva com o fim da instrução criminal, se esta foi a circunstância autorizadora da privação de liberdade:

EMENTA: I. Habeas corpus: descabimento: questão relativa à ausência de indícios suficientes de autoria, que demanda revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus. II. Prisão preventiva: fundamentação inidônea. Não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo, sem indicação de fato concreto que a justifique: precedentes. III. Prisão preventiva: risco de fuga: "não é do réu o ônus de assegurá-lo previamente, mas, sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários - e não de vagas suposições - haver motivos para temer a fuga às consequências da condenação eventual" (HC 81.148, 1ª T., 11.9.01, Pertence, DJ 19.10.01.). IV. Prisão preventiva: garantia da ordem pública. Afirmação de que "a liberdade do paciente representa sério risco ao convívio social", não amparada em qualquer fato concreto que a comprove, tanto mais quanto a denúncia não abrange o aludido delito de quadrilha ou bando e não se dá notícia sequer de que teriam prosseguido as investigações para apuração desse crime por parte do paciente. V. Prisão preventiva: conveniência da instrução criminal. **Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que, de regra, com o fim da instrução criminal, não há falar em sua conveniência para manter a prisão preventiva.** VI. Prisão preventiva: decreto de mais de 3 anos depois dos fatos, havendo o paciente se apresentado espontaneamente à Polícia, para prestar esclarecimentos, sendo liberado em seguida. VII. Liberdade provisória deferida. (g.n).⁹⁴

2.15. DETRAÇÃO

A detração significa o desconto, na pena final aplicada, do tempo em que o réu ficou preso cautelarmente, está disciplinada no art. 42 do Código Penal, nos seguintes termos:

Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

⁹³ Cumprе ressaltar que as possibilidades de substituir uma medida por outra ou de impor outra em cumulação já estão reguladas no §4º do art. 282 do CPC. Aqui, no §5º, a substituição implica a aplicação de medida cautelar de natureza diversa e, neste caso, só há como pensar na aplicação da prisão preventiva. Cf. *Ibid.*, p. 369.

⁹⁴ STF, HC 90.063/SP, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 18.05.2007.

Ou seja, por expressa previsão legal, a prisão provisória é considerada no tempo de cumprimento da pena e da medida de segurança. Porém, há omissão legislativa para a detração no caso das demais medidas alternativas à prisão. A dúvida, então, é: *é possível também detrair da sanção imposta (pena ou medida de segurança) o tempo de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão? Seria o caso de aplicar a analogia para permitir a detração?*

Quem enfrenta essa questão é Pierpaolo Bottini, que entende que deve haver a detração se a medida cautelar de restrição de direitos for equivalente ou mais grave do que a pena aplicada ao final do processo⁹⁵. Assim, por exemplo, se o juiz decretou a cautelar de proibição de frequentar determinados lugares e, ao final do processo, foi aplicada a pena restritiva de direitos de proibição de frequentar determinados lugares, é justo que ocorra a detração. Por outro lado, caso a cautelar seja menos grave do que a pena aplicada ao final do processo, não deve haver a detração, *v.g.*, se foi decretada a mesma cautelar de proibição de frequentar determinados lugares, mas, ao final do processo, foi aplicada a pena de prisão. Isto porque nesta hipótese ocorreria uma substituição não autorizada pelo legislador de uma sanção mais grave por uma mais branda.

No mesmo sentido, Andrey Borges de Mendonça entende ser possível a detração somente se houver similitude entre a gravidade da medida cautelar alternativa à prisão e a pena aplicada ao final do processo. Dessa forma, o juiz da execução deverá conceder a detração se entender que há similitude, mesmo que aproximativa, entre a gravidade da medida alternativa à prisão aplicada durante o processo e a pena restritiva de liberdade de direitos imposta. Ou seja, caso o magistrado fixe na sentença pena restritiva de direitos consistente na limitação de final de semana (art. 43, VI, do Código Penal) e o réu tenha ficado, durante o processo, por certo tempo cumprindo a medida de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (art. 319, V, do CPP), deverá haver a compensação, pois as medidas são semelhantes em gravidade. Por outro lado, se houver completa disparidade entre a gravidade da medida alternativa à prisão e a pena restritiva aplicada, deve-se negar a detração. Por exemplo: se o magistrado impôs, a título de cautelar, o comparecimento mensal em juízo, tal medida não pode ser descontada da pena de prestação de serviços à comunidade, pois são medidas totalmente diversas em termos de gravidade⁹⁶.

Ademais, o autor, ao analisar a possibilidade ou não de detração na pena privativa de

⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008, pp. 485-486.

⁹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 474.

liberdade do tempo de cumprimento das medidas alternativas à prisão, assevera que: a) é possível a detração no caso da internação provisória do inimputável (art. 319, VII, do CPP); b) é possível a detração no caso da prisão domiciliar alternativa (arts. 317/318, c.c. o art. 282, §6º, todos do CPP); c) não é possível a detração com relação as demais medidas cautelares alternativas, pois não há previsão legal e nem compatibilidade e semelhança entre a gravidade das medidas cautelares e a pena privativa de liberdade⁹⁷.

Ainda que haja acirrada discussão na doutrina, para Renato Marcão a única medida cautelar restritiva que admite detração é a internação provisória (art. 319, VII, do CPP), em razão da previsão expressa no art. 42 do Código Penal, que determina que o tempo dessa cautelar deva ser descontado na pena ou medida de segurança aplicada ao final do processo:

Com a devida *venia*, é imperioso concluir que a única possibilidade lógica autorizada é a indicada, e a omissão sintomática do legislador não pode ser suprida pelas variadas proposições que se têm apresentado a respeito do tema, ora para abater na mesma proporção dos dias de medida cautelar restritiva, ora para achar uma equação de proporcionalidade entre a cautelar e a definitiva. As medidas cautelares restritivas não têm natureza de privação de liberdade – que visam exatamente evitar – daí a impossibilidade de detração⁹⁸.

2.16. PRAZO DE DURAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

A lei não diz qual é o prazo máximo de duração de uma medida cautelar alternativa à prisão, o que evidentemente pode levar ao cometimento de excessos. Não é possível admitir que essas medidas durem indefinidamente, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, da duração razoável do processo e a própria característica da provisoriedade das medidas cautelares.

A rigor, o prazo máximo é o previsto para o término da instrução, o qual depende da natureza do procedimento a ser seguido. Segundo Andrey Borges de Mendonça, o magistrado deve, à luz da razoabilidade e dos critérios que guiam a sua análise (complexidade, conduta defensiva e atuação dos órgãos envolvidos com a persecução), verificar se houve ou não excesso de tempo. Entretanto, conforme o autor, o raciocínio não pode ser tão estrito quanto em relação ao excesso de prazo na prisão do réu, porque as medidas alternativas à prisão são muito menos restritivas aos direitos fundamentais que a prisão cautelar. Dessa forma, quanto maiores as restrições impostas ao preso, menor deve ser o lapso temporal de duração da medida ao longo do processo, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em suma, a rigidez na análise do excesso de prazo na duração da medida deve ser proporcional a sua gravidade. Para

⁹⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁸ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 388.

exemplificar seu entendimento, Mendonça cita o julgamento do *habeas corpus* n. 90.617 pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁹⁹, ocorrido em 30.10.2007: neste caso, o STF considerou haver excesso de prazo na suspensão do exercício das funções de desembargador do TJ/PE, afastado cautelarmente nos termos do art. 29 da Lei Complementar n. 35/1979 por mais de quatro anos e seis meses, sem que a instrução criminal tenha sido concluída. Por isso, a Suprema Corte determinou o retorno do paciente à função de desembargador estadual perante o TJ/PE¹⁰⁰.

Para o Silvio Maciel¹⁰¹, a mesma lógica que se aplica ao controle do prazo da prisão preventiva deve ser aplicada ao controle do prazo das medidas cautelares diversas da prisão, para que este seja razoável. Por isso, faz-se necessária a criação de mecanismos para que tais medidas não se prolonguem indefinidamente, mesmo porque a tendência é que o controle sobre o prazo de duração delas seja ainda menos rigoroso.

Scarance menciona que a doutrina sugere dois mecanismos interessantes de controle do prazo da prisão preventiva¹⁰², que se fazem presentes na Itália e em Portugal: a previsão de prazos certos e escalonados de prisão segundo a gravidade e quantidade das penas, e a revisão periódica da necessidade de manutenção da prisão. Nesse sentido, com a Resolução 66 do CNJ instalaram-se no sistema brasileiro mecanismos de verificação periódicas das prisões cautelares, com o claro objetivo de evitar a permanência de prisões ilegais ou desnecessárias ou o constrangimento decorrente do tempo excessivo de prisão.

2.17. EXTINÇÃO

A extinção das medidas alternativas ocorrerá automaticamente em caso de arquivamento do inquérito policial, de rejeição da denúncia, de extinção da punibilidade ou, ainda, de absolvição do acusado, nos termos do art. 386, parágrafo único, II, do CPP. Nestes casos, a medida deverá ser cassada, mesmo que haja recurso da acusação, que possuirá efeito meramente devolutivo¹⁰³.

Também a medida poderá ser extinta com o término da instrução (art. 319, IV, do CPP). Contudo, é possível que a medida alternativa à prisão decretada em primeira instância, após

⁹⁹ STF, HC 90.617, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.10.2007, DJe 041, divulgado em 6.3.2008, publicado em 7.3.2008.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 469.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, p.192-193.

¹⁰² FERNANDES, Antonio Scarance. *Controle da prisão processual e a Resolução 66 do CNJ*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-05/controla-prisao-processual-resolucao-66-cnj>>, 05 mar. 2009. Acesso em: 22 dezembro 2014.

¹⁰³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 472.

sentença condenatória proferida, continue a ser aplicada, desde que haja necessidade e o juiz a mantenha na sentença (art. 387, parágrafo único, do CPP). Porém, neste caso, com a remessa dos autos ao Tribunal, será este quem decidirá sobre quaisquer incidentes relativos à medida cautelar¹⁰⁴.

A extinção pode decorrer, ainda, da necessidade de revogação da medida cautelar e decretação da prisão preventiva, se houver descumprimento injustificado da medida, por exemplo (art. 312, parágrafo único, do CPP). Por fim, a medida alternativa deverá ser extinta no caso de condenação transitada em julgado, porque o agente deverá cumprir a pena, e não mais a medida cautelar.

2.18. RECURSOS CABÍVEIS

Nos termos do art. 581, V, do CPP, cabe recurso em sentido estrito da decisão que conceder: negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revoga-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante. Assim, como as medidas cautelares alternativas à prisão são hipóteses de liberdade provisória, caberá recurso em sentido estrito da decisão que concedê-las¹⁰⁵.

Se o juiz indeferir a substituição da prisão preventiva por medida cautelar alternativa à prisão, poderá ser utilizado o *habeas corpus*¹⁰⁶. Além disso, se o magistrado decretar uma medida cautelar nos casos em que a infração não é punida com pena de prisão, poderá ser impetrado o mandado de segurança.

2.19. TAXATIVIDADE

Neste tópico, discute-se o “poder geral de cautela do juiz”. Há dois posicionamentos doutrinários contrastantes.

O primeiro posicionamento é no sentido de que o magistrado, no processo penal, não possui o poder geral de cautela, pois somente pode decretar aquelas medidas expressamente previstas em lei, em razão do princípio da estrita legalidade e da tipicidade das medidas cautelares. Os adeptos desse pensamento são, por exemplo, Antônio Magalhães Gomes

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 473.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 477.

¹⁰⁶ *Ibid.*, *loc.cit.*

Filho¹⁰⁷, Aury Lopes Junior¹⁰⁸ e Renato Marcão¹⁰⁹. O primeiro diz que, no âmbito criminal, as restrições impostas ao acusado, por atingirem seu direito de liberdade, devem estar expressamente previstas em lei. O princípio da legalidade dos delitos e das penas não diria respeito apenas ao momento da cominação das penas, mas também à legalidade da inteira repressão, que perdura por todo o processo, até a execução da pena imposta.

Roberto Delmanto Junior¹¹⁰ cita a existência de um “princípio da taxatividade das cautelares pessoais”, parecendo também não permitir o poder geral de cautela na criação de cautelares patrimoniais.

Aury Lopes Junior, no mesmo sentido:

É cada dia mais recorrente depararmos-nos com decisões que, revogando uma prisão preventiva, impõem “condições” ao imputado, tais como, entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc. No mais das vezes, tais medidas vêm decretadas a título de “poder geral de cautela”, invocando o art. 798 do CPC. Mas será que isso é legal? Para além das boas intenções dos juízes (e quem nos protege da bondade dos bons?), será que o processo penal brasileiro comporta tais medidas restritivas de direitos fundamentais por analogia? (...) No processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para a compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil. Como todas as medidas cautelares (pessoais e patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como o é a construção dos tais ‘poderes gerais de cautela’. (...) Esclareça-se que nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziará com mudanças legislativas, pois elas apenas ampliarão o leque de medidas cautelares, sem jamais poder contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. Nesta linha, os Projetos de Lei 4208-C e o PL 156/2009 (Anteprojeto de CPP) instituem um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Mas, sublinhe-se, igualmente estará atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo “criar” outras medidas além daquelas previstas no ordenamento¹¹¹.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.p.57.

¹⁰⁸ LOPES Jr., Aury. *A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal*. Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 203, pp. 8-9, São Paulo, out. 2009.

¹⁰⁹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 359.

¹¹⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 72.

¹¹¹ LOPES Jr., Aury. *op. cit.*.

Em sentido contrário, com um segundo posicionamento, destaca-se Marcellus Polastri Lima¹¹², o qual defende a existência do poder geral de cautela do juiz criminal.

Andrey Borges de Mendonça, por sua vez, fala que para aqueles que entendam existente o poder geral de cautela no processo penal, poderá o juiz determinar outras medidas cautelares adequadas ao caso concreto, tais como a proibição de comunicação telefônica, vedação à utilização de internet, a entrega de armas ou instrumentos vulnerantes, a suspensão do pátrio poder, entre outras situações¹¹³.

Já Silvio Maciel¹¹⁴ diz que, independentemente dessa discussão doutrinária, o fato é que o extenso rol das medidas cautelares diversas da prisão (e ainda a prisão domiciliar) trazidas pelo CPP torna inútil a criatividade judicial de imaginar, no caso concreto, outras medidas não previstas em lei. Isto porque se essas medidas não forem suficientes, sejam aplicadas isolada ou cumulativamente, será mesmo o caso de se recorrer à medida extrema, de *ultima ratio*, que é a prisão. Ele diz que antes da alteração legislativa provocada pela Lei n. 12.403/2011, a tutela cautelar no processo penal era, realmente, muito limitada, e isto proporcionava o uso do poder geral de cautela pelos juízes criminais até mesmo em favor do acusado ou indiciado, v.g., ao evitarem a prisão cautelar com a ordem, apenas, de entrega de passaporte. Contudo, com as modificações, há um amplo leque de medidas cautelares posto a disposição do magistrado criminal, que a ele deve se limitar, sob pena de ampliar demais os poderes do juiz sobre os direitos do acusado. Ademais, além das medidas cautelares alternativas previstas no CPP, há outras, como, por exemplo, as previstas na Lei Maria da Penha e no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro.

Partindo dessa análise da tutela cautelar no processo penal e das características gerais das medidas diversas da prisão, faz-se imprescindível conhecer, a seguir, cada medida cautelar diversa da prisão, para que se possa verificar suas finalidades e a viabilidade de serem utilizadas pelos operadores do direito.

¹¹² LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 128-130.

¹¹³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 468.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, pp.190-191.

CAPÍTULO 4 – MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

1. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO EM ESPÉCIE

O magistrado, com a Lei n. 12.403/11, passou a ter uma possibilidade intermediária entre a liberdade irrestrita e a prisão preventiva: a imposição de uma das medidas cautelares restritivas de liberdade. São elas: 1) comparecimento periódico em juízo; 2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; 3) proibição de manter contato com pessoa determinada; 4) proibição de ausentar-se da comarca; 5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; 6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; 7) internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; 8) fiança; 9) monitoração eletrônica; 10) proibição de ausentar-se do país.

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

O comparecimento periódico em juízo é medida prevista no art. 319, I, do CPP. A lei n. 12.403/11 trouxe este dever como cautelar, mas ele já estava previsto no art. 78, §2º, *c*, do Código Penal (como uma das condições do *sursis* especial), no art. 89, §1º, IV, da Lei n. 9099/95 (como uma das condições da suspensão do processo), no art. 115, IV, da Lei de Execuções Penais (como uma das condições do regime aberto) e no art. 132, §1º, *b*, da mesma lei (como uma das condições do livramento condicional)¹¹⁵.

Tal dever consiste no comparecimento *pessoal e periódico* perante a Secretaria do Juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, onde o acusado informará em que local está residindo e qual atividade está exercendo, se estiver empregado. A maior ou menor frequência com que deverá se apresentar ao órgão jurisdicional será estabelecida à luz e na proporção da necessidade de manter o juízo informado: poderá ser semanal, mensal ou em períodos maiores que um mês, ou, até mesmo, diário, desde que haja fundamentação convincente para tanto¹¹⁶.

A cautelar de comparecimento possui um nítido caráter pedagógico¹¹⁷, com o objetivo de vincular o acusado ao processo, a fim de evitar que ele empreenda fuga do distrito da culpa ou obste o andamento da ação. Além disso, visa comprovar que o infrator está exercendo

¹¹⁵ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 431.

¹¹⁷ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, *loc. cit.*.

atividade lícita, fato que pode levar à presunção de que ele não está cometendo delitos e colocando em risco, dessa forma, a ordem pública.

Essa cautelar, portanto, é pertinente para situações em que o réu não possui vínculos com o local e há risco de não ser encontrado posteriormente¹¹⁸. Por exemplo¹¹⁹, é bastante comum que pessoas flagradas extraindo diamantes de rios, sem autorização, não sejam mais encontradas após a lavratura do termo circunstanciado. E não porque fogem deliberadamente, mas sim porque não possuem endereço fixo e mudam de residência à procura de trabalho. Nesse caso, a cautelar seria adequada. A medida também seria pertinente para os autores de crimes patrimoniais, principalmente para aqueles que não possuem endereço fixo, já que ela pode se constituir em mecanismo de acompanhamento da vida do acusado¹²⁰.

O magistrado deve considerar a condição pessoal do acusado para determinar o lugar do comparecimento: se o agente possuir poucas condições econômicas, será melhor, em princípio, deprecar o cumprimento da medida cautelar para o juízo de sua residência; se o infrator tiver melhores condições, o juiz poderá fixar o comparecimento no próprio juízo em que tramita o processo, a fim de facilitar a fiscalização e a verificação do cumprimento da medida¹²¹.

Esta medida cautelar é branda, mas suficiente para casos de menor gravidade. É uma espécie de monitoramento que se estabelece, pois a finalidade é que o agente informe suas atividades profissionais e sociais.

1.2. PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO PERMANECER DISTANTE DESSES LOCAIS PARA EVITAR O RISCO DE NOVAS INFRAÇÕES

A proibição de frequentar determinados lugares já havia sido contemplada no Código Penal como medida de segurança pessoal não detentiva. No entanto, com a substituição do sistema do duplo binário pelo vicariante na reforma de 1984, a medida foi extinta. Posteriormente, foi reintroduzida no Código como pena restritiva de direitos, na forma de interdição temporária de direitos (art. 47, IV, do Código Penal). A referida medida também é prevista como condição para alguns benefícios, como no caso da suspensão condicional da pena

¹¹⁸ Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça complementa: “Tal raciocínio se reforça porque, hoje, se o réu não for encontrado para citação e for citado por edital e não comparecer para se defender e nem constituir advogado, o processo ficará suspenso e poderá ocorrer a prescrição, segundo entendimento do STJ”. MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 431.

¹¹⁹ *Ibid.*, *loc. cit.* p. 431.

¹²⁰ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 432.

(art. 78, §2º, *a*, do Código Penal), da suspensão condicional do processo (art. 89, §1º, II, da Lei n. 9.099/95), da saída temporária (art. 124, §1º, III, da Lei de Execuções Penais) e do livramento condicional (art. 132, §2º, *c*, da Lei de Execuções Penais). Outrossim, a providência cautelar também é contemplada na Lei Maria da Penha (art. 22, III, *c*), como medida protetiva da mulher, em procedimentos que envolvam violência doméstica¹²².

Como cautelar no CPP, a medida está catalogada no inciso II do art. 319. Esse dispositivo determina que, por circunstâncias relacionadas ao fato, o indiciado ou acusado deve permanecer distante de determinados locais, para evitar o risco de novas infrações e garantir a ordem pública. Ou seja, para a decretação de tal medida, é necessário que ela se proponha a evitar *novas* infrações (nas mesmas circunstâncias que a anteriormente praticada) e guarde relação com a natureza do delito, não funcionando apenas como castigo preventivo¹²³. Contudo, para Andrey Borges de Mendonça¹²⁴, nada impede que o magistrado, ao observar a situação concreta, imponha esta medida como forma de evitar pressões sobre testemunhas e, também, para acautelar outras provas.

O dispositivo fala em proibição *de acesso* e proibição *de frequência*. Na proibição *de acesso*, a vedação é de adentrar em determinado lugar sequer por uma única vez. Na proibição *de frequência*, veda-se a repetição de acessos e a contumaz visita a determinado local. Essa medida pode ser estabelecida tanto para locais públicos (v.g., praças públicas, estádios de futebol, locais conhecidos como pontos de venda de drogas ou até mesmo regiões, como a *Cracolândia* – região do centro de São Paulo conhecida pelo consumo e venda de drogas –, etc.) como para locais privados (bares, casas noturnas, residências de comparsas, prostíbulos, etc.). É possível, ainda, que o magistrado imponha como zona de exclusão (local onde o réu não poderá acessar ou frequentar) áreas mais amplas, como região de determinada escola, parque ou, até mesmo, de um bairro. Não obstante, o local deve ser determinado e individualizado. A finalidade é afastar o réu de determinado local que possa ser visto como fator estimulador de práticas delitivas¹²⁵, v.g., proibir o acesso a estabelecimentos que comercializem álcool para uma pessoa que praticou crime sob a influência dessa substância¹²⁶. A cautelar pode ser aplicada, ainda, com vistas a evitar a prática de delitos contra a vida, contra a integridade física, a incolumidade pública, o patrimônio, dentre outros.

¹²² AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 126.

¹²³ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, p.194.

¹²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 434.

¹²⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹²⁶ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 127.

Para Andrey Borges da Mendonça¹²⁷, essa medida de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares incluiria implicitamente, também, a possibilidade de afastamento do lar, já prevista, como dito, na Lei Maria da Penha e na Lei n. 9.099/1995 (art. 69, parágrafo único). Ou seja, a proibição de acesso ou frequência pode ser em relação à residência do próprio acusado, quando a vítima lá residir, em relação de coabitação. Desta feita, mesmo que não se trate de situações abrangidas pela Lei Maria da Penha, é possível que o magistrado imponha o afastamento do lar, domicílio ou do lugar de convivência da vítima, com fundamento no art. 319, inc. II, do CPP. A medida de afastamento, por sua vez, só pode ser imposta a quem for investigado pela prática de um delito, não podendo atingir terceiro que não seja réu, investigado ou que não tenha potencialidade de vir a sê-lo, tal como familiares do réu que não possuam qualquer participação no crime.

