

Capítulo 75 - DOI:10.55232/1084002075

**O INSUCESSO E A BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS
CAUTELARES IMPLANTADAS PELA LEI 12.403/2011**

Tássia Louise de Moraes Oliveira

RESUMO: Diante do grave cenário do sistema carcerário brasileiro, o legislador optou por introduzir no ordenamento jurídico pátrio as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas expressamente no art. 319 do Código de Processo Penal. Contudo, após 05 (cinco) anos de vigência da referida Lei, constata-se que não houve qualquer mudança nas estatísticas das prisões processuais, tendo, inclusive, aumentado o número de presos provisórios no Brasil neste ínterim, assim como as ferramentas cautelares diversas do cárcere revelaram-se, na prática, como verdadeiros instrumentos de antecipação da punição estatal e expansão do controle penal. Desta forma, a metodologia deste trabalho consistiu no levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada sobre o processo penal e medidas cautelares previstas na legislação pátria, bem como dados sobre a atual situação do cárcere brasileiro, de forma a possibilitar a construção teórica e análise sobre as mudanças trazidas pela reforma de 2011 e a ausência de efetividade destas no patamar prático.

Palavras-chave: Medidas cautelares; prisão; processo penal.

1 INTRODUÇÃO

A prisão consiste no cerceamento de um dos maiores bens do indivíduo, qual seja, a liberdade de locomoção. A Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, inciso LXI, determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime”, de forma que, por ordem constitucional, o encarceramento do cidadão somente ocorrerá em situações excepcionais, sendo a liberdade a regra.

No atual cenário jurídico brasileiro, no âmbito criminal, pode-se afirmar que há dois tipos de prisão: a prisão pena, sendo que esta consiste na segregação cautelar após uma sentença condenatória, e as prisões processuais, consistentes naquelas que ocorrem antes e durante o curso processual, tendo por finalidade precípua garantir a eficácia do processo penal.

Destarte, com o advento da Lei 12.403/2011, privilegiando o princípio constitucionalmente previsto da dignidade da pessoa humana, passou-se a adotar o modelo polimorfo das prisões cautelares, rompendo com o antigo modelo binário, que oferecia somente as opções de liberdade provisória ou segregação, sendo que, com as alterações trazidas pela novel legislação, renovou-se o Código de Processo Penal, tendo sido concebido um rol de medidas cautelares alternativas à segregação provisória.

Diante desse cenário, constata-se que, após a edição da Lei 12.403/2011, a prisão provisória somente se faz necessária quando as medidas cautelares alternativas à prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa, se mostrarem inadequadas ou insuficientes.

Todavia, após 05 (cinco) anos de vigência do sistema polimorfo, constata-se que as medidas cautelares alternativas à prisão sofreram grande degeneração e banalização, passando a serem utilizadas de forma indiscriminada e arbitrária, bem como, de forma paradoxal, não atingiram os resultados esperados, sendo utilizadas não como ferramenta cautelar do processo e sim, como instrumento de punição antecipada.

A constatação do desvirtuamento das medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/2011 foi o motivo que justificou a escolha do tema do presente artigo, que buscará analisar as mudanças, ou ausência destas, alcançadas após a reforma do Código de Processo Penal.

Desta forma, em um primeiro momento, dissertar-se-á sobre as medidas cautelares alternativas à prisão no panorama processual penal brasileiro, analisando-se, ainda, a difícil coexistência destas com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Em seguida, busca-se investigar a possibilidade do emprego do famigerado Poder Geral de Cautela no processo penal, examinando-se a validade do intercâmbio entre institutos dos processos civil e penal.

Prosseguindo, visando alcançar os fins a que se propõe este trabalho, pretende-se dissecar as alterações introduzidas pela reforma processual ocorrida no ano de 2011, que alterou profundamente o cenário das medidas cautelares à prisão, assim como examinar de forma pormenorizada os incisos do art. 319 do Código de Processo Penal. além de analisar as medidas cautelares previstas na legislação criminal extravagante.

Por fim, objetiva-se a análise do insucesso e banalização das medidas cautelares alternativas à prisão, concluindo-se que, em que pese a louvável reforma normativa, não houve, ainda, significativa mudança cultural, de modo que a doutrina encarceradora dominante ainda persiste e domina o panorama processual penal brasileiro.

2 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Com o advento da Lei 12.403/2011, houve uma profunda mudança no cenário das medidas cautelares no Brasil. A legislação em análise trouxe inovações para o processo penal, alterando o Código de Processo Penal, criando as denominadas medidas cautelares alternativas à prisão no intuito de buscar diminuir a problemática do excesso de presos provisórios no sistema carcerário nacional.

Previstas expressamente no art. 319 do Código de Processo Penal pátrio¹, as medidas cautelares alternativas à prisão significam um importante avanço na garantia dos direitos individuais do cidadão, posto que rompem com o antigo modelo no qual as únicas opções eram conceder a liberdade provisória ou manter o sujeito encarcerado durante o decurso processual, e ainda, com algumas exceções, conseguem atingir o seu escopo principal: garantir a eficácia do processo penal. Neste sentido, de forma didática, afirma Lopes Jr. que “as medidas

¹ São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer dela distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica.

cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (2013, p. 786).

As medidas cautelares diversas da prisão, tal como indica a própria nomenclatura, possuem perfil substitutivo, isto é, mostram-se como alternativas ao encarceramento antecipado do indivíduo, reservando-se a prisão preventiva a casos excepcionais.

Nesse contexto, faz-se importante registrar que, embora representem uma intervenção estatal menos lesiva aos direitos fundamentais individuais, as medidas de controle previstas no art. 319 da Lei Adjetiva Penal possuem caráter cautelar, de forma que não podem ser utilizadas de forma arbitrária, sendo somente cabíveis quando houver a presença simultânea do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, ausentes os referidos requisitos, serem impostas.

