Revista Brasileira de
DIREITO PROCESSUAL

RBDPro

Adormecida por aproximadamente 16 anos, a tradicional *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro* renasce. Inicialmente produzida no seio da cidade de Uberaba, MG, pela Editora Vitória, e, depois, editada, por muitos anos, pela Forense, agora, nesta novíssima fase, a empreitada é assumida pela entusiasta equipe da Editora Fórum.

E a novidade surge em boa hora. Afinal, as mudanças na legislação processual são uma constante. Na busca de maiores celeridade e efetividade, as alterações legislativas assumem a dianteira e obrigam o jurista a revisitar institutos e conceitos, muitos dos quais já se tinham por consolidados, para, se necessário, conferir-lhes um novo colorido, mais adequado aos novos tempos. À doutrina e aos veículos editoriais responsáveis por sua divulgação atribui-se responsabilidade inquestionável nesse propósito.

É diante desse cenário de transformações que a *RBDPro* ressurge. Sua aparência encontra-se renovada, mas seus propósitos, seus objetivos permanecem os mesmos que levaram à sua criação, quando dirigida pelos notáveis Edson Prata e Ronaldo Cunha Campos. Enfim, o que se pretende é proporcionar um espaço, de alcance nacional e internacional, apto a fomentar o debate científico e a contribuir com o desenvolvimento da ciência processual, mediante a difusão de ideias inovadoras e de qualidade comprovada.

E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: <editorial@rbdpro.com.br>

Assinaturas
0800 704 3737
(31) 2121-4949
EDITORA Fórum
visite nosso site
www.editoraforum.com.br

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CEJ
Biblioteca

ano 21 - n. 81 | janeiro/março - 2013
Belo Horizonte | p. 1-248 | ISSN 0100-2589
R. bras. Dir. Proc. – RBDPro

Revista Brasileira de
DIREITO PROCESSUAL

RBDPro

EDITORA Fórum

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição viva*: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil, direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, p. 55-60, maio/ago. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Cláudia Guerra. O direito a ter direitos. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25442/25005>. Acesso em: 29 nov. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Márcio Alexandre da Silva. Em defesa do direito da cidadania. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 35, p. 271-315, 2007.

PINTO, Márcio Alexandre da Silva. Evolução da proteção jurídica da cidadania. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 36, p. 253-313, 2008.

PINTO, Márcio Alexandre da Silva. Evolução do direito público da cidadania. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 34, p. 201-250, 2006.

PINTO, Márcio Alexandre da Silva. Natureza jurídica do direito da cidadania. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 37, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Maria Victória de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos humanos. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos/benevidescidadaniaedireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA, Alice Ribeiro de. Princípios da defesa da cidadania. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 85-106, jan./mar. 2013.

Cadastrado em: 23.07.2012
Aprovado em: 24.08.2012

Medidas cautelares pessoais diversas da prisão

Carlos Henrique Borlido Haddad
Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz Federal.

Resumo: A Lei nº 12.403/11 é analisada por ter introduzido relevantes modificações na disciplina das medidas cautelares penais. Examinam-se as disposições aplicáveis à generalidade das medidas cautelares diversas da prisão. Aponta-se a influência italiana na elaboração da disciplina pátria e se estabelece escala de coercitividade entre as medidas recém-introduzidas. Estuda-se cada uma das medidas cautelares penais com constantes referências às legislações estrangeiras. Procura-se definir prazo de duração para as medidas cautelares e se conclui que haverá aumento do alcance do direito penal em face da maior utilização das cautelares penais.

Palavras-chave: Processo penal. Medidas cautelares pessoais. Lei nº 12.403/11. Coercitividade. Prazo.

Sumário: 1 Introdução – **2** Medidas cautelares pessoais diversas da prisão – **3** Disposições gerais – **4** Escala de coercitividade – **5** Cautelares em espécie – **6** Duração das medidas cautelares – **7** Conclusões – Referências

1 Introdução

O estudo do Direito Processual depara-se com antiga e perene discussão acerca da autonomia ou da unidade entre o processo civil e o processo penal. Autores há que defendem uma teoria geral do processo, que abrangeria o civil e o penal. Outra corrente sustenta a autonomia do processo penal e assevera que não se confunde com o processo civil, sobretudo pela diferença essencial que se assenta no conceito de lide. No processo civil, é importante o conceito de pretensão e de lide. Pretensão, de acordo com Carnelutti, é a exigência da satisfação de interesse próprio perante interesse alheio. A lide é a pretensão resistida, ou seja, é a oposição à satisfação do interesse próprio. A lide é típica do processo civil,

porque se não há resistência, é desnecessário o processo. No entanto, o processo penal seria sempre necessário, porque não se pode impor a pena por outro modo; basta que ocorra o crime para que ele surja.

A aceitação de uma das teses não apaga, no entanto, os traços deixados pelo direito positivo, ou melhor, as perspectivas que se abrem para indicar o distanciamento do processo civil e penal, mais precisamente no tratamento da tutela cautelar. O Código de Processo Civil (CPC) vigente possui livro próprio que abarca o processo cautelar, mas o anteprojeto atualmente em discussão faz opção diametralmente oposta: extingue o específico capítulo. Por seu turno, o Código de Processo Penal (CPP), que nunca conferiu tratamento sistemático à tutela cautelar, está em vias de ser substituído por norma que prevê livro autônomo versando sobre as medidas cautelares. Conquanto se possa dizer que a extinção do processo cautelar terá sido mais formal do que substancial, haja vista a regulamentação da tutela de urgência na parte geral do anteprojeto do CPC e a realocação de algumas cautelares em espécie como procedimentos especiais, é inquestionável que se dará passo em direção contrária à regulamentação do CPP, que reuniu em único capítulo diversas medidas cautelares pessoais. Surpreendentemente,[1] em 05 de maio de 2011, o legislador antecipou-se às discussões travadas no anteprojeto do CPP e foi publicada a Lei nº 12.403, que conferiu tratamento ordenado às medidas cautelares, em autêntica inovação no processo penal brasileiro. Alteraram-se disposições do CPP atinentes à prisão processual, fiança e liberdade provisória e introduziu-se capítulo que merece estudo à parte, abrangendo as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.

2 Medidas cautelares pessoais diversas da prisão

A legislação processual penal brasileira regulamentava as medidas cautelares de forma desordenada, porque não se diferenciavam aquelas de caráter pessoal e real, nem havia disposições com aplicação abrangente e uniforme. Busca e apreensão, prisão preventiva, sequestro, especialização de hipoteca eram medidas estabelecidas em lei, mas dispostas topologicamente em partes diversas do CPP, como se não possuíssem traço comum. Marcellus Polastri Lima defendia que seria necessária, em futura reforma,

[1] Na verdade, em 2011, superou-se a marca dos 500 mil presos, dos quais 200 mil são provisórios, o que motivou a edição da lei (LOPES JR. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim do IBCCrim*, p. 5). O número de presos no Brasil só é menor do que o existente nos Estados Unidos e China (*Folha de S.Paulo*, São Paulo, 05 jul. 2011. Cotidiano. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2011).

> a melhor sistematização da tutela cautelar no processo penal, em título próprio e em capítulos específicos, tratando-se em separado sobre normas gerais, para, em seguida, em capítulos próprios, dispor sobre as cautelares pessoais, privativas de liberdade, e restritivas de direito, as cautelares reais e as relativas às provas.[2]

A Lei nº 12.403/11, como todo remendo, não corrigiu essa imprecisão técnica, mas, ao menos, agrupou em único capítulo as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. São elas o comparecimento periódico em juízo; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; a proibição de manter contato com pessoa determinada; a proibição de ausentar-se da comarca ou do país; o recolhimento domiciliar; a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; a internação provisória do acusado; a fiança; e a monitoração eletrônica.

Boa parte dessas medidas não é inédita no direito brasileiro, pois o legislador já as previa durante o processo e em matéria de execução de pena, mais precisamente no livramento condicional e na suspensão condicional do processo e da pena. A Lei de Execução Penal, no art. 132, §1º, estabelece obrigações a serem impostas ao indivíduo beneficiado pelo livramento condicional, quais sejam, a obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; a comunicação periódica ao juiz de sua ocupação; e a obrigação de não mudar do território da comarca do Juízo da Execução sem prévia autorização. Além dessas obrigações, faculta-se ao juiz impor ao liberado a proibição de mudar de residência sem comunicação, o recolhimento à sua habitação em hora fixada e a proibição de frequentar determinados lugares. Por seu turno, o art. 78, §2º do Código Penal, repetido pelo art. 89, §1º da Lei nº 9.099/95, dispõe que o juiz concederá a suspensão condicional da pena, especificando as condições a que se sujeitará o condenado, entre elas a proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, como também o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Vale lembrar a existência da pena de interdição de direitos consistente na proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV do Código Penal).

