

# **A LEI 12.403/2011 E AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.**

**Vinícius Assumpção<sup>1</sup>**

**Mayana Sales<sup>2</sup>**

Sumário. 1. ANÁLISE GERAL. 2. DISCIPLINA GERAL PARA A DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL. 3. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 4. A REMESSA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PARA O JUÍZO E A POSTURA O MAGISTRADO. 5. A PRISÃO PREVENTIVA. 5.1. Legitimidade para decretar e para requerer a prisão preventiva. 5.2. Inclusão do assistente de acusação e do querelante no rol dos legitimados. 5.3. Ausência de prazo de duração da prisão preventiva. 5.4 Requisitos autorizados da prisão preventiva. 5.5. Cabimento da prisão preventiva. 5.5.1. *O polêmico artigo 313, I.* 5.5.2. *Os demais incisos do artigo 313.* 5.6. Necessidade de fundamentação e cláusula *rebus sic stantibus*. 6. AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL. 6.1. Introdução. 6.2. As nove medidas cautelares de natureza pessoal. 7. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIANÇA. 7.1. Alteração quanto ao arbitramento da fiança pela autoridade policial. 7.2. O antigo artigo 322 e retrocesso da Lei 12.403/2011. 7.3. Continua: análise da fiança na nova lei. 8. CONCLUSÃO

## **1. ANÁLISE GERAL**

O Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/1941, entrou em vigor em 1942, tendo completado, em 2011, nada menos do que setenta e nove anos de idade. Quando o CPP comemorava seus 46 anos, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, diploma máximo do ordenamento jurídico cujas normas, por hierarquia, irradiam, obrigatoriamente, por todas as leis criadas e por criar.

---

<sup>1</sup> Advogado criminalista. Sócio do Bandeira & Sales. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduando em Direito do Estado pelo Curso JusPodivm. Bacharel em Direito pela UFBA. Professor de curso preparatório para concurso.

<sup>2</sup> Advogada criminalista. Sócia do Bandeira & Sales. Pós-graduanda em Ciências Criminais pelo Curso JusPodivm. Bacharela em Direito pela União Metropolitana de Educação e Cultura.

Assim, desde 1988, aguardavam-se mudanças, adaptações efetivas ao Código de Ritos Penais, já que a adequação constitucional estava, até então, limitada à interpretação feita conforme as normas da Carta Magna.

Nesse sentido, a partir do ano de 2001 seguiram-se diversas leis com o objetivo de atualizar o Código de Processo Penal, a saber: a Lei nº 10.258/01, que alterou dispositivos relativos à prisão especial; a Lei 10.792/03, referente ao interrogatório no processo penal e as Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas do ano de 2008, modificando, respectivamente, o procedimento do júri, as provas e o procedimento comum<sup>3</sup>. A Lei nº 12.403/2011 faz parte deste contexto, desse intuito de convergência entre a Constituição e o CPP.

A Lei nº 12.403/2011, que entra em vigor no dia 04/07/2011, sob muita expectativa e comentários pejorativos, é resultado do Projeto de Lei 4.208/2001. O novel diploma legislativo tem como foco a instituição de diversas medidas cautelares pessoais, objetivo do presente estudo.

Antes de tecer maiores observações, é preciso aclarar alguns detalhes.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, estabeleceu uma série de direitos, conhecidos como direitos fundamentais. São titulares destes todos os brasileiros e também os estrangeiros (aos residentes no país e àqueles não residentes, consoante Informativo 616 do STF). A primeira observação a ser feita, portanto, é que os réus, acusados, denunciados – pouco importa a terminologia adotada – *também* são titulares de direitos fundamentais (como o são os condenados!). Essa premissa é, muitas vezes, esquecida, passando-se a tratar os investigados ou processados como coisa e não sujeito de direito<sup>4</sup>.

Os principais direitos fundamentais que interessa abordar são aqueles previstos nos incisos LIV, LVII e LXI, abaixo transcritos:

---

<sup>3</sup> Deve-se pontuar que outras alterações legislativas ocorreram, a exemplo da Lei nº 11.449/07, que modificou o artigo 306 do CPP. Não foram, contudo, modificações substanciais, a ponto de serem mencionadas como reformas.

<sup>4</sup> Sob este aspecto se manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 840078/MG, abaixo melhor examinado: “[...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.” (STF - HC 84078, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 Divulg 25-02-2010 Public 26-02-2010 Ement Vol-02391-05 PP-01048).

CF/88. Art. 5º:

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

*LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;*

Estão consagrados, nesses dispositivos, respectivamente, o princípio do devido processo legal, o princípio da presunção de inocência e a exigência de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar.

Com base nessa sinótica análise constitucional, deve-se afirmar, sem qualquer dúvida, que as prisões temporária e preventiva, existentes no ordenamento jurídico, são medidas *excepcionais*, independentemente do advento da Lei nº 12.403/2011. É dizer: ainda antes da edição desta lei, a prisão temporária e a prisão preventiva somente deveriam ser decretadas quando imprescindíveis à persecução criminal, fosse em sede de inquérito, fosse em juízo.

Explique-se.

As prisões podem ser distinguidas em três gêneros: prisões pré-cautelares, prisões cautelares (também chamadas de prisão provisória ou prisão processual) e prisões definitivas (ou prisão-pena).

Chamam-se cautelares aquelas prisões que são impostas antes do trânsito em julgado do processo penal. Definitivas, as prisões realizadas quando os recursos processuais – ou o prazo para sua interposição - já se esgotaram e, aí sim, o princípio da presunção da inocência é afastado, porque a Justiça já decidiu, em última instância, pela culpa do réu. Quanto à prisão pré-cautelar, ver-se-á o seu cabimento adiante.

Em síntese: o réu está preso cautelarmente quando não há decisão definitiva sobre a sua culpa em relação ao crime do qual é acusado.

Com o artigo 5º, LVII, está clara a intenção do legislador constituinte na preservação da liberdade do indivíduo, direito que só deve ser violado excepcionalmente, seja pela decisão com trânsito em julgado, seja pela extrema necessidade, verificada quando o resultado final do processo depender da sua prisão.

Logo, a medida cautelar é precisamente a ferramenta judicial para impedir que o resultado final do processo não seja inviável. Em outras palavras, a medida cautelar evita que, quando a decisão transite em julgado, seja impossível aplicar a pena aplicada pelo magistrado.