Diante desse cenário, conclui-se que as medidas alternativas deverão ser aplicadas utilizando-se os mesmos parâmetros balizadores da prisão preventiva, expresso no art. 312 do Código de Processo Penal. Contudo, ressalte-se que embora a segregação cautelar somente se mostre possível para os crimes cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos, as cautelares diversas da prisão terão cabimento nos delitos cuja sanção máxima cominada em abstrato seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, desde que presentes os requisitos autorizadores das medidas cautelares.

Ademais, convém pontuar que as medidas de intervenção penal em análise são pertinentes, a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando presentes cumulativamente os requisitos autorizadores; ou no curso da investigação ou do processo, como alternativa à prisão preventiva já decretada, sendo segregação desnecessária e desproporcional para a tutela da situação fática; e aplicadas simultaneamente com a liberdade provisória, quando da homologação da prisão em flagrante pelo juiz, como contracautela. Em síntese, podemos afirmar que as cautelares alternativas são cabíveis, de forma isolada ou cumulada, em qualquer momento do curso processual ou da apuração criminal policial, desde que se faça necessário para preservar a eficácia do processo, e não apenas como uma medida de punição antecipada do indivíduo.

Outrossim, cumpre informar que inexistente prazo para cumprimento da medida cautelar imposta, de forma que, enquanto o juiz entender pela necessidade da sua manutenção, a medida subsistirá. Da mesma forma, caberá ao magistrado observar o caso concreto de cada situação e, quando julgar não mais necessária a medida de controle, poderá substituí-la por outras menos onerosas ou até mesmo revogá-las por inteiro.

Por fim, mostra-se importante destacar que o panorama cautelar do processo penal brasileiro atualmente informa-se pelos princípios da jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisoriedade, excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, estando as medidas cautelares alternativas à prisão igualmente submetidas a tais diretrizes principiológicas.

2.1 MEDIDAS CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA DIFÍCIL COEXISTÊNCIA

O princípio da presunção da inocência vem consagrado no art. 5º, inciso LVII, sendo, indubitavelmente, o princípio basilar do processo penal brasileiro. Para Lopes Jr., a presunção da inocência reflete a evolução civilizatória do processo criminal (2013, p. 23). Seguindo por esta esteira de raciocínio, podemos afirmar que a sistemática constitucional penal brasileira é regida pela regra segundo a qual é melhor inocentar um culpado do que condenar um inocente.

Registre-se, outrossim, que o art. 8º, inciso I, do Pacto São José da Costa Rica, recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio², reafirma, em sua real dimensão, o princípio da presunção da inocência, pedra angular do processo penal democrático, o qual afirma que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprova legalmente sua culpa”.

Diante desse cenário, levando-se em consideração que a presunção impõe que o indivíduo seja tratado como inocente até que contra ele seja proferido um édito condenatório definitivo, indaga-se: qual o fundamento de restringir os direitos, seja mantendo-o segregado cautelarmente ou impondo uma medida cautelar alternativa à prisão, de alguém que é presumivelmente inocente?

Ainda nesse contexto, dissertando sobre a temática, Lopes Jr. aduz que:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro (2013, p. 23).

A Carta Magna presume a inocência do cidadão, devendo o mesmo ser respeitado enquanto ser individual e coletivo, assim como protegido da estigmatização negativa trazida

² Art. 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil; Decreto Executivo 678/1992 e Decreto Legislativo 27/1992).

por um processo criminal. Outrossim, destaque-se que é do interesse de toda a coletividade que o devido processo penal seja observado para que, ao final do feito, e caso seja a pretensão punitiva considerada procedente, o sujeito seja condenado e cumpra a sanção penal que lhe foi imposta. Para tanto, faz-se necessário que o processo seja eficaz. Nesse aspecto reside a necessidade das medidas cautelares: garantir a eficácia do processo penal.

Convém pontuar, ademais, que as medidas processuais de controle penal não podem ser confundidas com penas antecipadas, uma vez que, consoante demonstrado alhures, até que seja proferida uma sentença condenatória sem possibilidade de modificação, o sujeito é inocente.

Neste viés, registre-se que atualmente, influenciados por uma mídia sensacionalista e pela insegurança pública generalizada, vivenciamos a síndrome da pressa (BARROS, 2011), isto é, transformamos as ferramentas cautelares em sanção antecipada, haja vista que, diante da crise de credibilidade do Poder Judiciário, não conseguimos aguardar o desfecho de um processo penal, que pode alongar-se por tempo indefinido, para ver o cidadão infrator, algoz da sociedade, finalmente condenado.

Prosseguindo por esta esteira de raciocínio, verifica-se que atualmente as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal simbolizam um verdadeiro mecanismo de controle social imediato, uma vez que, na visão da sociedade do espetáculo influenciada pelos órgãos de comunicação em massa, o sujeito não pode responder a um processo criminal estando plenamente livre, gozando de todos os seus direitos enquanto cidadão.

Neste sentido, segundo Gustavo Noronha de Ávila:

Constitucionalmente, sabemos, “ninguém será considerado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A presunção de inocência foi morta? Morreu de quê? Suspeitamos que ainda resista. Mesmo tendo sido sistematicamente violentada pelos sentimentos punitivistas. Cabe a todos nós, que também somos o Sistema Penal, revigorá-la e protegê-la. Sabendo, porém, que o garantismo penal serve maximamente como estratégia, jamais como finalidade em si mesma (2015, p. 01).

Desse modo, verifica-se que o grande ponto de tensão entre a presunção da inocência, pedra angular de todo o processo penal democrático, e a cautelaridade no âmbito criminal reside nos objetivos que se buscam alcançar: garantir a eficácia do processo criminal, manutenção da segurança pública e, de forma simultânea e paradoxal, respeitar os direitos e garantias individuais do cidadão.