Se elas não são inovação integral no ordenamento nacional, muito menos o seriam em confronto com o direito de outros Estados. O legislador brasileiro, como sói ocorrer em matéria de normatização processual penal, buscou inspiração no direito italiano, cujo CPP contempla livro intitulado *Misure Cautelari*. O CPP

[2] LIMA. *A tutela cautelar no processo penal*, p. 368.

alemão prevê, no art. 116, as medidas de atendimento obrigatório às convocações do Juiz, Ministério Público ou Polícia; obrigação de não se ausentar de território determinado sem autorização judicial; proibição de não sair do domicílio senão acompanhado de pessoa designada pelo juiz; proibição de manter contato com cúmplices, testemunhas, peritos ou vítimas; e fiança. Em Portugal e França, foram igualmente positivadas medidas cautelares processuais penais e, da análise das legislações estrangeiras, não se detecta nenhuma originalidade no quadro normativo brasileiro. É possível que o modelo italiano seja bom exemplo de tratamento das medidas cautelares no processo penal, mas a opção pela fonte na qual se inspirou o legislador pátrio deve-se, provavelmente, à tradicional influência que os juristas peninsulares, há décadas, exercem sobre os brasileiros. Afora isso, não se explica a preferência brasileira, uma vez que a Itália é o país europeu em que as medidas alternativas ao cárcere foram introduzidas com maior atraso. A semiliberdade ou semidetenção, acompanhada às vezes da obrigação de trabalho externo, foi inserida, entre os anos 1930 e 1960, na França, Holanda e Suíça e, nos anos 1960, na Bélgica, Áustria e Dinamarca. Na Alemanha, Holanda, Bélgica e Suíça, foi prevista, antes de 1975, a prisão (limitação) de fim de semana. As prisões domiciliares, a par da experiência espanhola, que remonta ao século XIX, representaram uma novidade para os italianos trazida por lei de 10 de outubro de 1986.[3] De toda sorte, se é certo que a importação de soluções de outros Estados, ainda que com provas dadas de eficiência, deva ser sempre muito ponderada e adaptada ao nosso contexto sociojurídico, o conhecimento sobre as principais linhas de discussão e soluções em outros países pode ser relevante para o debate interno.

3 Disposições gerais

A regulamentação das medidas cautelares, operada pela Lei nº 12.403/11, foi muito franciscana, porque se limitou a apresentar as linhas gerais, com o rol respectivo, sem imiscuir-se em detalhes sobre a execução das medidas ou acerca do procedimento judicial. As disposições legais possibilitam antever, claramente, os contornos das medidas cautelares, porque a redação foi elaborada sem rodeios e de maneira direta, no entanto, há lacuna na forma de execução. Incumbirá à doutrina e à jurisprudência estabelecer o conteúdo a ser observado na aplicação prática do instituto, tendo em vista a multiplicidade de circunstâncias fáticas passíveis de envolvê-las.

[3] FERRAJOLI. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal, p. 454, nota 175.

As medidas cautelares têm lugar em razão de serem necessárias à aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. A necessidade da cautela é apenas o ponto de partida para toda e qualquer imposição de medida cautelar.[4] As medidas cautelares aparecem como resposta ao lapso de tempo que, necessariamente, medeia entre o início do processo e o pronunciamento da decisão final e tende a evitar que circunstâncias supervenientes impossibilitem ou dificultem a execução forçada e tornem inoperante a resolução definitiva. As medidas cautelares servem, então, para garantir a eficácia do processo penal, impedindo os danos derivados do transcurso do tempo.

Para atender a necessidade de aplicação da lei penal e para a investigação ou a instrução criminal, qualquer uma das medidas instituídas pela Lei nº 12.403/11 pode ser adotada. Com o intuito de se evitar a prática de infrações penais, há necessidade de determinação legal específica, que se encontra apenas nos incisos II, III, VI e VII do art. 319 do CPP. Isso se justifica porque o impedimento da reiteração criminosa não se reveste, efetivamente, de caráter cautelar processual, no sentido de assegurar o resultado útil do processo criminal. Essas medidas não têm por finalidade garantir o resultado de outras providências judiciais ou do processo mesmo, senão que evitar que novos delitos não sejam cometidos, o que, em verdade, é a finalidade própria da pena. Possui finalidade cautelar, mas de conotação social, a fim de que a sociedade não se veja agredida pelo cometimento de novas e repetidas infrações. Considerando, portanto, que o embaraço à reiteração delitiva não é fundamento técnico das medidas cautelares, o emprego delas é feito em casos restritos, apenas quando a lei expressamente autoriza.

Elas devem ser adequadas à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. O juiz deverá verificar a específica idoneidade de cada uma das medidas existentes em relação à sua natureza e ao grau de exigência cautelar a ser satisfeito no caso concreto. É o que a doutrina italiana conhece como princípio da *adeguatezza*. A óbvia consequência é que se escolha a medida menos gravosa ao acusado entre aquelas idôneas a satisfazer a exigência cautelar da situação analisada.[5]

Deve igualmente ser feita a constatação da proporcionalidade da medida, a fim de que se selecione aquela que melhor se amolde à pena que será fixada, em caso de condenação. Não haveria sentido infligir medida de recolhimento domiciliar se as circunstâncias do caso tendem à imposição exclusivamente de pena de

[4] OLIVEIRA. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 14.

[5] CONSO; GREVI *et al. Profili del nuovo codice di procedura penale*, p. 298-299.

multa. É certo que o art. 283, §1º dispõe que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, como forma de adequar a gravidade do crime à necessidade da cautela. Porém, nas hipóteses em que há possibilidade de imposição da medida, sem embargo do reduzido desvalor da conduta e do resultado, a seleção daquela mais branda é imperativa. A adoção da medida cautelar pressupõe sempre um juízo prognóstico de aspecto positivo sobre a responsabilidade, mesmo que baseado apenas em indícios e não ainda sobre provas, à luz da complexidade da situação processual. A valoração feita pelo juiz deve ater-se à existência de razoável e consistente probabilidade de culpabilidade e, por consequência, de condenação do acusado, sem se esquecer de que este juízo de valor deve considerar que eventual pena a ser imposta seja superior àquela que autoriza a substituição por sanções restritivas de direito. No foro judicial, juízos prognósticos a respeito da medida da pena são bastante corriqueiros, conquanto encontrem resistência nos tribunais superiores, a exemplo da aplicação da prescrição da pena em perspectiva, vedada pelo enunciado da Súmula nº 438 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mas se é possível ao juiz aferir, antecipadamente, a existência do interesse processual, extraído do lapso de tempo transcorrido desde a data do fato e a provável pena que infligirá, em caso de condenação, basta que se aplique idêntico raciocínio, a fim de aferir se há necessidade de imposição de medida cautelar específica.

De acordo com a matemática do direito processual, a medida cautelar, por definição, é antecipação do resultado do processo, haja vista a finalidade que deve ser perseguida provisoriamente. Por conseguinte,

> se non è prevedibile l'esecuzione di uma misura restrittiva della liberta personale con la sentenza definitiva, a fortiori non può essere adottata uma misura restrittiva della libertá personale nel corso del processo. In caso contrario la custodia cautelare perderebbe ogni legittimazione, e diverrebbe davvero una sanzione anticipata e autonoma rispetto alla condanna.[6]

Nenhuma medida cautelar pode — ou pelo menos não deveria — provocar gravame maior do que o resultado final do processo. É conveniente que se estabeleça a seguinte relação: a providência cautelar tem lugar sempre que a interdição imposta possa vir a ser decretada como sanção do crime imputado. Se o art. 47 do Código Penal prevê as penas de interdição temporária de direitos — tais como a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de

[6] GREVI *et al. Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, p. 155.

mandato eletivo; a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e a proibição de frequentar determinados lugares —, seria lógico que a imposição da medida cautelar guardasse vinculação com eventual restrição de direitos a ser imposta. Nesse aspecto, sente-se a omissão em se prever específica cautelar de suspensão de habilitação para dirigir, que somente poderá ser executada como pena restritiva de direitos, após o trânsito em julgado da condenação. Por mais grave que seja o crime cometido na direção de automóvel, não existe a possibilidade de se impor a suspensão cautelar da habilitação e resta esperar a adoção de providências administrativas para se alcançar essa finalidade ou que se pratique infração prevista na Lei nº 9.503/97. O Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 294, prevê, exclusivamente para os crimes de trânsito, a possibilidade de o juiz, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, decretar, como medida cautelar, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Se o juiz antevê a possibilidade de, a título de efeito da condenação, decretar a perda de cargo, poderá, por coerência, determinar, cautelarmente, a suspensão do exercício da profissão. Lamentavelmente, não se previu a suspensão do poder familiar, que poderia anteceder a decretação da incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, Código Penal). É exemplo de defeito de coordenação legislativa, em que não se ajustam as medidas cautelares aos efeitos da condenação e às penas passíveis de serem impostas ao final do processo. Deveria o legislador ter em mente a necessidade de se prever medida cautelar sempre que a providência interditiva ou proibitida imposta puder ser decretada, ao final, como efeito da condenação ou como sanção penal.