Diante desse panorama constitucional, existente desde 1988, é importante reconhecer que a Lei nº 12.403/2011 não provocou tão profundas alterações no que já se tinha em termos de legislação processual penal. Serão estudadas especificamente as mudanças, porém o relevante é assinalar que a nova lei deixou expresso aquilo que já deveria ser praticado de forma mais recorrente pelos juízes e Tribunais deste país.

Ora, se a Carta Magna assevera que a liberdade é a regra e a prisão a exceção (artigo 5º, LXI), porque motivo impor prisão cautelar para acusado não reincidente do crime, por exemplo, de furto simples, receptação ou apropriação indébita?

A mudança trazida pela Lei nº 12.403/2011 é positiva! Nos crimes acima mencionados – e em tantos outros – a prisão provisória do acusado primário, com bons antecedentes violava profundamente a razoabilidade porque, atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, ao final do processo a sua pena privativa de liberdade poderia ser convertida em pena restritiva de direito. Note-se o absurdo: o acusado ficaria preso preventivamente e, quando a sua sentença condenatória transitasse em julgado, seria posto em liberdade, por conta do benefício referido.

Se analisado o caos hodierno do sistema penitenciário brasileiro, concluir-se-á de forma ainda mais segura pelo acerto da lei. A superlotação das prisões em todo o Brasil clamava por uma solução, já que, no estágio atual, o cárcere não passa de verdadeira fábrica de criminosos. Desse modo, conduzir os presos provisórios a estabelecimentos com essas características traz gravames preocupantes, sobretudo se se tem o cuidado de lembrar que, ao final do processo, esta pessoa pode ser declarada inocente (e por isto é tão importante a presunção de inocência).

Não obstante a concordância com as linhas gerais do novel diploma, força é convir que a reforma operada é ainda tímida. Diz-se isto porque tramita na Câmara Federal o PLS (Projeto de Lei do Senado) 156/2009, que cria um Novo Código de Processo Penal. De acordo com ele, as prisões cautelares terão prazo determinado, forçando o Judiciário a processar de maneira mais célere as ações penais, chegando de modo mais rápido ao fim do processo, seja para absolver, seja para condenar o indivíduo.

Pelo que já foi antecipado, pode-se dizer que a Lei nº 12.403/2011 *não* representa a impunidade no Brasil. A impunidade acontece quando o indivíduo é condenado e encontra mecanismos de evitar a aplicação da pena. Isto é impunidade. Deixar de impor a prisão cautelar para decretar medidas cautelares que sejam menos prejudiciais não é fomentar a impunidade, mesmo porque aquela pessoa ainda não foi declarada culpada. É preciso parar de uma vez por todas de gravar com a pecha de criminoso a ficha do cidadão que está sendo acusado de algum crime, marcando-lhe a testa como fez Deus a Caim. Esse ciclo é vicioso: acusa-se um indivíduo, declara-se-lhe criminoso, prende-se este cidadão e somente depois se julga a sua responsabilidade. O caminho que percorre o acusado é tão ruinoso que a imposição da pena é, diversas vezes, menos grave do que toda a mácula que o processo penal já lhe causou.

A Lei nº 12.403/2011 vem em boa hora e de maneira positiva, buscando encerrar os excessos na decretação de prisões cautelares. Não está permitida, a partir de hoje, a liberdade de perigosos “criminosos” (entre aspas porque “criminoso” é somente aquele condenado por sentença transitada em julgado), mas a utilização de outras medidas cautelares que permitirão impor limites mais adequados ao acusado sem, entretanto, privar-lhe desse bem tão caro que é a liberdade.

## **2. DISCIPLINA GERAL PARA A DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL<sup>5</sup>**

A alteração promovida pela Lei nº 12.403/2011 tem, no seu cerne, a instituição de novas medidas cautelares de natureza pessoal. Logo, realmente, o intuito é a possibilidade de adoção, pelo juiz, de alternativas à prisão. São nove as cautelares pessoais criadas, variando desde o comparecimento juízo até o monitoramento eletrônico. Somam-se todas elas à prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, e à prisão preventiva, positivada no artigo 312 do próprio Código de Processo Penal.

Os critérios orientadores da decretação das medidas cautelares em geral estão previstos no artigo 282 e 283. Por sua importância, vale transcrever aquele dispositivo:

---

<sup>5</sup> Medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas que incidem sobre a pessoa do acusado. São, portanto, espécie distinta das medidas cautelares de natureza real, que representam a constrição das coisas, a exemplo do sequestro, arresto e hipoteca legal.

“CPP, Art. 282 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

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

[...]”

O legislador foi cuidadoso com a matéria. Disciplinou o cabimento das cautelares pessoais, vinculando-as à (i) necessidade para aplicação da lei penal, (ii) necessidade para a investigação ou a instrução criminal e (iii) para evitar a prática de infrações penais, bem como (iv) à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

As duas primeiras hipóteses revelam a indispensável *instrumentalidade* das medidas cautelares. Enquanto cautelar, a medida deve servir à finalidade do processo, ou seja, assegurar que o resultado último aconteça. Este resultado não acontecerá se o acusado puder furtar-se à aplicação da lei penal, bem como se ele criar embaraços à persecução penal, em juízo ou quando da investigação policial.

A terceira hipótese, restrita aos “casos expressamente previstos”, trata das situações em que é necessário decretar a medida para impedir que novas infrações aconteçam. Neste particular, imperioso registrar que a cautelar decretada com base nesta hipótese autorizadora deve estar fundamentada em ilações concretas, objetivas, comprovadas. É dizer: a mera suposição de que o investigado, se solto, voltará a delinquir, constitui exercício de futurologia<sup>6</sup> e não autoriza a decretação da medida cautelar.<sup>7</sup>

Por fim, o artigo 282, II, apresenta as balizas para, com apoio no *princípio da proporcionalidade*, escolher o juiz qual ou quais as medidas serão aplicadas. Assim, um crime praticado com violência e por indivíduo com passagem pela polícia tende a

---

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>7</sup> No tocante à medida cautelar pessoal fundada somente na possibilidade de reiteração de crimes, o Bandeira & Sales obteve importante êxito processual perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em que conseguiu a liberdade de acusado de tráfico de drogas. A decisão do Tribunal foi justamente a de que não cabia a decretação da prisão preventiva sem elementos concretos que indicassem a possibilidade da prática de novas infrações criminais.

corresponder a medida cautelar mais gravosa do que a medida a ser imposta a indivíduo sem antecedentes criminais que tenha cometido o crime de furto.