Diante desse cenário, considerando o processo penal como um meio garantidor de liberdade e de direitos subjetivos, urge questionar acerca dos fundamentos que justificam a cautelaridade no âmbito penal, posto que a busca entre o equilíbrio social e a garantia dos

direitos individuais se mostra, na prática, uma tarefa árdua, mormente quando se leva em consideração a quantidade de processos criminais em andamento no Brasil. Dessa forma, cabe a todos os atores judiciais (magistrados, membros do Ministério Público e defensores) tomar como vetor no seu desempenho profissional o respeito aos princípios constitucionalmente assegurados e, mais importante, a valorização do ser humano enquanto ser coletivo e individual.

2.2 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL?

Previsto e concebido no âmbito do direito processual civil, o poder geral de cautela consiste na possibilidade de o magistrado estabelecer, visando garantir a eficácia do processo, as denominadas medidas cautelares atípicas, isto é, que não estejam legalmente determinadas.

Dissertando sobre a temática, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que:

Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude de proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de medida quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei. São tranquilas a doutrina e jurisprudência na aceitação do entendimento de que as cautelares especificamente previstas pelo Código de Processo Civil, chamadas de ‘cautelares nominadas’ ou ‘cautelares típicas’, não são arroladas de forma exauriente, porque seria impossível ao legislador prever, por mais imaginativo que fosse, todas as hipóteses em que concretamente se faz necessária a concessão da tutela cautelar. Dessa forma, admitem-se as chamadas ‘cautelares inominadas’ ou ‘cautelares atípicas’, que são aquelas não previstas de forma específica no Código de Processo Civil, como decorrência do poder geral de cautela do juiz (2012, p. 1227).

Postas tais informações preliminares, cumpre indagar: podemos conceber a noção de poder geral de cautela na esfera processual penal? Levando-se em consideração que o processo penal serve, dentre outros objetivos, para proteger o cidadão da arbitrariedade estatal, assim como a natureza simbólica e perversa do direito penal, além da presunção de inocência constitucionalmente assegurada, a resposta há de ser necessariamente negativa. Segundo o escólio de Fauzi Hassan Choukr, “a tipicidade das normas cautelares penais é uma decorrência lógica das premissas de um processo consentâneo com o Estado de Direito” (2011, p. 44).

Nesse contexto, pontue-se que a ideia de cautelaridade reveste-se de garantia da eficácia, ou seja, somente foram estabelecidas as medidas cautelares como instrumentos de assegurar o êxito do processo penal, que pode prolongar-se por tempo indeterminado pelas mais diversas razões.

Dessa forma, constata-se que, em observância ao princípio da legalidade que rege o Direito Processual Penal, o juiz está adstrito às ferramentas cautelares exaustivamente previstas no art. 319 do Código Penal.

Discordando do entendimento acima exposto, Brasileiro entende que

Havendo concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função jurisdicional, em virtude de situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal, deve o magistrado servir-se de medidas cautelares atípicas ou inominadas, as quais derivam do denominado poder geral cautela do juiz, previsto expressamente no art. 798 do Código de Processo Civil (2014, p. 368).

Segundo o referido autor (2014), o princípio da legalidade limita-se a impedir que se imponha ao acusado uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa e que não tenha previsão legal, não havendo qualquer óbice à utilização de medidas alternativas menos gravosas ao agente, ainda que não previstas no texto legal.

Destarte, faz-se importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição da Lei 12.403/2011, já firmava entendimento no sentido de admissão da utilização do poder geral de cautela pelo magistrado na esfera penal, com a consequente imposição de medidas cautelares inominadas tendentes a garantir a instrução, assim como a aplicação da legislação criminal. Consoante entendimento esposado pela Ministra Ellen Gracie, “não há direito absoluto à liberdade de ir e vir e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflitos na apreciação do caso concreto”. Neste viés, destaque-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FACILITAÇÃO DE DESCAMINHO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. RESTITUIÇÃO DE PASSAPORTES: CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: CAUSA DE PEDIR REMOTA. APREENSÃO DE PASSAPORTES COMO MEDIDA ACAUTELATÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O habeas corpus não tutela “direitos que têm na liberdade física apenas a sua condição de exercício, objeto, não imediato, mas mediato, do pedido, não estando, assim, afetada imediatamente, mas apenas de modo oblíquo, a liberdade de locomoção” (HC n. 81.814-AgR/SP, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 08.05.2002). 2. Pedido é “o bem da vida pretendido pelo autor (...). Divide-se em pedido imediato (sentença) e pedido mediato (bem da vida). Pede-se a prolação de uma sentença (imediato) que garanta ao autor o bem da vida pretendido (mediato)” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade – 10ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs. 550). 3. Na hipótese dos autos, o pedido mediato é a devolução definitiva dos passaportes; a liberdade de locomoção constitui apenas o pedido imediato. Pleiteia-se a restituição dos passaportes (pedido mediato) a fim de que possam realizar viagens ao exterior, exercendo seu direito de liberdade de locomoção (pedido imediato). 4. É cediço na Corte, consoante destaca o Membro do Parquet, a constitucionalidade da

apreensão de passaportes como medida acautelatória no processo penal (Precedente: HC n. 94.147/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma DJ de 12.06.2008). 5. É o que registrou o parecer da Procuradoria Geral da República, verbis: “HABEAS CORPUS. APREENSÃO DE PASSAPORTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PELO CONHECIMENTO E/OU DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. 'Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras' (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13.06.2008) 3. Parecer pelo conhecimento e indeferimento da ordem.” 7. Ordem indeferida.