Conquanto omissa a regulamentação das medidas cautelares, não devem ser aplicadas se o fato ocorreu na presença de uma causa de exclusão da ilicitude ou de culpabilidade. O argumento assenta-se na prescindibilidade da providência, na medida em que o resultado final do processo, de acordo com juízo prognóstico, tende a ser favorável ao réu. Ao caso, emprega-se, por analogia, as disposições contidas nos artigos 310, parágrafo único e 314, ambos do CPP, que dispensam a decretação da prisão preventiva se o juiz verificar, pelas provas constantes dos autos, ter o agente praticado o fato sob o pálio de excludente ou dirimente. Nem se diga que a vedação à prisão preventiva não importaria em idêntica proibição de aplicação das medidas cautelares, em razão do maior grau de coerção da primeira

em confronto com as últimas. A questão é analisada não pelo nível de coerção admissível nos casos em que se pratica o crime sob o amparo de causa de justificação, mas sim pela desnecessidade de qualquer restrição em situações com forte indicativo de que serão concluídas com provimento absolutório.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Tudo dependerá do caso concreto e da melhor forma de se resguardar as exigências cautelares do processo. De acordo com o grau de coercitividade, o recolhimento domiciliar posta-se como medida mais aflitiva e o estabelecimento simultâneo de outras proibições e obrigações pode configurar excesso. Por seu turno, o monitoramento eletrônico é capaz de detectar se o acusado cumpre adequadamente a obrigação de recolher-se ao domicílio e a cumulação das duas medidas cautelares mantém-se no padrão de aceitação pelos critérios de adequação e proporcionalidade. A imposição da fiança traz em si a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo e de comunicação de mudanças de endereço, além da exigência de indicação do local onde será encontrado, quando do afastamento de sua residência por período superior a oito dias (artigos 327 e 328 do CPP), a exemplo da *caución juratoria* do direito uruguaio.[7] As obrigações acessórias da fiança suprem a efetividade de algumas cautelares, tal como o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da comarca, razão pela qual seria desnecessária a aplicação cumulativa de medidas.

As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Ao contrário do direito italiano, persistiu a possibilidade de atuação sem provocação do magistrado. A *Corte Costituzionale*, no julgamento da *Cassazione penale, sezione feriale, 6 settembre 1990 – 2 novembre 1990, n. 2668*, definiu assim a questão:

> L'adozione di qualsivoglia misura cautelare sia da parte del giudice delle indagini preliminari sia da parte del giudice che procede nelle ulteriori fasi del giudizio deve essere sempre preceduta dalla richiesta del Pubblico Ministero, il quale deve altresì presentare al giudice competente gli elementi sui quali la richiesta si fonda. Ne consegue che il giudice del dibattimento non può, nel corso o a conclusione di esso, emettere, a pena di nullità assoluta, un provvedimento restrittivo nei confronti dell'imputato, senza che vi sia stata richiesta del Pubblico Ministero, pur in presenza di tutte le condizioni previste dalla legge per l'adozione di un provvedimento del genere.

[7] RESTUCCIA. *El proceso penal uruguayo*, p. 102.

A opção legislativa, passível ou não de críticas, teve por propósito reforçar a posição do juiz como órgão decisório em matéria de liberdade. Se não é recomendável possa o juiz agir de ofício, sob pena de malferir a imparcialidade, a possibilidade de atuação, em situações limites, a despeito da inércia do órgão acusatório, reforça o poder de tutela a ele conferido. Não se trata de poder geral de cautela porque encontra limites nas restritas e insuficientes hipóteses normativamente estatuídas pela legislação processual. Nesse aspecto, optou o legislador, ao contrário da disciplina do vigente CPC,[8] por não admitir a adoção de cautelar genérica, além daquelas previstas no rol do art. 319, passível de ser amoldada ao caso concreto sempre que parecer mais adequada do que aquelas expressamente indicadas. A opção, se por um lado restringe a atuação do juiz em benefício da liberdade do acusado, que só pode tê-la limitada em restritas hipóteses legais, falha em razão da parca e pobre previsão do reduzido rol, o qual poderia ser ampliado significativamente se não fosse a falta de criatividade de quem se cinge a copiar padrões alheios. Basta ver que, em pleno século XXI e diante da profusão de crimes cibernéticos, não se estatuiu nenhuma restrição ao uso de internet ou da tecnologia da informação, a título de medida cautelar.

A decretação de medidas cautelares está sujeita ao contraditório prévio, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da providência. Sempre que possível, o defensor deverá ser ouvido para apresentar razões de fato e de direito sobre a adequação e necessidade da medida requerida. Poderá solicitar a aplicação de nenhuma medida ou de outra menos gravosa, exibindo documentos indicativos da correição de sua posição. Isso instruirá o magistrado na sua decisão, baseado na lógica do sacrifício mínimo.

É possível que a prática forense encaminhe-se pela via do contraditório diferido, em que se determina a medida cautelar a ser aplicada e, em seguida, colhe-se a manifestação do acusado sobre a conveniência da escolha feita. Seria o contrário do que sucede na seara do processo civil, em que a praxe judiciária assenta-se no diferimento do exame de liminares e tutelas antecipadas para após a apresentação de contestação. A possível ocorrência do contraditório posposto à imposição da medida cautelar, a despeito de contrariar determinação legal, não deve ser absolutamente proscrita, haja vista a urgência que pode surgir no caso

[8] "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

em análise. Embora se espere que as situações de urgência somente ocorram na decretação de prisão preventiva, a surpresa que não se coaduna com o contraditório prévio pode verificar-se em outras medidas cautelares, sobretudo naquelas que visam a proteger pessoas (proibição de manter contato e de frequentar determinados lugares). Outrossim, é provável que Aury Lopes Júnior esteja certo ao afirmar que "o maior espaço para o contraditório surgirá nos casos em que é pedida a substituição, a cumulação ou mesmo a revogação da medida e a decretação da preventiva".[9]

O pedido de imposição de medida cautelar deve ser instruído com os documentos necessários. Podem nem ser todos os documentos e provas coletados no procedimento em que se apura a infração penal, mas é preciso que estejam presentes todos os elementos a favor do acusado, para que se permita produzir memorial defensivo. Obviamente, para garantir eventual segredo existente na fase policial e não comprometer a investigação em andamento, as provas que sejam indispensáveis à concretização de diligências em curso poderão ser temporariamente não apresentadas, o que não contrasta com o teor da Súmula Vinculante nº 14. O contraditório não tem oportunidade quando não é possível salvaguardar a imprevisão requerida pela medida.

Em caso de descumprimento da determinação judicial, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.[10] Mas, em regra, a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. É o que se denomina de princípio da graduação. A custódia carcerária deve estar envolvida em um tipo de presunção de não necessidade sempre que se optar por medida mais branda, porque se trata do último recurso colocado à disposição do juiz. Cuida-se de opção baseada no fato de que as exigências cautelares não podem ser satisfeitas por outras medidas. Além disso, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

[9] LOPES JR. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim do IBCCrim*, p. 5.

[10] Em sentido contrário, posicionando-se pela impossibilidade de conversão em prisão preventiva para as infrações com pena máxima inferior a quatro anos: DEZEM. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. *Boletim do IBCCrim*, p. 16.

4 Escala de coercitividade

Considerando a compleição das diversas medidas cautelares, algumas de caráter detentivo, outras com aspecto proibitivo, através das quais se exterioriza o princípio da graduação, pode-se estabelecer relação de preponderância entre elas, tendo como parâmetro a progressão aflitiva que elas provocam. A determinação do nível de coercitividade gerado pelas medidas cautelares é útil para selecionar, dentre as numerosas hipóteses, aquela que melhor cumpre o papel assecuratório desejado no caso concreto. Na Itália, exemplificativamente, entendeu-se que a medida de suspensão do exercício de cargo ou função é menos prejudicial do que o recolhimento domiciliar.[11]

A adequação da medida cautelar está condicionada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado, de forma que, a depender desses fatores, será escolhida a restrição com maior ou menor grau de coercitividade. Em caso de descumprimento da medida cautelar, antes de se recorrer à prisão preventiva, que ocupa posição preeminente na linha graduada de coerção, pode-se identificar opções menos gravosas do que o cárcere, porém mais severas do que a medida até então imposta e descumprida.