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

Prevista no art. 319, III, do CPP, a medida de proibição de manter contato com determinada pessoa objetiva: a) impedir a frustração das investigações do processo, se houver elementos que indiquem que o contato do suspeito poderá atemorizar a pessoa, seja ela vítima, testemunha, etc.; b) proteger tal pessoa contra novas investidas criminosas do suspeito ou acusado. A “distância” do agente com relação ao indivíduo não deve ser entendida somente como sinônimo de distância física, mas também de qualquer espécie de contato com a pessoa, como contato telefônico ou eletrônico, para que o infrator não perturbe com telefonemas, mensagens eletrônicas ou algo semelhante¹²⁸. Além disso, cabe ao magistrado fixar as condições da medida, devendo, inclusive, estabelecer os limites e as distâncias nos quais a proibição incide¹²⁹.

Não raras vezes, a proibição de contato é imprescindível, especialmente nos casos de crimes praticados contra a mulher no ambiente familiar, para os quais a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) já possui de regras especiais (art. 22, III, *a e b*)¹³⁰; ou ainda os casos de

¹²⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op.cit.*, *loc.cit.*

¹²⁸ GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, p.194.

¹²⁹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 128.

¹³⁰ O artigo 22, III, da Lei n. 11.340/06 assim dispõe: “*Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação*”.

crimes contra a dignidade sexual, principalmente os praticados contra vulneráveis, em que se recomenda a distância do agressor.

É necessário que a medida se justifique através das circunstâncias relacionadas ao fato que propiciou a instauração da investigação policial ou processo penal. Portanto, não se trata de imposição aleatória, pois há uma vinculação com o fato passado. Para que o indiciado ou acusado permaneça distante da vítima é preciso haver nexos causal entre a conduta pretérita e o comportamento futuro que se busca evitar. As medidas citadas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas concomitantemente com outras medidas previstas na legislação em vigor, especialmente as do art. 319 do CPP¹³¹.

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

Prevista no inciso IV do art. 319 do CPP, essa cautelar consiste no dever de não sair da comarca para outro lugar do Brasil, podendo ser cumulada com o dever de não sair da comarca para outro lugar do estrangeiro (art. 282, §1º, do CPP), medida do artigo 320. A medida de proibição de ausentar-se da Comarca já havia sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como condição da suspensão condicional da pena (art. 78, §2º, *b*, do Código Penal), do regime aberto (art. 115, III, da Lei de Execuções Penais) e do livramento condicional (art. 132, §1º, *c*, da Lei de Execuções Penais).

O afastamento proibido não é do município em que residir o agente, mas da comarca, que pode ser composta por um ou mais municípios. Nos limites territoriais da comarca, o trânsito está permitido. Embora a lei não diga expressamente, deve-se entender que a comarca é a mesma que residir o agente, à semelhança da condição do *sursis* prevista no art. 78, §2º, *b*, do Código Penal. Entretanto, nem sempre a comarca em que residir o agente coincidirá com a comarca em que tramitarem as investigações ou o processo.

Caso haja necessidade do investigado ou acusado ausentar-se da comarca, será necessário formular um requerimento prévio, devidamente instruído, e encaminhar ao juiz competente, o qual, antes de decidir, encaminhará os autos ao Ministério Público, para manifestação. Se o acusado, no entanto, se afastar da comarca sem autorização prévia, mas em situação emergencial, *v.g.*, por motivo de força maior (como para prestar socorro a uma terceira pessoa ou para buscar atendimento hospitalar específico¹³²), logo após a violação ele deve

¹³¹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 374-375.

¹³² MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 375-376.

justificar o descumprimento ao juiz competente. Isto deve se dar por uma petição devidamente instruída com documentos, para evitar uma possível suspensão cautelar da medida restritiva.

Conforme o dispositivo, a proibição ocorre quando a permanência seja conveniente ou necessária *para a investigação ou instrução criminal*, v.g., quando pendente diligência de reconhecimento pessoal de um suspeito¹³³. Contudo, Silvio Maciel¹³⁴ faz uma crítica aqui, pois não consegue visualizar no que a saída do acusado da Comarca poderia comprometer o bom andamento do processo ou das investigações criminais: para ele, seria mais lógico se a medida fosse decretada *para garantir a aplicação da lei penal*, porque a saída do distrito da culpa está sempre relacionada com a ideia de fuga. Dessa forma, se a saída demonstrar a intenção de fuga, é a hipótese de se decretar prisão preventiva. Nesse entendimento, não teria sentido proibir a saída do suspeito ou acusado da comarca durante o longo tempo que tramita o inquérito e o processo apenas para que ele compareça a determinados atos processuais, pois nesse caso seria mais adequada a medida de comparecimento obrigatório aos atos do processo. Maciel diz, ainda, que a *conveniência* da permanência do acusado para as investigações ou instruções deve ser afastada na análise da necessidade de decretação da medida, porque não se decreta uma medida restritiva de direitos fundamentais, como o de liberdade, por mera *conveniência* das autoridades públicas. Para isso, a medida deve ser *necessária*; caso contrário, é descabida.

Independentemente das críticas, é pacífico o entendimento de que, cessado o motivo que ensejou a decretação da providência, ela deve ser revogada, livrando-se o acusado ou investigado do ônus que dela decorre. Ou seja, com o término da instrução processual, tal cautelar deve se exaurir, pois não haverá fundamento para mantê-la ou aplicá-la (artigo 387, parágrafo único, c/c o art. 413, §3º, ambos do CPP).

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

O recolhimento domiciliar está contido no inciso V do artigo 319 do CPP, e consiste em determinar a permanência em domicílio no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tiver residência e trabalhos fixos. A medida é adequada especialmente para àquelas situações em que a privação do trabalho traria ao réu ou à sua família prejuízos financeiros sensíveis¹³⁵.

Considera-se como *período noturno* aquele compreendido entre às 18 horas e às 6h da

¹³³ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 129.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, pp.194-195.

¹³⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 438.

manhã seguinte, destinado ao repouso noturno, quando as pessoas retornam às suas residências, após a jornada diária de trabalho. No entanto, como não há uma definição legal para esse período, competirá ao juiz sua delimitação, que deverá considerar, principalmente, o horário de trabalho do beneficiário da cautelar, para que não o prejudique. Assim, é possível que o recolhimento se dê em horários variáveis, nas hipóteses de trabalhadores que não possuem turno fixo de trabalho¹³⁶.

Domicílio, segundo o art. 70 do Código Civil, é o lugar onde o indivíduo estabelece sua residência com ânimo definitivo. *Residência* é o local, espaço físico habitado pela pessoa. Se a pessoa possuir diversas residências, considera-se domicílio qualquer uma delas (art. 71 do Código Civil); muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de mudar (art. 74 do Código Civil). Dessa forma, se o indiciado ou acusado for proprietário de diversas residências, o juiz designará em sua decisão em qual delas o indivíduo deverá permanecer, e o agente só poderá se deslocar entre suas residências com expressa autorização judicial.

Segundo o dispositivo, a imposição do recolhimento domiciliar exige a comprovação de dois requisitos objetivos: a) prova de residência e b) trabalho fixo¹³⁷. No entanto, para Andrey Borges de Mendonça a expressão “profissão” deve ser abrandada: a medida pode ser adequada também para as situações em que o réu estiver estudando¹³⁸.

O recolhimento traz a presunção de que o indiciado ou acusado não está praticando atos indicativos de fuga, garantindo, dessa forma, a aplicação da lei penal. A medida pode servir, ainda, para garantir a ordem pública se tiver por finalidade evitar crimes cujas regras de experiência demonstram que eles são praticados a noite e nos horários de descanso da população, *v.g.*, furtos de estabelecimentos comerciais.

Existem dispositivos semelhantes, mas que não se confundem com a medida cautelar de recolhimento domiciliar: a) prisão cautelar domiciliar (art. 317 do CPP), que é medida substitutiva à prisão preventiva, cabível somente nas hipóteses taxativamente listadas no art. 318 do CPP, e que pressupõe o recolhimento do beneficiário no seu domicílio, em período integral; b) limitação de fim de semana (art. 43, VI, do Código Penal), que é pena restritiva de

¹³⁶ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 130.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 129.

¹³⁸ “Veja que a Lei 12.433/2011 alterou o art. 126 da Lei de Execução Penal, para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho, o que a jurisprudência já admitia, nos termos da súmula 341 do STJ a indicar que o estudo, assim como o trabalho, deve ser estimulado pelo Poder Público. Se assim o é, também deve ser permitida a medida do art. 319, inc. V, se o investigado ou acusado estiver estudando”. MENDONÇA, Andrey Borges de. *op.cit.*, p. 438.

direitos, a ser cumprida na forma dos arts. 151 a 153 da Lei de Execuções Penais; c) recolhimento do preso no período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º, do Código Penal), dentro das regras do regime aberto; repouso noturno nas regras do regime fechado (art. 34, §1º, do Código Penal) e na modalidade de furto com aumento de pena (art. 155, §1º); d) recolhimento à habitação em hora fixada, como condição facultativa do livramento condicional (artigo 132, §2º, *b*, da Lei de Execuções Penais).

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

É medida prevista no art. 319, VI, do CPP e prevê possibilidade a suspensão de três funções ou atividades: a) pública; b) econômica; ou c) financeira. *Suspensão* não se confunde com: a) *perda da função pública*, a qual constitui efeito da sentença penal condenatória (art. 92, I, *a* e *b*, do Código Penal); b) pena de interdição temporária de direitos (art. 43, V, do CPP), cuja execução está regulada nos arts. 154 e 155 da Lei de Execuções Penais; c) *possibilidade de afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades*, quando ao agente for imputada a prática de qualquer das condutas tipificadas nos arts. 33, *caput*, §1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006).

O pressuposto para a decretação dessa cautelar é a possibilidade do agente utilizar sua função ou atividade para a prática de *novas* infrações penais. Por isso, a medida tem a finalidade de garantir a preservação da ordem pública ou econômica. Para Renato Marcão¹³⁹, no entanto, a medida de suspensão não se restringe a esse objetivo, já que pode ser extremamente valiosa e imprescindível para o êxito de uma investigação ou instrução criminal, no tocante à preservação da prova e combate a fraudes processuais (art. 347 do Código Penal). Ainda segundo o autor, a restrição atende aos interesses da administração pública, na medida em que afasta temporariamente de suas funções um indivíduo envolvido em acusação de intensa gravidade e danosa repercussão.

O art. 319, VI, do CPP se refere apenas à suspensão do exercício de “função pública”. No entanto, pode-se afirmar que o legislador utilizou essa expressão em amplo, como “gênero”, abarcando os empregados, servidores, funcionários e agentes políticos, na forma do conceito previsto no art. 327 e seu parágrafo, do Código Penal¹⁴⁰.

Quanto à suspensão de atividades de natureza econômica ou financeira, é possível citar

¹³⁹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 379-380.

¹⁴⁰ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 132.

como exemplos¹⁴¹ aquelas ligadas ao Ministério da Fazenda, Secretarias Estaduais e Municípios da Fazenda Pública, bancos, mercado de capitais e bolsa de valores.

Tal como nas outras medidas cautelares, faz-se necessária a existência denexo causal entre o delito praticado e a medida de suspensão. Contudo, não é imprescindível que o delito tenha sido praticado *no exercício das funções*, bastando que *em razão* delas. Além disso, a potencialidade do risco de reiteração criminosa é tanto maior quanto o poder que a função pública ou as atividades privadas asseguram ao agente. Isto acontece porque os grandes dirigentes dessas instituições podem cometer crimes pelo simples exercício de vontade própria, já que, em regra, não estão sujeitos ao controle ou supervisão de terceiros¹⁴².

A determinação de suspensão não é inconstitucional e nem pode ensejar prejuízos ao recebimento de vencimentos, inclusive em razão do princípio da presunção de inocência. Sendo a medida decretada, e se for o caso, o juiz deve comunicar o órgão público ao qual o imputado esteja vinculado, para que não haja ofensa ao princípio da continuidade dos serviços, inerente às atividades da Administração Pública.

1.7. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL E HOVER RISCO DE REITERAÇÃO

A internação provisória é prevista no inciso VII do art. 319 do CPP, e é cabível nas hipóteses em que os crimes são praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, quando os peritos concluírem ser o agente imputável ou semi-imputável (art. 26 do CP), e houver risco de reiteração. Ao contrário das demais medidas diversas da prisão reguladas no art. 319, a internação provisória é medida cautelar privativa de liberdade, e somente é cabível após iniciado o processo penal, já que o dispositivo legal se refere expressamente a “acusado¹⁴³”. A internação não tem por objetivo preservar a idoneidade da prova, mas sim evitar a reiteração delitativa. Trata-se de medida que busca solucionar o antigo problema da custódia de acusados doentes mentais no decorrer do processo judicial, antes que seja imposta medida de segurança¹⁴⁴. Para Silvio Maciel¹⁴⁵, ainda que o dispositivo não deixe expresso, a violência do

¹⁴¹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 379-380.

¹⁴² AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 131.

¹⁴³ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁴ Nesse sentido: “Não há mais cabimento em se decretar medida de segurança provisória ou preventiva, algo que foi extirpado pela Reforma Penal de 1984, razão pela qual deve o juiz valer-se dos mecanismos atuais para a prisão de qualquer pessoa (...) Para esse réu, decreta-se a prisão preventiva, transferindo-o ao hospital, onde permanecerá até o deslinde do processo”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 337).

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, p. 196-197.

crime deve ser *contra a pessoa*, e não contra objetos e coisas¹⁴⁶.

É pressuposto da decretação da medida a existência de laudo pericial atestando ser o agente inimputável ou semi-imputável, na forma do art. 26 do Código Penal. Além disso, os peritos devem evidenciar a possibilidade de reiteração da conduta. Dessa forma, não se pode adotar qualquer presunção para justificar a internação provisória de doente mental¹⁴⁷. Essa cautelar pode ser aplicada para inimputáveis e semi-imputáveis. A partir da reforma penal de 1984, abandonou-se o sistema do duplo binário para se adotar o sistema vicariante, que só permite a aplicação de pena aos imputáveis, deixando a medida de segurança reservada aos inimputáveis e semi-imputáveis. Por isso, não há lógica em aplicar a internação provisória aos imputáveis, pois é uma espécie de medida de segurança.

Contudo, para Renato Marcão, a internação provisória só se justifica em relação aos casos de inimputabilidade, pois, para os casos de semi-imputabilidade, bastaria, em regra, o tratamento ambulatorial:

(...) se considerarmos, entretanto, que quem pode o mais pode o menos, é de admitir a imposição de tratamento ambulatorial, que, em última análise, traduzirá o benefício ao agente, se comparada esta com a medida de internação, que é privativa de liberdade. Aplica-se aqui a interpretação *in bonam partem*, sem que disso decorra violação à taxatividade das medidas¹⁴⁸.

Maximiliano Fühner¹⁴⁹, no mesmo sentido, afirma que quem pode o mais (decretar a internação), pode o menos (decretar tratamento ambulatorial), diante da sistemática da nova lei, que é inteiramente “proporcionalista”. Desta forma, estaria autorizado o tratamento ambulatorial, como, por exemplo, através do controle medicamentoso de ação prolongada, utilizado amígdade na execução de medidas de segurança ambulatoriais.

Além disso, embora a lei não seja expressa, por analogia ao art. 96, II, do Código Penal, a internação deverá ocorrer em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, como hospital particular especializado. Em razão do princípio da brevidade, a qualquer tempo poderá ser realizada nova avaliação pericial para que se averigüe a necessidade de manutenção ou adequação da medida restritiva.

1.8. FIANÇA, NAS INFRAÇÕES QUE A ADMITEM, PARA ASSEGURAR O COMPARECIMENTO A ATOS DO PROCESSO, EVITAR A OBSTRUÇÃO DO SEU ANDAMENTO OU EM CASO DE RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA À ORDEM JUDICIAL

¹⁴⁶ No mesmo sentido: MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 380.

¹⁴⁷ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 134.

¹⁴⁸ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 381

¹⁴⁹ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *op. cit.*, p. 36.

O artigo 319, VIII, do CPP, estabelece como medida cautelar diversa da prisão a chamada “fiança restritiva”, que não se confunde com a “fiança libertadora ou liberadora”, por possuírem fundamentos de fato e de direito distintos. Esta última está vinculada ao instituto da liberdade provisória, pressupõe a existência da prisão em flagrante, e, a rigor, só terá cabimento dentro do período que medeia a lavratura do auto de prisão e a materialização do art. 310 do CPP¹⁵⁰. Já a fiança como medida cautelar do art. 319 do CPP pode ser aplicada na fase de investigação ou na fase processual, mesmo para aquele que não sofreu qualquer privação de liberdade. Desta feita, é possível que, mesmo depois de decretada a prisão preventiva por ocasião do art. 310 ou durante o processo, o juiz reconsidere a respeito da necessidade e utilidade do encarceramento, ocasião em que poderá fazer cessar a privação cautelar da liberdade e aplicar a fiança¹⁵¹.

Ainda que a lei n. 12.403/2011 tenha trazido alterações em relação ao procedimento para concessão e arbitramento da fiança, seu conceito permaneceu fundamentalmente o mesmo: depósito de determinado valor em dinheiro (ou pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, ou ainda, hipoteca inscrita), com objetivo de assegurar que o acusado responda ao processo em liberdade, vinculando-o ao processo pela imposição de obrigações. Ademais, manteve-se a sistemática de arrolamento das hipóteses de inafiançabilidade¹⁵², com respeito à CF/88.

Quanto à concessão ou arbitramento da fiança, ocorreram algumas alterações importantes, principalmente no que se refere à possibilidade de concessão da fiança pelo delegado de polícia nas infrações com pena privativa de liberdade máxima de até quatro anos, salvo em alguns casos como quebra de fiança anterior ou “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”. Nos demais casos, segundo o artigo 322 do CPP, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas. A fiança poderá ser cumulada com outras medidas

¹⁵⁰ Dispõe o art. 310 do CPP: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

¹⁵¹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 381-382.

¹⁵² Nos termos do art. 323 do CPP: “Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Ademais, segundo artigo 324, CPP: Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)”.

cautelares (art. 319, §4º, do CPP). Antes do advento da Lei 12.403, o artigo 322 do CPP determinava que a autoridade policial só poderia conceder fiança “nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples”.

Houve modificações, ainda, quanto ao arbitramento do valor da fiança: observando-se o critério das condições econômicas e de periculosidade do acusado, será fixada fiança de 1 a 100 salários mínimos para crimes cuja pena máxima seja de até 4 anos; e de 10 a 200 salários mínimos para crimes cuja pena máxima seja superior a 4 anos. A lei ainda autoriza a redução em até 2/3 do valor ou aumento até 1.000 vezes. No intuito de garantir o direito de liberdade provisória àqueles que não pudessem pagar os valores estipulados, dispõe o artigo 350 do CPP que, nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o apenas às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Vale ressaltar que a Lei n. 12.403/2011 inovou ao estabelecer que o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 do CPP.

1.9. MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

O sistema de monitoramento eletrônico passou a ser utilizado a partir da década de 1980, sobretudo em razão de experiências nos EUA. Depois, difundiu-se para vários países¹⁵³. No Brasil, o monitoramento eletrônico foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal, permitindo o monitoramento para o preso condenado em duas hipóteses: na primeira, ao preso beneficiado com saída temporária no regime semiaberto (art. 122, parágrafo único c/c art. 146-B, II); na segunda, ao indivíduo que se encontra em prisão domiciliar (art. 117 c/c art. 146-B, IV).

O monitoramento na Lei de Execuções Penais é chamado de “monitoramento-sanção”, e o sistema é conhecido como *back-door*, pois visa retirar antecipadamente do sistema carcerário aquelas pessoas presas que possuam condições de terminar o cumprimento da pena

¹⁵³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Ariano; MACEDO, Celina Maria. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. Monitoramento Eletrônico: uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008, p. 13.

fora do cárcere. Busca-se, portanto, reduzir o tempo de cumprimento da pena de prisão¹⁵⁴.

Com a Lei n. 12.403/11, a monitoração eletrônica, antes restrita ao processo de execução penal, foi introduzida no CPP como medida cautelar alternativa à prisão cautelar. Agora, o monitoramento também possui a finalidade de garantir a ordem pública (verifica se a pessoa continua a praticar infrações penais), a instrução criminal (constata se o indivíduo está praticando atos que obstruem as investigações) e a aplicação da lei penal (averigua atos indicativos de fuga). Com isso, a Lei adotou o sistema *front-door*, pois se busca evitar o ingresso do agente no cárcere¹⁵⁵.

A medida de monitoração eletrônica consiste na utilização de dispositivo não ostensivo, para evitar qualquer estigmatização do preso. O instrumento deve ser afixado ao corpo da pessoa e deve indicar permanentemente sua localização geográfica, permitindo o controle judicial de seus atos fora da prisão.

A cautelar de monitoramento pode ser aplicada: 1) *isoladamente* – sobretudo nas hipóteses de risco de fuga; 2) *cumulativamente* com outra medida alternativa à prisão – nesse caso, a monitoração é compatível com a prisão domiciliar, com a medida de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, com a cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada; com a proibição de ausentar-se da comarca e com o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga¹⁵⁶.

1.9.1. Tecnologias do monitoramento

Existem várias tecnologias disponíveis no mercado para a instituição do monitoramento eletrônico. Segundo Andrey Borges de Mendonça, há três gerações de tecnologia de monitoramento eletrônico conhecidas¹⁵⁷.

A primeira geração engloba o sistema *passivo* e o sistema *ativo*. No *passivo*, um computador ou um indivíduo efetua ligações para o agente, em determinados momentos ou aleatoriamente, com o intuito de verificar se realmente está no local determinado. No sistema *ativo*, há um monitoramento contínuo da pessoa, permitindo saber a localização do monitorado continuamente, sem necessidade de sua colaboração. Há três componentes neste sistema: a) um transmissor acoplado ao corpo do réu (bracelete); b) um receptor transmissor (que envia os

¹⁵⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 458.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 459.

¹⁵⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op.cit.*, p. 460.

¹⁵⁷ *Ibid.*, *loc.cit.*

sinais por telefone, em geral) geralmente na residência do acusado; c) uma central, que recebe as informações do transmissor.

Já a segunda geração de tecnologia permite a vigilância por meio de dispositivos de localização global, especialmente o GPS (*Global Positioning System*, ou Sistema de Posicionamento Global), em que se indica a localização do agente por meio de satélites, enviando tais dados para uma central, dessa forma, o monitorando deve usar braceletes ou tornozeleiras eletrônicas. Essa tecnologia permite saber se o monitorado se distanciou do local onde deveria permanecer (zona de inclusão) ou se adentrou em uma zona proibida (zona de exclusão).