Cabe, nesse aspecto, ressaltar que a ideia de cautela no âmbito processual criminal origina-se na importação indevida de institutos do Processo Civil para o Processo Penal. Assim, tendo em vista que o Processo Civil visa regular relações eminentemente privadas e o penal objetiva julgar a pretensão punitiva do Estado e restringir direitos fundamentais do cidadão, devemos diferir a aplicação de regras e princípios do Direito Processual Civil ao Processo Penal, sob pena de fazermos uma “processualização civil” do Direito Processual Penal (MOREIRA, 2013, p. 11).

Prosseguindo por esta esteira de raciocínio, Eugenio Florian, citado por Moreira em sua obra *Uma Crítica à Teoria Geral do Processo*, já afirmava a ausência de identidade entre os institutos processual civil e penal. Neste viés, segundo o referido doutrinador:

A nosso juízo, o processo penal e o civil são duas instituições distintas. O objeto essência do processo penal é, como vimos, uma relação de direito público, porque nele se desenvolve outra relação de direito penal. Já no processo civil o objeto é sempre ou quase sempre uma relação de direito privado, seja civil ou mercantil. [...] O processo penal é o instrumento normalmente indispensável para a aplicação da lei penal em cada caso; o civil, ao contrário, não é sempre necessário para atuar as relações de direito privado. [...] No processo civil o juízo está regido exclusivamente por critérios jurídicos puros [...], ao contrário do processo penal em que se julga um homem e, por isso mesmo, o juiz deve inspirar-se em critérios eticossociais. [...] O processo civil tem caráter estritamente jurídico, e o penal, no qual se trata de julgar um homem, tem também caráter ético. [...] Leva-se em consideração, equivocadamente, algumas formas comuns entre o processo civil e o processo penal de mínima importância, descuidando-se de elementos diferentes, que são decisivos (2013, p. 11-12).

Por fim, faz-se importante ressaltar que, ao realizar o intercâmbio indevido entre as categorias do Processo Civil e do Processo Penal, transplanta-se para o âmbito criminal, sob a máscara de tutela cautelar, o instituto da tutela antecipada, em flagrante inconstitucionalidade e violação ao princípio da presunção da inocência.

3 AS ALTERAÇÕES NO PANORAMA CAUTELAR TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011

É cediço a grave situação de superlotação do medieval sistema carcerário pátrio, sendo que no ano de 2014, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, atingimos a impressionante e infeliz marca de 191.949 presos provisórios. Ainda conforme o diagnóstico realizado pelo CNJ, dos 446 mil presos no país, o percentual de provisórios é de 42,97%, contra 57,03% de presos condenados (254.738).

Desse modo, visando alterar esse triste panorama, a Lei 12.403/2011 realizou relevante reforma no sistema processual penal brasileiro. Indubitavelmente, a maior inovação dessa mudança consiste no rompimento do antigo sistema bimorfo, que se limitava entre dois extremos: prisão preventiva ou liberdade provisória, criando o sistema polimorfo, de forma que a partir de 2011, houve a criação do rol taxativo das medidas cautelares alternativas à prisão, previsto no art. 319 da Lei Adjetiva Penal. Dissertando sobre a temática, Renato Brasileiro de Lima afirma que:

Na busca de alternativas para o cárcere cautelar, ou seja, a previsão legal de outras medidas coercitivas que o substituam com menor dano para a pessoa humana, porém como similar garantia de eficácia do processo, o art. 319 do CPP passou a elencar 09 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, tendo o art. 320 do CPP passado a autorizar expressamente a retenção de passaporte (2014, p. 342).

Neste sentido, pontual a crítica formulada pelo jurista Luís Flávio Gomes:

O problema se tornou ainda mais grave com a vigência da nova Lei das Prisões e Medidas Cautelares (12.403). Desde o dia 4 de julho, presos definitivos e provisórios não podem mais ficar juntos. A situação, diga-se, já era inconstitucional. Com o reforço da lei, no entanto, evidencia-se a obrigação do governo de remover, imediatamente, cerca de 220 mil detentos das cadeias. Significa quase dobrar o déficit atual de 200 mil vagas. Seria preciso erguer nada menos que 840 prisões com capacidade para 500 detentos cada, algo impraticável no curto prazo. O número de prisões desnecessárias é que deve diminuir. A aplicação rigorosa da nova lei, sim, aliviaria o sistema. Em tese, cerca de 110 mil presos, 50% do total de provisórios, poderiam ter seus casos revistos. Em vários casos, como prevê a nova lei, os juízes poderiam determinar o monitoramento eletrônico e o recolhimento domiciliar. As penas alternativas representam irrisórios 5% no atual sistema penitenciário (2011, p. 01).

Destarte, pode-se afirmar que as cautelares alternativas somente terão cabimento quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, mostram-se suficientes para tutelar determinadas situações. Neste sentido, convém destacar, conforme nos alerta Lopes Jr., que “não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostos” (2013, p. 145).

Contudo, ainda no ano de 2016, não obstante a considerável alteração legislativa, após 05 (cinco) anos de vigência das medidas cautelares alternativas, observa-se que o panorama fático do sistema cautelar do processo penal brasileiro permaneceu incólume em razão da manutenção da cultura do cárcere, além do desinteresse estatal em investir em ferramentas descarcerizadoras, o que inviabiliza a eficácia prática dos instrumentos cautelares diversos da prisão.

4 MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE PREVISTAS NO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

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

Inicialmente, cumpre destacar que o comparecimento periódico em juízo não se confunde com o dever de comparecer a todos os atos processuais quando da concessão da liberdade provisória, tal como disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP, sendo que o dever de comparecer a todos os atos processuais consiste na única restrição imposta àquele que foi beneficiado com a liberdade provisória, não tendo nenhuma relação com o rol taxativo das medidas cautelares do art. 319 do mesmo diploma legal.