Dentro dessa ideia de hierarquia aflitiva e sem se esquecer da influência italiana, ocupa a posição mais baixa o comparecimento periódico em juízo (*obbligo di presentazione*), a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada (*divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*) e a proibição de ausentar-se da comarca (*divieto ou obbligo di dimora*) ou do país (*divieto di espatrio*). A fiança, que se resume a ato único praticado pelo acusado e pode ser integralmente restituída ao fim do processo, de modo que, em não havendo condenação, representa temporária privação de recursos financeiros, de acordo com o nível crescente de coerção, posta-se em segundo lugar. Não pode ser incluída no primeiro grupo porque, aliada ao aspecto pecuniário, a imposição da fiança traz em si a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo e de comunicação de mudanças de endereço, além da exigência de indicação do local onde o acusado será encontrado quando do afastamento de sua residência por período superior a oito dias (artigos 327 e 328 do CPP). A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de

[11] *Cassazione penale, sezione II, 17 dicembre 2003, n. 48250: In tema di applicazione di misure cautelari, è legittimo il provvedimento con cui il G.I.P., a fronte della richiesta di applicazione della misura degli arresti domiciliari, applichi invece di propria iniziativa la meno grave misura della interdizione dall'esercizio dei pubblici uffici.*

natureza econômica ou financeira (*Sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio* e *divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali*) integra o terceiro grupo, de acordo com o nível crescente de coerção. O trabalho, ao lado da família e da escolha de uma crença, representa o tripé capaz de fornecer sentido à existência do homem. Toda providência que ataque, impeça ou fragilize o exercício profissional constitui significativo obstáculo para se alcançar a felicidade. Ocupando grau superior na escala de coercitividade, menciona-se o recolhimento domiciliar (*arresti domiciliari*) e a internação provisória do acusado (*custodia cautelare in luogo di cura*), voltada especialmente para o inimputável ou semi-imputável. As duas medidas implicam cerceamento da liberdade, em menor ou maior grau, e mais se aproximam da custódia carcerária, que desponta no ápice do rol de aflitividade.

A monitoração eletrônica merece ser alijada da escala proposta, pois não deve ser considerada como medida cautelar, sem embargo de assim enquadrada pela legislação processual. Presta-se a exercer o papel de cautelar da cautelar, isto é, o instrumento necessário a assegurar a utilidade das outras medidas recém-surgidas. Não há nenhum propósito em se impor a monitoração eletrônica isoladamente, dissociada de outras medidas cautelares, porquanto não constitui uma providência por si só produtora de resultados úteis e de finalidade palpável. Não é temerário dizer que consiste na única cautelar destituída de autonomia e totalmente dependente de outras determinações.

O estabelecimento de gradação entre as medidas cautelares diversas da prisão tem utilidade para moldar a miríade de situações que exigirão a imposição de providências assecuratórias extracarcerárias. O juiz deverá verificar a específica idoneidade de cada uma das medidas existentes em relação à sua natureza e ao grau de exigência cautelar a ser satisfeito no caso concreto, sem se esquecer do menor sacrifício a que se deve submeter o réu.

5 Cautelares em espécie

As medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/11, como já afirmado, em sua maioria, não representaram inovação em nosso ordenamento jurídico e não contemplaram situações óbvias em que se exige a adoção de providências acautelatórias, por exemplo, quanto à utilização de arma de fogo e relativamente ao uso de automóvel e da internet. Não trouxeram, também, instruções detalhadas para a sua aplicação, à exceção da fiança, cuja regulamentação minuciosa remonta ao CPP da década de 1940. Em face da parcimônia legislativa na definição do conteúdo das novas medidas cautelares, é necessário traçar os principais

pontos a serem observados na escolha judicial da providência adequada. A análise seguirá a ordem crescente de coerção que envolve cada medida.

5.1 Comparecimento periódico em juízo

O texto legal não especifica o grau de periodicidade, se o comparecimento será diário, semanal ou mensal e deixa a critério do magistrado estabelecer o prazo e as condições da execução da medida. O comparecimento periodico em juízo carece de significação jurídica e consiste em uma das medidas mais inócuas que se poderia prever a título de tutela cautelar no processo penal. Não se trata de inovação, porque essa inocuidade já era prevista como condição para o deferimento da suspensão condicional da pena e do processo, nos termos do art. 78, §2º do Código Penal e art. 89 da Lei nº 9.099/95. O obrigatório comparecimento em juízo ou a qualquer outro lugar somente teria sentido se houvesse, associada à medida, a ministração de cursos, a participação em palestras ou reuniões ou o desempenho de atividade útil relacionada à reflexão da prática delituosa imputada ao réu. O comparecimento, para assinar um livro, não exerce nenhum papel motivador de condutas alheias, nem traz conhecimento ou ensinamentos para quem é acusado de supostamente cometer infração penal.

Se o objetivo da medida é obter informações sobre onde pode o réu ser encontrado, basta que se estabeleça a obrigação de, caso alterado o domicílio, seja trazida a informação ao juízo. Se a pretensão da medida é verificar se o acusado exerce atividade laboral, seria suficiente, após a obtenção da informação em audiência ou por meio de petição, impor o dever de comunicar eventual desemprego ou mudança de ofício ou profissão. Se a aspiração é criar vínculo oficial entre o acusado e a Justiça, útil seria que o liame formado gerasse resultados úteis sob o aspecto social e pessoal, circunstância que repetidas assinaturas lavradas no prédio do fórum não têm o condão de produzir.

Não é por outra razão que a limitação de fim de semana — pena restritiva de direitos — prevê a ministração de cursos e palestras aos condenados, como também a atribuição de atividades educativas durante o período em que deva permanecer em casa de albergado ou estabelecimento congênere. A simples estada nesses locais, por curto período, não revela nenhum potencial ressocializador ou educativo, tal como se percebe no comparecimento mensal em juízo.

Na vivência da magistratura federal, já se impôs o comparecimento em juízo em lapso de tempo superior a um mês. A mais dilatada periodicidade justificou-se pelo fato de o acusado não residir no município onde estava sediada a Vara Federal e para que fosse feito o acompanhamento da medida diretamente no juízo onde o

processo tramitava. Em outra oportunidade, dada a grande distância entre o local de residência do acusado e a sede da Justiça Federal, determinou-se o comparecimento à Delegacia da Polícia Federal — mais próxima do réu — mediante prévia combinação com a autoridade policial. A medida, a despeito de não prevista legalmente, é menos onerosa ao acusado e em nada se diferencia do comparecimento em juízo, porque em ambas as instituições — Justiça Federal e Polícia Federal — nada mais se fornecia do que um livro para ser subscrito pelo acusado. O Código de Processo Penal italiano prevê, no art. 282, a *obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria*, ocasião em que o Juiz fixa os dias e o horário de apresentação perante a autoridade policial, tendo em conta a atividade laboral do acusado e o lugar de sua habitação.

Conquanto se defenda que a suspensão condicional do processo não comporta a imposição de medidas cautelares, por força da ausência de necessidade de preservação da efetividade do processo,[12] as condições estatuídas no art. 89 da Lei nº 9.099/95 são idênticas a duas das medidas então previstas: comparecimento em juízo e proibição de ausentar-se da comarca. Realmente, não exibem caráter cautelar no procedimento em que são impostas, mas se equivalem no grau de coercitividade, haja vista a similaridade das obrigações a que se vincula o réu.

O valor do comparecimento periódico apenas emerge quando seu descumprimento é necessário antecedente à decretação da prisão preventiva. Em havendo dúvida se a medida é suficientemente eficaz como sucedâneo da prisão processual, a desobediência à imposição judicial é facilmente comprovável, em face da ausência física do réu ao local determinado, e possibilita a substituição pela custódia provisória.

5.2 Proibição de frequentar determinados lugares

A Lei nº 11.340/06, aplicável aos casos de violência doméstica, instituiu medidas protetivas de urgência destinadas ao agressor. A regulamentação traz modalidades de proibição de frequência e é mais detalhada do que as disposições do CPP. O afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida nada mais representa do que proibir a frequência a esses lugares. E a lei é clara ao dispor que a proibição de frequentar determinados lugares tem por objetivo preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

[12] OLIVEIRA. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 15.