Por fim, a terceira geração comporta a utilização de dispositivos que, uma vez inseridos sob a pele ou corpo do agente, detectam que um crime está prestes a ser cometido, disparando choques ou liberando sedativos na corrente sanguínea do indivíduo. No entanto, há grandes resistências na aceitação dessa geração de tecnologia, em razão das intervenções corporais que impõe. Contudo, no Reino Unido se estuda aplicar o referido controle para pedófilos¹⁵⁸.

1.9.2. Deveres do monitorando

O legislador se omitiu quanto aos deveres daquele que utiliza o monitoramento eletrônico. Entretanto, podem ser aplicados, por analogia, os deveres indicados no art. 146-C da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; III - (VETADO).

Esses são os deveres gerais a serem observados pelo monitorando. Contudo, se a medida de monitoramento for cumulada com outra cautelar alternativa à prisão, o agente deverá observar os ônus de cada cautelar em si.

Se a pulseira for rompida voluntariamente, é possível a responsabilização do agente pelo crime de dano e o agente passa a ser considerado evadido, sendo possível a sua prisão imediata, nos termos do art. 684 do CPP.

1.9.3. Revogação da medida

¹⁵⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Ariano; MACEDO, Celina Maria. *op. cit.*, p. 25.

O legislador também não tratou das hipóteses de revogação do monitoramento eletrônico. Por analogia, pode ser aplicado o art. 146-D da Lei de Execuções Penais. Esse dispositivo, combinado com o art. 282, § 4º do CPP, permite concluir que a monitoração poderá ser revogada quando se tornar desnecessária ou inadequada e se a pessoa violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência. Assim, por exemplo, se o monitorando romper a pulseira ou tornozeleira, ou for para local não autorizado.

Para que a revogação ocorra, o magistrado deverá ouvir o agente e aguardar a manifestação do Ministério Público.

1.9.4. Consentimento do agente

Em vários países do mundo a medida de monitoramento eletrônico pressupõe o consentimento do réu. Ainda que no Brasil não tenha ocorrido a imposição dessa exigência, ela está implícita, segundo Andrey Borges de Mendonça¹⁵⁹. Para ele, não restam dúvidas de que o monitoramento é mais favorável do que a prisão preventiva, contudo, caso o réu não concorde com ele, não deverá ser utilizado. Isto porque a medida pressupõe que o réu observe voluntariamente os deveres impostos fora do cárcere. Dessa forma, de nada adiantaria ao magistrado impor o monitoramento contrariamente à vontade do agente, pois este poderia, uma vez implantada a pulseira, rompê-la imediatamente, dando causa à sua revogação. Porém, não havendo outra medida adequada à substituição da prisão, o agente pode ficar preso cautelarmente.

1.10. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS

Ainda que não esteja no rol do art. 319 do CPP, juntamente com as outras medidas cautelares, a “proibição de ausentar-se do país” também é medida diversa da prisão criada pela reforma. Para a efetivação dessa medida a lei dispõe que o magistrado: a) determine que o indiciado ou acusado entregue o seu passaporte em Juízo, no prazo de 24 horas; b) comunique a autoridade competente (Polícia Federal) para a fiscalização das saídas do território nacional.

Antes da Lei n. 12.403/11, essa cautelar já vinha sendo imposta por alguns juízes e tribunais com base no poder geral de cautela: determinava-se a entrega do passaporte do indiciado ou acusado, com o fim de evitar sua saída ou fuga do Brasil, garantindo-se, com isso,

¹⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 464.

a aplicação da lei penal. Contudo, em razão de inexistência de previsão legal, por diversas vezes o STJ decidiu que configurava constrangimento ilegal a concessão de liberdade a estrangeiro condicionada à entrega à autoridade judicial de passaporte. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE REVOGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL MEDIANTE CONDIÇÕES ESPECIFICADAS PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. DENTRE ESTAS, O COMPROMISSO DE DEPOSITAR EM JUÍZO O PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL RECONHECIDA. TERMO QUE NÃO REITERA ESSA OBRIGAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA DEVOLVER AO PACIENTE SEU DOCUMENTO INTERNACIONAL DE VIAGEM. 1. O paciente, devidamente autorizado, viajou para a Suíça e cumpriu, no retorno, o compromisso de comparecer à Justiça Federal e apresentar seu passaporte. 2. É indevida a retenção desse documento, porquanto não há lei que a autorize, ao mesmo tempo que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XV, preceitua que "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". 3. O novo termo de compromisso assinado pelo paciente não reitera a obrigação de devolver à Justiça Federal seu passaporte, de modo que o presente remédio é hábil a reparar essa coação ilegal violadora do direito de ir e vir, ainda que de modo oblíquo. 4. Ordem concedida, para determinar a entrega definitiva do passaporte.¹⁶⁰

Ainda:

Estrangeiro (denunciado). Prisão preventiva (revogação). Entrega de passaporte (determinação). Coação ilegal (caso). 1. Constitui coação ilegal – dúvida não há – a concessão de liberdade a estrangeiro condicionada à entrega à autoridade judicial do documento de identificação internacional (passaporte). Precedente. 2. Ordem concedida.¹⁶¹

Hoje, a determinação de entrega de passaporte é medida legalmente prevista e cabível, de forma que a divergência que havia até então foi superada. Entretanto, a cautelar só pode ser decretada com base em dados concretos de indicação de fuga do indiciado ou acusado, e não somente fundamentada na mera suposição de que este fugirá, o que o STJ chama de “mera conjectura”. Não obstante, é facultado ao acusado entregar espontaneamente seu passaporte, o que pode evitar sua prisão preventiva. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL CRIME COMETIDO NO TRÂNSITO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDUTA SEMELHANTE PRATICADA TRÊS MESES ANTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUGA DO RÉU. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste constrangimento ilegal a ser reconhecido se a prisão preventiva imposta ao paciente encontra-se devidamente justificada, especialmente para garantia da ordem pública, em razão de o paciente, supostamente, ter cometido, três meses antes, crime semelhante, no mesmo local, causando lesões corporais à vítima, tudo a indicar sua concreta periculosidade social. 2. O fato de a custódia cautelar ter sido decretada cinco meses após os fatos, por ocasião do recebimento da denúncia, por si só, não afasta a sua necessidade, pois demonstrada de forma concreta, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Não bastasse, o paciente fugiu do local dos fatos, não prestou socorro à vítima e, ao contrário do corréu a quem se concedeu liminar, não se apresentou à Justiça, permanecendo foragido por quase três anos, somente vindo a ser

¹⁶⁰ STJ, HC 128938/SP, rel. Min. Celso Limongi, DJe 24.08.2009.

¹⁶¹ STJ, HC 119.515/CE, rel. Min. Nilson Naves, DJe 14.12.2009.

preso recentemente, após ser localizado escondido em uma fazenda. **Não há identidade de situações, pois o corréu apresentou-se espontaneamente na delegacia e entregou seu passaporte, demonstrando o interesse em colaborar com a Justiça.** 4. Ademais, foi o paciente que, supostamente, participando de "racha", ultrapassou sinal vermelho e colidiu com o veículo da vítima, provocando-lhe sérias lesões corporais, inclusive com internação na "UTI" em estado de coma. E foi ele que, repita-se, no mesmo local, uma avenida com grande movimentação de pessoas, praticou conduta idêntica três meses antes, chegando a causar lesões corporais em outra vítima. 5. Ordem denegada¹⁶². (g.n.)

Também para o STF:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691. SUPERACÃO DO VERBETE. PRISÃO PREVENTIVA DE ESTRANGEIRO. CUSTÓDIA DECRETADA PARA A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS SUPERADOS. TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. LIBERTAÇÃO DE OUTRO PRESO EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. ORDEM CONCEDIDA. I - Superados os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva a liberdade provisória deve ser imediatamente concedida. II - A comprovação de bons antecedentes, residência fixa e a **entrega voluntária de passaporte por estrangeiro**, acusado da prática de crimes contra o sistema financeiro, **demonstra a intenção de submeter-se à jurisdição brasileira.** III - A custódia cautelar baseada apenas na necessidade de manutenção da ordem pública não pode fundar-se em argumentos genéricos, devendo apresentar contornos concretos e individualizados. IV - Custodiado que, ademais, encontra-se em situação anti-isonômica com relação a outro detido, também estrangeiro, preso por motivos semelhantes, mas posteriormente libertado. V - Ordem concedida.¹⁶³ (g.n.)

Segundo Renato Marcão¹⁶⁴, a proibição de se ausentar do país tem finalidade de assegurar a aplicação da lei penal, enquanto a medida tratada no inciso IV do art. 319 – proibição de ausentar-se da comarca – tem cabimento quando for conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Portanto, a medida do art. 320 do CPP não se presta simplesmente à execução da medida tratada no inciso IV do art. 319.

A partir do estudo do conceito e finalidade de cada medida cautelar, é possível dizer que a Lei n. 12.403/11 trouxe ao magistrado diversas alternativas ao cárcere capazes de reduzir o custo social e nefasto que a prisão proporciona. Porém, existem diversas críticas doutrinárias quanto às cautelares e algumas dificuldades em aplica-las, que serão verificadas a seguir. Por fim, analisar-se-á se tais medidas *estão sendo e como estão sendo* utilizadas pelos operadores do direito na justiça criminal brasileira.

¹⁶² STJ, HC 103.555, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02.08.2010.

¹⁶³ STF, HC 93.134/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29.02.2008.

¹⁶⁴ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 384.

CAPÍTULO 5 – EFETIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

1. QUESTIONAMENTOS QUANTO À FISCALIZAÇÃO, APLICAÇÃO E EFETIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

Como já exposto, a Lei n. 12.403/11 foi editada para fortalecer o direito à presunção de inocência, fazer valer o direito à liberdade provisória e racionalizar a utilização da prisão cautelar no Brasil. Para isso, a lei criou, principalmente, as medidas cautelares diversas do cárcere, dispostas nos arts. 319 e 320 do CPP. Porém, muitos doutrinadores que comentaram a nova lei disseram que as medidas apresentariam dificuldades no que se refere à fiscalização e aplicação, o que poderia significar, em longo prazo, um óbice à efetividade do instituto. Sendo assim, é fundamental identificar tais obstáculos e averiguar a possibilidade de serem superados.

1.1.FISCALIZAÇÃO

Quando Andrey Borges de Mendonça comentou as medidas alternativas à prisão trazidas pela Lei n. 12.403/11, disse que o maior problema seria a fiscalização da medida imposta:

Como fiscalizar que o réu está realmente recolhendo-se ao domicílio nos períodos indicados? Quem irá verificar se o réu está ou não cumprindo as medidas? Nem se alegue que este problema prático não pode ser um impedimento à aplicação da medida, fundado em um suposto direito à aplicação da medida. (...) Caso não haja possibilidade de fiscalização, a medida não se torna adequada, na prática, para neutralizar os perigos indicados no art. 282, inc. I, do CPP. Se a medida cautelar não é adequada na prática, ao magistrado está vedada a sua decretação, pois do contrário estará estabelecendo uma medida totalmente inócua para proteger aqueles bens jurídicos. Em outras palavras, sem qualquer fiscalização, a medida é inadequada e, portanto, não pode ser decretada. Nem se alegue que se deve confiar no réu, pois se assim fosse, seria desnecessária toda e qualquer medida cautelar.¹⁶⁵

Renato Marcão¹⁶⁶, além de dizer que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão pressupõe uma efetiva fiscalização, também indica como ela pode ocorrer.

Assim, quanto à medida de *comparecimento periódico*, o autor aduz que a fiscalização ocorre com o próprio cumprimento da restrição, e seu descumprimento pode ser facilmente constatado e comunicado pela serventia ao juiz competente para as providências cabíveis.

No que tange às medidas de *proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar e suspensão do exercício de função*

¹⁶⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 439.

¹⁶⁶ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 384-385.

pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, sempre que decretadas, deverá ocorrer, paralelamente, uma comunicação à polícia militar para que haja uma fiscalização efetiva e comunicação ao juízo em caso de constatado descumprimento. Quanto à medida de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, deverão também ser comunicados aos órgãos a que as atividades do agente estiverem relacionadas, com o intuito de que tomem conhecimento da medida aplicada e informem o juízo se houver eventual descumprimento.

Em relação à medida de *proibição de contato com pessoa determinada*, a própria pessoa interessada pode comunicar seu descumprimento ao Ministério Público ou à polícia, os quais deverão providenciar a imediata comunicação ao juiz da causa para as providências consequentes.

Já o descumprimento das medidas de *internação provisória* ou *tratamento ambulatorial* deve ser comunicado ao juiz pela administração do local em que se der (por ofício), ou também por terceiros (geralmente familiares).

A medida de *monitoramento eletrônico*, ainda segundo Marcão, é de fácil fiscalização, pois qualquer violação pode ser comunicada facilmente ao juiz competente; além disso, a medida reclama uma comunicação à polícia militar, para que esta fiscalize a execução.

Por fim, para uma efetiva fiscalização da medida de *proibição de ausentar-se do país*, é imprescindível que haja a comunicação às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional a respeito da imposição da medida, para que informem o juízo em caso de eventual constatação de violação da determinação judicial. Além disso, tal medida pode ser fiscalizada pela polícia militar ou federal, e comunicada nos autos, inclusive por terceiros.

Não obstante, em uma visão crítica do tema, Silvio Maciel pontua:

(...) as medidas cautelares diversas da prisão cautelar **somente terão efetividade se o Estado se aparelhar devidamente para fiscalizar o cumprimento delas**. De nada adianta, por exemplo, o juiz decretar o recolhimento domiciliar se não houver nenhuma espécie de **controle para se verificar se a medida está sendo cumprida**. **Uma das críticas que se faz às medidas restritivas de direitos** (“penas alternativas”) **é que elas geram impunidade na medida em que o condenado não sofre nenhuma forma de fiscalização eficaz**. Óbvio que o problema não está nas penas restritivas de direitos, mas na **omissão do Estado em cumprir seu dever de fazer com que sejam cumpridas**. **Se não forem criados mecanismos para a fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão, muito em breve haverá decisões e jurisprudência voltando a utilizar, como regra, a prisão preventiva, sob o argumento de que a “impossibilidade” na verificação do cumprimento da cautelar substitutiva a torna medida inútil para os fins propostos**. Esperemos que essa nossa suposição esteja errada. Aliás, já surgiu o discurso de que tais medidas causarão impunidade, pois não serão fiscalizadas. Trata-se de argumento descabido. Porque equivale a pedir ao legislador que não aperfeiçoe a lei, ou seja, que não atualize o Código de Processo Penal para conformá-los aos ditames constitucionais, porque o próprio Estado não é capaz de dar efetividade às normas que institui. É como dizer ao Congresso Nacional:

‘não melhore a lei porque não há como cumpri-la; deixe-a ruim como está porque assim não há a necessidade de providência alguma’. Se esperarmos que o primeiro Estado se organize para depois se alterar a lei, esta nunca será aperfeiçoada.¹⁶⁷ (g.n.).

Logo, depreende-se das críticas doutrinárias que a dificuldade de fiscalização das cautelares alternativas pode ser superada se o Estado criar mecanismos eficientes de verificação do cumprimento das medidas.

1.2.APLICAÇÃO

Como cada medida cautelar elencada nos arts. 319 e 320 do CPP possui sua própria peculiaridade, existem distintas críticas e dificuldades de aplicação, a depender da medida que se analisa. Por isso, deve ser feita uma verificação específica para cada cautelar prevista na lei.

1.2.1. *Comparecimento periódico em juízo*

Segundo Sebastião Sérgio da Silveira, para que a medida de comparecimento periódico atinja suas finalidades é indicado que a apresentação do indiciado ou acusado se dê perante o próprio juiz da causa, evitando-se os comparecimentos formais em cartório, nos quais somente se exige a assinatura de um formulário, pois:

A generalização da prática dos comparecimentos em cartório, sem a necessidade de entrevista com Juiz da causa, poderá desmoralizar o instituto, forçando a perda da sua eficácia, com o conseqüente abandono da utilização da medida.¹⁶⁸

No mesmo sentido, Edison Mougenot Bonfim afirma que o simples comparecimento do agente em cartório torna a medida precária:

(...) a prática em São Paulo é bastante diferente [do comparecimento perante o juiz determinado pela lei]. Tal como na suspensão condicional do processo, acreditamos que a medida será eminentemente precária, uma vez que o acusado comparecerá em cartório e simplesmente assinará um livro ou documento que contenha a data de todos os seus comparecimentos, sendo indagado pelo funcionário se ainda reside no mesmo endereço. Após assinar o livro, é dispensado e só retorna quando do vencimento do próximo prazo em que deverá novamente se apresentar. De fato, a prática atual não atende os objetivos da lei.¹⁶⁹

Renato Marcão também sustenta que, “*na prática, em relação ao sursis e ao livramento condicional, o cumprimento desta obrigação tem se revelado sem muito sentido ou efeito, pois tudo não passa de um simples ‘carimbar a carteirinha’*”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 200.

¹⁶⁸ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 126.

¹⁶⁹ BONFIM, Edison Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal – comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

¹⁷⁰ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 373

1.2.2. *Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares*

A grande maioria dos delitos é determinada ou influenciada pelo ambiente onde são praticados, e por isso, a cautelar de proibição de acesso ou frequência poderá, caso funcione como medida de prevenção, alcançar resultados muito positivos em termos de precaução penal. No entanto, segundo a doutrina, essa medida encontra dificuldades de fiscalização, o que pode torná-la ineficiente.¹⁷¹

1.2.3. *Proibição de manter contato com pessoa determinada*

Quanto à aplicação dessa medida, existiu a expectativa de que ela poderia ter papel de destaque, uma vez que a Lei n. 12.403/11 permitiu sua utilização para além das vítimas mulheres. Também, como é medida de prevenção especial, foi afirmado que a providência poderia produzir resultados significativos, principalmente em situações em que existe estado permanente de conflito entre o autor da infração penal e a pessoa determinada.¹⁷²

1.2.4. *Proibição de ausentar-se da comarca*

No que tange à medida de proibição de ausentar-se da comarca, Edilson Mougenot Bonfim asseverou:

Frise-se, outrossim, que se trata de mais uma medida que, na prática, não surtirá grande efeito, porquanto não se tem qualquer tipo de controle pelo Poder Público acerca da ausência ou não do acusado ou indiciado. Restará, pois, aplicada acreditando-se no princípio da “boa-fé processual” de seu efetivo cumprimento.¹⁷³

Além disso, a simples decretação dessa cautelar não seria capaz de oferecer incremento de garantia ou segurança processual. Em outras palavras, se o indivíduo não pretende acompanhar o desenrolar do processo, dificilmente essa medida desestimulará o agente a se afastar do local.¹⁷⁴

1.2.5. *Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga*

Andrey Borges de Mendonça sustenta que, para que o recolhimento domiciliar tenha

¹⁷¹ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 127.

¹⁷² *Ibid.*, p. 128.

¹⁷³ BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal – comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

¹⁷⁴ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 129.

eficácia, o magistrado deve compatibilizá-lo, em regra, com a vigilância eletrônica ou, ainda, com a fiscalização periódica pelo oficial de justiça. Caso seja inviável qualquer fiscalização de tais medidas, o recolhimento, em princípio, não deve ser aplicado pelo juiz, a não ser em hipóteses excepcionais, devidamente justificadas¹⁷⁵.

Para Silvio Maciel¹⁷⁶, em certos casos há a necessidade de cumular o recolhimento domiciliar com a medida de não se ausentar da comarca e/ou país. Isso porque o infrator poderia justificar o não recolhimento alegando que não retornou à sua residência no horário noturno ou no horário de folga porque estava em local distante da sua casa, o que não lhe permitiu o retorno a tempo.

Ainda que existam dúvidas quanto à sua fiscalização¹⁷⁷, para Renato Marcão¹⁷⁸ o recolhimento domiciliar pode se revelar de imensa valia na contenção de determinados infratores.

Pode-se dizer, ainda, que há um obstáculo para a efetivação dessa medida, já que a lei exige que o acusado comprove residência e trabalho fixos¹⁷⁹.

1.2.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

Para o Silvio Maciel¹⁸⁰, na prática, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira envolve um conjunto de medidas que podem ser muito eficazes no combate a determinados delitos, como, por exemplo, na suspensão de funcionários públicos que usaram dos seus cargos para a prática de crimes de concussão ou extorsão. Porém, em algumas hipóteses o magistrado criminal não poderá decretar a suspensão, em razão de disposição constitucional ou legal, v.g.: a) a suspensão dos direitos políticos somente poderá ser decretada quando houver condenação criminal transitada em julgado (art. 15, III, da CF/88); b) o afastamento das funções de um juiz acusado de crime só pode ocorrer por decisão do respectivo Tribunal ou de seu órgão especial (art. 27, §3º, da Lei Complementar 35/1979).

Logo, como a medida de suspensão possui a capacidade de afastar o agente de atividade econômica ou empresarial, ela pode ser muito bem aplicada nos crimes econômicos e

¹⁷⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 440.

¹⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio, et al. *op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁷ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op.cit.*, p. 130.

¹⁷⁸ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, pp. 377-378.

¹⁷⁹ IDDD. *O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/10/sos-liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

¹⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, pp. 195-196.

financeiros, aqueles que causam enormes prejuízos e atingem, muitas vezes, um número indeterminado de vítimas¹⁸¹. Pode-se afirmar, ainda, que, em muitos casos, a suspensão é medida suficiente para coibir a prática de *novas* infrações penais pelo agente, o que evitaria a decretação de prisões preventivas desnecessárias, fundamentadas na garantia da ordem econômica. Relativamente aos servidores públicos, a providência cautelar é extremamente útil, já que possibilita o afastamento do agente que tem grande perspectiva de perda do cargo na solução definitiva do processo.¹⁸²

1.2.7. *Internação provisória*

O dispositivo que trata da internação provisória é muito restritivo, de forma que autores de outros crimes não praticados com violência ou grave ameaça não poderão ser submetidos à medida. Além disso, a limitação de vagas em manicômios judiciários se constitui em grave dificuldade a ser superada, a fim de possibilitar a viabilização da aplicação dessa cautelar. No entanto, se não houver vagas, o autor não poderá ser recolhido em prisão comum, pois tal atitude será considerada como constrangimento ilegal. O agente, sendo portador de doença mental, deve ter garantido todos os direitos previstos no artigo 2º da Lei n. 10.216/01, sendo que incumbe ao Ministério Público a fiscalização do cumprimento¹⁸³.

1.2.8. *Fiança*

Para alguns autores, a eficácia da fiança, para os fins propostos, é duvidosa. Por isso, havendo dúvida sobre a suficiência da sua adoção, principalmente quando se tratar de obstrução do andamento do processo ou desobediência à ordem judicial que possa comprometer a higidez do procedimento, a opção deve ser pela decretação da prisão preventiva¹⁸⁴.

1.2.9. *Monitoração eletrônica*

Com a publicação da Lei n. 12.403/11, surgiram muitos comentários e polêmicas a respeito do monitoramento como medida cautelar, principalmente porque, para uma efetiva implantação desse instituto, seriam necessários investimentos públicos substanciais (tanto para

¹⁸¹ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 132.

¹⁸² *Ibid.*, *op.cit.*

¹⁸³ AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op.cit.*, p. 135.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 136.

a aquisição de equipamentos eletrônicos, como para a instalação de centrais receptoras de sinais)¹⁸⁵.