A medida cautelar ora em análise é também uma ferramenta consagrada nas ordens processuais penais portuguesa³ e italiana⁴. Contudo, cumpre destacar que, divergindo dos

³ Art. 198 do Código de Processo Penal português - Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a 6 meses, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita.
2 - A obrigação de apresentação periódica pode ser cumulada com qualquer outra medida de coacção, com a excepção da obrigação de permanência na habitação e da prisão preventiva.

⁴ Art. 282 do Codice di Procedura Penale- 1. Con il provvedimento che dispone l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, il giudice prescrive all'imputato di presentarsi a un determinato ufficio di polizia giudiziaria.

referidos sistemas alienígenas, o ordenamento jurídico brasileiro, por opção legislativa, somente prevê o comparecimento do réu em juízo, ao passo que nos citados sistemas, é possibilitada a apresentação do réu perante a polícia judiciária. Neste aspecto, segundo Lopes, par Jr. “teria andando melhor o legislador se tivesse permitido ao juiz fixar dias e horas, conforme a jornada de trabalho do imputado, para não prejudicá-la, admitindo a apresentação na polícia mais próxima do seu domicílio” (2013, p 149).

O comparecimento periódico em juízo assemelha-se a uma das condições impostas quando da concessão da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995⁵. Embora bastante semelhantes, exigindo ambos que o denunciado se apresente em cartório para informar e justificar suas atividades, tais institutos não se confundem, sendo que um visa tutelar a eficácia da perseguição criminal judicial, enquanto o outro corresponde a uma das condições do período de prova ao qual deverá ser submetido o réu, quando preenchidos os requisitos cumulativos e houver a suspensão do processo penal.

Ademais, ainda analisando a cautelar em questão, faz-se importante salientar que a lei processual penal não determina especificamente qual deverá ser a frequência do acusado, podendo o juiz estabelecer o comparecimento mensal, semanal ou até mesmo diário, conforme exijam as circunstâncias do caso concreto.

Por fim, saliente-se que esta, em sua simplicidade, mostra-se como uma eficiente medida cautelar, uma vez que permite ao mesmo tempo o controle da vida cotidiana do denunciado, devendo o mesmo comparecer para informar suas atividades e endereço atualizado, consistindo, portanto, em um verdadeiro instrumento cautelar, objetivando garantir a eficácia da aplicação da lei penal.

Ressalte-se que esta é, seguramente, a medida cautelar mais utilizada pelos juízes brasileiros, sendo que muitas vezes o seu descumprimento injustificado, o que ocorre frequentemente no cotidiano forense, leva à decretação da custódia preventiva do réu.

2. Il giudice fissa i giorni e le ore di presentazione tenendo conto dell'attività lavorativa e del luogo di abitazione dell'imputato.

⁵ Art. 89 da Lei 9.099/95 – Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º - Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

[...]

IV – Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

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

Por sua vez, a medida cautelar ora submetida à análise possui um caráter preventivo, pois objetiva restringir a frequência do réu a determinados locais que permitam a reiteração delitiva do agente. Tal ferramenta encontra grande incidência em relação a acusados integrantes de torcidas organizadas, a crimes habitualmente cometidos em bares e boates, podendo também ser aplicada a crimes relacionados à violência doméstica.

Destaque-se, outrossim, que tal medida deve ser usada com razoabilidade e prudência, uma vez que o seu uso desarrazoado poderá constituir em uma verdadeira pena de banimento, sendo esta sanção expressamente vedada pela Constituição Federal⁶.

Ademais, faz-se importante sublinhar que tal medida mostra-se destinada ao fracasso, uma vez que o Estado não dispõe de condições e meios de fiscalização de cumprimento da restrição, ou seja, somente em casos excepcionais chegará ao conhecimento do juiz ou do Ministério Público de que o agente descumpriu a medida imposta.

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

A medida cautelar em análise tutela situações mais específicas, visando proteger pessoas relacionadas ao fato criminoso: vítimas, testemunhas ou eventualmente um coautor do delito. Neste viés, vislumbra-se perfeitamente a cautelaridade desta ferramenta, que objetiva resguardar as provas do processo.

Outrossim, em uma sociedade marcada pela tecnologia, o professor Renato Brasileiro nos adverte que

o dispositivo não estabeleceu a forma de contato que poderá ser proibida. Evidentemente, o contato pessoal é sempre o mais importante, porém não se pode destacar a possibilidade de utilização da medida para fins de se impedir eventuais contatos telefônicos, por meio de msn, messenger, Skype, e-mail, enfim, por qualquer meio de comunicação (2014, p. 347).

⁶ Art. 5º, inciso XLVII, CRFB – Não haverá penas:
[...]
d) de banimento.

Saliente-se que a ferramenta em questão possui maior eficácia prática do que a prevista no inciso anterior, posto que, em caso de descumprimento, a própria pessoa protegida encarregar-se-á de denunciar o não cumprimento da ordem judicial.

4.4 Proibição de ausentar-se da comarca ou do país ou quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

Por sua vez, a medida em questão, possui evidente natureza cautelar, servindo, por via reflexa, para a tutela de aplicação da lei penal, uma vez que busca evitar eventual fuga do réu. Convém pontuar que a mesma deve ser conciliada com o quanto disposto no art. 320 do Código de Processo Penal, que afirma que a proibição de se ausentar 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 vinte e quatro horas.

Destarte, verifica-se que enquanto sujeito do processo penal, e não um mero objeto de prova, o denunciado ou indiciado deverá abster-se de deixar a comarca ou país no qual responde à ação penal. Tal restrição, todavia, não significa que o agente esteja permanentemente proibido de sair do país ou da comarca, devendo, caso seja necessário, como em casos de viagens profissionais, pedir autorização ao magistrado, que avaliará e decidirá se o agente poderá ou não se ausentar, conforme as peculiaridades de cada caso.