A inovação legislativa não esclareceu qual o fim específico da proibição de frequência, porém admitiu fosse adotada a providência para evitar a reiteração criminosa, do que se infere que, a depender da modalidade da infração, as restrições geográficas assumirão conotações as mais diversas. Em âmbito federal, será mais limitado o emprego dessa medida cautelar, em razão de a maioria dos crimes não envolver o emprego de violência. Recomenda-se a proibição, por exemplo, para torcedores que fazem uso de violência em estádios de futebol; usuários de casas de diversão noturna que constantemente ingerem bebidas alcoólicas e, sob o efeito da embriaguez, praticam lesões corporais; acusados que praticam crime sob o efeito de substâncias entorpecentes, para os quais se proíbe a frequência a notórias regiões de venda e consumo de drogas.

A imposição de afastamento da residência, como proibição de frequência ao local de moradia do acusado, constitui uma medida bastante gravosa, pois postérga direito fundamental — direito à moradia — e pode afetar profundamente a socialização do acusado, especialmente se não possui condições financeiras que lhe permitam refugiar-se em outro local. De qualquer forma, os direitos fundamentais da vítima comportam igual valor e colocam-se no mesmo status jurídico, o que pode tornar indispensável a compressão de direitos do réu. A proibição de frequentar a residência, portanto, deve limitar-se aos casos em que se mantém o acusado distante das vítimas, para tutelar a integridade física delas e deve ser sempre evitada se não há conflito que justifique priorizar determinados interesses.

A fragilidade e a insuficiência do sistema de justiça criminal são bem expostas na fiscalização dessa medida proibitiva, cujo corriqueiro exemplo no Brasil extrai-se da Lei nº 9.099/95. Para se deferir a suspensão do processo, condicionava-se à assunção do compromisso de não frequentar determinados lugares, sob pena de se dar continuidade ao feito. Determinações judiciais impunham a proibição e sempre se fingiu que eram cumpridas até que expirasse o prazo de duração da suspensão. Se o acusado não tivesse a infelicidade de ser preso, por motivo outro, ou sofrido algum acidente no local cuja frequência era proibida, presumia-se que sempre observou a ordem judicial, a despeito de nenhuma fiscalização sobre ele ter sido exercida. Comparando-se as fugas dos presídios e das épocas de saídas permitidas pode-se ter certeza de que fiscalização no país é uma quimera. Em 2008, no primeiro semestre, 910 presos fugiram de dentro dos presídios. Por outro lado, 2.781 presos evadiram durante as saídas temporárias ou atividades externas e 2.560 fugas ocorreram no período que compreende o Natal e o Réveillon. Dessa forma, "no Brasil, a principal forma de fugir da prisão é pela porta da frente, durante as saídas permitidas por lei,

os chamados 'saidões'".[13] Se não se consegue fiscalizar aqueles que se encontram presos, que dirá dos acusados soltos submetidos a medidas cautelares?

Atualmente, com a previsão do monitoramento eletrônico, a fiscalização pode tornar-se efetiva e ser realizada de maneira ordenada. Alternativamente, haverá necessidade, ao menos, de se elaborar banco de dados em que constem os acusados sobre os quais incide a proibição de frequentar determinados lugares ou de manter-se recolhido à residência, para fins de fiscalização pela autoridade policial. Caso contrário, a atual situação permanecerá intocada, em que a imposição judicial não se faz acompanhar de nenhuma forma de comprovação de que é minimamente observada.

Ainda sobre a proibição de frequência, em data recente, noticiou-se que *cracker* responsável por enviar milhões de spams valendo-se da internet foi preso nos Estados Unidos. *Sanfor Wallace*, conhecido como o "rei do spam", enfrentará, entre outras acusações, a prática de desobediência à ordem judicial que o proibia de acessar as redes sociais Facebook e Myspace.[14] A proibição muito se assemelha à vedação de frequentar determinados lugares, se concebermos o mundo virtual como local de trânsito de pessoas. Diante da omissão legislativa quanto à vedação de uso da internet para os acusados que praticam crimes cibernéticos, a medida cautelar que poderia desempenhar esse papel seria a que proíbe a frequência a certos lugares, nos quais se encaixa os infinitos sites da *web*.

5.3 Proibição de ausentar-se da comarca ou do país

A proibição de ausência ostenta caráter dúplice, a depender da região geográfica em que se restringe a liberdade de locomoção do acusado. A permanência na comarca, afora a conotação indireta voltada para a aplicação da lei penal, tem preponderância na conveniência da instrução criminal, a fim de garantir a presença do acusado aos atos processuais. Por sua vez, a proibição de ausentar-se do país, como principal finalidade, visa a assegurar a aplicação da lei penal, o que reflexamente garante a presença do acusado aos atos processuais, em benefício da instrução criminal.

Na França, a medida cautelar analisada recebe o nome de *liberté de déplacement*, em que o juiz proíbe ao acusado deixar limites territoriais determinados ou mesmo um perímetro mais restrito, tal como sua residência (art. 138, 2-1 a 2-4, CPP).

[13] SILVA. Monitoramento eletrônico de presos, p. 11.

[14] "REI do Spam" é preso nos Estados Unidos. Disponível em: <http://origin.exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/rei-do-spam-e-preso-nos-estados-unidos>. Acesso em: 08 out. 2011.

Percebe-se que ela mistura as cautelares nacionais de proibição de ausentar-se da comarca e de recolhimento domiciliar. Tal como na regulamentação pátria, atribui-se adicionalmente ao magistrado o poder de obrigar o acusado a entregar documentos de identidade, notadamente o passaporte e a carteira de habilitação, para tornar a fuga mais difícil.

Pode-se condicioná-la temporalmente, isto é, proibir o afastamento da comarca somente por longos períodos, o que atenderia a conveniência da instrução criminal, por se resguardar a presença do réu aos atos instrutórios. Mas, salvo quando a presença do réu coloca-se como indispensável à instrução, a exemplo da realização do reconhecimento pessoal, obrigá-lo a comparecer aos atos processuais configura excesso. Ninguém melhor do que o acusado, sob a orientação do defensor, para julgar se sua presença durante as audiências é útil à defesa. Se o próprio réu não está preocupado com o desenrolar da instrução criminal, desde que existam elementos suficientes que indiquem que não se furtará à aplicação da lei penal, a determinação para que esteja na sede do juízo constitui injustificada obrigação. Mais do que zelar pela aplicação da lei penal, a presença do acusado em juízo tem nítida finalidade probatória, em razão da atração que o conhecimento do réu exerce. O acusado, certamente, possui conhecimento preciso da reconstrução dos fatos através do processo. Afinal, se culpado, terá sido o protagonista direto do crime. Por essa razão, o conhecimento do acusado posta-se como atraente objeto no processo penal e a história há mostrado ser corrente o emprego de métodos e técnicas, nem sempre legítimos, para destruir o privilégio da informação e torná-la pública, mesmo sabendo que a representação da verdade pode ser desviada pelo interesse do réu em não prejudicar-se. Obter a confissão a qualquer preço, submeter o acusado a juramento e inferir do silêncio elementos prejudiciais de prova foram, no decorrer da história, medidas adotadas pelas autoridades encarregadas da apuração de infrações penais. O princípio contra a autoincriminação, paulatinamente, impediu fosse o réu condenado com base nesses expedientes ao resguardar o saber do acusado contra intromissões desautorizadas e tornou-se o mais importante obstáculo para evitar a acomodação investigativa.[15] Portanto, deve-se ter cautela ao aplicar a medida cautelar em comento com o fito exclusivo de provocar a presença do réu às audiências.

Para a implementação da medida, a própria lei determina a necessidade de se comunicar a proibição às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do

[15] DRIPPS. Against Police Interrogation: and the Privilege Against Self-incrimination. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 723.

país, a fim de tornar eficiente o cumprimento da ordem judicial. A consecução da comunicação é feita por meio da alimentação do Sistema Nacional de Procurados e Impedidos (SINPI), gerenciado pela Coordenação Geral de Polícia de Imigração (CGPI), implantado e executado pelos demais órgãos normativos centrais e utilizado, em procedimentos investigatórios, por todos os órgãos do Departamento de Polícia Federal.

Segundo a Portaria nº 32/79 da Diretoria Geral do Departamento de Polícia Federal, o SINPI reúne os dados de pessoas procuradas, envolvidas em procedimentos investigatórios e impedidas de entrar ou sair do Brasil, consoante solicitações de autoridade policiais, judiciárias e administrativas, nacionais e estrangeiras. Incumbirá ao juiz que determinar a proibição de ausentar-se do país comunicar alguma das Delegacias do Departamento de Polícia Federal para que se inclua no sistema o respectivo impedimento. É necessário que sejam informados, como requisitos mínimos para inclusão no sistema, o nome usado pela pessoa, a filiação usada em cada nome, a data e local do nascimento, nacionalidade, número, data e local de expedição do documento de identificação, o motivo do registro, no caso, a proibição de ausentar-se do país, e qual a medida a ser adotada se localizada a pessoa.