Além disso, até hoje, muitos questionam se a medida é ou não inconstitucional. Maria Lúcia Karam, por exemplo, diz que essa cautelar é uma ilegítima intervenção no corpo do indivíduo, uma invasão à sua privacidade, uma quase-prisão, uma medida que ultrapassa os limites do sistema penal regular. Para ela, as pulseiras eletrônicas colocadas em indivíduos processados, condenados, suspeitos ou não, se inserem em um espaço em que as pessoas são observadas por agentes invisíveis do Estado, inclusive particulares a seu serviço, pois o controle passa a existir em toda parte, e não só no interior dos muros de uma prisão. A publicidade que sustenta que o monitoramento é um avanço no sentido da “humanização da pena”, ou que é uma “bondosa” alternativa à prisão é enganosa. Diz que os ansiosos por segurança a qualquer preço, os assustados com os perigos da “sociedade de risco” e os dominados por essa enganosa publicidade não percebem a nítida tendência expansionista do poder punitivo que vem ocorrendo. Assevera, contudo, que o monitoramento eletrônico é medida adotada há muito tempo em diversos países do mundo, como EUA (que a implementou, pela primeira vez, em 1984, em Albuquerque, *New Mexico*), Inglaterra e País de Gales (nestes locais, a medida existe deste 1999, e é controlada por empresas de segurança particular).¹⁸⁶

Outros alegam que a medida de monitoração não pode ser aplicada porque ainda não são conhecidos os efeitos para a saúde da pessoa que utiliza o instrumento dessa cautelar. Porém, Mendonça afasta esse argumento ao sustentar que o risco é existente para toda e qualquer pessoa que viva na sociedade atual, já que a exposição às ondas eletromagnéticas ocorrem diariamente¹⁸⁷.

Para Silvio Maciel¹⁸⁸, ainda que a monitoração seja medida invasiva, o é menos do que a prisão. O ideal seria que não fosse decretada nem a prisão provisória, nem a monitoração eletrônica, mas outra medida cautelar menos drástica do que essas duas. No entanto, o autor sustenta que, diante da situação de morosidade dos processos na Justiça Criminal brasileira atual, em conjunto com a precária estrutura carcerária, a monitoração eletrônica poderá evitar uma indevida prisão preventiva, em muitos casos concretos:

(...) a monitoração eletrônica será muitas vezes um sucedâneo (não ideal) da prisão provisória, que até hoje tem sido a única medida acautelatória utilizada. Se perguntarmos a qualquer preso se ele prefere as grades ou a pulseira, não haverá um detento sequer que optará pela primeira medida. Voltemos a frisar: a

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 138.

¹⁸⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle*. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 170, p. 4-5, São Paulo, jan. 2007.

¹⁸⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 466.

¹⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio, Et al. *op. cit.*, p. 199.

monitoração eletrônica é inegavelmente invasiva, mas no Brasil temos que muitas vezes aceitar um “garantismo tupiniquim” para que se caminhe gradualmente para o sistema ideal. Isso inclui aceitar, pragmaticamente, a monitoração para se evitar a prisão. Mesmo porque, a tecnologia, cujas possibilidades são infinitas, pode permitir que a monitoração seja executada da forma menos invasiva possível à privacidade e à intimidade do indiciado ou acusado. Se a monitoração eletrônica for realizada com recursos eletrônicos que permitam conjugar os interesses do Estado com o direito de privacidade do indiciado ou acusado, será excelente medida cautelar substitutiva da prisão. (g.n).

Partilhando do mesmo entendimento, Renato Marcão diz que “*isolada ou cumulativamente, uma das medidas mais eficientes, se bem aplicada e executada, é a cautelar de monitoramento eletrônico*”¹⁸⁹. César Barros Leal também aponta que são muitas as vantagens que decorrem da utilização adequada da monitoração¹⁹⁰. Ainda, Edmundo Oliveira afirma que o monitoramento eletrônico evita os efeitos nefastos do encarceramento, principalmente para os réus primários, e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Ademais, a medida possibilita a diminuição da taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários e o afastamento dos agentes das más condições de higiene, ociosidade e irresponsabilidade, encontradas na maior parte dos presídios¹⁹¹.

O monitoramento eletrônico é, ainda, medida muito mais econômica para o Estado. De acordo com Andrey Borges de Mendonça, estudos franceses indicam que o dia na prisão custa cerca de R\$ 180,00, enquanto a utilização do bracelete eletrônico custaria R\$ 45,00 por dia¹⁹². Conforme o DEPEN, órgão federal brasileiro, enquanto um preso custa, em média, R\$ 1,8 mil por mês, a monitoração eletrônica de uma pessoa pode custar de R\$ 200 a R\$ 600 mensais, dependendo dos termos contratuais da empresa fornecedora dos equipamentos¹⁹³. Outro benefício trazido pela tecnologia, segundo o DEPEN, é a aplicação de tornozeleiras em pessoas consideradas em situação de vulnerabilidade dentro do sistema prisional, como, por exemplo, gestantes, portadores de doenças infectocontagiosas, condenados maiores de 70 anos de idade, mulheres com filho menor e portadores de deficiência física ou mental.

O órgão destaca ainda a eficácia da tecnologia no controle de fugas, pois os equipamentos possuem sensores que identificam a proximidade da tornozeleira com a pele, além de outros destinados a alertar para o seu rompimento.

Segundo José Roberto Rochel de Oliveira, as experiências de alguns outros países, como EUA, Inglaterra, França, Itália e Portugal, evidenciam os fatores positivos da monitoração

¹⁸⁹ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 382.

¹⁹⁰ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância*. Curitiba: Juruá, 2011.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁹² MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 465.

¹⁹³ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Qual a utilidade e como funcionam?*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77247-qual-a-utilidade-e-como-funcionam>>. Acesso em: 11 maio 2015.

eletrônica: redução dos custos com Centros de Detenção Provisória; redução da probabilidade de estigmatização (comparativamente à custódia cautelar); reserva das vagas em estabelecimentos prisionais para os casos em que a medida carcerária seja realmente necessária; redução dos custos sociais por permitir que indiciados e acusados possam manter o seu trabalho, apoiando suas famílias; e, dentre outros, prevenir que indiciados e acusados sejam submetidos a alguma forma indevida de violência ilegal ou constrangimento desnecessário dentro das prisões¹⁹⁴. Entretanto, faz a ressalva de que “os resultados dos programas desenvolvidos mundo afora têm de ser mais bem estudados para embasar o projeto a ser colocado em prática no Brasil¹⁹⁵”.

1.2.10. Proibição de ausentar-se do país

Com relação à medida de proibição de ausentar-se do país, o simples recolhimento de passaporte não é suficiente para evitar a saída do território nacional¹⁹⁶, porque o meio de transporte utilizado pode não ser avião ou, ainda que o seja, o embarque pode ser para países do Mercosul, que dispensam a apresentação de passaporte. Por isso, para a efetivação da medida, é imprescindível que o juízo comunique as autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

Ante todo o exposto, é incontestável a existência de dúvida, e até mesmo de descrença, com relação à efetividade das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. Contudo, não se pode olvidar que, se devidamente utilizadas, contribuirão para a observância de garantias fundamentais dos acusados e para a redução da quantidade de presos provisórios no país. Assim sendo, é essencial verificar a aplicação destas medidas pelo Poder Judiciário, para que se conclua se estão sendo aplicadas e se há perspectiva de ampliação da utilização dessas cautelares.

2. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS NO JUDICIÁRIO DA CAPITAL PAULISTA¹⁹⁷

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) publicou um relatório, em maio de

¹⁹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. *A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 198.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. *op.cit.*, p. 197.

¹⁹⁶ MARCÃO, Renato. *op. cit.*, p. 384.

¹⁹⁷ Estudo baseado no relatório de pesquisa denominado “O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista”. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/10/sos_liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 5 maio 2015.

2014, que reúne dados sobre a aplicação das medidas cautelares pelo judiciário da capital paulista, colhidos após a realização de um mutirão carcerário. O IDDD é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos, fundada em julho de 2000, que trabalha no fortalecimento do direito de defesa¹⁹⁸.

Esse instituto realizou, entre o final de 2011 e a metade de 2012, o projeto apelidado de “SOS Liberdade”, com objetivo de verificar o impacto da Lei n. 12.403/11 no Judiciário Paulista, em especial no uso abusivo da prisão preventiva na capital do Estado de São Paulo. O estudo se desenvolveu a partir do atendimento pessoal de 537 presos provisórios do Centro de Detenção Provisória I de Pinheiros (SP), e posterior assistência jurídica *pro bono* prestada por advogados associados do IDDD aos 344 atendidos que não tinham advogados. Foram realizadas visitas pessoais aos assistidos na unidade prisional, e os advogados buscaram: o relaxamento da prisão em flagrante dos agentes e/ou a revogação da prisão preventiva posteriormente decretada; e, alternativamente, a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão previstas na nova lei. Com isso, o IDDD procurou colher dados sobre a efetividade da defesa nos casos concretos e sobre a aplicação da Lei n. 12.403/11, em especial quanto ao uso das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar. Para alcançar esses objetivos, foi analisado o perfil socioeconômico dos pesquisados e também foram coletados dados em processos.

O perfil do preso entrevistado foi, em geral, de um jovem entre 20 e 30 anos, trabalhador (formal ou não), a maior parte responsável pelo sustento da família e usuário de algum tipo de droga. Entre os mais jovens era alto o histórico de prisão de algum parente próximo. Em relação à renda, 9% dos entrevistados declararam não ter renda fixa, e 75% deles afirmaram ter renda familiar de um a três salários mínimos.

Já com relação à coleta de dados em processos, esta ocorreu tanto no Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo (DIPO-SP), quanto nas varas criminais singulares.

A maioria dos casos analisados pelo projeto “SOS Liberdade” versava sobre o crime de furto, tentado ou consumado, simples ou qualificado¹⁹⁹.

¹⁹⁸ O IDDD é formado por advogados criminalistas que trabalham na proteção dos direitos dos presidiários em diversas frentes, desde a atuação de assistência jurídica aos presidiários, participação em tribunais do júri, até a conscientização da sociedade dos direitos fundamentais, com aulas em escolas e nos presídios, por exemplo. Desde que foi criado, o IDDD já realizou 15 mutirões em delegacias de polícia, fóruns e centros de detenção. Em 2012, o IDDD participou dos mutirões carcerários realizados pelo CNJ em São Paulo. (Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Documentário “Sem Pena” mostra realidade do sistema de justiça criminal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60388-documentario-sem-pena-mostra-realidade-do-sistema-de-justica-criminal>>. Acesso em: 11 maio 2015).

¹⁹⁹ Essa observação ganha relevância na medida em que a pena cominada ao furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal) é de 1 a 4 anos, faixa que permite, após a promulgação da Lei n. 12.403/11, o arbítrio de fiança pelo

Nos 344 processos abrangidos pela pesquisa, foram analisadas: a) as decisões judiciais proferidas pelos juízes do DIPO-SP, principalmente quanto à legalidade da prisão em flagrante e se havia necessidade de sua conversão em prisão preventiva; e b) as decisões judiciais proferidas pelos magistrados atuantes nas varas criminais singulares relativas aos pedidos de liberdade provisória formulados pelos advogados do IDDD. Tanto nas decisões do DIPO-SP, quanto nas das varas criminais singulares, foi verificado: a) se foi concedida a liberdade do acusado, se foi mantida sua custódia provisória ou se foi decretada outra medida cautelar alternativa à prisão; b) o argumento utilizado pelo magistrado para fundamentar sua decisão; c) se houve aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, quais são as mais utilizadas. Os resultados dessa pesquisa realizada pelo IDDD serão descritos a seguir.

2.1. DAS DECISÕES JUDICIAIS DE ANÁLISE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

No DIPO-SP, de um total de 344 decisões judiciais, foi constatado pelo IDDD que 171 delas converteram a prisão em flagrante em preventiva (49,71%), 154 aplicaram uma medida cautelar alternativa à prisão (44,77%) e em apenas 18 casos o acusado foi colocado em liberdade plena (5,23%), consoante tabela abaixo:

Tabela 2 – Decisão judicial de análise da prisão em flagrante

Decisão judicial de análise da prisão em flagrante	Número Absoluto	%
Decretada a prisão preventiva	171	49,71%
Aplicada medida cautelar alternativa à prisão	154	44,77%
Concedida a liberdade provisória	18	5,23%
Não houve decisão	1	0,29%
Total	344	100%

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

Após o oferecimento da denúncia e do encaminhamento dos autos para uma das varas criminais singulares do fórum central da Barra Funda, dos 171 casos nos quais foi decretada a

próprio delegado de polícia no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, segundo o artigo 322 do CPP. Além disso, segundo a pesquisa realizado pelo IDDD, mesmo considerando a forma qualificada do crime, cuja pena varia de 2 a 8 anos (art. 155, §4º, CP), a probabilidade de aplicação de penas privativas de liberdade acima de 4 anos é bastante baixa, principalmente considerando a alta incidência da tentativa (art. 14, II, Código Penal). E penas inferiores a 4 anos, cominadas a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, autorizam a substituição da privação de liberdade por reprimendas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal, de modo que a aplicação de qualquer medida cautelar de privação da liberdade já ganha contornos de desproporcionalidade desde o início.

prisão preventiva pelo juiz do DIPO-SP, foi constatado que o magistrado oficiante na vara singular manteve a custódia cautelar em apenas 57 deles (33,33%). Em outros 32 casos ele concedeu a liberdade provisória sem fiança (18,71%) e em 17 casos decidiu aplicar medida cautelar alternativa à prisão (9,94%). Em outros 51 casos (29,82%), um vez que não houve renovação do pedido de liberdade, não houve nova manifestação judicial. Nos 14 casos restantes (8,19%), estava pendente decisão judicial, conforme relacionado a seguir:

Tabela 3 – Decisão judicial de análise do pedido de liberdade provisória (vara singular)

Decisão judicial de análise do pedido de liberdade provisória (vara singular)	Número Absoluto	%
Mantida a prisão preventiva	57	33,33%
Aplicada medida cautelar alternativa à prisão	17	9,94%
Concedida a liberdade provisória	32	18,71%
Não houve decisão	51	29,83%
Pendente de decisão	14	8,19%
Total	171	100%

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

Nesse cenário, é possível afirmar que, não obstante a Lei n. 12.403/11 ter trazido várias alternativas ao cárcere, a medida cautelar da prisão continua a predominar nas decisões judiciais. Além disso, pode-se dizer que o pedido de liberdade e/ou aplicação de uma cautelar alternativa à prisão, formulado já ao juiz natural do caso na vara singular, foi mais efetivo do que no DIPO-SP²⁰⁰.

2.2.FUNDAMENTOS LEGAIS QUE APARECERAM NAS DECISÕES DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

Primeiramente, vale ressaltar que os fundamentos da prisão preventiva estão previstos no artigo 312 do CPP: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 284, §4º do CPP). Presentes qualquer desses fundamentos e existindo prova da existência do crime e indício suficiente de

²⁰⁰ Segundo o relatório de pesquisa do IDDD, esse fenômeno pode ter diferentes explicações, que podem ir desde fatores como a demanda de trabalho do defensor público atuante na vara criminal – que é menor do que a do defensor público lotado no DIPO-SP –, viabilizando uma análise mais detida do caso concreto; até diretrizes de política criminal impostas aos juízes do DIPO-SP que, por serem indicados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, não gozam de garantia da inamovibilidade e, portanto, da necessária independência judicial que os juízes da vara singular dispõem.

autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada. Como se observa, a Lei n. 12.403/11 não se desfez das vagas expressões “ordem pública” e “ordem econômica”, não obstante largas críticas de tais expressões feitas pela doutrina. Segundo Cláudio do Prado Amaral, a “ordem pública” como requisito para o decreto da prisão preventiva é um critério excessivamente vago, permitindo que nele se encaixe qualquer argumento, dispensando, inclusive, a observância dos demais requisitos previstos no próprio artigo 312 e no artigo 282, ambos do CPP. Como exemplo, podem ser citadas decisões que sustentam a prisão preventiva baseadas na garantia da ordem pública para evitar delitos futuros, para a garantia da integridade física do acusado, para acalmar os ânimos da população, para evitar o clamor popular, com base na gravidade abstrata do crime, com fundamento na periculosidade presumida do acusado, etc. Ou seja, na maioria dos casos que mantêm a prisão por garantia da ordem pública, o que acaba ocorrendo é uma verdadeira antecipação da pena²⁰¹.

Não obstante diversas críticas doutrinárias quanto à expressão “ordem pública”, ficou constatado, na pesquisa realizada pelo IDDD, que no DIPO-SP o fundamento mais utilizado para decretar a prisão preventiva, logo após a prisão em flagrante, foi justamente a “garantia da ordem pública” (36% do total dos 344 processos), conforme tabela abaixo:

Tabela 4 – Fundamentos do decreto de prisão preventiva no DIPO-SP

Fundamento do decreto de prisão preventiva no DIPO	Furto qualificado	Furto qualificado tentado	Furto simples tentado	Furto Simples	Outros	Total (344 processos)
Garantia da ordem pública	38%	43%	11%	21%	53%	36%
Conveniência da Instrução Criminal	28%	44%	7%	10%	40%	29%
Assegurar aplicação da Lei Penal	17%	28%	2%	13%	26%	19%

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

²⁰¹ AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *op. cit.*, p. 95.

O mesmo se verificou nas varas singulares, já que a “garantia da ordem pública” seguiu como sendo o fundamento mais utilizado pelas decisões judiciais de manutenção da prisão preventiva (que representavam 33,33% dos casos):

Tabela 5 – Conteúdo da decisão nas varas singulares

Conteúdo da decisão (em%)	Furto qualificado	Furto qualificado tentado	Furto simples tentado	Furto Simples	Outros	Totais
Garantia da ordem pública	23	14	2	13	24	17
Conveniência da Instrução Criminal	12	10	-	13	15	10
Assegurar aplicação da Lei Penal	8	5	2	3	10	6

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

Contudo, a decretação da prisão preventiva sob o exclusivo fundamento de “garantir a ordem pública” permite a banalização da prisão preventiva no Brasil, já que viabiliza que o juiz molde seu discurso para a utilização desse fundamento legal em toda e qualquer circunstância concreta. Como consequência, há a diminuição da utilização de cautelares alternativas, as quais, segundo a lei, deveriam ser utilizadas preferencialmente à prisão cautelar.

2.3. ARGUMENTOS QUE LASTREARAM OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADAS PELOS JUÍZES, QUANDO DA ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

De início, é importante explicitar que, majoritariamente, entende-se que o risco de reiteração criminosa pelo agente é o fator que justifica a prisão com base na ordem pública²⁰². Segundo a jurisprudência dos tribunais superiores, a indicação da concreta possibilidade de novas práticas delitivas poderá ser inferida por diversos fatores decorrentes do caso concreto, tais como: gravidade concreta do delito (em razão de circunstâncias que demonstrem que o agente voltará a delinquir, especialmente a brutalidade e crueldade incomuns com que o delito

²⁰² MENDONÇA, Andrey Borges de. *op. cit.*, p. 262.

for cometido); periculosidade concreta do agente (é o prognóstico de que voltará a realizar ações criminosas); reincidência e antecedentes; forma reiterada de agir; personalidade voltada para o crime; *modus operandi* (especialmente quando integra organização criminosa altamente estruturada); grande quantidade de drogas apreendidas; utilização do aparelho estatal para a prática do crime, entre outros²⁰³.

Analisando os argumentos que lastrearam os fundamentos da prisão preventiva, o IDDD constatou que, no DIPO-SP, o argumento que mais apareceu nas decisões judiciais de conversão da prisão em flagrante em preventiva foi o relativo aos antecedentes dos acusados (36%):

Tabela 6 – Argumentos que lastrearam o fundamento prisão da preventiva no DIPO-SP

Fundamento do decreto de prisão preventiva no DIPO	Furto Qualificado	Furto qualificado tentado	Furto simples tentado	Furto Simples	Outros Crimes	Total (344 processos)
Antecedentes Criminais/Reincidência	39%	49%	20%	23%	30%	36%
Indícios da autoria e materialidade do delito	15%	32%	11%	10%	40%	23%
Personalidade voltada à prática delitativa	19%	24%	9%	21%	8%	17%
Falta de vínculo com o distrito da culpa	36%	44%	20%	13%	38%	34%
Ausência de ocupação lícita	30%	40%	7%	8%	36%	28%
Gravidade Abstrata do Delito	21%	18%	2%	13%	25%	17%
Periculosidade concreta do agente	9%	11%	-	5%	13%	9%
Gravidade concreta do delito	6%	9%	7%	8%	21%	9%

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

Nas varas singulares, verificou-se a mesma tendência:

Tabela 7 – Argumentos para a manutenção da prisão nas varas singulares

Argumentos para manter preso (em %)	Furto Qualificado	Furto qualificado	Furto simples	Furto Simples	Outros Crimes	Total 100%
--	--------------------------	--------------------------	----------------------	----------------------	----------------------	-------------------

²⁰³ *Ibid.*, p. 264.

		tentado	tentado			
Antecedentes Criminais/Reincidência	22%	13%	70%	20%	17%	16%
Falta de vínculo com o distrito da culpa	9%	8%	2%	10%	3%	7%
Personalidade voltada à prática delitiva	13%	2%	2%	10%	5%	7%
Ausência de ocupação lícita	7%	7%	2%	3%	7%	6%
Indícios da autoria e materialidade do delito	4%	3%	-	3%	19%	6%
Gravidade abstrata do delito	2%	4%	-	7%	14%	5%
Periculosidade concreta do agente	3%	1%	-	10%	7%	3%
Gravidade concreta do delito	-	-	-	-	-	2%

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

Este argumento, no entanto, afronta claramente o direito constitucional à presunção de inocência, já que presume uma reiteração delitiva do acusado. Ademais, fica nítido o caráter seletivo da justiça criminal quando justifica a prisão preventiva em razão da “falta de vínculo com o distrito da culpa” ou da “ausência de ocupação lícita”, admitindo a prisão de acusados apenas por não possuírem residência fixa e/ou emprego formal.

Já as decisões que concederam a liberdade do réu tiveram seus argumentos da forma demonstrada a seguir:

Tabela 8 – Argumentos para conceder a liberdade

Argumentos para conceder a liberdade (em %)	Furto Qualificado	Furto qualificado tentado	Furto simples tentado	Furto Simples	Outros Crimes	Total 100%
Crime sem violência ou grave ameaça	19	20	30	27	10	20
Réu primário e/ou bons	17	16	30	17	10	17

antecedentes						
Concedida a liberdade com revogação da fiança arbitrada	11	17	25	17	12	15
Excesso de prazo da prisão	6	7	5	3	8	6
Residência fixa e/ou ocupação lícita	3	8			3	4
Princípio da Insignificância	1					0,29

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

Destaca-se, aqui, o fato de que em 20% dos casos a liberdade foi concedida sob o argumento de “crime sem violência ou grave ameaça”, hipótese que poderia ter sido observada desde a primeira decisão judicial.