Faça-se constar que a gravidade é parâmetro, mas não norte absoluto, devendo ser conjugada com outros fatores – e respeitar a presunção de inocência. A interpretação analógica do entendimento sumulado previsto no verbete 718 do STF<sup>8</sup> é a determinação da parcimônia na leitura judicial da “gravidade do crime” como parâmetro para decretação de medidas<sup>9</sup>.

Os parágrafos do artigo 282 trazem outras observações de suma importância. Perceba-se:

§1º - Cumulatividade das medidas - as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Em algumas situações, não bastará a proibição de acesso a determinado lugar (artigo 319, II), sendo necessário, também, a monitoração eletrônica (artigo 319, IX) para assegurar o cumprimento da medida;

§2º - Decretação da medida (legitimidade e momento) - a legitimidade própria das medidas cautelares está bastante clara neste parágrafo. Com efeito, a medida cautelar será sempre decretada pelo juiz, porém a legitimidade para requerer a decretação da medida dependerá do momento da persecução criminal. Desse modo, tem-se que:

*a) no curso do inquérito policial* – a medida cautelar pode ser decretada pelo juiz quando houver representação da autoridade policial *ou* quando houver requerimento do Ministério Público;

*b) no curso da ação penal* – durante o processo propriamente dito, o juiz pode decretar a medida cautelar *de ofício* – o que não ocorre no curso do I.P – ou a requerimento do Ministério Público.

---

<sup>8</sup> STF, Súmula 718: “A opinião do julgador sobre gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

<sup>9</sup> Não por outro motivo, o PLS 156/2009 (Novo Código de Processo Penal) traz a seguinte advertência para a decretação da prisão preventiva: Art. 544, §2º. A gravidade do fato não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

§3º - Contraditório na decretação da medida cautelar - este parágrafo é de singular inovação. Institui ele o contraditório no âmbito das medidas cautelares. A previsão de contraditório impõe ao magistrado a intimação do investigado ou acusado da medida cautelar que lhe será imposta, podendo este manifestar-se a esse respeito. Elogiosa medida que permite a adequação de uma das nove restrições previstas no artigo 319 à realidade do réu. É de se ressaltar que o contraditório é a regra, porém não ocorrerá sempre, já que pode a intimação inviabilizar a eficácia da medida, ou prejudicar a sua urgência. Perigo de ineficácia da medida e urgência, portanto, são as duas exceções ao contraditório.

*Ex.: o Ministério Público, no curso do processo penal, requer ao magistrado a decretação, porquanto necessária à instrução processual e adequada às condições do agente, da medida cautelar de proibição de ausentar-se da comarca (artigo 319, IV) de Salvador; o juiz, antes de decretar a medida, intima o acusado e este, através de petição, informa que é empregado do Polo Petroquímico de Camaçari, requerendo, ao final, que lhe seja imposta a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga cumulativamente com a monitoração eletrônica (artigo 319,V c/c artigo 319,IX), caso se entenda indispensável; o magistrado atende ao pedido do investigado, em substituição àquele formulado pelo Ministério Público. Observe-se que, nesta situação hipotética, o contraditório foi devidamente aplicado sem que as medidas cautelares deixassem de ser manejadas pelo juiz.*

§4º - A) Descumprimento da medida cautelar - diversos são os aspectos a serem pontuados neste dispositivo. O principal deles, entretanto, é a afirmação, pelo legislador, do caráter *subsidiário da prisão preventiva*. De fato, o parágrafo aborda o descumprimento da medida cautelar e dispõe que “em último caso”, deverá ser decretada a prisão preventiva. Fica, assim, estabelecida a necessidade de analisar a possibilidade de substituição da medida que se demonstrou ineficaz, podendo ser ela substituída ou aplicada novamente, agora em cumulação a outra. Caso entenda que não há possibilidade de manejar uma das nove medidas cautelares pessoais previstas no artigo 319, o juiz deverá fundamentar a aplicação da prisão preventiva, já que está é *subsidiária*.

B) Legitimidade quando do descumprimento – é de se anotar que, se para requerer a decretação da medida cautelar eram partes legítimas a autoridade policial (quando em sede de investigação) e o Ministério Público (a qualquer



tempo), quando do seu *descumprimento*, o assistente de acusação e o querelante passam a compartilhar desse status. Perceba-se que o artigo 271 do Código de Processo Penal, que trata da atuação do Assistente de Acusação, permanece inalterado, sendo essa legitimidade conferida pela inclusão do parágrafo em comento (artigo 282, §4º).

§5º - Cláusula *rebus sic stantibus* – as medidas cautelares podem ser decretadas a qualquer tempo (respeitada a legitimidade para o seu requerimento), revogadas ou substituídas. O presente parágrafo consagra a cláusula *rebus sic stantibus*, expressão em latim que representa a possibilidade de alteração da decisão tomada quando novas circunstâncias surgirem, alterando o panorama existente quando da decretação da medida cautelar. Frise-se, por oportuno, que qualquer dessas posturas deverá ser fundamentada, por exigência constitucional (artigo 93, IX) e do próprio CPP (artigo 315).

§6º - Subsidiariedade da prisão preventiva – não bastasse a previsão do artigo 282, §4º, o §6º deixa ainda mais cristalina a subsidiariedade da prisão preventiva, que somente será aplicada quando não houver outros recursos cautelares pessoais.

Por fim, referindo-se aos contornos gerais das medidas cautelares, urge conferir o artigo 283, §1º. O dispositivo refere-se à impossibilidade de aplicação das medidas cautelares a infrações às quais não se preveja pena privativa de liberdade. Exemplo notável neste particular é o crime previsto na Lei 11.343/2006, artigo 28, cujas penas são distintas da pena de prisão. Clara situação em que não se poderá impor medida cautelar por vedação expressa do novo dispositivo.