5.4 Proibição de manter contato com pessoa determinada

A proibição de manter contato com pessoa determinada faz parte do rol de medidas previstas em outras legislações. O *Bail Reform Act of 1984*, nos Estados Unidos, estabelece como obrigação do acusado *avoid all contact with an alleged victim of the crime and a with a potential witness who may testify concerning the offense*. No Brasil, a medida não é novidade porque a Lei Maria da Penha já vedava o contato entre o acusado e a vítima de violência doméstica. Dispõe o art. 22, III, "a" e "b" ser vedado ao agressor aproximar-se da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, como também manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.

Muitas vezes, encontros fortuitos entre acusado e vítima são passíveis de ocorrer. Isso não implica tenha sido desrespeitada a medida cautelar, com risco de conversão em prisão preventiva. Será sempre necessário verificar se o réu agiu de maneira consciente e voluntária, tal como se faz para aferir a existência de dolo tipificador do crime, para forçar o encontro com a pessoa da qual deveria manter-se distante. O estabelecimento de limite mínimo de distância, sem embargo da omissão legal, pode ser validamente imposto como meio de garantir a efetividade da medida.

A parca previsão legal não obsta seja integrado seu conteúdo com determinações que lhe preencham a finalidade.

5.5 Fiança

Muito pode ser dito sobre a fiança, cuja minuciosa disciplina geraria comentários proporcionalmente alongados. Releva destacar, no entanto, as disposições recém-introduzidas e aquilo que normalmente não se encontra nos manuais de processo penal.

O instituto da fiança foi revigorado, verdadeiramente vitaminado pela Lei nº 12.403/11. A fiança, que, pelo menos desde a Lei nº 6.416/77 e até o ano de 1990 (Lei nº 8.035), havia perdido toda a sua importância no processo penal brasileiro, em razão da instituição legal da liberdade provisória sem fiança do então art. 310, parágrafo único do CPP, parece, agora, ressurgir das cinzas.[16]

A edição da nova regulamentação, descumprindo objetivo que deveria ser a ela imanente, não corrigiu grave distorção no sistema da liberdade provisória. Por força de manifesto equívoco constitucional, a fiança é vedada a crimes de racismo, hediondos, tortura, drogas etc., sem nenhuma contrapartida, ou seja, sem o estabelecimento de medidas cautelares mais rigorosas para essas infrações. Por outro lado, crimes de menor ofensividade, a exemplo do abandono de incapaz e da supressão ou alteração de marca em animais, admitem a liberdade provisória mediante fiança, o que conduz a paradoxo insuperável. Para crimes inafiançáveis, cujo desvalor da conduta e do resultado costuma ser superlativamente maior, concede-se liberdade provisória sem fiança, isto é, sem dispêndio de nenhum valor, ao passo que, para os delitos de menor lesividade, a imposição de fiança é condição quase obrigatória para aguardar o julgamento do processo em meio livre. Em razão dessa distorção, a tendência parece ser no sentido de se recorrer à fiança, isoladamente, para a generalidade dos delitos, e ao conjunto de outras cautelares, cumulativamente, para os crimes em que seja vedada a fiança.[17] Corre-se o risco de, em atenção à escala de coercitividade, impor-se medida cautelar mais branda do que a fiança para infrações que não a admitem e que provocam lesão mais significativa aos bens jurídicos.

A fiança é a única medida cautelar cuja decretação tem dupla subjetividade ativa: tanto a autoridade policial quanto o magistrado, em face de a pena cominada

[16] OLIVEIRA. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 21.

[17] OLIVEIRA. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 26.

ser ou não superior a quatro anos, detém poderes para fixá-la. As demais medidas somente podem ser impostas pelo juiz.

Uma circunstância atinente à fiança, capaz de gerar questionamentos, diz respeito ao estabelecimento de parâmetros com base no salário-mínimo. Dispõe o art. 7º, IV da Constituição Federal que, sendo direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o salário mínimo, fixado em lei e nacionalmente unificado, não pode ser vinculado para qualquer fim. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 1425/PE (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, p. 1, 26 mar. 99), analisou a razão de ser da parte final do inciso IV do artigo 7º da Carta Federal. Decidiu que não pode ser adotado o salário-mínimo como índice de indexação, a fim de evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado. Em outra ocasião, o mesmo tribunal sedimentou entendimento, no RE nº 237.695/SP (Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, p. 61, 31 mar. 00), acerca da inconstitucionalidade da vinculação para que o salário-mínimo atue como fator de atualização da multa administrativa, que variará com o aumento dele, o que se enquadra na proibição do citado dispositivo constitucional.

Não é outra a situação da fiança estabelecida pela Lei nº 12.403/11. No caso do CPP, utilizou-se o salário-mínimo como índice de atualização da fiança, que variará anualmente com o aumento dele, o que incide na vedação constitucional de vinculá-lo a qualquer fim.

De toda forma, o salário-mínimo, cuja existência remonta a 1º de maio de 1940, no governo de Getúlio Vargas, posta-se como o melhor parâmetro para demarcação dos valores da fiança, seja porque é corrigido com periodicidade anual, seja porque tem longa existência e dificilmente desaparecerá do mundo jurídico-econômico, como ocorreu com o BTN.

A fiança deve ser estabelecida com comedimento, para evitar que o montante exigido do acusado não seja superior ao prejuízo econômico decorrente do crime, como também obstar a imposição de valor tão elevado que represente indireta negativa da liberdade. Nenhuma lei, por melhor redigida que seja ou por mais necessária que se mostre, resiste a interpretações que lhe neguem o sentido ou lhe retirem a eficácia.[18] Os parâmetros da fiança variam de um a 100 salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a quatro anos e de 10 a 200 salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a quatro anos.

[18] O Juiz de Direito da Comarca de Itabaiana/SE fixou fiança de R$54.500.000,00 para acusado preso por porte ilegal de arma de fogo, que confessara ter recebido R$2.000,00 para matar uma mulher grávida de sete meses (*Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. C3, 12 ago. 2011. Cotidiano).

Como a situação econômica do acusado é fator essencial ao arbitramento da fiança, ela poderá ser dispensada se apresentar hipossuficiência financeira ou ser reduzida até o máximo de 2/3. Em caso contrário, pode-se elevá-la em até 1000 vezes, a ponto de alcançar o montante máximo, atual, de R$109.000.000,00.

5.6 Suspensão de atividade

A Constituição Federal assegura o livre exercício da atividade econômica e, à primeira vista, a medida cautelar prevista no art. 319, IV do CPP poderia parecer inconstitucional. Entretanto, embora seja assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, o art. 170, parágrafo único da *Carta Magna* ressalva os casos previstos em lei. Eis aí a autorização para que se restrinja o exercício de atividade profissional pela lei processual penal.

A redação legal do art. 319, VI do CPP induz a crer que a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira somente será determinada para fins de se evitar reiteração delituosa, mas não se duvida de que a medida também poderá ser imposta para conveniência da instrução criminal. A uma, porque as medidas cautelares, em regra, destinam-se a assegurar a aplicação da lei penal e o êxito da investigação ou da instrução criminal, consoante dispõe o art. 282, I do CPP. A duas, porque a restrição da suspensão de atividade para a única finalidade de se evitar a prática de novos crimes redundaria, quase que automaticamente, na inflição da prisão preventiva sempre que houvesse interesse probatório em torno do exercício da atividade profissional. É inconcebível que se opte por medida mais gravosa — prisão preventiva — para atender à conveniência da instrução criminal, nos casos em que a suspensão da atividade profissional seja suficiente para se alcançar igual desiderato. A específica finalidade instituída no art. 319, VI do CPP teve por objetivo apenas esclarecer que a medida cautelar poderia ser empregada para impedir a continuidade na prática das infrações penais. E para atender inequívoca determinação legal, instituída no já referido art. 282: nos casos expressamente previstos, pode-se aplicar medida cautelar para evitar a prática de infrações penais. A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira é uma das expressas previsões do art. 319 do CPP.