Portanto, é possível dizer que a presunção de reiteração criminosa pauta-se, muitas vezes, em argumentos questionáveis, vagos e seletivos. Com isso, permite-se a ampliação de prisões cautelares inadequadas e inviabiliza-se a utilização das medidas alternativas ao cárcere e proporcionais à infração cometida.

2.4.ESCOLHA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS, QUANDO ELEITAS

No DIPO-SP, como visto acima, em 44, 77% dos casos o juiz optou por não decretar a prisão preventiva, mas decretar outra medida cautelar alternativa. A fiança, por sua vez, foi a cautelar mais utilizada, aplicada em 33% das decisões nos quais se concedeu alguma medida alternativa:

Tabela 9 – Medidas cautelares escolhidas no DIPO-SP

Tipo de medida (em %)	Furto qualificado	Furto qualificado tentado	Furto tentado	Furto simples	Outros	Sem resposta	Total
Fiança	31	24	46	49	30	25	33
Proibição de ausentar-se da	8	8	13	3	2	0	7

comarca							
Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga	7	2	9	3	2	0	5
Comparecimento Periódico em Juízo	2	3	9	10	4	0	4
Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	7	4	4	0	0	0	4
Monitoramento eletrônico	0	0	4	0	0	0	1
Proibição de manter contato com pessoa determinada	0	1	0	0	0	0	0,29

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

No entanto, cumpre destacar o perfil socioeconômico dos entrevistados, já mencionado: 9% declararam não possuir renda, e outros 75% possuiriam renda de até três salários mínimos. Ou seja, apesar da dificuldade de pagamento de qualquer prestação pecuniária, a fiança foi a medida mais aplicada pelo judiciário paulista. Além disso, a pesquisa revelou que a incidência de fianças arbitradas acima do valor bem furtado é alta, e, muito além da capacidade econômica do réu, inviabilizando, assim, seu pagamento e, conseqüentemente, a liberdade do agente. Desta feita, conclui-se que, inobstante à condição econômica dos presos em flagrante e do tipo de delito supostamente cometido, os magistrados tendem a eleger a fiança como a medida cautelar substitutiva à prisão.

Ao contrário do que aconteceu no DIPO-SP, os juízes atuantes nas varas criminais singulares apresentaram maior flexibilidade e disposição na aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão e diversas da fiança:

Tabela 10 – Medidas cautelares escolhidas nas varas singulares

Tipo de medida (em %)	Furto qualificado	Furto qualificado tentado	Furto tentado	Furto simples	Outros	Totais
Fiança	11	10	20	17	2	11
Proibição de ausentar-se da comarca	8	5	11	13	5	8
Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga	7	2	9	3	2	0
Comparecimento Periódico em Juízo	7	3	7	7		5
Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	7	4	2	3		4
Monitoramento eletrônico	1	1		3		1
Proibição de manter contato com pessoa determinada			5			1

Fonte: IDDD – SOS LIBERDADE Relatório de Pesquisa – maio/2014

2.5. CONCLUSÕES DA PESQUISA REALIZADA NO JUDICIÁRIO DA CAPITAL PAULISTA

O IDDD concluiu que o atual sistema de justiça penal paulista é um fator de incremento criminalidade. Contudo, esse sistema pode ser corrigido ou mitigado com uma utilização mais criteriosa da medida cautelar de prisão. O Instituto alistou como possíveis soluções, ainda, a criação de mecanismos como a introdução da audiência de custódia no CPP e a preferência pela adoção de medidas alternativas, sobretudo na primeira prisão.

Ou seja, mesmo após o advento da Lei n. 12.403/11, a prisão se revelou como a cautelar predominante, pelo menos no judiciário da capital paulista. No entanto, os percentuais de decisões que decretaram medidas alternativas não podem deixar de serem observados. Além disso, estímulos devem ser criados pelo Poder Público para que os magistrados adotem, com maior frequência, medidas mais adequadas e proporcionais ao caso concreto.

3. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS NO JUDICIÁRIO FLUMINENSE²⁰⁴

Outra pesquisa, publicada em novembro de 2013, procurou avaliar o impacto da Lei n. 12.403/11 no Rio de Janeiro. Os estudos foram realizados pela Associação pela Reforma Prisional (ARP) e pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC). O objetivo do projeto, desenvolvido entre julho de 2012 e outubro de 2013, foi monitorar os efeitos dessa nova lei e verificar se ela contribuía, de fato, para a ampliação do acesso às garantias constitucionais dos acusados de crimes. Para isso, foram feitas pesquisas quantitativas e qualitativas, baseadas em análises processuais, entrevistas com operadores do direito e observações de audiências de instrução e julgamento.

3.1. PESQUISA QUANTITATIVA

Por meio da análise quantitativa, buscou-se mensurar o impacto da Lei n. 12.403/11 nos direitos dos acusados de responderem o processo em liberdade e procurou-se identificar quais medidas cautelares alternativas à prisão os juízes fluminenses passaram a adotar. Para isso, construiu-se um banco de dados com todos os Autos de Prisão em Flagrante, relativos a qualquer tipo de crime, distribuídos no fórum da capital do estado do Rio de Janeiro durante o ano de 2011. Foi analisada a situação jurídica de 4.859 acusados, 2.653 deles (55%) detidos antes e 2.206 (45%) detidos depois da entrada em vigor da Lei das Cautelares, a fim de que pudesse ser feita uma comparação para identificar os efeitos da nova lei.

Somente para recordar, antes da Lei n. 12.403/11 os juízes escolhiam entre manter os réus presos durante o processo ou conceder-lhes o direito de responder em liberdade, geralmente, sob determinadas condições, como, por exemplo, o comparecimento periódico em juízo e a comunicação sobre deslocamento para fora da comarca. Com a nova lei, ampliou-se o rol de medidas aplicáveis isolada ou cumulativamente, com o intuito, principalmente, de racionalizar o uso da prisão cautelar e de fortalecer o princípio da presunção de inocência.

Contudo, a pesquisa realizada pela ARP e pelo CESeC constatou que, na prática, a racionalização não ocorreu, já que a prisão provisória continuou, de longe, a ser a medida cautelar mais aplicada: nada menos de 79% das 4.859 decisões judiciais conhecidas, relativamente a flagrantes de todos os tipos de crime no ano de 2011, resultaram em privação

²⁰⁴ Estudo baseado na pesquisa: *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

de liberdade dos acusados.

Para verificar *se e como* variavam as decisões judiciais de acordo com diferentes tipos de crimes, os pesquisadores desconsideraram os casos em que o réu foi acusado de mais de um delito, já que um tipo penal pode interferir na medida adotada por outro. Assim, a análise se restringiu a 3.993 casos, sendo 2.153 anteriores e 1.780 posteriores ao advento da nova lei.

Com isso, identificou-se que as medidas alternativas ao encarceramento prevaleceram somente em duas modalidades de delitos, a saber: falsificação de sinal de fiscalização alfandegária (dos 147 réus, apenas dois ficaram em prisão provisória) e violação de direito autoral (dos 71 acusados, 11 permaneceram presos). Por outro lado, quase na totalidade dos casos de tráfico de drogas, independentemente da gravidade da acusação (por exemplo, o fato de o réu estar ou não vinculado à facção criminosa), a primeira decisão do juiz foi a decretação de prisão preventiva: de 440 flagrantes de tráfico distribuídos em 2011, apenas seis receberam outro tipo de medida cautelar que não a prisão. No caso de porte ilegal de armas, em 90% dos casos houve a decretação de prisão preventiva, ainda que a legislação permita, para esse tipo de delito, a arbitragem de fiança pelo delegado ou juiz. Outrossim, mesmo nos crimes não violentos contra o patrimônio, como receptação, furto e estelionato, os acusados, em sua maioria, tiveram o flagrante convertido em prisão preventiva.

A mais frequente justificativa para a conversão da prisão em flagrante em preventiva foi a falta de documentação que comprovasse a residência e trabalho lícito do réu, em consonância com os resultados obtidos na pesquisa realizada no Judiciário da capital paulista. Assim, pode-se novamente dizer que essa justificativa fere, claramente, o princípio da presunção de inocência e do ônus da prova para quem acusa, além de descumprir a legislação quando se trata de crimes para os quais está prevista a liberdade processual. Ademais, os supostos riscos de fuga do réu e da prescrição do processo também foram justificativas para a conversão.

A ARP e o CESeC constataram, ainda, que, com a nova lei, houve uma queda na aplicação da prisão provisória. Entretanto, a medida continuou a predominar amplamente, fato capaz de indicar que o impacto da Lei das Cautelares foi muito inferior ao almejado. Por outro lado, observaram-se significativas reduções no uso da prisão provisória para alguns delitos já mencionados, como o de “falsificação de sinal alfandegário”, de “violação de direito autoral” e crimes não violentos contra o patrimônio (furto, receptação, estelionato) – embora cerca de metade das prisões em flagrante nesses últimos crimes tenham sido convertidas em prisões provisórias. De outra parte, as mudanças foram muito pequenas ou nulas com relação aos delitos de roubo, tráfico de drogas, homicídio e porte ilegal de arma. Ou seja, tudo indica que a nova lei teve um impacto maior sobre os crimes menos graves.

A pesquisa ainda constatou que, antes ou depois da vigência da nova lei, cerca de 2/3 das pessoas detidas em flagrante, no universo de casos válidos (isto é, não arquivados e com informação de desfecho processual), recebeu ao final do processo uma sentença distinta da prisão em regime fechado, revelando uma verdadeira desproporção entre a medida cautelar aplicada e a sentença. Na totalidade dos delitos analisados, com exceção do roubo e do tráfico de drogas, a maioria dos processos acabou sem condenação ou com penas distintas da privação completa de liberdade. A pesquisa mostrou que 42% dos acusados que foram mantidos presos após o flagrante terminaram cumprindo penas diversas da prisão ou, quando muito, uma pena de prisão em regime aberto; 6% foram absolvidos e 15% enquadraram-se em outras situações processuais, como a suspensão condicional do processo ou da pena, extinção da punibilidade ou rejeição da denúncia. Dessa forma, restou demonstrado que, infelizmente, a prisão provisória é aplicada mesmo em casos em que, ao final do processo, havendo condenação, o acusado muito provavelmente receberá uma pena alternativa à prisão ou uma pena de prisão em regime aberto. Ou seja, há uma nítida antecipação agravada da pena.

Em sentido oposto, aqueles acusados que receberam, logo após o flagrante, outros tipos de medidas cautelares que não a prisão, apenas 2,3% deles tiveram, no final, uma condenação à prisão em regime semiaberto ou fechado; 20,8% foram punidos com regime aberto ou penas alternativas e a grande maioria sequer foi condenada ou recebeu absolvição.

Quanto às medidas cautelares utilizadas, como já dito, a prisão provisória foi a medida mais aplicada pelos juízes ao longo do ano de 2011, inclusive na vigência da nova lei. Já com relação às medidas cautelares do artigo 319 do CPP, aplicadas em diferentes momentos dos processos, a pesquisa revelou que somente o comparecimento em juízo e a fiança em sede policial tiveram algum peso significativo no conjunto das decisões, conforme tabela abaixo, baseada nos 4.869 casos válidos (não arquivados e com informação sobre alguma medida cautelar), sendo que há casos que receberam mais de uma medida:

Tabela 11 – Medidas cautelares aplicadas aos casos de prisão em flagrante em 2011

Tipo de medida	Nº de medidas	% do total de casos
Prisão provisória	3.849	79,2
Comparecimento em juízo	1.442	29,7
Fiança em sede policial	447	9,2
Proibição de ausentar-se da comarca	115	2,4
Proibição de acesso ou frequência	52	1,1

a determinados lugares		
Fiança em juízo	50	1,0
Proibição de manter contato com pessoa determinada	44	0,9
Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga	32	0,7
Internação provisória	8	0,2
Prisão domiciliar	4	0,1
Monitoração eletrônica	2	0,0
Total de medidas	6.045	-

Fonte: ARP e CESeC – Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – novembro/2014

Ademais, no intuito de avaliar o impacto da Lei n. 12.403/11 nos seis meses posteriores à sua entrada em vigor, a pesquisa discriminou, em tabela, a aplicação de medidas cautelares anteriores e posteriores a essa data, sempre levando em conta todas aquelas aplicadas em diversas etapas do processo, e não apenas no momento inicial. Para isso, foram tomados como base 4.859 casos não arquivados e com informação sobre alguma medida cautelar, sendo que existiram casos que receberam mais de uma medida:

Tabela 12 – Medidas cautelares aplicadas aos casos de prisão em flagrante antes e depois da Lei 12.403/11 (em % do total de casos)

Tipo de medida	Antes	Depois
Prisão provisória	84,1	73,3
Comparecimento em juízo	32,6	26,2
Fiança em sede policial	5,1	14,2
Proibição de ausentar-se da comarca	1,0	4,0
Fiança em juízo	0,6	1,5
Proibição de manter contato com pessoa determinada	0,5	1,5
Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	0,3	2,0
Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga	0,3	1,1
Internação provisória	0,2	0,2
Prisão domiciliar	0,0	0,1
Monitoração eletrônica	0,0	0,1
Total de medidas	3.307	2.738

Total de casos	2.653	2.206
-----------------------	--------------	--------------

Fonte: ARP e CESeC – Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – novembro/2014

Dos dados colocados acima se observa que há uma queda dos casos submetidos a prisões provisórias, embora não muito acentuada (pouco menos de 13%). Por outro lado, houve um significativo crescimento das fianças em sede policial – que, de 5% do total de casos, passaram a representar 14% – e um aumento, ainda que insignificante, de outras medidas, como a proibição de ausentar-se da comarca, de manter contato com pessoa determinada e de frequentar determinados lugares.

Conclui-se, da análise comparativa, que há uma tendência ao maior uso de alternativas à prisão cautelar, ainda que tímida. Segundo a pesquisa, muitos operadores do direito não creem na utilização das cautelares diversas da prisão, por ser difícil de verificar o cumprimento de grande parte delas através dos atuais mecanismos de fiscalização existentes. Por temerem a fuga dos réus e a interrupção dos processos, muitos juízes deixam de aplica-las, conforme se observa na fala de um magistrado entrevistado:

“... existem medidas que só existem no papel, não foram efetivamente implementadas pela administração, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário. Então se é para fazer e se é para fiscalizar, você só pode fazer aquilo que você efetivamente tem como controlar. Eu só tenho como controlar o comparecimento mensal. Eu vou mandar botar uma tornozeleira eletrônica e vou ficar esperando durante quanto tempo para ela aparecer?” (Juiz 1)²⁰⁵

3.2. PESQUISA QUALITATIVA

A pesquisa qualitativa procurou captar opiniões de operadores do direito sobre a Lei 12.403/11 e observar o comportamento de magistrados, promotores e defensores em audiências de instruções e julgamentos posteriores à sua entrada em vigor. No total, foram realizadas 36 entrevistas com juízes, promotores de justiça, defensores públicos, advogados particulares e delegados de polícia, e acompanharam-se dez audiências escolhidas aleatoriamente no Fórum Central da capital do Rio de Janeiro. Ademais, cerca de 800 decisões judiciais foram examinadas com a finalidade de alistar os argumentos utilizados pelos magistrados quando do decreto da prisão preventiva na vigência da nova lei.

Para boa parte dos magistrados, a Lei n. 12.403/11 aumentou a concessão de liberdade

²⁰⁵ ARP e CESeC. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015

provisória para os acusados de furto, mas não alterou quase nada em relação ao tráfico de drogas. Quanto às medidas alternativas à prisão provisória, muitos juízes tendem a não aplicá-las em razão da crença de que o Estado não está devidamente aparelhado para fiscalizar algumas delas, como demonstrado na opinião de um dos magistrados entrevistados:

“Pesquisador: Vou fazer uma série de perguntas sobre a lei 12.403/2011 em relação a qualquer crime.

Entrevistado: Posso pegar a lei e jogar fora? Pronto, respondi todas as suas perguntas.

Pesquisador: [O sr.] acha que ela vem sendo aplicada na prática?

Entrevistado: Impossível aplicar a lei. (...) Porque simplesmente não implementaram as condições de aplicabilidade da lei, a não ser o comparecimento mensal. (...) Enquanto se fizer lei que cria alternativas e cria sistemas que não são implementados, nenhuma lei vai levar ninguém a lugar nenhum. É um tal de finge que faz e finge que obedece, que é uma coisa, uma bênção...” (Juiz 5)²⁰⁶

Para alguns dos promotores entrevistados, a nova lei aumentou o atendimento a pedidos de liberdade provisória em casos de furto sujeito a menos de quatro anos de reclusão. Por outro lado, para outros promotores, mesmo nesse caso, havendo reincidência ou falta de registro de emprego ou moradia fixa, a tendência é manter o réu preso. Quanto ao tráfico de drogas, a maioria dos promotores acredita que os acusados por esse delito devem mesmo permanecer presos enquanto aguardam julgamento, por ser um crime hediondo, com repercussão geral, e que afeta a “ordem pública”. Quanto aos efeitos da nova lei, alguns acreditam que ela trouxe maior amparo legal para a concessão da liberdade provisória, enquanto outros asseguram que a única mudança significativa foi a necessidade de se fundamentar mais detalhadamente a negação da liberdade processual. Ademais, não há consenso acerca de qual medida cautelar seria mais eficaz: parte dos entrevistados apontou o comparecimento periódico em juízo, por garantir a “vinculação do réu ao processo”; outros assinalaram a fiança em sede policial, com a ressalva de que essa medida, no entanto, costuma ser imposta a réus de baixo poder econômico, os quais, por não conseguirem pagar o valor estipulado, acabam presos. Já as demais medidas cautelares previstas na lei foram consideradas totalmente ineficazes, dada a impossibilidade de fiscalizar o seu cumprimento. E, para uma parcela dos promotores ouvidos, a prisão provisória continua sendo o melhor meio de garantir a tramitação regular do processo. Tal como entre alguns juízes, há entre os agentes do Ministério Público uma forte convicção de que a nova lei vai contra os anseios da sociedade, já que favorece a soltura de pessoas que, aos olhos dos cidadãos, deveriam ficar presas.

²⁰⁶ *Ibid.* Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Quanto aos defensores públicos, prevaleceu a percepção de que a Lei quase nada alterou nas práticas do judiciário: mesmo nos casos de furto, os defensores não viram resultados tão evidentes e afirmaram que a liberdade continuou sendo negada principalmente quando havia reincidência, falta de documentos que comprovassem moradia e emprego do réu, ou perigo à “ordem pública”. No que tange às medidas cautelares diversas da prisão, a mais utilizada seria o comparecimento periódico em juízo. Embora parte dos defensores tenha considerado a tornozeleira eletrônica interessante, afirmaram que estas só estão presentes no âmbito da execução penal, e não nas varas criminais. Quanto às demais medidas, avaliaram que são pouco ou nada eficazes, em razão das dificuldades de fiscalização.

Na entrevista dos advogados, a maioria convergiu com a opinião dos defensores no sentido de que não houve nenhuma mudança significativa na atitude dos juízes em relação à liberdade provisória, e de que as medidas cautelares diversas da prisão são, em sua maioria, ineficazes, em razão da dificuldade de fiscalização. Argumentaram, ainda, que costuma ser aplicado, no início do processo, o *in dubio pro societate*, enquanto, no final, se ainda persistir dúvida, passa a prevalecer o *in dubio pro reo*. Por essa razão, dificilmente os juízes acatam pedidos de liberdade na etapa inicial.

Entre os delegados de polícia, foi praticamente unânime a avaliação positiva da nova lei, principalmente pelo fato de ter ampliado muito a margem de ação da polícia, através da possibilidade de concessão da fiança para os crimes com pena máxima de até quatro anos.

Na pesquisa qualitativa, ainda, foram analisadas 800 decisões judiciais, e restou comprovado que a Lei n. 12.403/11 estimula fundamentações mais detalhadas para a prisão preventiva. Alguns trechos de decisões judiciais analisadas confirmam essa comprovação²⁰⁷:

“...Trata-se ademais do grave crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo evidente que a soltura ensejaria eventual prejuízo à apuração dos fatos e, em última análise, à própria realização da Justiça, pelo que a custódia é imperiosa também pela ótica da garantia da instrução criminal. Note-se que está guardada a proporcionalidade (homogeneidade) dessa prisão diante da gravidade da conduta praticada pelo indiciado, sendo certo que o decreto de prisão evitará que o mesmo se mantenha ativo na prática do crime...” (Processo 0209489-89.2011.8.19.0001)

“... ninguém discorda que o tráfico de drogas acarreta consequências sociais gravíssimas, como a violência, a corrupção e a marginalidade, atingindo desde crianças até idosos de todas as faixas sociais...” (Processo 0366467-94.2011.8.19.0001)

De forma semelhante aos resultados obtidos na pesquisa realizada no judiciário da capital paulista, na capital fluminense também se constatou que é comum, entre os magistrados, a justificação da decretação da prisão preventiva pelos seguintes argumentos: garantia da ordem

²⁰⁷ *Ibid.* Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

pública, gravidade abstrata do delito, falta de documentação comprovadora de residência fixa e trabalho, existência de antecedentes criminais, *etc.* Como já mencionado, tais argumentos estariam em desacordo com os princípios da presunção de inocência e do ônus da prova de quem acusa. A vagueza do conceito de “ordem pública” fica clara quando alguns operadores do direito, entrevistados, tentaram defini-la²⁰⁸:

“Essa garantia de ordem pública, já falei, é muito discutida. Cada um tem uma visão sobre ordem pública.” (Juiz 7)

“A sensação de tranquilidade, de paz. Ordem pública é isso, é tranquilidade, é paz, é sossego, ainda que você admita alguns crimes pequenos, menor potencial, isso aí não abala a ordem pública. Por que não abala a ordem pública? Porque não abala a tranquilidade das pessoas.” (Juiz 3)

“Se eu te disser como eu defino é um negócio, porque ninguém define, é uma das coisas mais discutidas, o que é ordem pública?” (Promotor 1)

“Garantia da ordem pública eu defino como tranquilidade da sociedade, a paz social, a paz da comunidade.” (Promotor 4)

“A garantia da ordem pública é você ter certeza de que a pessoa solta não vai se evadir do distrito da culpa, ele não vai interferir com as testemunhas, tudo isso é que leva ao pedido da preventiva.” (Delegado 1)

A condição social dos réus, por sua vez, foi utilizada como justificativa para acolher ou negar o pedido da liberdade processual, consoante ilustram trechos de algumas decisões judiciais analisadas²⁰⁹:

“O órgão do Ministério Público, em sua douda promoção, entendeu com muita propriedade pela desnecessidade de se manter custodiado o indiciado, uma vez que o mesmo possui residência fixa, não possui antecedentes criminais, não existindo qualquer risco para a instrução e aplicação da lei penal, na sua liberação. A despeito da reprovabilidade da conduta do indiciado, a toda evidência mostram-se ausentes os pressupostos que acenam para a necessidade de manutenção da prisão, elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal, mormente quando esta viria a representar, para o indiciado de pouca periculosidade, o convívio desumano com a superpopulação carcerária, inegável e triste realidade.” (Processo 0280611-65.2011.8.19.0001)

“Assim, diante da atual situação fática não se encontram presentes os requisitos que justificavam a prisão cautelar. Ressalto que a ré possui o terceiro grau completo e profissão definida – diga-se arquiteta – conforme afirmado pela nobre Defesa às fls. 55. Ademais, de acordo com o RO, mais precisamente às fls. 08, quando da prisão em flagrante, a res furtiva foi encontrada dentro do carro da denunciada, um Fiat Palio Flex 2007, o que demonstra as condições econômicas favoráveis da acusada...” (Processo 0116209-64.2011.8.19.0001)

Ou seja, nota-se certa proteção aos réus com maiores condições econômicas, em detrimento dos réus pobres e desvalidos, que acabam permanecendo presos, mesmo quando se pode prever que não receberá pena de prisão ao final do processo. Dessa forma, a justiça criminal comprovou, mais uma vez, ser fortemente seletiva.