### **3. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

No sentido do que foi antecedido preambularmente, a Lei nº 12.403/2011 está inserida num grupo de leis que visam aproximar a redação do CPP à Constituição Federal de 1988. O artigo 283 é deveras simbólico neste sentido. A sua redação é a consagração do princípio da presunção de inocência, numa síntese do artigo 5º, incisos LVII e LXI<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> CF/88, Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por

*“CPP, Art. 283 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). 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.  
[...]*”

Sepultada está, dessa forma, a execução provisória da pena. Discutida no emblemático Habeas Corpus 84.078 do Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena era o início do cumprimento da sentença penal condenatória após a sua confirmação em sede de Recurso de Apelação. Vez que os Recursos Especial e Extraordinário não são dotados de efeito suspensivo, passava-se a cumprir a pena sem que houvesse o trânsito em julgado daquele *decisum*.

Em matéria penal, entretanto, o STF adotou o entendimento<sup>11</sup>, no aludido acórdão, de que a execução provisória feria de morte o princípio da presunção da inocência,

---

ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

<sup>11</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

podendo gerar, inclusive situações em que a pessoa, depois de presa por anos, era absolvida em grau dos recursos supramencionados.

Para encerrar de uma vez por todas as discussões, a Lei nº 12.403/2011 trouxe a clara previsão de que não haverá prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado. Por óbvio, ocorrendo as hipóteses autorizadoras, é facultada a decretação das prisões temporária e preventiva.

#### **4. A REMESSA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PARA O JUÍZO E A POSTURA O MAGISTRADO.**

O procedimento posterior à formalização e encerramento do Auto de Prisão em Flagrante era lacunoso. O Código de Processo Penal pecava, de certo modo, pela omissão. A deficiência recaía justamente sobre as posturas a serem adotadas pelo juiz diante do Auto.

Efetuada a prisão em flagrante, será feita a comunicação imediata ao juiz competente, à família do preso e, com a nova Lei, também ao *Ministério Público*. As peças do APF (auto de prisão em flagrante) deverão então ser encaminhadas ao juízo competente. A partir desse momento, três posturas, com a nova Lei nº 12.403/2011, poderão ser adotadas:

- (i) relaxamento da prisão ilegal;
- (ii) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, caso sejam inapropriadas as outras medidas cautelares ou
- (iii) a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Algumas observações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, a possibilidade de aplicação de novas medidas cautelares diversas da prisão (postura “ii”) pôs fim à *bipolaridade* das cautelares de natureza pessoal. Antes, havia apenas duas alternativas ao magistrado: determinar a prisão ou a liberdade provisória. Agora, com o advento da nova Lei, pode ele determinar a prisão, a liberdade provisória (com ou sem fiança) *ou* uma das nove medidas cautelares pessoais distintas da privação da liberdade.

Mas não é só. A prisão em flagrante, mencionada alhures, segundo boa parte da doutrina (com a qual se está de acordo), tem natureza “pré-cautelar”. Significa dizer que, por ser efetuada no momento em que o delito “arde”, a prisão em flagrante não pode se prolongar no tempo, não pode ser protraída. Sua pré-cautelaridade advém da necessidade de conversão em outra medida cautelar. Em outras palavras, o flagrante não subsiste por si próprio, de modo que, se a intenção é manter o indivíduo preso, é necessária a decretação de outra prisão provisória.

Na prática, não era o que ocorria. As prisões em flagrante costumavam perdurar, estendendo-se durante a fase processual, sem que o magistrado fundamentasse a imposição da prisão preventiva ou temporária. Era comum, ao menos no estado da Bahia, que o Ministério Público opinasse pela legalidade da prisão em flagrante sem requerer decretação da segregação cautelar e o magistrado, em seguida, homologasse o APF sem decretar a devida prisão.

Com a Lei nº 12.403/2011, chegou ao fim essa (equivocada) prática. Com a nova redação do artigo 310 do CPP, o magistrado deve, obrigatoriamente, adotar uma das três posturas, abaixo repetidas:

*“CPP, Art. 310 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). 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.*

*[...]”*

Fica claro que o magistrado está vinculado a uma dessas atitudes. Todas elas, repita-se, *todas elas*, devem ser fundamentadas, especialmente as que importam constrição da liberdade do indivíduo.

## **5. A PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva ainda é o que mais chama atenção. É forte ferramenta de controle que está à disposição do juiz para, em situações específicas, garantir a imposição final da pena.

A prisão preventiva deve observar, além das regras gerais, estabelecidas nos artigos 282 e 283 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011), os requisitos especiais dispostos nos artigos 311, 312 e 313.

### **5.1. Legitimidade para decretar e para requerer a prisão preventiva**

O artigo 311 prevê a legitimidade para o requerimento da prisão preventiva, a ser decretada sempre pelo magistrado. Tal qual o regramento geral das medidas cautelares pessoais, o juiz pode decretar *ex officio* a prisão preventiva, porém esta faculdade somente lhe é dada quando do início da ação penal. Em outras palavras, não há decretação de prisão preventiva de ofício no curso da investigação criminal.

A legitimidade para requerer ao juiz a decretação da prisão preventiva é também precisa: a autoridade policial pode representar pela medida quando no curso da persecução preliminar, enquanto que o presentante do Ministério Público poderá requerer a qualquer tempo.

Deve-se registrar que não há qualquer irregularidade se, no curso do processo penal, a autoridade policial fizer representação ao Ministério Público para que requeira a prisão preventiva ao juiz, ou que faça representação direta ao magistrado para tanto. É que se o juiz pode decretar a medida de ofício, a representação por parte do delegado de polícia não representará qualquer nulidade.

### **5.2. Inclusão do assistente de acusação e do querelante no rol dos legitimados**

A grande inovação é a legitimidade conferida ao assistente de acusação e ao querelante para o requerimento da prisão preventiva. As reformas do CPP, iniciadas, como dito, no ano de 2001, têm apontado no sentido de inclusão cada vez maior da vítima no processo penal. A previsão de momento processual próprio para a oitiva do ofendido, o cabimento de indenização no bojo da sentença condenatória e, agora a possibilidade do assistente de acusação e querelante requererem a prisão preventiva revelam clara intenção do legislador em conferir à vítima – por muito tempo alijada do conflito penal – posição ativa.

Recorde-se que o artigo 282, §4º também dotou o assistente e o querelante de legitimidade para requerer decretação de medidas cautelares quando do descumprimento de medida anteriormente imposta. Em síntese, o assistente não pode requerer a imposição da primeira medida cautelar pessoal, mas, após o descumprimento ele pode requerer a decretação de nova medida cautelar distinta da prisão ou a própria prisão preventiva.