Cabe, neste viés, observar que não se vislumbra o fundamento legal de obrigar o réu a permanecer na comarca ou país em nome da “conveniência ou necessidade para investigação ou instrução”, na medida em que o mesmo pode usar o direito de silêncio em relação a qualquer ato probatório (LOPES Jr., 2013, p. 154).

Por fim, cabe observar que a medida cautelar sob análise se aproxima da restrição de ausentar-se da comarca prevista no período de prova da suspensão condicional do processo⁷, sendo, contudo, dois institutos jurídicos distintos, uma vez que a medida cautelar visa preservar a eficácia processual, ao passo que as condições do *sursis* processual são impostas para que o acusado cumpra as restrições por determinado período para fazer jus à extinção da punibilidade, por razões de opção legislativa.

⁷ Art. 89 da Lei 9.099/95 – Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º - Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

III – Proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz.

4.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos

Por sua vez, o recolhimento domiciliar é uma medida que restringe parcialmente a liberdade do acusado, mantendo-o nos limites trabalho-domicílio, que, não obstante possua natureza cautelar, visando evitar eventual fuga do denunciado, guarda em sua essência objetivos extracautelares, funcionando, em muitos casos, como uma espécie de sanção penal antecipada.

Outrossim, destaque-se esta medida não se confunde, em nenhuma hipótese, com a prisão domiciliar prevista nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal⁸.

Convém pontuar que esta é uma ferramenta cautelar que se fundamenta no senso de responsabilidade e autodisciplina do acusado, podendo, para vir alcançar maior eficácia, ser cumulada com a medida cautelar de monitoramento eletrônico. Neste viés, caso seja aplicada de forma isolada, poderá fracassar em seus escopos em razão da deficiência de fiscalização por parte do Estado.

4.6 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

Por sua vez, a medida cautelar ora analisada é uma medida de discutível constitucionalidade, aproximando-se da função da prevenção especial da pena, tendo natureza de sanção antecipada. Desse modo, deve ser aplicada, em razão da sua gravidade, com razoabilidade e prudência.

Outrossim, a ferramenta em tela visa tutelar o risco de reiteração delitiva. Destaque-se, ademais, que a mesma tem como campo de incidência crimes econômicos, crimes ambientais ou crimes contra a Administração Pública por servidores no exercício da função, visando a prevenção de crimes futuros.

⁸ Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante a partir do 7^º (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

Destarte, cumpre ressaltar que o sistema processual cautelar penal brasileiro não determina prazos de duração das medidas, de forma que a aplicação arbitrária desta ferramenta pode consistir em uma grave restrição de direitos fundamentais. Neste sentido, destaca Lopes Jr. que

o inciso em tela bem evidencia o imenso problema dessa indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena, e principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia (2013, p. 156).

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

Ao seu turno, a medida alternativa em análise consiste em verdadeira medida de segurança cautelar, aplicável quando presentes os requisitos cumulativos, quais sejam, crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia; e risco de reiteração delitiva.

Dissertando sobre a cautelar em análise, Renato Brasileiro, com propriedade, afirma que:

Como se percebe, a internação provisória somente será aplicável ao inimputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração, o que demonstra que essa medida deve ser aplicada com a finalidade de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves. O dispositivo não estabelece distinção entre quem já era inimputável ou semi-imputável à época do crime e aquele cuja doença mental sobreveio à infração. Logo, a medida pode ser aplicada em ambas as hipóteses, jamais como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela de garantia de ordem pública, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça (2014, p. 357).

Neste sentido, a primeira deficiência dessa medida reside na ausência de limitação de duração, fato este que pode vir a gerar uma série de situações absurdas, de discutível constitucionalidade.

Outro aspecto questionável dessa ferramenta consiste na perícia exigível para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, uma vez que os peritos deverão realizar uma avaliação urgente e provisória a fim de afirmar se o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, há o risco de criar-se situações de inimputáveis temporários, sendo possível que, após a realização do exame definitivo, o diagnóstico seja diferente.

Convém pontuar que, sendo uma medida cautelar, a internação deve ser provisória, de modo que, desaparecendo os fundamentos que legitimaram a medida, deve o agente ser imediatamente posto em liberdade.

4.8 Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso a resistência injustificada a ordem judicial

A fiança sempre foi prevista no ordenamento jurídico pátrio como uma espécie de medida de contracautela, figurando como uma espécie de medida substitutiva da prisão em flagrante, ou seja, após a prisão em flagrante, o indivíduo pagaria a fiança, caso esta coubesse nas circunstâncias fáticas e responderia ao processo em liberdade.

Contudo, com o advento da Lei 12.403/2011, a fiança passou por um processo de revitalização, agora funcionando também como medida cautelar autônoma, podendo ser imposta, de forma isolada ou cumulativa, nas infrações penais cabíveis, para assegurar o comparecimento aos atos processuais, evitar a obstrução em seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Desse modo, razão assiste a Antônio Scarance Fernandes, citado por Fauzi Hassan Chourk, ao afirmar que:

Aquela posição anterior, que via a fiança como contracautela, era, de certa forma, resquício da premissa de a regra ser a prisão durante o processo, principalmente se se tratasse de manter o agente pilhado em flagrante. A fiança tem, portanto, natureza cautelar. Figura ela em uma escala de possíveis medidas cautelares, que substituem a prisão em flagrante, restringindo a liberdade. Impõem-se ao réu, para que fique ou permaneça livre, o pagamento de determinada importância em dinheiro e outros ônus processuais (2011, p. 117).

Nesta esteira de raciocínio, nos termos do art. 319⁹, em seu parágrafo 4º, a fiança poderá ser aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, podendo, caso haja compatibilidade, ser cumulada com outras medidas cautelares. Convém pontuar, neste sentido, que não se mostra possível conciliar a fiança com a prisão preventiva, com a prisão temporária ou prisão domiciliar do agente, uma vez que estas são ferramentas cautelares que restringem totalmente a liberdade do agente.