²⁰⁸ *Ibid.* Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

²⁰⁹ *Ibid.* Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_ab_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

3.3. CONCLUSÕES DA PESQUISA REALIZADA NO JUDICIÁRIO FLUMINENSE

Em suma, a pesquisa constatou que a prisão provisória continuou sendo a medida cautelar mais adotada, sendo que em 79% das 4.859 decisões judiciais conhecidas, relativas à flagrantes de todos os tipos de crimes no ano de 2011, resultaram em privação de liberdade dos acusados. Constatou-se que, pelo menos num horizonte imediato e no agregado dos casos, incluindo todos os tipos de crimes, os impactos da Lei n. 12.403/11 foram ínfimos, com uma queda de apenas 11,2 pontos percentuais (de 83,5 para 72,3%) na proporção de casos em que a primeira decisão do juiz após o auto de flagrante foi decretar a prisão provisória. Contudo, notaram-se avanços nos delitos de menor potencial ofensivo, para os quais o recurso à prisão preventiva diminuiu sensivelmente, como, por exemplo, no furto simples, receptação, estelionato, violação de direito autoral e falsificação de sinal alfandegário. Verificou-se que, dentre as medidas que mais cresceram como alternativas à prisão, a fiança arbitrada por delegados em sede policial se destacou.

4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO ÀS CAUTELARES

Em abril de 2015, a Secretaria de Jurisprudência, mediante pesquisa na base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, divulgou o resumo de algumas teses sobre cautelares que vem sendo adotadas por esse Tribunal, e que servem, portanto, como orientação às instâncias inferiores²¹⁰. Algumas merecem ser destacadas.

A primeira tese diz que “*as medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, implicam em restrições de direitos individuais, sendo necessária fundamentação para sua imposição*”²¹¹.

A segunda aponta que “*a alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva*”²¹².

²¹⁰ Portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2032%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.

²¹¹ Precedentes: HC 302730/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 05/02/2015; RHC 42853/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 02/02/2015; RHC 37377/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014; HC 292792/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014; RHC 36443/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 27/11/2014; HC 246582/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 25/02/2014.

²¹² Precedentes: RHC 55070/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 25/03/2015; HC 311162/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em

A terceira tese anuncia que “a prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade”²¹³.

A quarta tese diz que “a prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (*modus operandi*)”²¹⁴. Ou seja, o STJ admite a “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva, não obstante as diversas críticas doutrinárias já mencionadas quanto a essa expressão.

Destaca-se, ainda, uma quinta tese, a qual informa que “*inquéritos policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena, são elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva*”²¹⁵. Esse entendimento, contudo, parece

17/03/2015, DJe 26/03/2015; HC 299666/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014; RHC 48058/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014; HC 270156/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 12/06/2014; RHC 35266/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014; HC 250207/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013; AgRg no HC 127876/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 18/12/2012; HC 243717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012; HC 180750/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011.

²¹³ Precedentes: HC 315093/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015; HC 311440/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 06/04/2015; RHC 56167/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015; HC 305676/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 06/04/2015; HC 307259/MG, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015; RHC 43452/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015; RHC 41379/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015; HC 252394/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 26/03/2015; HC 308822/CE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015; AgRg no AREsp 6012/DF, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 11/03/2015.

²¹⁴ Precedentes: HC 311909/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 16/03/2015; RHC 54750/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 16/03/2015; RHC 54423/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015; RHC 53944/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015; RHC 36608/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 20/03/2015; HC 312368/PR, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 10/03/2015; AgRg no HC 315281/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015; HC 311848/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 17/03/2015; RHC 53927/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 17/03/2015.

²¹⁵ Precedentes: RHC 55365/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 06/04/2015; RHC 54750/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 16/03/2015; RHC 52402/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO

afrontar a presunção constitucional de inocência e ir à contramão da própria essência da Lei das Cautelares, que é a utilização da prisão preventiva como *extrema ratio* da *ultima ratio*.

Por fim, a última tese selecionada é a que diz que “a segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal”²¹⁶.

Portanto, parece ser possível afirmar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça oscila: ora garante a excepcionalidade da prisão preventiva; ora firma teses que permitem a utilização desmedida dessa cautelar.

5. PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - ATUAÇÃO CONJUNTA DOS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

Os poderes Judiciário e Executivo, através do CNJ e do Ministério da Justiça, respectivamente, estão estabelecendo diretrizes para incentivar a aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar, em uma demonstração da real necessidade de aplicação da Lei n. 12.403/11.

No dia 09 de abril de 2015²¹⁷, o presidente do STF e do CNJ (ministro Ricardo Lewandowski) e o Ministro da Justiça (José Eduardo Cardozo) assinaram três acordos de cooperação técnica. Os acordos também contam com a participação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), que fará o levantamento e análise de dados para avaliação periódica do projeto Audiência de Custódia.

REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015; RHC 52108/MG, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 01/12/2014; RHC 48897/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014; HC 285466/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014; HC 289772/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 28/05/2014; HC 274203/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013; HC 220948/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012.

²¹⁶ Precedentes: HC 312032/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015; HC 315957/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 08/04/2015; HC 306945/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015; HC 297656/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015; HC 309740/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015; RHC 54238/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015; RHC 56534/BA, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 20/03/2015; HC 308158/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015.

²¹⁷ Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar a aplicação de medidas cautelares*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia_Detalhe.asp?idConteudo=289056&caixaBusca=N>. Acesso em: 27 abr. 2015.

O primeiro acordo objetiva implantar a audiência de custódia nos estados, aquela que busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas cautelares. Ou seja, permite-se um contato pessoal com o juiz, de modo a assegurar o respeito a direitos fundamentais e garantir o alinhamento a tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos²¹⁸. Para isso, o acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implantarem o projeto Audiência de Custódia e também serão utilizados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas.

Já o segundo acordo pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, tanto cautelarmente quanto na execução da pena. Assim, buscar-se-á aumentar a aplicação de penas restritivas de direitos, de medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, de medidas protetivas de urgência, de conciliação e mediação, etc.

O terceiro e último acordo elabora diretrizes para a promoção da política de monitoração eletrônica. Pretende-se incentivar o uso de tornozeleiras em duas situações: a) no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso; b) no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

5.1. O PRIMEIRO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA

O primeiro acordo visa implantar o programa de audiências de custódia nos estados, que buscará viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados (as) presos (as) em flagrante delito à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas após sua prisão. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência que também serão ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Ademais, preveem-se a instalação e apoio de Centrais Integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços correlatos com enfoque restaurativo e social

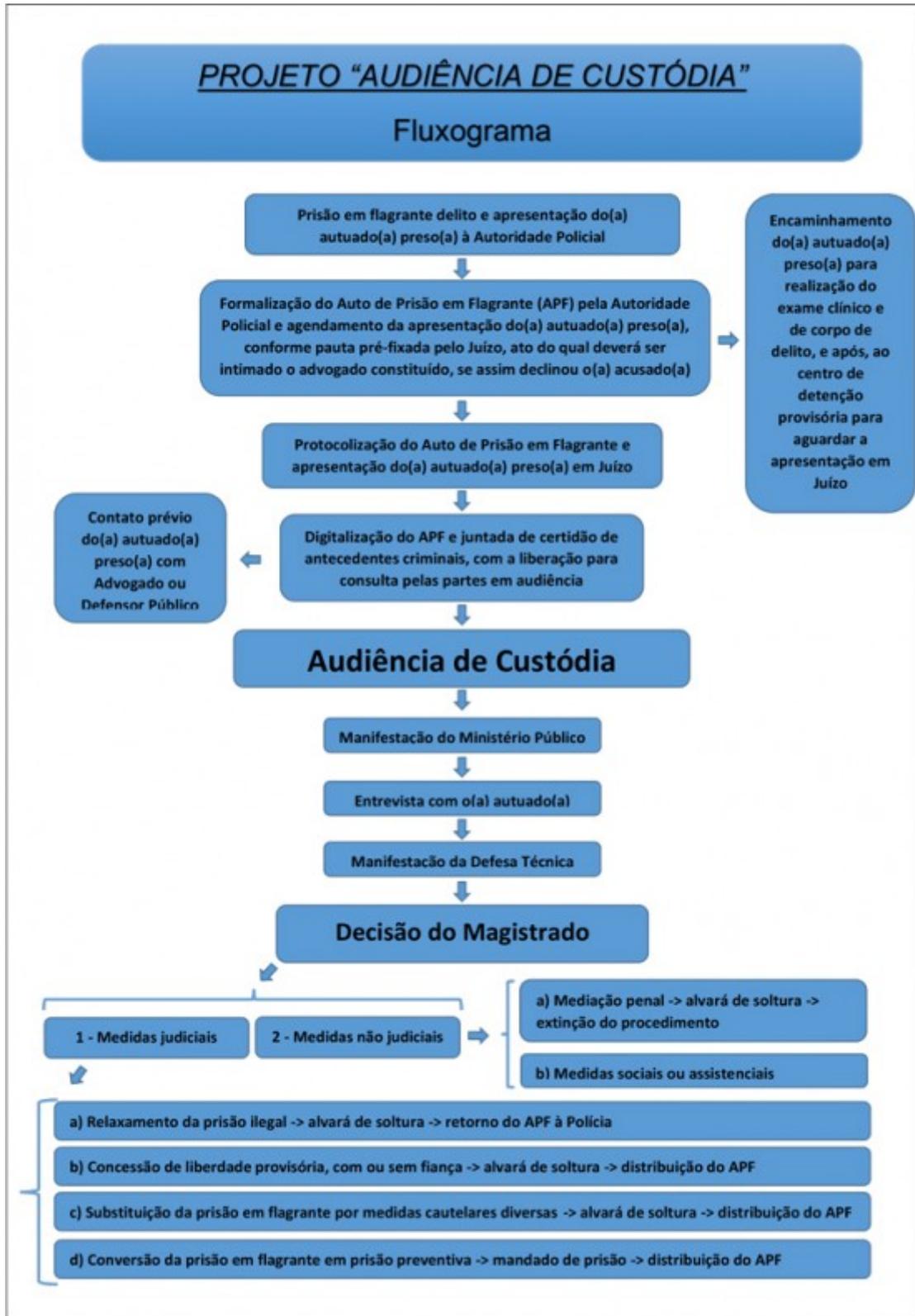
²¹⁸ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

(v.g., centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal), aptos a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas, responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

Os resultados possíveis da audiência de custódia são: a) relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP); b) a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do CPP); c) a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e art. 319, ambos do CPP); d) a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial, do CPP); e) a análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas; f) outros encaminhamentos de natureza assistencial. Os atos procedimentais de uma audiência de custódia estão resumidos no fluxograma abaixo, elaborado pelo CNJ²¹⁹.

Figura 2 – Atos procedimentais da Audiência de Custódia

²¹⁹ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 11 mai. 2015.



Fonte: CNJ - Conselho Nacional de Justiça, maio/2015

No âmbito desse primeiro acordo de cooperação técnica, os objetivos dos partícipes do termo são, em síntese: a) conferir aplicabilidade a normas de direito internacional (definidas no

artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e que já integram o ordenamento jurídico nacional, por força do disposto no artigo 5º, §2º, da CF/88), assegurando efetividade às providências contempladas no art. 310 do CPP e contribuindo para aprimorar os mecanismos de prevenção e combate às práticas previstas na Lei n. 9455/1997; b) reestruturar o sistema de justiça criminal, a fim de fomentar e viabilizar a utilização e acompanhamento úteis das medidas cautelares diversas da prisão, da monitoração eletrônica, sem prejuízo do encaminhamento a outros serviços sociais e de assistência social, ou a estruturas que se utilizem de enfoque restaurativo; c) impulsionar o desenvolvimento de trabalho com enfoque restaurativo, por meio da construção de ambiente para a realização de mediação penal apto ao oferecimento de opções concretas ao encarceramento; d) coletar dados e produzir indicadores acerca do impacto das medidas cautelares alternativas à prisão provisória e das práticas restaurativas nas rotinas do sistema de justiça criminal, sobretudo quanto à prisão provisória, liberdade provisória e outras medidas especificadas em lei.

Para a consecução do objeto do termo, os partícipes comprometeram-se a envidar esforços e adotar ações com vistas à difusão da realização das audiências de custódia e à instalação das Centrais de Monitoração Eletrônica e Centrais Integradas de Alternativas Penais, nos limites da responsabilidade e participação de cada um.

O CNJ se comprometeu a: a) fornecer suporte técnico institucional necessário, por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas- DMF, do Departamento de Tecnologia da Informação- DTI e do Departamento de Pesquisas Judiciárias- DPJ, aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais que deliberem encampar as audiências de custódias; b) promover a articulação e pactuação com os Tribunais de todo o país, para implantação do “Projeto Audiência de Custódia”, prioritariamente nas unidades judiciárias sediadas na capital dos respectivos estados; c) envidar esforços visando sensibilizar a disponibilização, pelos Tribunais, de recursos humanos- magistrados e servidores - em quantidade suficiente para a realização das audiências diárias e ininterruptas que o Projeto demanda, além da estrutura física adequada e em local específico; d) envidar esforços para mobilizar os Grupos de Monitoramento e Fiscalização locais para acompanhar a implementação das audiências de custódia, das Centrais de Monitoração Eletrônica, das Centrais Integradas de Alternativas Penais e de serviços correlatos nos respectivos estados; e) promover e incentivar ações de capacitação de juízes e servidores para o desenvolvimento das atividades do Projeto, de maneira continuada; f) coletar

dados e elaborar, em conjunto com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), indicadores acerca do impacto da audiência de custódia e dos serviços a ela associados no sistema de justiça criminal, sobretudo quanto à aplicação de prisão provisória, liberdade provisória e medidas cautelares diversas da prisão.

Já o Ministério da Justiça, por meio do DEPEN, comprometeu-se a: a) promover o apoio técnico e financeiro necessário (no limite da sua dotação orçamentária) para a celebração de convênios com os Governos Estaduais aderentes ao terno, visando a implementação de Centrais de Monitoração Eletrônica e de Centrais Integradas de Alternativas Penais e serviços correlatos, com equipes psicossociais, além do incentivo à criação de câmaras de mediação penal, consolidando políticas voltadas às alternativas à prisão; b) elaborar, em conjunto com o CNJ, indicadores acerca do impacto da audiência de custódia e dos serviços a ela associados no sistema de justiça criminal, sobretudo quanto à aplicação da prisão provisória, liberdade provisórias e medidas cautelares diversas da prisão. Além disso, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (SENAD), comprometeu-se a: a) apoiar a capacitação de atores envolvidos com a aplicação, o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão e da monitoração eletrônica, quanto ao oferecimento de serviços e projetos de inserção social voltado ao público em situação de vulnerabilidade decorrente do uso de drogas; b) fortalecer as redes locais de atenção psicossocial especializada na área de álcool e drogas para atendimento do público encaminhado pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais e pelas Centrais de Monitoração Eletrônica, respeitando o caráter de voluntariedade na participação nos programas.

O IDDD comprometeu-se a proceder ao acompanhamento, à análise e avaliação do Projeto e de sua execução, visando conformar as ações implementadas aos objetivos e resultados previstos, também organizando banco de dados respectivo e análises qualitativas das informações coletadas, compartilhando-as com todos os parceiros e respectivos Tribunais, com o escopo de avaliar os impactos do Projeto e sinalizar seus efeitos para o sistema de justiça criminal brasileiro.

Para o bom êxito da implantação das audiências de custódia, o acordo prevê a atuação conjunta do Poder Judiciário, do Poder Executivo, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil e de instituições com atuação no âmbito de justiça criminal²²⁰.

²²⁰ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 11 mai. de 2015.

5.2. O SEGUNDO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA

O segundo acordo de cooperação técnica tem como objeto a ampliação da aplicação de alternativas penais com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade, o que contribuirá, assim, para o enfrentamento ao processo de encarceramento em massa. As alternativas penais abrangem não só as medidas cautelares diversas da prisão, mas também: as penas restritivas de direitos; a transação penal e a suspensão condicional do processo; a suspensão condicional da pena privativa de liberdade; a conciliação, a mediação e as técnicas de justiça restaurativa; as medidas protetivas de urgência, etc.

Segundo o acordo, tais alternativas penais devem obedecer aos princípios da instrumentalidade e da provisoriedade das medidas, e considerar as seguintes finalidades: a) promoção da autonomia e da cidadania da pessoa submetida à medida; b) incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução de conflitos; c) autorresponsabilização e manutenção do vínculo da pessoa submetida à medida com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais; d) restauração das relações sociais.

Os partícipes engendrarão, ainda, esforços para estreitar canais de articulação com atores envolvidos na implantação da política de alternativas penais (Governos Estaduais e Municipais, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas Estaduais e sociedade civil), com os objetivos: a) de sensibilizar a sociedade e o sistema de justiça criminal sobre a necessidade de aplicação das alternativas penais, com enfoque restaurativo, como forma de reduzir o alto índice de encarceramento e o ciclo vicioso da violência, criminalidade e reincidência; b) de ampliar e qualificar a rede de serviços de aplicação, acompanhamento e fiscalização de alternativas penais; c) de fomentar o controle e a participação social na política de alternativas penais; d) de promover o enfoque restaurativo nas práticas de alternativas penais; e) de aprimorar a gestão da informação da política de alternativas penais.

Para que os objetivos sejam alcançados e o acordo seja executado, o CNJ se comprometeu a: a) fomentar a valorização das alternativas penais nas escolas de formação e capacitação dos membros da magistratura e estimular a realização de cursos de formação para servidores lotados nas unidades judiciárias voltadas a área criminal e de execução penal; b) realizar seminários, *workshops*, congressos e outros eventos voltados à difusão e sensibilização sobre o tema das alternativas penais; c) fomentar publicações, estudos e pesquisas sobre alternativas penais e custo social do encarceramento; d) realizar campanhas de mídia para sensibilização do sistema de justiça criminal e da sociedade em geral, quanto à necessidade de

aplicação de alternativas penais em substituição à privação de liberdade; e) fomentar a implantação de audiências de custódia enquanto estratégia de redução do número de presos provisórios e diminuição de casos de tortura, de forma integrada com serviços de acompanhamento e fiscalização de medidas cautelares diversas da prisão; f) contribuir com o Ministério da Justiça na elaboração, divulgação e implementação de modelo de gestão para a política de alternativas penais; g) promover e estimular o diálogo entre atores do Judiciário, Executivo e demais atores envolvidos na aplicação e fiscalização de alternativas penais, visando a implantação de modelo de gestão integrado, conforme as particularidades de cada localidade; h) fortalecer o Fórum Nacional de Alternativas Penais (FONAPE), instituído pelo CNJ e formado por membros da magistratura das diferentes regiões com atuação destacada na temática; i) instituir sistema periódico de coleta de dados sobre a aplicação, pelos Tribunais, das diferentes espécies de alternativas penais; j) instituir, em parceria com o Ministério da Justiça, sistema nacional de indicadores de alternativas penais.

Já o Ministério da Justiça, através do DEPEN, se comprometeu a: a) apoiar as unidades da federação, com aporte financeiro e técnico, na instalação de Centrais Integradas de Alternativas Penais; b) realizar seminários, *workshops*, congressos e outros eventos voltados à difusão e sensibilização quanto à necessidade de aplicação de alternativas penais em substituição à privação de liberdade; c) fomentar publicações, estudos e pesquisas sobre alternativas penais e custo social do encarceramento; d) realizar campanhas de mídia para sensibilização quanto à necessidade de aplicação de alternativas penais em substituição à privação de liberdade; e) fomentar, junto ao Executivo das unidades da federação, a instituição de estruturas formais de gestão e acompanhamento de alternativas penais; f) fomentar a instituição de práticas de audiências de custódia enquanto estratégia de redução do número de presos provisórios e diminuição de casos de tortura, de forma integrada com serviços de acompanhamento e fiscalização de medidas cautelares diversas da prisão; g) elaborar, divulgar e implementar, em parceria com o CNJ, manual de gestão para a política de alternativas penais, incorporando o enfoque restaurativo nas diferentes espécies; h) promover e estimular o diálogo entre atores do Judiciário, Executivo e demais atores envolvidos na aplicação e fiscalização de alternativas penais, visando a implementação de modelo de gestão integrado, conforme as particularidades de cada localidade; i) instituir instância nacional e articular instâncias regionais para criação de sistema nacional de participação social nos processos de formulação, implementação, monitoramento e avaliação da política de alternativas penais; j) instituir, em parceria com o CNJ, sistema nacional de indicadores de alternativas penais.

Além disso, por meio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, o Ministério da

Justiça se obrigou a: a) apoiar a capacitação de atores envolvidos com a aplicação, o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento de alternativas penais, quanto ao oferecimento de serviços e projetos de inserção social voltado ao público em situação de vulnerabilidade decorrente do uso de drogas; b) fortalecer a rede local de atenção psicossocial especializada na área de álcool e drogas para atendimento do público encaminhado pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais, respeitado o caráter de voluntariedade na participação nos programas.

5.3. O TERCEIRO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA

Por fim, o terceiro acordo assinado objetiva a construção de centros de monitoramento eletrônico para difusão do uso das tornozeleiras eletrônicas. Isto porque, de acordo com notícia divulgada pelo STF:

Hoje, os juízes não podem aplicar essa medida alternativa de controle porque ainda não existe esse equipamento nem meios para controlar a deambulação dos presos, conforme ressaltou o ministro Lewandowski. Pelo acordo, o Ministério da Justiça fica responsável, em parceria com os Estados, pela compra das tornozeleiras e pela montagem dos centros²²¹.

Assim, este último termo de cooperação técnica tem por objeto a conjugação de esforços do CNJ e do Ministério da Justiça com o propósito de elaborar diretrizes e promover a política de monitoração de pessoas, com o intuito de estimular seu potencial desencarcerador e assegurar o uso da ferramenta com respeito aos direitos fundamentais.