*Ex.: Daniel praticou o crime de maus-tratos (pena de detenção de dois meses a um ano) contra seu filho menor de idade; Mirela, mãe do menor, requereu sua habilitação como assistente de acusação, deferida pelo magistrado. Nesta situação, a princípio, não cabe prisão preventiva (segundo o artigo 313, I, apenas cabe prisão preventiva para crimes com pena máxima superior a quatro anos). Logo, somente o Ministério Público poderá requerer ao juízo a decretação das medidas cautelares previstas no artigo 319 (p.ex, a medida de proibição de Daniel manter contato com seu filho, artigo 319, III do CPP). Entretanto, se Daniel descumprir a medida e se aproximar do seu filho, Mirela, assistente de acusação, poderá requerer a imposição de outra medida do artigo 319, ou até mesmo a decretação da prisão preventiva, conforme o artigo 282, §4º.*

*Ex2: Daniel comete o crime de lesão corporal grave (pena de reclusão de um a cinco anos) contra Mirela e é denunciado; Mirela se habilita como assistente de acusação no curso do processo. Neste caso, Mirela poderá requerer diretamente a prisão preventiva contra Daniel, porque o artigo 313, I, autoriza a prisão preventiva para os crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos.*

### **5.3. Ausência de prazo de duração da prisão preventiva**

A timidez do legislador está na não determinação de *prazo* de duração para a prisão preventiva. O Anteprojeto do Código de Processo Penal, PLS (Projeto de Lei do Senado) nº 156/2009, é taxativo neste aspecto, enquanto que o novel diploma não trouxe qualquer previsão. No Novo CPP (cuja aprovação está longe de se tornar realidade), a prisão preventiva dura no máximo 180 (cento e oitenta dias)<sup>12</sup> podendo exceder este lapso temporal em casos pontuais.

---

<sup>12</sup> Novo Código de Processo Penal, Art. 546. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos: I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 15, VIII e parágrafo único, e 32, §§ 2º e 3º; II – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível; no caso de prorrogação, não se computa o período anterior cumprido na forma do inciso I deste artigo.

Na Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva poderá perdurar por tempo indeterminado, somente sendo revogada se o juiz assim entender, proferindo decisão fundamentada neste sentido.

#### **5.4 Requisitos autorizados da prisão preventiva**

Os requisitos autorizadores da prisão preventiva seguem no *caput* do artigo 312 do CPP, sendo os já conhecidos “garantia da ordem pública”, da “ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e segurança da “aplicação da lei penal”. Assim, a inovação ficou a cargo do parágrafo único, inserido com a seguinte redação:

*CPP, Art. 312, parágrafo único (inserido pela Lei nº 12.403/2011). 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).”*

Dessa maneira, criou-se uma quinta possibilidade de decretação da prisão preventiva, que é justamente o descumprimento de uma das medidas previstas no novo artigo 319 do CPP. Embora pareça óbvio, deve-se anotar que a prisão preventiva não é decorrência automática do descumprimento, vez que esta cautelar é gravosa e segue sendo *subsidiária*. Havendo o descumprimento, deve o magistrado verificar se não é o caso de cumular a medida com outra daquelas previstas. Somente em “último caso” (artigo 282, §4º) caberá a segregação cautelar privativa de liberdade.

#### **5.5. Cabimento da prisão preventiva**

Se o artigo 312 traz os requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, o artigo 313 é responsável por disciplinar o *cabimento* da medida. Perceba-se:

*“CPP, Art. 313 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*

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

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

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

*IV - (revogado).*

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

As hipóteses de cabimento trazidas no dispositivo são semelhantes àquelas previstas no artigo 545 do PLS nº 156/2009<sup>13</sup>, embora o Novo Código de Processo Penal vá mais além.

### **5.5.1. O polêmico artigo 313, I**

Uma das alterações mais mencionadas e criticadas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 se refere ao artigo 313, inciso I, do CPP.

No panorama anterior a aludida alteração legislativa, a decretação da prisão preventiva poderia ocorrer quando praticado qualquer crime punido com pena de reclusão, independentemente da pena máxima cominada. Deste modo, o agente que praticasse o delito de apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), por exemplo, cuja pena máxima é de 04 (quatro) anos, poderia ter sua prisão preventiva decretada se o magistrado entendesse que os seus requisitos autorizadores estavam presentes.

*Ex.: ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.403/2011 - Daniel praticou o crime de apropriação indébita (pena de reclusão de um a quatro anos); o Ministério Público requereu a decretação de sua prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública. A prisão foi decretada e o processo seguiu seu curso regularmente. Dois anos após o início da ação penal, o juiz profere a sentença condenatória, aplicando a pena de três anos de privação de liberdade, convertida em prestação de serviços à comunidade e perda de bens e direitos, com base no artigo 44 do Código Penal. Daniel, que já cumprira dois anos de prisão antes da sentença condenatória, passará, após a sentença condenatória, a cumprir pena mais branda do que a que cumpriu durante todo o processo.*

Não restam dúvidas, neste caso, que estávamos diante de um grande contrassenso. A prisão preventiva, como reiteradamente dito, possui caráter excepcional e cautelar e

<sup>13</sup> PLS nº 156/2009. Art. 545. Não cabe prisão preventiva: I – nos crimes culposos; II – nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, exceto se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa; III – se o agente é: a) maior de 70 (setenta) anos; b) gestante a partir do sétimo mês de gestação ou sendo esta de alto risco; c) mãe que convive com filho em idade igual ou inferior a 3 (três) anos ou que necessite de cuidados especiais; IV – se o agente estiver acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso; [...]



não pode, em hipótese alguma, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, ser mais gravosa do que a pena que será cominada em eventual condenação. E era exatamente isso que acontecia!

Assim sendo, como se admitir a aplicação de uma medida mais grave que a provável na decisão final? Como prendê-lo cautelarmente se, ao final, mesmo condenado, ele permanecerá em liberdade? A medida cautelar não pode ser desproporcional a este ponto, não pode ter caráter de sanção antecipada e ainda mais severa do que a aplicada em caso de condenação.