⁹ Art. 319, § 4º - A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Ressalte-se que a essência da fiança reside na ideia de “fazer doer no bolso do agente”, sendo que sua adoção não se revela eficaz como providência cautelar, visto que a mesma não visa garantir a eficácia do processo e sim, sob uma análise mais refinada, impor alguma sanção antecipadamente ao indivíduo.

Ainda assim, na prática, a fiança é amplamente utilizada como medida cautelar, sendo, em regra, aplicada cumulativamente a outra medida. Ressalte-se, ainda, que a determinação do valor da fiança deve ainda obedecer a parâmetros legalmente definidos, quando presentes os pressupostos autorizadores das ferramentas cautelares, não podendo ser utilizada como obstáculo à concessão da liberdade provisória do sujeito.

4.9 Monitoração eletrônica

Por fim, a monitoração eletrônica consiste, indubitavelmente, em uma das medidas cautelares mais eficazes, uma vez que torna viável a vigilância do réu em tempo integral, sem, contudo, restringir tão gravemente a sua liberdade, sintonizando, assim, a legislação processual penal com o avanço tecnológico.

Dissertando sobre a temática, Mariath nos explica a origem da medida ora comentada:

O primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel. O Dr. Robert entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. A máquina consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor. Em 1977, o Juiz de Albuquerque, Novo México/EUA, Jack Love, inspirado por um episódio da série Spideyman (Homem-Aranha), persuadiu o perito em eletrônica, Michael Goss, a projetar e manufaturar um dispositivo de monitoramento. Em 1983, o Juiz Love sentenciou o primeiro criminoso a usar o monitoramento eletrônico. A partir de então, a solução foi implementada de tal sorte que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos. Dez anos mais tarde (1998), o número de monitorados havia alcançado a impressionante marca de 95.000 (2011, p. 04).

Destarte, o monitoramento eletrônico pode vir a ser utilizado para fiscalizar a localização dos acusados, visando observar se os mesmos estão cumprindo as determinações judiciais que lhe foram impostas, ou seja, pode e deve ser utilizada cumulativamente com outras medidas cautelares.

Contudo, por razões de política criminal e econômica, no Brasil, o monitoramento eletrônico de presos ainda é ferramenta pouco utilizada, uma vez que o Estado se mostra desinteressado em investir em alternativas descarcerizadoras, nutrindo a cultura da prisão

preventiva e ampliando a distância entre as medidas legalmente previstas e a realidade da justiça criminal pátria.

5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PENAL EXTRAVAGANTE

Ademais, faz-se importante destacar que as medidas cautelares alternativas à prisão não se exaurem no Código de Processo Penal, existindo no ordenamento jurídico outras medidas concebidas antes mesmo do advento da Lei 12.403/2011. Assim sendo, em observância ao princípio da especialidade, tais medidas permanecem plenamente válidas. Neste contexto, segundo as lições de Brasileiro:

Apesar da pobreza do Código de Processo Penal em relação às medidas cautelares de natureza pessoal antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, a legislação extravagante já se apresentava mais rica em alternativas dadas do magistrado para salvaguardar a eficácia do processo criminal, sem ter que recorrer à medida extrema da prisão cautelar (2014, p. 264).

Deste modo, a primeira hipótese de medida cautelar alternativa à prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro consiste no afastamento do Prefeito no cargo nos crimes de responsabilidade ou até mesmo nos casos de prática de crimes comuns, listados no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67¹⁰.

Outro exemplo de medida cautelar prevista na legislação penal extravagante consiste na suspensão da permissão ou habilitação para dirigir, estabelecida pelo art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro¹¹.

Outrossim, faz-se importante destacar as medidas cautelares introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 11.340/2006, a vulgarmente conhecida como Lei Maria da Penha. Neste sentido, o art. 22¹² da referida Lei traz um rol de ferramentas cautelares para os casos de violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico.

¹⁰ Art. 2º do Decreto Lei 201/67 - O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:

II - Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos.

¹¹ Art. 294 do CTB – Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

¹² Art. 22 da Lei 11.340/2006 - 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

Não se olvide, ademais, da medida cautelar de natureza pessoal determinada no art. 56, § 1º da Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas, que prevê, nos casos da prática do crime de tráfico, caso o agente seja funcionário público, o seu afastamento das suas atividades. Destaque-se a semelhança desta medida cautelar com àquela prevista no inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal.

6 O INSUCESSO E A BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Diante das alterações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.403/2011, cumpre indagar: quais foram as foram os resultados práticos trazidos pela reforma do sistema processual penal?

Inicialmente, visando analisar o panorama fático do sistema cautelar do processo penal brasileiro nos 05 (cinco) anos de vigência da Lei, utilize-se a expressão utilizada pela professora mineira Flaviane Barros (2011) denominada de “síndrome da pressa”, segundo a qual, no âmbito que processo penal, a sociedade, marcada pela insegurança e influenciada pelos órgãos de comunicação em massa, não consegue esperar pelo trânsito em julgado da sentença condenatória, de forma que se clama por uma punição antes mesmo do processo criminal.

Assim sendo, constata-se que em alguns casos nos quais inexisteria, até mesmo pela desnecessidade em razão do menor potencial ofensivo, qualquer instrumento de restrição penal, passaram a ser objetos de intensa incidência de severa restrições sociais, de forma que se pode afirmar que, embora louvável a intenção legislativa de criar as medidas diversas, no intuito de reduzir o número de presos provisórios, na prática, o que se observou foi a expansão arbitrária e indiscriminada do poder estatal sobre a liberdade individual.