As medidas de monitoração eletrônica estão voltadas para: a) o monitoramento de medidas cautelares diversas da prisão aplicadas para pessoas acusadas por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou se tiver sido condenada por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Código Penal; b) o monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas para pessoas acusadas por crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

As ações de aplicação, fiscalização e acompanhamento da monitoração eletrônica devem respeitar os princípios do menor dano ao cumpridor, da necessidade, da adequação e da provisoriedade das medidas, considerando as seguintes finalidades: a) promoção da autonomia e da cidadania da pessoa submetida à medida; b) incentivo à participação da comunidade e da

²²¹ Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar a aplicação de medidas cautelares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

vítima na resolução de conflitos; c) autorresponsabilização e manutenção do vínculo da pessoa submetida à medida com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais; d) a restauração das relações sociais.

Para execução do objeto e alcance dos objetivos desse terceiro acordo, os partícipes se obrigaram a efetivar algumas ações. O CNJ comprometeu-se a: a) realizar levantamento de dados referentes à aplicação da prisão preventiva nas comarcas abrangentes pelo serviço de monitoração eletrônica de pessoas, a fim de que se produzam indicadores para aferição de resultados e impactos do serviço no encarceramento de presos provisórios; b) definir, em conjunto com o DEPEN, as diretrizes e regras quanto ao tratamento e proteção aos dados da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive quanto às investigações criminais, e propor Resolução para disciplinar a matéria em âmbito nacional; c) elaborar, em conjunto com o DEPEN, proposta de fluxos, procedimentos e atribuições dos diferentes órgãos que atuam no processo da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive no tocante à participação psicossocial, definindo metodologia que atente ao enfoque restaurativo da medida e às especificidades regionais; d) elaborar plano de capacitação para os atores dos diferentes órgãos envolvidos no processo de monitoração eletrônica, assim como das pessoas monitoradas, sobre o adequado uso do dispositivo e promover ações de sensibilização quanto ao uso da ferramenta.

Em contrapartida, cabe ao Ministério da Justiça, por meio do DEPEN: a) apoiar os estados com aporte financeiro e técnico para a instalação de Centrais de Monitoração Eletrônica de acordo com as diretrizes construídas em parceria com o CNJ; b) produzir, em conjunto com o CNJ, subsídios para a definição de diretrizes regras quanto ao tratamento e proteção aos dados da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive quanto a investigações criminais; c) elaborar, em conjunto com o CNJ, propostas de fluxos, procedimentos e atribuições dos diferentes órgãos que atuam no processo da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive no tocante à participação de equipe psicossocial, definindo metodologia que atente ao enfoque restaurativo da medida e às especificidades regionais; d) elaborar plano de capacitação para os atores dos diferentes órgãos envolvidos no processo de monitoração eletrônica, assim como das pessoas monitoradas, sobre o adequado uso do dispositivo e promover ações de sensibilização quanto ao uso da ferramenta. Já por meio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, o Ministério da Justiça se comprometeu a: a) apoiar a capacitação de atores envolvidos com a aplicação, o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento da monitoração eletrônica, quanto ao oferecimento de serviços e projetos de inserção social voltado ao público em situação de vulnerabilidade decorrente do uso de drogas; b) fortalecer a rede local de atenção psicossocial especializada na área de álcool e drogas para atendimento do público encaminhado pelas

Centrais de Monitoração Eletrônica, respeitado o caráter de voluntariedade de participação nos programas.

Deste modo, observa-se que os Poderes Judiciário e Executivo, através da assinatura desses três acordos de cooperação, estão envidando esforços para que haja maior emprego das medidas cautelares diversas da prisão.

5.4. IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Como foi visto, o projeto “Audiência de Custódia”, elaborado pelo CNJ, consiste em apresentar aos juízes os presos em flagrante, no prazo de 24 horas, para que o magistrado analise a validade da prisão e se há a necessidade concreta de sua efetivação. Nesta análise, o juiz decidirá se a prisão deve ser mantida, substituída por liberdade provisória ou, ainda, por medida cautelar alternativa. Durante esta audiência, portanto, é feita uma primeira avaliação sobre o cabimento e a necessidade de manutenção da prisão ou adoção de medidas alternativas ao cárcere. Assim, como se trata de um projeto que visa ampliar a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, faz-se imprescindível a pesquisa sobre a sua implantação no território nacional.

Nesse sentido, o presidente do CNJ e do STF, ministro Ricardo Lewandowski, reuniu-se com presidentes de Tribunais de Justiça de todo o país, em maio de 2015, com a finalidade de incentivar o combate à cultura do encarceramento por meio da concretização do projeto Audiências de Custódia. Além disso, para ampliar a adesão dos tribunais à proposta, o CNJ tem visitado as Cortes estaduais para explica-la e com isso disseminá-la em todo o país.

O projeto foi lançado experimentalmente em São Paulo em fevereiro de 2015, no Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães, localizado no bairro da Barra Funda. É para este fórum que são encaminhados todos os autos de prisão em flagrante delito lavrados na capital paulista, os quais são analisados, posteriormente, pelo DIPO-SP²²². Segundo informações divulgadas pelo CNJ, o programa já reduziu em 45% o número de prisões provisórias nesse estado, em um total de duas mil audiências realizadas²²³. O CNJ, ademais, foi homenageado pela Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo pelo trabalho realizado, a qual manifestou

²²² Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Presidente do CNJ participa de lançamento do Projeto Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62433-presidente-do-cnj-participa-de-lancamento-do-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

²²³ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

irrestrito apoio ao projeto²²⁴.

O estado do Espírito Santo, por sua vez, foi considerado o segundo estado brasileiro a aderir ao projeto das audiências de custódia. Os juízes designados a atuarem nessas audiências receberam, inclusive, um treinamento no Salão Nobre do Tribunal de Justiça desse estado. Inicialmente, o projeto foi previsto para ser desenvolvido no Centro de Triagem do Complexo Penitenciário de Viana, o qual recebe todas as pessoas autuadas em delito na Grande Vitória. Nesse local, foi montada uma estrutura para os representantes do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública ouvirem os presos em flagrante em até 24 horas após a prisão. Ademais, é nesta mesma unidade prisional que funciona a Central de Monitoramento Eletrônico do estado, que fornece a tornozeleira eletrônica e dá instruções para seu uso, caso o magistrado aplique a medida cautelar de monitoramento eletrônico.

Na primeira fase de implantação do projeto no Espírito Santo, ficou determinada a apresentação, ao juiz de direito, de pessoas presas nos municípios de Vitória, Serra, Cariacica, Vila Velha e Viana²²⁵. No dia 22 de maio de 2015 ocorreu a primeira audiência de custódia nesse estado, e o preso que dela participava, um sujeito acusado de praticar um furto de um aparelho de telefone celular dentro de um ônibus, conseguiu que seu julgamento fosse aguardado em liberdade. A juíza concedeu a liberdade provisória, com a determinação de que o acusado cumprisse duas medidas cautelares: não deixar o município onde mora e não mudar de endereço sem comunicar o juiz responsável. Na ocasião desse julgamento, o ministro Ricardo Lewandowski, que presenciava o ato, muito bem pontuou²²⁶:

(...) Não temos dúvidas de que as audiências vão reduzir a população carcerária. O déficit de vagas equivale, aproximadamente, ao número de prisões provisórias. Muitas delas poderiam ser perfeitamente evitadas. Hoje, temos um exemplo disso, um jovem de 21 anos de idade viciado em *crack* que roubou um celular que foi devolvido à vítima. Em vez de ser encarcerado, de se misturar com criminosos de alta periculosidade, ele vai receber um tratamento e vai ficar sob a custódia do Estado e, oportunamente, será apenado na forma como a lei determina.

Nas audiências de custódia seguintes, ocorridas entre os dias 22 e 24 de maio de 2015, a Justiça capixaba decidiu pela liberdade provisória de 57 dos 95 presos ouvidos. Das pessoas autorizadas a aguardar o julgamento fora da prisão, 29 delas (ou 30% do total) serão

²²⁴ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Entidades de segurança homenageiam CNJ por audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79400-entidades-de-seguranca-homenageiam-cnj-por-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²²⁵ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Juízes capixabas recebem treinamento para audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79327-juizes-capixabas-recebem-treino-do-tj-sp-para-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

²²⁶ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de custódia no ES concede liberdade provisória a acusado*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79436-audiencia-de-custodia-no-es-concede-liberdade-provisoria-a-acusado>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

monitoradas eletronicamente, segundo o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Elas deixaram o Centro de Triagem do Complexo Penitenciário de Viana e voltaram para casa portando tornozeleira eletrônica²²⁷. Ainda nesse estado, desde a implantação do programa até o dia 11 de junho de 2015, foram realizadas 410 apresentações ao juiz plantonista que resultaram na realização de 337 audiências. Deste total, somente 185 prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva. Ao todo, foram expedidos 224 alvarás de soltura: em 10 casos houve o relaxamento da prisão; em 25 foi deferida liberdade provisória sem fiança; em outros 14 foi concedida liberdade provisória com fiança; em outros 172 julgamentos houve deferimento de liberdade provisória sem fiança e com medida cautelar. Por fim, a liberdade provisória com fiança e medida cautelar foi deferida em outros quatro casos. É interessante destacar, ainda, que 159 custodiados foram encaminhados para atendimento psicossocial²²⁸. A “Audiência de Custódia” também está em funcionamento em São Luís, no Maranhão.

No dia 14 de abril de 2015, foi divulgada a informação de que um grupo de trabalho instituído pela presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, desembargadora Iracema Vale, terá 60 dias para apresentar um relatório circunstanciado sobre a implantação do projeto Audiência de Custódia no Judiciário do estado²²⁹. No estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça criou uma comissão formada por desembargadores, juízes, membros do Poder Executivo, da Defensoria Pública e de representantes do setor de segurança pública para viabilizar um cronograma de implantação do projeto e a definição da sua estrutura física e funcional²³⁰.

O objetivo do CNJ é implantar o projeto em 14 estados até o fim de agosto de 2015: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco, Paraíba, Ceará, Piauí, Amazonas, Tocantins, Mato Grosso e Distrito Federal²³¹. Recentemente,

²²⁷ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Audiências de custódia no ES rendem monitoramento para 30% dos presos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79465-audiencias-de-custodia-no-es-rendem-monitoramento-para-30-dos-presos>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²²⁸ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *ONG internacional elogia trabalhos do Audiência de Custódia no ES*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79660-ong-internacional-elogia-trabalhos-do-audiencia-de-custodia-no-es>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

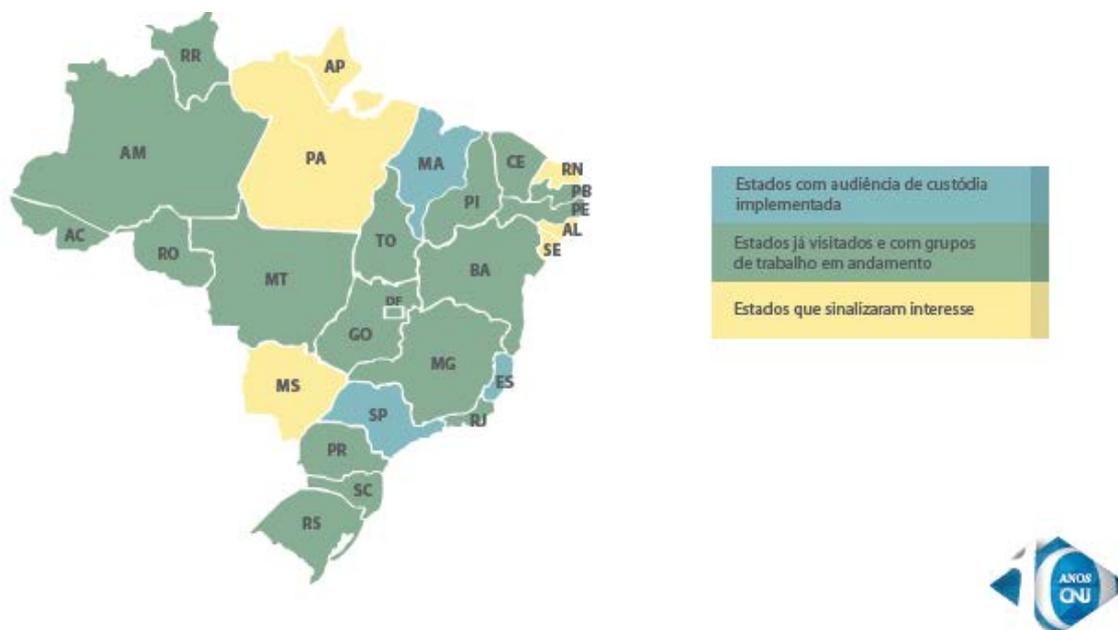
²²⁹ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Grupo terá 60 dias para concluir relatório sobre implantação de audiências de custódia no CE*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79033-grupo-tera-60-dias-para-concluir-relatorio-sobre-implantacao-de-audiencias-de-custodia-no-ce>>. Acesso em: 11 mai. de 2015.

²³⁰ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Tribunal do RJ cria comissão para implantar audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79412-tribunal-do-rj-cria-comissao-para-implantar-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²³¹ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

foi divulgado pelo CNJ o “Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil”²³²:

Figura 3 – Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil



Fonte: CNJ - Conselho Nacional de Justiça, julho/2015

O programa Audiência de Custódia, por sua vez, recebeu, no dia 10 de junho de 2015, o importante apoio de um dos principais organismos internacionais na área de direitos humanos. Uma delegação da *Human Rights Watch* e de especialistas da universidade americana de Yale na área do Direito Criminal reuniu-se com o presidente do CNJ e do STF, ministro Ricardo Lewandowski, para manifestar apoio ao projeto. Na ocasião, o diretor da *Human Rights Watch* para as Américas, Daniel Wilkinson, afirmou que esse é um dos mais importantes avanços que estão acontecendo hoje na área de direitos humanos no Brasil, e que, desta vez, algo realmente está sendo implementado e que pode fazer a diferença²³³.

O projeto, como visto, está sendo levado inicialmente aos tribunais estaduais, responsáveis pela tramitação do maior fluxo de processos criminais no país. Não obstante, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) manifestou apoio formal às audiências de custódias, e informou que vai incentivar a execução experimental do projeto em varas federais

²³² Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/182cc5fc34182bdef1ad10f90446c9f5.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

²³³ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Programa Audiência de Custódia recebe o apoio da Human Rights Watch*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79618-programa-audiencia-de-custodia-recebe-o-apoio-da-human-rights-watch>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

nas capitais. A Ajufe ainda destacou que apresentou ao Congresso Nacional nota técnica à alteração do artigo 306 do CPP. O assunto está sendo tratado no Projeto de Lei do Senado n. 554/2011²³⁴.

Este Projeto de Lei do Senado, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, estabelece o prazo de 24 horas, contados a partir da prisão em flagrante, para apresentação do preso à autoridade judicial. A alteração legislativa proposta opera-se no § 1º do art. 306 do CPP, cujo texto vigente estabelece o encaminhamento, no mencionado prazo, do auto de prisão em flagrante ao juiz competente e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, de cópia integral para a Defensoria Pública. Na justificação, Valadares argumenta que o item 3 do artigo 9º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado no direito nacional por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, estabelece que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. Em adição, recorda que o Brasil é signatário também da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que traz determinação de igual teor no item 5 do seu artigo 7º. Ressalta, por fim, que o projeto é resultado de diálogos com o Ministério da Justiça, com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e com organizações de direitos humanos da sociedade civil²³⁵.

5.4.1. *Críticas quanto à Audiência de Custódia*

Para o CNJ, as audiências de custódia são uma ferramenta inovadora, apta a racionalizar o uso da prisão cautelar no país. O objetivo dessas audiências, de acordo com o Conselho, é uma apreciação mais adequada e apropriada da prisão que se impôs, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista pelo juiz da pessoa presa. Além disso, elas permitem que o juiz, o membro do Ministério Público e da defesa técnica conheçam de possíveis casos de tortura e tomem as providências. Outrossim, previnem o ciclo da violência e da criminalidade quando possibilitam ao juiz analisar se está diante da

²³⁴ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Projeto de audiências de custódia recebe apoio de juízes federais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79367-projeto-de-audiencias-de-custodia-recebe-apoio-de-juizes-federais>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²³⁵ PLS n. 554/201. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95843.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

prisão de um criminoso ocasional ou daqueles envolvidos com facções penitenciárias²³⁶. De acordo com o ministro Ricardo Lewandowski, a audiência de custódia possibilita que o juiz decida vendo a pessoa à sua frente e não com base em um “amontoado de papéis dentro dos autos de um processo”²³⁷.

Guilherme de Souza Nucci, no entanto, escreveu um artigo em que afirma que tais audiências são um “modismo”, e que o “*mito* dessa audiência é que ela é *essencial* para tirar presos provisórios do seu calvário”²³⁸.

Atuando como desembargador na 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Nucci disse que alguns defensores públicos começaram a arguir a *preliminar de nulidade* da prisão em flagrante, com soltura do preso, pois ele não fora apresentado ao magistrado. O fundamento utilizado na preliminar era a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que dispõe, em seu art. 7º, 5, que “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)*”. No entanto, o autor alega que a referida Convenção foi aprovada pelo Brasil há 23 anos (por meio do Decreto 678/92) e que, até agora (até a polêmica atual das audiências de custódia), ninguém havia cogitado que o Judiciário vinha descumprindo cláusula fundamental de direitos humanos por não apresentar um preso ao juiz em 24 horas. Segundo Nucci, nunca houve e não há qualquer violação a direitos humanos, pois o delegado de polícia, no sistema adotado pelo Brasil, é a autoridade para a qual, segundo o CPP, o preso deve ser imediatamente apresentado. O delegado é competente e qualificado para realizar o juízo inicial da legalidade. Ou seja, para Nucci, o sistema processual do Brasil, vigente há mais de 70 anos, adotou o critério de apresentar o preso ao delegado, para, na sequência (24 horas), ser avaliado o auto de prisão em flagrante por magistrado togado. Para ele, esse sistema nunca se revelou causa ou fundamento de desrespeito aos direitos humanos, tanto assim que os comentadores da Convenção Americana dos Direitos Humanos nunca tinham mencionado, até então, a necessidade de “audiência de custódia”. Para o autor, as ilegalidades podem ser sanadas pela simples leitura do auto, e liberdades provisórias podem ser concedidas pelo mesmo caminho. Nucci diz, ainda, que os juízes responsáveis e

²³⁶ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

²³⁷ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski-quer-levar-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

²³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

cuidadosos concedem fiança ou outras medidas cautelares, afastando o detido da prisão, pela simples leitura do auto. Afirma que “*quem não solta, mantendo quase sempre a prisão cautelar, não vai mudar porque viu ou conversou alguns minutos com o preso*”. E continua a crítica:

Alguns virão com estatísticas, dizendo que onde foi implantada a audiência de custódia, o volume de solturas elevou-se. Causa-me estranheza tal afirmação pelas seguintes razões: a) os juízes trabalhavam muito mal antes e, porque não viam o preso, mantinham-no preso, ainda que ele merecesse a liberdade provisória?; b) esses magistrados da audiência de custódia, por acaso, são titulares de cargos fixos? Ou são designados pela Presidência de seus tribunais? A pergunta se deve porque, para um sistema dar certo, em tese, seria possível designar juízes considerados liberais ou bem instruídos a soltar o maior número de presos, quando apresentados na tal audiência de custódia. A experiência de S. Paulo (Capital) conduz para respostas duvidosas quanto a tais estatísticas. Gostaria de saber se os magistrados das audiências de custódia que se realizam, hoje, no Brasil, são todos titulares de cargos fixos. E eles, somente pelo contato com o réu, mudaram sua posição de manter a prisão para soltá-lo. Se alguém me provar isso, gostaria de ouvir do colega juiz o que o réu lhe contou a ponto de sensibilizá-lo, fazendo-o mudar radicalmente de opinião.

Concluindo, destaca os principais argumentos que fundamentam sua posição contrária às audiências de custódia:

Em suma: a) durante 23 anos, o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o mesmo; somente agora, alguns descobriram que o Brasil o descumpra seguidamente; b) se é um direito humano fundamental, em todos os lugares onde não há audiência de custódia, os flagrantes devem ser imediatamente relaxados, pouco importando o caso concreto; c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um *experimento* com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo; e) o sistema no Brasil não consegue transportar réus para as audiências, mas certamente haverá um imenso número de agentes (policiais?) para levá-los todos os dias à frente do juiz; f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; h) os defensores, hoje, da audiência de custódia, como um direito fundamental, demoraram a acordar para isso (apenas 23 anos); mas já que o fizeram e estão despertos, convém levar logo ao STJ e ao STF a questão, por meio do *habeas corpus* para padronizar para todo o Brasil se *sim* ou se *não* a audiência de custódia; h) não há essa previsão no CPP; o STF tem a tendência de equiparar tratados a lei federal; de todo modo, mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve *legislar* sobre o procedimento *nacional* a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se chama *legalidade*, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal.”

Independentemente da crítica feita por Nucci, deve-se considerar que o tema das audiências de custódia é recente e por isso há poucas publicações doutrinárias sobre esse instituto amplamente defendido pelo CNJ. Assim, somente monitoramentos futuros fornecerão argumentos sólidos para dizer se essas audiências são legais e efetivas. Não obstante, não se

pode olvidar que as audiências de custódia estão exercendo um papel importante na redução da quantidade de presos provisórios no país, além de permitirem que o magistrado analise mais detalhadamente o caso que deverá decidir. Além disso, a partir da análise dos resultados obtidos nas primeiras audiências de custódia realizadas nos estados de São Paulo e Espírito Santo, é possível afirmar que há uma perspectiva de ampliação na utilização das medidas cautelares diversas da prisão, objetivo que foi amplamente almejado pela Lei n. 12.403/11.

CAPÍTULO 6 – REGULAMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

1. REGULAMENTAÇÃO

A audiência de custódia, como visto, fundamenta-se no direito em que a pessoa presa em flagrante possui de ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que analisará os seguintes pontos: se os direitos fundamentais dessa pessoa foram respeitados, se a prisão em flagrante foi legal ou se deve ser relaxada e se a prisão cautelar deve ser decretada ou se o preso poderá receber a liberdade provisória ou medida cautelar diversa da prisão.

Por sua vez, a regulamentação das audiências de custódia, prevista no Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, foi aprovada no dia 09 de setembro de 2015 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Caso não haja recurso para votação em Plenário, a proposta será enviada diretamente para a Câmara dos Deputados²³⁹.

Os senadores da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal analisaram um substitutivo ao projeto de lei do senador Antônio Carlos Valadares, o texto aprovado estabelece o prazo máximo de 24 horas para o preso em flagrante seja apresentado ao juiz e determina que tanto o ato quanto o local da prisão sejam comunicados imediatamente ao juiz, ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou ao advogado e à pessoa indicada pelo preso.

Além disso, o texto aponta que o delegado deve determinar medidas para preservar a integridade do prisioneiro nos casos de maus-tratos e apurar responsabilidades. Estabelece, ainda, que as informações obtidas na audiência de custódia devem ser registradas em autos diferentes do processo principal e não podem servir de meio de prova contra o depoente, tratando apenas da legalidade da prisão em flagrante.

Outrossim, o substitutivo aprovado retirou a possibilidade de fixação de cautelar pelo delegado de polícia e estabeleceu prazo de 12 meses para a vigência da futura lei nos municípios que não forem sede de comarca. O texto também expressou que o eventual descumprimento do prazo para apresentação do preso ao juiz não motiva o relaxamento da prisão em flagrante.