Com efeito, insta advertir que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, quando presentes seus requisitos autorizadores, é verdadeiro *direito subjetivo do réu* e não opção do juiz. Ademais, lembre-se que se condenado o réu for e não lhe for cabível a substituição da pena, ser-lhe-á aplicado o regime inicial aberto, o que, mais uma vez, vem a demonstrar a manifesta desproporcionalidade da custódia cautelar nestes crimes.

Percebe-se, deste modo, que a alteração do inciso I do artigo 313 do CPP, introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que passou a restringir a decretação da prisão preventiva aos crimes cuja pena máxima seja superior a 04 anos, além de retificar um grave erro anteriormente cometido, confere a este inciso coerência jurídica e adequação ao princípio da proporcionalidade e demais mandamentos constitucionais.

A nova redação do artigo 313, I, portanto, se coaduna perfeitamente com o que preceitua o artigo 44 do Código Penal e as medidas proporcionais aos delitos por ele abrangidos.

#### **5.5.2. Os demais incisos do artigo 313**

O artigo 313, II, por sua vez, disciplina que cabe a prisão preventiva quando o acusado já houver sido condenado por outro crime *doloso*. A condenação, respeitando a presunção de inocência, deve ter transitado em julgado. Observe-se que, nesta situação, pouco importa a pena cominada ao delito da condenação. É suficiente que sejam os dois delitos dolosos (o anterior, transitado em julgado; o atual, razão para a preventiva) para que possa ocorrer a segregação preventiva.

Pontue-se a ressalva da parte final do artigo 313, II: se já houverem passados 05 (cinco) anos da sentença anterior, lapso temporal correspondente ao período depurador<sup>14</sup>, não está autorizada a prisão preventiva.

*Ex.: Daniel foi condenado, com trânsito em julgado, pelo crime de lesão corporal dolosa (pena de três meses a um ano); posteriormente, participou de uma receptação (pena de um a quatro anos) de carga de celulares. Embora, de acordo com o artigo 313, I, não seja cabível a prisão preventiva, o fato de ter sido condenado anteriormente por crime doloso autoriza a decretação dessa medida contra Daniel. Por outro lado, se a sentença condenatória de Daniel já tiver completado o período de 05 (cinco) anos, a que se refere o artigo 64, I, do Código Penal, fica obstada a prisão preventiva de Daniel pelo novo crime cometido, por já ter se passado o período depurador.*

Prossegue o artigo 313, com seu inciso III autorizando a prisão preventiva “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”.

A redação é, em parte, reprodução da disposição anterior, incluída pela Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, que conceitua violência nos seus artigos 5º e 7º e prevê tais medidas protetivas nos seus artigos 23, 24 e 25. A inovação da Lei nº 12.403/2011 foi a ampliação do rol, antes limitado à mulher, para todos aqueles que podem ser vítimas de violência doméstica. Portanto, a partir de agora o CPP alberga a possibilidade de prisão preventiva para essa espécie de violência, conduta que reclama postura mais coercitiva por ser praticada de forma covarde, no seio familiar, geralmente longe dos olhos de todos.

Encerrando a análise do artigo 313, necessário registrar a última de suas hipóteses, positivada no parágrafo único. Trata-se da dúvida quanto à identidade civil da pessoa, circunstância que autoriza, segundo a lei nova, a prisão preventiva. Causa certa

---

<sup>14</sup> Código Penal, Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

estranheza esta situação, já que a Lei nº 12.037/2009<sup>15</sup> dispõe justamente sobre a identificação criminal, motivo pelo qual deveria ser aplicada, não a prisão preventiva.

De qualquer forma, a previsão legal determina que se proceda à prisão preventiva até que a identificação da pessoa seja feita. Inaplicável, deste modo, a Lei nº 12.037/2009 para evitar o cárcere antecipado. Após a elucidação da identidade, deve-se revogar a segregação cautelar da liberdade, salvo se houver outro motivo autorizador.

#### **5.6. Necessidade de fundamentação e cláusula *rebus sic stantibus***

A análise da prisão preventiva encerra-se nos artigos 315 e 316 do Código Penal.

O artigo 315 do Código de Processo Penal foi incluído pela Lei nº 12.403/2011 e exige do magistrado a fundamentação da decisão que “decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva”. Esta exigência não decorre somente da redação do CPP, mas da própria Constituição Federal de 1988, quando, no seu artigo 93, IX<sup>16</sup>, prescreve a fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário. As decretações de prisão preventiva destituídas de fundamentação são maculadas por nulidade atacável pela via do relaxamento de prisão ilegal ou pelo remédio heroico do *habeas corpus*.

O artigo 316, cuja redação *não* foi alterada com a nova lei, trata da cláusula *rebus sic stantibus*, já mencionada quando abordado o artigo 282, §6º. Significa ela a possibilidade de rever a decretação da prisão preventiva, revogando-a e até mesmo decretá-la novamente depois dessa revogação. O que importará, sempre, é a fundamentação, ou seja, desde que haja motivos e estando presentes os requisitos autorizadores e hipóteses de cabimento, o magistrado pode adotar a postura que convier ao processo, sem qualquer prejuízo ou ofensa a direitos do cidadão.

---

<sup>15</sup> Lei 12.037/2009, Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

<sup>16</sup> CF/88, artigo 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

## 6. AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

### 6.1. Introdução

Consoante já referido, a grande inovação da Lei 12.403/2011 foi a criação de novas medidas cautelares de natureza pessoal. Se antes da Lei o magistrado tinha à sua disposição, somente, as prisões temporária ou preventiva, agora tem mais nove medidas cautelares que incidem sobre a pessoa do investigado ou acusado. Estas, contudo, são mais brandas, o que não é nenhum demérito ou aspecto negativo. Ao revés, a “brandura” das novas medidas é totalmente compatível com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, presunção de inocência e devido processo legal.

A bem da verdade, é possível, inclusive, que pessoas que antes eram postas em liberdade sem qualquer outra restrição sejam agora submetidas a uma das novas medidas cautelares.

O fato é que, encerrando a *bipolaridade* (ou decretava-se a prisão ou concedia-se a liberdade provisória com ou sem fiança), a Lei 12.403/2011, em seu artigo 319<sup>17</sup>, institui nove medidas cautelares, abaixo analisadas nos seus aspectos mais importantes.