Na França, sob a denominação de *contrôle judiciaire*, que significa o complexo de atos do juiz praticados para garantir o êxito da instrução criminal ou a título de medidas assecuratórias, há previsão da suspensão de atividades profissionais. O juiz pode ordenar, por três meses ou mais, o fechamento de estabelecimento ou

de parte dele, desde que o acusado seja possuidor, gerente ou preposto de casa de prostituição (art. 706-36, CPP). Também é possível determinar o fechamento de hotéis, bares, restaurantes, clubes, danceterias e casas de espetáculo nos quais o acusado foi encontrado tentando destruir provas, exercendo pressão sobre testemunhas ou favorecendo a continuação de sua atividade ilícita.[19]

Na Itália, a suspensão de atividade não se aplica aos cargos eletivos, preenchidos por eleição popular direta, por expressa proibição do art. 289, *comma* 3 do CPP. Não poderia a vontade judicial substituir-se à vontade popular para definir quem poderia ocupar cargos políticos. No Brasil, não houve ressalva similar e a suspensão alcança função pública, genericamente considerada, e atividade de natureza econômica ou financeira. Portugal apresenta situação similar à brasileira, haja vista que a específica medida cautelar abrange "profissão, função ou actividade, públicas ou privadas" (art. 199º). No entanto, o Tribunal Constitucional, ao lavrar o Acórdão nº 41/2000, decidiu interpretar a norma constante da alínea "a" do nº 1 do artigo 199º do Código de Processo Penal como não abrangendo os titulares de cargos políticos.

Não se pode conceber que a opção pela nomenclatura "função pública" revele a intenção de alcançar apenas o restrito conceito de Direito Administrativo: ato ou conjunto de atos inerentes ao exercício de atribuições da Administração, ao qual não corresponde cargo ou emprego. Duas são as distintas modalidades de função: a primeira delas refere-se à função exercida por servidores contratados com base no artigo 37, IX da CF, temporariamente, sem a exigência de concurso público, considerando-se o caráter emergencial da contratação; a segunda trata-se de função de natureza permanente, de livre provimento e exoneração, desempenhada por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que a preenche. Refere-se a encargos de direção, chefia e assessoramento e distingue-se do cargo em comissão por não poder ser preenchida por alguém estranho à carreira, alheio ao serviço público. Tal função é, portanto, reservada aos servidores de carreira.

A função pública prevista na Lei nº 12.403/11 alcança mandato eletivo, cargos efetivos e comissionados, emprego público, além da própria função, como atividades desempenhadas por funcionário público, o qual, para os efeitos penais, é aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, como prescreve o art. 327 do Código Penal. O dispositivo também atinge quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada

[19] BOULOC; LEVASSEUR; STEFANI. *Procédure pénale*, p. 591.

para a execução de atividade típica da Administração Pública (art. 327, §1º, CP). A interpretação autêntica aplicável ao direito penal não deve ser desprezada por se tratar de processo penal.

Em se tratando de função pública, a suspensão determinada não pode importar em supressão de remuneração ou do auferimento de renda. Em primeiro lugar, porque não há determinação legal que imponha a cessação do pagamento de salário. Em segundo lugar, porque, devido à singeleza da regulamentação do CPP, deve-se recorrer a outras fontes para extrair a estrutura do instituto, e as normas integradoras não preveem a falta de remuneração. O recurso à Lei nº 8.112/90, como manancial mais adequado, faz com que se afaste a supressão de remuneração ou renda. Isso porque o art. 147 estabelece que a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o afastamento do exercício do cargo, a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, sem prejuízo da remuneração.

Cuidando-se de atividade econômica, o juiz precisa ser cauteloso em determinar a suspensão da atividade do empresário ou a relação de emprego regida pela CLT. Corre-se o risco de impedir o acusado de obter o sustento próprio e da família mediante o exercício de atividade remunerada e de substituir-se ao empregador na definição se o acusado deve ou não continuar a prestar-lhe serviços. Por isso, é recomendável que a suspensão de atividade somente ocorra nas situações em que a atuação empresarial seja, em si, ilícita ou, comparativamente à atividade negocial desenvolvida de forma regular, represente maior percentual. Cite-se o exemplo daquele que mantém casa de prostituição, do acusado que se vale de clínica ou consultório médicos para a realização de abortos ou do réu que constituiu estabelecimento comercial de fachada para realizar lavagem de dinheiro. Por outro lado, a sonegação de tributos pelo empresário não pode, em regra, implicar a paralisação das atividades comerciais, nem a prática de peculato de pequena monta justifica o afastamento do servidor público. Em situações tais, a manutenção da atividade profissional pode gerar o benéfico efeito de possibilitar ao acusado parcelar ou quitar o débito, como também reparar o dano oriundo do crime. Não se pode olvidar que a opção pela continuidade do exercício da profissão depende da prognose de que não haverá a perpetuação das infrações, nem existirão entraves à coleta probatória, postos pelo acusado que se mantém em atividade. Autoriza-se a continuidade do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira desde que não sirva como favorecimento à continuação de atividades ilícitas.

Não obstante a ausência de expressa referência do texto legal, a determinação judicial de suspensão de atividade pode ser imposta com limitação parcial de

poderes ou de atuação no ofício ou na profissão interditada. O objetivo é selecionar medida cautelar que represente menor ônus ao acusado, mas que seja bastante para os fins de cautela para o qual foi imposta. Isso significa que a suspensão de atividade não é, necessariamente, em caráter integral. Se o servidor público que desempenha papel de ordenador de despesas é acusado de infrações praticadas no exercício dessa atribuição, poderá dela ser cautelarmente afastado, sem prejuízo de permanecer em atividade que não envolva pagamentos de contas públicas. Tudo dependerá das exigências de cautela do caso concreto e em atenção ao sacrifício mínimo a que se deve submeter o acusado. Deve-se ter em mente, ainda, que o afastamento do servidor público de suas atribuições, sem prejuízo da remuneração, importa em ônus para o Estado, que despende recursos financeiros para quitar os vencimentos, mas não recebe a contraprestação laboral. Recomenda-se, portanto, que somente nas hipóteses em que não for possível manter o servidor público no exercício de outras atribuições funcionais deverá ser determinado o afastamento integral das atividades.

Como naturalmente tem ocorrido, a inovação legislativa não faz referência às pessoas jurídicas, o que não significa que estejam alijadas da sujeição às medidas cautelares. No direito francês, as medidas cautelares especialmente referenciadas às pessoas jurídicas consistem no depósito de caução ou na constituição de garantias pessoais ou reais destinadas a garantir indenização à vítima. Excepcionalmente, permite-se a aplicação da proibição de emitir ordens de pagamento ou de exercer certas atividades profissionais, medidas impostas com maior comedimento porque normalmente são concebidas como penas.[20]

A providência cautelar estatuída no art. 319, VI do CPP é perfeitamente aplicável à pessoa jurídica, no que tange ao exercício de atividade econômica ou financeira. Ao lado da fiança, trata-se das únicas medidas cautelares aptas a serem impostas, não apenas ao representante legal da pessoa jurídica, mas ao próprio ente abstrato.

A decisão que determina a suspensão deve ser comunicada ao órgão público competente ou entidade de classe, para que fiscalizem a interdição temporária do exercício da atividade.

A suspensão não pode funcionar como antecipação de pena, travestida sob a forma de lucros cessantes, mas sim como medida cautelar que assegure o resultado do processo criminal em caso de condenação. Se o estabelecimento comercial desenvolve atividade ilícita que, por meio de juízo prognóstico, será penalmente imputada ao acusado, justifica-se a precoce interdição, fazendo cessar conduta à

[20] BOULOC; LEVASSEUR; STEFANI. *Procédure pénale*, p. 548.

margem da lei, de maneira antecipada, anteriormente ao trânsito em julgado e ao definitivo reconhecimento da condição de culpado. Se, em decorrência desse mesmo juízo prognóstico, o magistrado antevê a possibilidade de decretação da perda do cargo, como autoriza o art. 92 do Código Penal, a suspensão da função pública é quase um antecedente lógico. Nesse aspecto, deverá verificar não apenas o tipo de infração praticada, mas o montante da pena que poderá ser imposto. Em princípio, aparenta-se descabida a suspensão de função pública se a pena a ser aplicada limitar-se a menos de um ano, hipótese em que não seria cabível a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo. Por que afastar o acusado da função pública que exerce se, ao final, após o trânsito em julgado da condenação, ele regressará à atividade profissional? Se não houver imperiosas razões probatórias, a imposição da medida cautelar violará o grau de proporcionalidade que habitualmente se requer nesses casos.

5.7 Internação provisória

A internação provisória mais se assemelha à aplicação transitória de medida de segurança do que propriamente providência cautelar. Foi colocada junto às medidas cautelares por opção sistemática do tipo analógica, mas apresenta natureza, pressupostos e conteúdo diverso.

É aplicação de medida de segurança antecipadamente.