Dessa forma, após 05 (cinco) anos de existência das medidas cautelares alternativas à prisão, o panorama fático do sistema prisional brasileiro permanece o mesmo, até mesmo pior, visto que, não obstante a importante reforma legislativa, não se conseguiu alterar a mentalidade dos atores judiciários, muito menos romper com a cultura encarcerizadora dominante.

Corroborando tal entendimento, Brasileiro afirma que:

protetivas de urgência, entre outras: I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; 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; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc. Essas mudanças, no entanto, não serão automáticas. Com efeito, a efetividade das alterações produzidas pela Lei nº 12.403/2011 e a consequente modernização do Código de Processo Penal passam, obrigatoriamente, pela fundamental contribuição dos operadores do direito e, sobretudo por uma mudança de mentalidade, em busca do ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório par a segurança da coletividade (2014, p.1).

Prosseguindo por esta trilha, cumpre informar que, no ano de 2014, segundo o último diagnóstico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no Relatório intitulado “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, a nação brasileira atingiu o patamar de 715.655 presos, ostentando o triste título de terceira maior população carcerária do mundo, ultrapassando a Rússia, “perdendo” apenas para os Estados Unidos e a China.

Neste contexto, faz-se importante salientar que a esmagadora maioria dos presos brasileiros são aqueles que pertencem às classes empobrecidas da sociedade.

Destarte, pode-se afirmar que houve uma distorção do sentido das ferramentas alternativas à prisão, sendo que, na prática, não se verificou qualquer redução efetiva nas estatísticas das prisões processuais, permanecendo a segregação cautelar como o principal instrumento de cautela, em razão do seu nítido caráter punitivo e simbólico. Neste viés:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O símbolo da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural (LOPES Jr., 2013, p. 801).

Diante dessa crônica de uma tragédia anunciada, constata-se que as medidas cautelares alternativas à prisão, não obstante os seus nobres objetivos, não foram capazes de aliviar o sistema carcerário, assim como revelaram-se como uma ferramenta de aumento do controle penal sobre o indivíduo, sendo que até mesmo os casos nos quais seria possível a concessão da liberdade provisória, sem qualquer imposição de restrições aos direitos fundamentais do indivíduo, passaram a ser tutelados pelas medidas cautelares diversas da prisão, não como uma

forma de resguardar o processo penal, e sim como verdadeiras hipóteses de antecipação da punição estatal.

Assim sendo, conforme o escólio de Lopes Jr., constata-se que de nada adianta uma evolução legislativa de tal magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura encarcerizadora dominante. Ainda, segundo o referido doutrinador, “se não houver uma mudança na mentalidade dos atores judiciários, não haverá qualquer evolução democrática, e mudaremos tudo para que a situação continue como sempre esteve. Ou que fique ainda pior” (2013, p. 16).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O monopólio da jurisdição pertence ao Estado, sendo este o único detentor da pretensão punitiva, sendo o responsável pela aplicação das respostas punitivas às infrações penais cometidas. Contudo, diante da superlotação do sistema penal, o legislador pátrio, visando amenizar a grave situação, introduziu no ordenamento jurídico pátrio as medidas cautelares alternativas à prisão, medidas estas que, conforme exposto, ainda não se mostraram aptas a alterar o cenário da justiça criminal brasileira.

Neste viés, destaque-se que, inobstante a louvável mudança legislativa, não houve, por parte dos atores judiciários, qualquer mudança de postura, de forma que se continua a reproduzir a cultura encarcerizadora dominante, um reflexo da “síndrome da pressa” da punição, exigida pela sociedade. Não se pode aguardar pelo desfecho do processo criminal, não se confia no Poder Judiciário, de modo que se espera a sanção antes mesmo do processo.

Assim sendo, verifica-se que, em que pese os seus objetivos potencialmente nobres, as medidas cautelares alternativas à prisão, embora reflitam um avanço legislativo, na prática, conduziram à expansão do controle penal sobre o sujeito, posto que, após o advento da Lei 12.403/2011, casos passíveis de concessão da liberdade provisória, sem a imposição de qualquer restrição aos direitos fundamentais do indivíduo, são atualmente tutelados pelas medidas cautelares diversas à prisão, como uma forma de sanção antecipada, desvirtuando-se a noção de cautelaridade e tutela do processo penal.

Por fim, cumpre refletir que não se pode esperar que a Lei, de forma isolada, como num passe de mágica, venha alterar a realidade fática social, posto que é a sociedade que tem o condão de modificar as leis, e não o contrário. Neste sentido, conclui-se que não se pode esperar que as leis, por si só, venham a alterar a mentalidade e a postura da sociedade, máxime perante o estigma trazido intrinsecamente pelo crime e pelo processo criminal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRANCO, Thayara Castelo. **Temos uma Política Cautelar Criminal do Brasil?** Disponível em: < <http://justificando.com/2014/12/11/temos-uma-politica-criminal-cautelar-no-brasil/>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

BARROS, Flaviane de Magalhães; AMORIM, Felipe Daniel. **Prisões e medidas cautelares**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BEDÊ Jr., Américo Freire Mirana; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Disponível em <www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_nobrasil_final.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2015.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. HC 94.147/RJ. 1ª T. Relatora. Min. Ellen Gracie, Julgado em 13.06.2008.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. HC 73338, 1ª T. Relator: Celso de Mello. Julgado em 13.08.1996.

CHOURK. Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Luís Flávio. **Presos provisórios: aumento de 1253% em 20 anos**. Disponível em <<http://institutoavantebrasil.com.br/presos-provisorios-aumento-de-1253-em-20-anos/>>. Acesso em 17 de março de 2015.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

LOPES Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática.** 3ª ed., ver. ampl., e atual. Salvador: Juspodvium, 2014.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo.** Porto Alegre: Magister, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 4ª ed. ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2012.