---

<sup>17</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

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

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

## 6.2. As nove medidas cautelares de natureza pessoal

As medidas cautelares estabelecidas nos incisos I e IV do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011 já era, de certa maneira, previstas no ordenamento jurídico. De fato, a Lei nº 9.099/95, em seu artigo 89, §1º, prevê a obrigação de “proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz” e “comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”. A grande diferença está em que a Lei nº 9.099/95 restringe-se aos crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada de dois anos), enquanto que a Lei nº 12.403/2011 trouxe essas disposições para os crimes com pena máxima cominada de até 04 anos e pode ser aplicada em qualquer fase da persecução – a suspensão é cabível quando já oferecida a denúncia.

Em um ou outro inciso, a intenção do legislador é uma só: impedir que acusado afaste-se do processo. Numa hipótese (artigo 319, I), é possível ausentar-se da comarca, mas é imprescindível o comparecimento periódico em juízo. Noutra (artigo 319, IV), prescinde-se do comparecimento periódico, todavia exige-se a permanência no local onde tramita o processo.

Os incisos II e III já eram abordados na Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha<sup>18</sup>. Ali, sua função era a impedir que o agressor tivesse qualquer contato com a ofendida. O artigo 319 é mais abrangente, uma vez que não há necessidade de ocorrência de violência doméstica, tampouco restrição quanto ao sexo, podendo a vítima ser homem ou mulher. Evita-se, com esse dispositivo, a proximidade entre o investigado/réu e as situações em que há possibilidade de ocorrência de novas infrações.

Especificamente em relação ao inciso IV, podem ser citadas como situações em que a permanência do agente é “conveniente ou necessária para a investigação ou a instrução” a necessidade de realização de exame grafotécnico, o reconhecimento de pessoas e a identificação datiloscópica, dentre outros. Nesses casos, a ausência do

---

<sup>18</sup> Lei nº 11.340/2006, Art. 22. 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; [...] c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

acusado pode inviabilizar a colheita de provas, motivo pelo qual recomenda-se a decretação da medida cautelar.

Como alternativa à prisão, mas também limitando a locomoção do agente, estabelece o inciso V medida cautelar que obriga o investigado ou denunciado ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, desde que tenha ele residência e trabalho fixos.

Por sua vez, o inciso VI tem por objetivo coibir a utilização do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira para a prática de novas infrações.

Em relação à medida cautelar prevista no inciso VII deve-se pontuar que somente poderá ocorrer em crimes praticados com violência ou grave ameaça e após a realização de perícia que constate ser o agente inimputável ou semi-imputável<sup>19</sup>. Além disso, deverá ser constatado, para que essa medida cautelar possa ser aplicada, que há risco de reiteração da infração.

A fiança, instituto tratado no inciso VII, será analisada adiante, em tópico próprio.

A monitoração eletrônica, última medida a ser analisada, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal. Naquele diploma, a intenção é assegurar que os condenados com decisão definitiva retornem quando da sua saída temporária – regime semi-aberto – ou assegurar que permanecerão na sua residência – quando da prisão domiciliar, consoante se depreende do 146-B<sup>20</sup> da Lei 7.210/84.

---

<sup>19</sup> A imputabilidade penal está disciplinada nos artigos 26 a 28 do Código Penal. Interessa transcrever o artigo 26: Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Redução de pena. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

<sup>20</sup> O artigo 146-B foi incluído pela também recente Lei nº 12.258/2010. Sua redação é a seguinte: Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I – (VETADO); II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III – (VETADO); IV - determinar a prisão domiciliar; V – (VETADO)

O artigo 319, IX confere outra dimensão à monitoração eletrônica. Agora, a medida pode ser aplicada aos presos provisórios, seja isoladamente, seja em conjunto com outras das oito medidas trazidas pela nova lei.

Há grande discussão no que toca à violação do princípio da dignidade humana pela utilização de braceletes ou tornozeleiras com este objetivo de monitorar o indivíduo. O tema ainda não chegou aos Tribunais Superiores, entretanto, num sopesamento de princípios, acredita-se que não configura violação, desde que o dispositivo seja discreto e não ostensivo.

Note-se que a criação dessas medidas cautelares não tem o intuito de abolir a prisão provisória, mas, tão somente, de tentar concretizar o seu caráter de excepcionalidade, somando-se, a partir da nova lei, a *subsidiariedade*, já que, além de ser usada em casos extremos, a prisão deve ser manejada quando não for suficiente uma das outras medidas.

## **7. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIANÇA**

Conforme já mencionado, a fiança está prevista no artigo 319, VIII, como medida cautelar diversa da prisão. Sua análise será realizada de forma apartada em razão das importantes alterações introduzidas pela Lei nº 12.403/2011.

### **7.1. Alteração quanto ao arbitramento da fiança pela autoridade policial**

Com o novo diploma, houve aumento significativo das hipóteses em que a autoridade policial poderá arbitrar a fiança. Isto porque, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, somente era permitido à autoridade policial arbitrar fiança na hipótese de prática de crime punido com detenção ou prisão simples. Com a alteração legislativa, a autoridade policial poderá fazê-lo nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro) anos.

*“CPP, Art. 322 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.*

Note-se que a nova redação do artigo 322 do CPP não restringe a possibilidade de arbitramento da fiança pela autoridade policial à hipótese de crime punido com detenção ou prisão simples, excluindo o crime punido com reclusão, mas estipula

como parâmetro apenas a pena máxima cominada, que não poderá ser superior a 04 anos.

Desta forma, a alteração legislativa aumentou, e muito, as hipóteses em que a autoridade policial poderá conceder a fiança, independentemente de pronunciamento do magistrado. Apenas a título exemplificativo, pode-se registrar que os crimes de furto simples, auto-aborto, receptação, sequestro e cárcere privado, apropriação indébita, dentre outros, que antes eram infiançáveis, agora são passíveis de arbitramento de fiança pela própria autoridade policial. A consequência lógica desta previsão é o aumento da agilidade e rapidez com que a liberdade provisória será concedida.

## **7.2. O antigo artigo 322 e retrocesso da Lei 12.403/2011**

Talvez por descuido, acreditando que o critério quantitativo (pena máxima de até 04 anos) era suficiente, o legislador acabou por excluir uma gama de infrações penais cuja pena excedia os quatro anos, mas eram punidas com detenção e, por este motivo, era cabível o instituto da fiança.