2. CONSTITUCIONALIDADE

²³⁹ Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Senado aprova regulamentação das audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80398-senado-aprova-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 22 set. 2015.

Apesar de existir o já mencionado projeto de lei tramitando no Congresso Nacional (Projeto de Lei do Senado nº 554/2011), o certo é que a audiência de custódia ainda não foi regulamentada por lei no Brasil. Isso significa que não existe uma lei estabelecendo o procedimento a ser adotado para a realização dessa audiência. Nesse cenário, e a fim de dar concretude à previsão contida no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁴⁰, recentemente, alguns Tribunais de Justiça, incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça, passaram a regulamentar a audiência de custódia por meio de atos internos exarados pelos próprios Tribunais (provimentos e resoluções).

Neste sentido, em 22 de janeiro de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento Conjunto nº 03/2015 regulamentando a audiência de custódia no âmbito daquele Tribunal, nos seguintes termos:

OS DESEMBARGADORES JOSÉ RENATO NALINI, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, E HAMILTON ELLIOT AKEL, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais; CONSIDERANDO que o Poder Judiciário, em parceria com o Poder Executivo, vem adotando inúmeras providências na busca pelo equacionamento dos problemas sob os quais opera o sistema penitenciário do Estado; CONSIDERANDO que os reflexos dessas providências não alcançam, de maneira a causar impacto determinante no funcionamento do sistema penitenciário, aqueles cuja permanência no cárcere se dá por força de prisão cautelar, e que representam parcela significativa do contingente dos estabelecimentos penais; CONSIDERANDO, assim, a necessidade de implantar, em absoluta sinergia com recentes medidas do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, uma ferramenta para controle judicial mais eficaz da necessidade de manutenção da custódia cautelar; CONSIDERANDO que o Brasil, no ano de 1992, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica) que, em seu artigo 7º, item 5, dispõe: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”; CONSIDERANDO o Projeto de Lei nº 554/2001 do Senado Federal que altera o artigo 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, para incorporar, na nossa legislação ordinária, a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa, no prazo de 24 horas, ao juiz que, em audiência de custódia, decidirá por manter a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva, relaxá-la ou substituí-la por uma medida cautelar; CONSIDERANDO, finalmente, o decidido nos autos do processo nº 2014/00153634 – DICOGE 2.1; RESOLVEM (...).

O Provimento Conjunto segue com onze artigos regulamentadores das audiências de custódia. Contudo, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra esse Provimento Conjunto, principalmente em razão de seu artigo 3º, o qual estabelece que “a autoridade policial providenciará a apresentação da

²⁴⁰ Artigo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Direito à liberdade pessoal (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia”. A referida associação argumentou que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, uma vez que a competência para legislar sobre a matéria é da União (art. 22, I, da CF/88), por meio do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, parágrafos 4º e 6º).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal a julgou improcedente, ao apreciar a questão²⁴¹, afirmando que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ter caráter supralegal, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Vale lembrar que, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais, e, portanto, supralegais.

Ademais, a Suprema Corte entendeu que a apresentação do preso ao juiz está intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o “habeas corpus”. A essência desse remédio constitucional, por sua vez, está justamente no contato direto do juiz com o preso, para que, assim, o julgador possa saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Justamente por isso, o Código de Processo Penal, em seu artigo 656, estabelece que “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo não inovou na ordem jurídica, mas apenas explicitou conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal e da Convenção Americana de Direitos Humanos. De acordo com o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ministro Luiz Fux, o provimento questionado não regulou normas de direito, na medida em que apenas promoveu atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna.

Por fim, a Corte afirmou que não há que se falar em violação ao princípio da separação

²⁴¹ Portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 22 set. 2015.

dos poderes porque não foi o Provimento Conjunto que criou obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada Convenção e o Código de Processo Penal. Desse modo, o Supremo confirmou a validade das normas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre as audiências de custódias. Portanto, só resta a aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 pelo Congresso Nacional para que as audiências de custódias se tornem definitivamente eficientes e para que haja o consequente aumento na aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.

RESULTADOS FINAIS

Na doutrina prevalecem dúvidas quanto à efetividade do instituto das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar. Porém, a dificuldade em fiscalizar o cumprimento de algumas cautelares pode ser superada se o Estado criar mecanismos eficientes de verificação da execução das medidas.

No Judiciário da capital paulista, quanto aos crimes de furto, a medida cautelar da prisão continua a predominar nas decisões de conversão do flagrante em preventiva. No entanto, há uma porcentagem significativa de decisões que decretaram uma medida cautelar alternativa. Não obstante diversas críticas doutrinárias quanto à expressão “ordem pública”, ficou constatado que o fundamento mais utilizado para decretar a prisão preventiva, logo após a prisão em flagrante, foi justamente a “garantia da ordem pública”. Além disso, o argumento que mais apareceu nas decisões judiciais de conversão da prisão em flagrante em preventiva foi o relativo aos antecedentes dos acusados, o que poderia significar uma ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Independentemente da condição econômica dos presos em flagrante e do tipo de delito supostamente cometido, os magistrados tendem a eleger a fiança como a medida cautelar substitutiva à prisão.

No Judiciário fluminense, ficou constatado que, com a Lei n. 12.403/2011, houve uma queda dos casos submetidos a prisões provisórias, embora não muito acentuada. Entretanto, dentre as cautelares, essa medida continuou a predominar amplamente. As medidas alternativas ao encarceramento prevaleceram somente em duas modalidades de delitos: falsificação de sinal de fiscalização alfandegária e violação de direito autoral. Em contrapartida, quase na totalidade dos casos de tráfico de drogas e porte ilegal de armas, a primeira decisão do juiz foi a decretação de prisão preventiva. Mesmo nos crimes não violentos contra o patrimônio, como receptação, furto e estelionato, os acusados, em sua maioria, tiveram, em regra, o flagrante convertido em prisão preventiva. No entanto, 42% dos acusados que foram mantidos presos após o flagrante terminaram cumprindo penas diversas da prisão, o que revela uma verdadeira antecipação agravada da pena e uma desproporção entre a medida cautelar aplicada e a sentença. Com relação às medidas cautelares alternativas, houve um significativo crescimento das fianças em sede policial e um aumento, ainda que insignificante, de outras medidas, como a proibição de ausentar-se da comarca, de manter contato com pessoa determinada e de frequentar determinados lugares.

As teses firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça ora garantem a excepcionalidade da

prisão preventiva, ora permitem a utilização desmedida dessa cautelar (v.g., o STJ admite a “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva; e permite que inquéritos policiais e processos em andamento sejam elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva).

Os poderes Judiciário e Executivo, através do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, firmaram três acordos de cooperação técnica para incentivar a aplicação das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar: o primeiro acordo objetiva implantar a audiência de custódia nos estados brasileiros; o segundo pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, tanto cautelarmente quanto na execução da pena; e o terceiro elabora diretrizes para a promoção da política de monitoração eletrônica.

O projeto que visa implantar as audiências de custódia no Brasil foi lançado experimentalmente na cidade de São Paulo e, em um total de duas mil audiências já realizadas, houve a redução de 45% no número de prisões provisórias. O estado do Espírito Santo foi o segundo estado brasileiro a aderir ao projeto e, desde a implantação do programa, em grande parte das decisões proferidas nas audiências de custódia houve a decretação de alguma medida cautelar diversa da prisão. As audiências de custódia também já foram implantadas no estado do Maranhão, mas o objetivo do CNJ é expandir o projeto para outros estados, sendo que muitos já foram visitados e apresentam grupos de trabalho em andamento. A Associação dos Juízes Federais do Brasil manifestou apoio formal às audiências de custódias e informou que vai incentivar a execução experimental do projeto também nas varas federais nas capitais.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o objetivo geral da pesquisa foi atingido.

CONCLUSÕES

A atual situação carcerária brasileira é complexa. O número de pessoas privadas de liberdade ultrapassa a marca dos 600 mil. Existem cerca de 300 presos para cada 100 mil habitantes. O déficit de vagas é alto e a taxa de ocupação média nos estabelecimentos é de 161%. Além disso, 41% das pessoas privadas de liberdade estão em situação provisória.

Até o advento da Lei n. 12.403/11, o Código de Processo Penal possibilitava ao magistrado, basicamente, duas opções para decidir sobre uma prisão em flagrante: ou colocava o acusado em liberdade provisória (com ou sem fiança) até o seu julgamento; ou mantinha a prisão em flagrante, se presentes os requisitos legais. Com a denominada “Lei das Medidas Cautelares”, houve a criação de diversas medidas cautelares pessoais alternativas e estabeleceu-se a prisão preventiva como medida excepcional. Na sistemática da nova lei, a aplicação de qualquer medida cautelar, da mais tênue a mais grave, deve observar os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da medida.

As medidas cautelares pessoais diversas da prisão são, de acordo com as regras previstas nos atuais arts. 319 e 320 do CPP: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; monitoração eletrônica; proibição de ausentar-se do país.

Essas cautelares alternativas visam, principalmente, evitar os custos sociais do encarceramento, tais como: o afastamento da família e do trabalho; as más condições de higiene existentes nos estabelecimentos prisionais; o fortalecimento de vínculos com criminosos dentro do presídio, dentre outros. Ademais, as novas cautelares possibilitam a diminuição da taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários e viabilizam a garantia constitucional da presunção de inocência. Contudo, todo novo sistema implica mudanças de paradigmas e demanda tempo de amadurecimento. Porém, quando surge a oportunidade de substituir a prisão cautelar por outra medida, surge uma realidade que não pode ser ignorada.

Em razão da recentidade do dispositivo que trata das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar, não há como se esperar, ao menos por algum tempo, que haja consenso doutrinário sobre a efetividade dessas medidas. Não obstante, não se pode deixar de saudar a iniciativa do legislador em explicitar as novas medidas cautelares, ainda que elas suscitem alguns questionamentos. Muitas das cautelares alternativas à prisão inseridas pela Lei n. 12.403/2011 dependem de progresso tecnológico, de uma efetiva fiscalização estatal, e,

principalmente, da mudança de postura dos operadores do direito. Ao mesmo tempo, há de se ter um paradigma de comparação para saber se realmente houve progresso na utilização dessas medidas.

Por isso, após análise dos resultados de algumas decisões judiciais proferidas no âmbito das capitais paulista e fluminense, foi possível concluir que, lamentavelmente, a prisão provisória prevalece como a cautelar mais aplicada pelos magistrados brasileiros. Além disso, a jurisprudência ainda admite a decretação da prisão preventiva com base em fundamentos vagos e imprecisos. Todavia, não se pode deixar de notar a porcentagem significativa de aplicação das medidas cautelares diversas do cárcere e as iniciativas do Poder Público para ampliar a utilização desse instituto.

Por exemplo, têm sido extremamente interessantes os resultados da implantação do projeto relacionado às audiências de custódia, as quais garantem que uma pessoa presa seja apresentada rapidamente a um juiz nos casos de prisão em flagrante. Nesta audiência, são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública (ou do advogado da pessoa presa). O juiz, além de analisar a legalidade e necessidade da prisão, pode também verificar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos. Para viabilizar a implantação dessas audiências, o Departamento Penitenciário Nacional busca estruturar centrais de alternativas penais e centrais de monitoramento eletrônico, para que então o juiz possa decidir por alternativas ao encarceramento provisório.

Sem embargo dos méritos da iniciativa de instituição das audiências de custódia, a medida vem recebendo críticas porque sua instituição está sendo feita através de atos administrativos, com clara violação do princípio do devido processo legal. Assim, visando a institucionalização adequada do importante instrumento de controle das prisões provisórias, seria recomendável a prévia elaboração de medida legislativa. Neste sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que objetiva regulamentar tais audiências.

Durante todo o curso deste trabalho, houve a tentativa de expor não somente os pontos favoráveis das medidas cautelares pessoais alternativas à prisão cautelar, mas, principalmente, os aspectos críticos desses institutos. A par da posição favorável à adoção das medidas cautelares diversas da prisão, não se ignora que há um extenso caminho pela frente, mesmo porque existem opiniões abalizadas contrárias e dificuldades práticas de aplicação da lei. Entretanto, é possível concluir que há uma perspectiva de ampliação na utilização das medidas cautelares diversas da prisão, objetivo que foi amplamente almejado pela Lei n. 12.403/11.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003.

AMARAL, Claudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo*. São Paulo: J.H. Mizuno, 2012.

ARP e CESeC. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisria_no_Rio_de_Janeiro__Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4032011.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2006.

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

BOTELHO, Flávia Mestriner. *Levantamento do sistema penitenciário brasileiro em 2012*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/levantamento-do-sistema-penitenciario-brasileiro-em-2012>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares: projeto de Lei 111/2008*. Em: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. rev. da tradução. Trad.: Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 1980. 457 f. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Penal) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1980.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Controle da prisão processual e a Resolução 66 do CNJ*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-05/controla-prisao-processual-resolucao-66-cnj>>, 05 mar. 2009. Acesso em: 22 dezembro 2014.

_____. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* *Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. vol. I.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Sistema penitenciário y revolución telemática: ¿el fin de los muros em las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Madrid: Slovento, 2005.

IDDD. *O impacto da Lei nº 12.403/2011 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*. Disponível em: <https://rejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/10/sos_liberdade_iddd.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2015.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Ariano; MACEDO, Celina Maria. *O Brasil e o Monitoramento Eletrônico. Monitoramento Eletrônico: uma Alternativa à Prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle*. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 170, São Paulo, jan. 2007.

LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância*. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES Jr., Aury. *A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal*. Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 203, São Paulo, out. 2009.

_____. *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)*. São Paulo. Boletim do IBCCRIM, Ed. Especial CPP, ago. 2010

_____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Leis penais e Processuais Comentadas*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 25 julho 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Rochel de. *A monitoração eletrônica como medida cautelar no processo penal*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens. *Dispositivos legais desencarceradores: o óbice hermenêutico*. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Perguntas Frequentes*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em 11 mai. 2015.

_____. *Qual a utilidade e como funcionam?* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77247-qual-a-utilidade-e-como-funcionam>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

_____. *Documentário “Sem Pena” mostra realidade do sistema de justiça criminal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60388-documentario-sem-pena-mostra-realidade-do-sistema-de-justica-criminal>>. Acesso em: 11 mai. 2015

_____. *Presidente do CNJ participa de lançamento do Projeto Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62433-presidente-do-cnj-participa-de-lancamento-do-projeto-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

_____. *Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski-quer-levar-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>>. Acesso em: 11 mai. 2015

_____. *Grupo terá 60 dias para concluir relatório sobre implantação de audiências de custódia no CE.* Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79033-grupo-tera-60-dias-para-concluir-relatorio-sobre-implantacao-de-audiencias-de-custodia-no-ce>>. Acesso em: 11 mai. de 2015.

_____. *Juízes capixabas recebem treinamento para audiência de custódia.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79327-juizes-capixabas-recebem-treinamento-do-tjsp-para-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. *Audiência de custódia no ES concede liberdade provisória a acusado.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79436-audiencia-de-custodia-no-es-concede-liberdade-provisoria-a-acusado>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. *Lewandowski conclama tribunais a combaterem cultura do encarceramento.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79277-lewandowski-conclama-tribunais-a-combaterem-cultura-do-encarceramento>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. *Entidades de segurança homenageiam CNJ por audiências de custódia.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79400-entidades-de-seguranca-homenageiam-cnj-por-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. *Audiências de custódia no ES rendem monitoramento para 30% dos presos.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79465-audiencias-de-custodia-no-es-rendem-monitoramento-para-30-dos-presos>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. *ONG internacional elogia trabalhos do Audiência de Custódia no ES.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79660-ong-internacional-elogia-trabalhos-do-audiencia-de-custodia-no-es>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. *Tribunal do RJ cria comissão para implantar audiência de custódia.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79412-tribunal-do-rj-cria-comissao-para-implantar-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. *Projeto de audiências de custódia recebe apoio de juízes federais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79367-projeto-de-audiencias-de-custodia-recebe-apoio-de-juizes-federais>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. *Programa Audiência de Custódia recebe o apoio da Human Rights Watch*. Disponível em: Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/182cc5fc34182bdef1ad10f90446c9f5.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

Portal eletrônico do Ministério da Justiça. *Ministro Lewandowski assina acordo para incentivar a aplicação de medidas cautelares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. *Jurisprudência em teses*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2032%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. *Senado aprova regulamentação das audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80398-senado-aprova-regulamentacao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 22 set. 2015.

_____. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 22 set. 2015

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo Penal*. v.3. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Sequestro prévio e sequestro no CPC: distinção*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.5, São Paulo, RT.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2001.

ANEXO 1

Quadro comparativo das mudanças do Código de Processo Penal (Lei n. 12.403/2011)

COMO ERA TÍTULO IX DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA	COMO FICOU TÍTULO IX DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA
<p>Art. 282. À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.</p>	<p>Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:</p> <p>I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;</p> <p>II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.</p> <p>§1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.</p> <p>§2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.</p> <p>§3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.</p> <p>§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).</p> <p>§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.</p> <p>§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).</p>
<p>Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.</p>	<p>Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.</p> <p>§1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.</p> <p>§2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.</p>
<p>Art. 289. Quando o réu estiver no território nacional, em lugar estranho ao da jurisdição, será deprecada a</p>	<p>Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será</p>

<p>sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.</p> <p>Parágrafo único. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama.</p>	<p>deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.</p> <p>§1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.</p> <p>§2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.</p> <p>§3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.</p>
<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.</p> <p>§1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.</p> <p>§2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.</p> <p>§3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.</p> <p>§4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.</p> <p>§5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.</p> <p>§6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.</p>
<p>Art. 298. Se a autoridade tiver conhecimento de que o réu se acha em território estranho ao da sua jurisdição, poderá, por via postal ou telegráfica, requisitar a sua captura, declarando o motivo da prisão e, se afiançável a infração, o valor da fiança.</p>	<p>Art. 298 (REVOGADO)</p>
<p>Art. 299. Se a infração for inafiançável, a captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por via telefônica, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.</p>	<p>Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.</p>
<p>Art. 300. Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.</p>	<p>Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.</p> <p>Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.</p>

<p>Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.</p> <p>§1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.</p> <p>§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.</p>	<p>Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.</p> <p>§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.</p> <p>§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.</p>
<p>Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.</p> <p>Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).</p>	<p>Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:</p> <p>I - relaxar a prisão ilegal; ou</p> <p>II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou</p> <p>III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.</p> <p>Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.</p>
<p>Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.</p>	<p>Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p> <p>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).</p>
<p>Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:</p> <p>I - punidos com reclusão;</p> <p>II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;</p> <p>III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.</p>	<p>Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:</p> <p>I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;</p> <p>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;</p> <p>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;</p>

<p>IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.</p>	<p>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.</p>
<p>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 do art. 19, I, II ou III, do Código Penal.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.</p>	<p>Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.</p>
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV DA APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO</p> <p>Art. 317. A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR</p> <p>Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.</p>
<p>Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito.</p>	<p>Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:</p> <p>I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.</p> <p>Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.</p>
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO V DA PRISÃO ADMINISTRATIVA</p> <p>Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:</p> <p>I - contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam; II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional; III - nos demais casos previstos em lei.</p> <p>§1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.</p> <p>§2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.</p> <p>§3º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES</p> <p>Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:</p> <p>I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;</p>

	<p>VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;</p> <p>VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;</p> <p>IX – monitoração eletrônica.</p> <p>§ 1º (Revogado).</p> <p>§ 2º (Revogado).</p> <p>§ 3º (Revogado).</p> <p>§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.</p>
<p>Art. 320. A prisão decretada na jurisdição cível será executada pela autoridade policial a quem forem remetidos os respectivos mandados.</p>	<p>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.</p>
<p>Art. 321. Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:</p> <p>I - no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;</p> <p>II - quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses.</p>	<p>Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.</p> <p>I – (revogado)</p> <p>II – (revogado).</p>
<p>Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.</p> <p>Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.</p>	<p>Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.</p> <p>Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.</p>
<p>Art. 323. Não será concedida fiança:</p> <p>I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;</p> <p>II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;</p> <p>III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;</p> <p>IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;</p> <p>V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.</p>	<p>Art. 323. Não será concedida fiança:</p> <p>I – nos crimes de racismo;</p> <p>II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;</p> <p>III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;</p> <p>IV – (revogado);</p> <p>V – (revogado).</p>
<p>Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:</p> <p>I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;</p> <p>II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;</p> <p>III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;</p>	<p>Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:</p> <p>I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;</p> <p>II – em caso de prisão civil ou militar;</p> <p>III – (revogado);</p> <p>IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).</p>

<p>IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).</p>	
<p>Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos; b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos; c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.</p> <p>§1º Se assim o recomendar a situação econômica do réu, a fiança poderá ser:</p> <p>I - reduzida até o máximo de dois terços;</p> <p>II - aumentada, pelo juiz, até o décuplo.</p> <p>§2º Nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no art. 310 e parágrafo único deste Código, devendo ser observados os seguintes procedimentos:</p> <p>I - a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante;</p> <p>II - o valor de fiança será fixado pelo juiz que a conceder, nos limites de dez mil a cem mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, da data da prática do crime; III - se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.</p>	<p>Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:</p> <p>a) (revogada);</p> <p>b) (revogada); c) (revogada).</p> <p>I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;</p> <p>II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.</p> <p>§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:</p> <p>I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;</p> <p>II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou</p> <p>III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.</p> <p>§ 2º (Revogado):</p> <p>I – (revogado);</p> <p>II – (revogado);</p> <p>III - (revogado).</p>
<p>Art. 334. A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.</p>	<p>Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.</p>
<p>Art. 335. Recusando ou demorando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá, depois de ouvida aquela autoridade.</p>	<p>Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.</p>
<p>Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado.</p> <p>Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (Código Penal, art. 110 e seu parágrafo).</p>	<p>Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.</p> <p>Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).</p>
<p>Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado a sentença que houver absolvido o réu ou declarado extinta a ação penal, o valor que a constituir será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo do artigo anterior.</p>	<p>Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.</p>
<p>Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixar de</p>	<p>Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:</p>

comparecer, sem provar, incontinenti, motivo justo, ou quando, na vigência da fiança, praticar outra infração penal.	I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV – resistir injustificadamente a ordem judicial; V – praticar nova infração penal dolosa.
Art. 343. O quebraamento da fiança importará a perda de metade do seu valor e a obrigação, por parte do réu, de recolher-se à prisão, prosseguindo-se, entretanto, à sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso.	Art. 343. O quebraamento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.
Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o réu não se apresentar à prisão.	Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.
Art. 345. No caso de perda da fiança, depois de deduzidas as custas e mais encargos a que o réu estiver obrigado, o saldo será recolhido ao Tesouro Nacional.	Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.
Art. 346. No caso de quebraamento de fiança, feitas as deduções previstas no artigo anterior, o saldo será, até metade do valor da fiança, recolhido ao Tesouro Federal.	Art. 346. No caso de quebraamento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.
Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício. Parágrafo único. O escrivão intimará o réu das obrigações e sanções previstas neste artigo.	Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.
Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.	Art. 393 (REVOGADO)
Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.	Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.
Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.	Art. 595 (REVOGADO)