Com efeito, a redação anterior do artigo 322 dispunha que:

*Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.*

Em regra, os crimes com pena máxima cominada de 04 (quatro) anos são punidos com a reclusão. Todavia, a regra não é absoluta. É aqui que reside o lapso (intencional?) do legislador. Diversas infrações passíveis de arbitramento de fiança pelo delegado deverão, a partir de agora, ser submetidas à análise judicial para que sobrevenha a sua concessão.

Exemplo pertinente do que aqui se trata é o artigo 7º da Lei nº 8.137/1990, dispositivo da lei que trata dos crimes contra a relação de consumo. São nada menos do que nove condutas típicas, todas apenadas com *detenção*, mas de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Sob a vigência do CPP anterior, cabível a fiança arbitrada pelo delegado; sob a vigência do CPP com a redação inovada, inadmissível essa faculdade à autoridade policial.



Ainda que tenha o legislador se equivocado e desconsiderado as consequências da alteração, fato é que, com a nova lei, é vedada a fiança, ainda que o regime de cumprimento seja de reclusão, se o crime tiver pena máxima superior a quatro anos.

Por fim, contudo não menos importante, pontue-se que se trata de nova lei prejudicial ao réu que, por afetar direito fundamental à liberdade, *não retroagirá*. Logo, se o crime fora cometido sob a égide do CPP com a redação anterior, é esta a norma aplicável ao caso, ainda que as normas processuais, via de regra, devam ser aplicadas imediatamente.

### **7.3. Continua: análise da fiança na nova lei**

Além disso, deve-se registrar que a prestação da fiança não é o único requisito para concessão da liberdade provisória nesta modalidade, devendo o agente, necessariamente, cumprir as obrigações previstas no Código de Processo Penal, como, por exemplo, comparecer aos atos do inquérito policial ou do processo.

Essas obrigações são estipuladas para, conforme previsão do próprio inciso VIII, do artigo 319, assegurar o comparecimento a atos do processo e evitar a obstrução do seu andamento.

Ao juiz, restou a possibilidade de arbitrar fiança nas hipóteses de prática de delito cuja pena máxima seja superior a 04 anos. Nesta esteira, pode-se afirmar que não existe uma pena máxima cominada que deve ser observada para a concessão de fiança. O parâmetro de pena máxima será observado apenas para determinar se o juiz ou a autoridade policial a arbitrará.

Outra alteração legislativa importante refere-se às hipóteses em que a fiança não será cabível. Neste ponto, vale lembrar que o Código de Processo Penal apenas prevê as hipóteses em que não é cabível o arbitramento de fiança, sendo o seu cabimento determinado por exclusão: nos casos que não forem expressamente proibidos o arbitramento de fiança, entender-se-á que são permitidos.

*“Art. 323 (redação dada pela Lei nº 12.403/2011). Não será concedida fiança:*

*I - nos crimes de racismo;*

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

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

*IV - (revogado);  
V - (revogado).”*

Com efeito, a Lei nº 12.403/2011 modificou todo o artigo 323 do CPP que previa as hipóteses de não cabimento de fiança, alterando a redação dos incisos I, II e III e revogando os incisos IV e V. A atual redação do artigo 323 se coaduna perfeitamente com a previsão da Constituição Federal de 1988, na medida em que veda o arbitramento de fiança nas mesmas hipóteses que a Carta Magna.

Ainda neste ponto, é importante anotar que a modificação integral do artigo 323 do CPP, que passou a proibir a fiança apenas para os crimes de maior gravidade, deverá fazer renascer o instituto da Liberdade Provisória com Fiança. Isto porque, com a previsão anterior, o instituto da fiança não tinha aplicabilidade prática, pois, no caso concreto, ao se tentar amoldar o delito praticado a qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 323, normalmente não era possível a concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

Some-se a isto o fato de que grande parte dos delitos de pequena gravidade possuem seu processamento abrangido pela Lei nº 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, onde o comparecimento do agente ao juizado ou seu compromisso em comparecer são suficientes para evitar a prisão em flagrante, o que diminuía, ainda mais, a incidência do instituto da fiança.

Já em relação ao artigo 324, que também prevê as situações em que não será cabível o arbitramento de fiança, é importante registrar que houve uma diminuição nas hipóteses de não cabimento previstas no inciso II, que agora se resumem aos casos de prisão civil e militar, excluindo-se a prisão disciplinar e a administrativa. Houve, também, a revogação do inciso III, que não concedia fiança para aquele que estivesse no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança.

Deste modo, com a atual redação dos artigos 323 e 324 haverá um aumento significativo no número de crimes que poderão ser alcançados pelo instituto da fiança, que já não prevê uma pena máxima para sua aplicação. A fiança voltará, de certo, a ter aplicabilidade prática.

Por fim, deve-se esclarecer que a impossibilidade de arbitramento de fiança não veda a concessão de liberdade provisória sem fiança. Isto porque, a Liberdade Provisória é o gênero e possui duas espécies: liberdade provisória com fiança e liberdade provisória sem fiança.

Os artigos 323 e 324 apenas vedam a concessão de fiança, nada mencionando em relação à liberdade provisória sem fiança. Assim sendo, a prática de qualquer dos delitos previstos no artigo 323 impossibilita o arbitramento de fiança, mas não a concessão de liberdade provisória sem fiança. Nestes casos, a análise do caso concreto que determinará se estão presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva ou, caso contrário, será cabível a concessão da liberdade provisória sem fiança.

## **8. CONCLUSÃO**

São estes os comentários a serem feitos em relação aos principais dispositivos da Lei nº 12.403/2011. Espera-se que o instituto seja bem manejado pelas autoridades, fazendo jus à intenção do legislador. E as intenções são as melhores, porque representam a adequação do Código de Processo Penal aos princípios máximos previstos na Constituição Federal de 1988. Se a Carta Magna aponta numa direção, não pode um diploma inferior (o CPP) disciplinar de maneira oposta, em clara violação aos direitos fundamentais.

Realmente, só o tempo dirá quais as consequências advindas da aplicação da lei, porém, a princípio, acredita-se que o resultado não é o mero “esvaziamento” das prisões, mas sim a humanização do sistema carcerário, aplicável a quem efetivamente o merece. Pensar de maneira contrária é insistir na aplicação de verdadeiras penas antecipadas a pessoas que, talvez, sejam declaradas inocentes, momento em que podem já estar corrompidas pelas mazelas do cárcere.