Ela é bastante similar à internação prevista no art. 149 do CPP, mas se diferenciam porque esta pressupõe a superveniência da inimputabilidade, ao passo que aquela se deu antes do processo judicial. A legislação anterior admitia a internação provisória apenas se a doença mental fosse superveniente à prática da infração penal, o que deixou de ser limitado pela ampla previsão da nova medida cautelar.

O pressuposto dessa medida não é o cometimento de infração penal, mas, seguindo o esquema do tipo de autor, o fato de pertencer a uma das categorias do catálogo do art. 26 do Código Penal: o agente portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que 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.

5.8 Recolhimento domiciliar

A nova disciplina colocou o recolhimento domiciliar como medida autônoma de coerção, alternativamente à prisão preventiva, tal qual modalidade executiva extracarcerária da custódia cautelar. A prisão domiciliar durante o curso do

processo, que, até então, não havia sido incorporada pela legislação pátria, teve expressa contemplação na Lei nº 12.403/11, simultaneamente com o recolhimento domiciliar. Ao passo que a prisão domiciliar prevista no CPP é sucedânea da prisão preventiva, porém executada de maneira atenuada, porque expiada em residência e fundada em razões humanitárias, o recolhimento domiciliar é, por si, medida autônoma que faz pressupor a dispensa do rigor do acautelamento em cárcere. Por isso, o recolhimento domiciliar surge como melhor alternativa ao cárcere, medida de acautelamento prévio e anterior à decretação da preventiva, podendo "até ser imposta independentemente de anterior prisão em flagrante, mas, segundo nos parece, mais adequada se revelaria como substitutiva da prisão em flagrante".[21]

No direito espanhol, existe a figura da *prisión atenuada*, um misto de prisão e recolhimento domiciliares. Consiste numa atenuação das condições da prisão preventiva, obriga a permanência do acusado no próprio domicílio, com vigilância que se considere necessária e a possibilidade de saídas durante as horas indispensáveis para o exercício da profissão.[22] Nos Estados Unidos, a medida cautelar é conhecida como *home confinement* e pode obrigar a permanência na residência por algumas horas ou durante todo dia. Normalmente, a medida é acompanhada do monitoramento eletrônico.[23]

A nova regulamentação previu o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. O Código de Processo Penal uruguaio, por exemplo, prevê duas modalidades de recolhimento domiciliar: *de tiempo completo e de tiempo limitado*. O recolhimento domiciliar integral veda a saída do acusado de sua residência pelo prazo máximo de três meses. Por seu turno, o recolhimento limitado abrange determinados dias e horas e não pode estender-se por mais de seis meses. Normalmente, a medida substitutiva ao cárcere é executada nas horas em que o acusado não desempenha o regime laboral ordinário.[24] O legislador brasileiro optou pelo recolhimento limitado, isto é, somente durante o período em que o acusado não desempenha atividade laboral, o que se dá, comumente, durante o período noturno e nos finais de semana.

[21] OLIVEIRA. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 20.
[22] NAVARRETE. *Derecho procesal penal*, p. 274.
[23] BRANHAM; KRANTZ. *Sentencing, corrections and prisioners' rights*, p. 69.
[24] RESTUCCIA. *El proceso penal uruguayo*, p. 123.

No entanto, caso o réu possua jornada de trabalho incomum, tal como o vigilante que desempenha suas atribuições no período noturno ou o engenheiro de plataformas marítimas que labuta durante sucessivos dias, o recolhimento domiciliar deverá adaptar-se à rotina profissional do acusado, para alcançar o período extralaboral.

O recolhimento domiciliar impõe restrição à liberdade de locomoção, em caráter mais severo do que as demais cautelares que estabelecem proibições, tanto é verdade que, na Itália, permite-se o desconto dos dias em que vigorou a medida cautelar no cômputo da pena, a título de detração. Considera-se que o acusado que permanece em residência encontra-se em estado de custódia cautelar. A Lei nº 12.403/11 foi omissa na previsão da detração, porém, diante do grau ocupado pelo recolhimento domiciliar na escala de coercitividade, o desconto do tempo expiado durante a execução da medida cautelar deve ser abatido no montante da pena imposta. O número de horas em que o acusado permaneceu em recolhimento domiciliar deve ser descontado na mesma proporção, ou seja, pelo equivalente de horas de cumprimento de pena.

E se o recolhimento domiciliar assemelha-se à prisão preventiva, a ponto de se abater os dias recolhidos de eventual pena imposta, a cumulação dessa medida cautelar com a fiança afigura-se excessiva, a despeito da ausência de expressa proibição legal. O mesmo raciocínio aplica-se à internação provisória, pois o caráter coercitivo das medidas, somente menor do que a prisão preventiva, dispensa a dupla apenação. Se a fiança tem por objetivo assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo e evitar a obstrução do seu andamento, a permanência dele em local certo mostra-se suficiente para atingir a finalidade do instituto. A imposição da fiança somente se justificaria, nos casos de recolhimento domiciliar e internação provisória, se houver, de algum modo, resistência injustificada a alguma ordem judicial, como forma de compelir o acusado ao cumprimento da determinação. A situação, no entanto, seria de rara ocorrência, pois, em regra, a omissão do réu em atender determinações judiciais ou está amparada pelo princípio contra a autoincriminação ou se resolve em ônus processual que será por ele suportado.

5.9 Monitoração eletrônica

De todas as medidas cautelares, o monitoramento eletrônico é o único que não apresenta aplicação imediata, pois depende da utilização de tecnologia e equipamentos que necessitam ser adquiridos.

A medida cautelar é a versão moderna do Panóptico, teoria formulada pelo jurista britânico Jeremy Bentham, no final do século XVIII, a partir da idealização

de modelo arquitetural aplicável às prisões inglesas, com o intuito de aumentar o controle estatal sobre seus detentos. Trata-se de construção em forma de anel, que contém, na parte central, uma torre vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel. A parte periférica é dividida em celas que atravessam toda a espessura da construção e contêm duas janelas, uma para o interior, correspondendo à janela da torre, e outra para o exterior, permitindo que a luz atravesse a cela. Um único vigia na torre central seria suficiente para fiscalizar todos os detentos, pois, pelo efeito da contraluz, percebe-se da torre, recortando-se sobre a claridade, as silhuetas nas celas da periferia.[25] O panoptismo atende perfeitamente ao princípio da vigilância total, como pretende fazer a monitoração eletrônica.

A ideia do monitoramento eletrônico surgiu na década de 60, com o Professor da Universidade de Harvard Ralph K. Schwitzgebel, que criou o dispositivo como alternativa à custódia de criminosos.[26] O projeto de monitoração eletrônica permaneceu sem aplicação por quase vinte anos e, somente em 1977, a área jurídica foi seduzida pela proposta, quando o juiz de Albuquerque, Novo México/EUA, Jack Love, inspirado por uma edição da série *Spiderman*, pediu ao perito em eletrônica Michael Gross para projetar e manufaturar dispositivo de monitoramento que fosse afixado ao pulso, tal com visto na história em quadrinhos. Em 1983, após realizar testes em si mesmo com o bracelete, este juiz sentenciou o primeiro criminoso ao uso do dispositivo, dando o passo inicial para a implementação do monitoramento eletrônico em larga escala nos Estados Unidos, de tal forma que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados e, dez anos mais tarde, cerca de 95.000.[27] Progressivamente, países europeus interessaram-se pela monitoração eletrônica e a Inglaterra, por meio do *Criminal Act* de 1991, aderiu à medida, embora, somente em 1995, o sistema tenha sido posto em prática. Na França, a Lei nº 97-11.59, de 19 de dezembro de 1997, instituiu a monitoração como modalidade de execução das penas privativas de liberdade.[28]

No monitoramento eletrônico ativo, é afixado ao condenado um aparelho transmissor, ligado a computador central,[29] que registra os dados de localização

[25] FOUCAULT. *Vigiar e punir*, p. 166.
[26] PAPATHEODOROU. Le placement sous surveillance électronique des délinquants en droit penal compare. *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, p. 112.
[27] MARIATH. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada.
[28] PAPATHEODOROU. Le placement sous surveillance électronique des délinquants en droit penal compare. *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, p. 114-115.
[29] OLIVEIRA. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 22.

do indivíduo. Através desse tipo de vigilância, confirma-se a presença do condenado em sua casa, ou mesmo em outro local determinado pela Justiça, bem como as horas previstas para a prática de determinados comportamentos, ou, pelo contrário, sua ausência do local previamente determinado, o que, consequentemente, acarretará consequências a seu desfavor.[30] Na vigilância eletrônica passiva, há computador programado para efetuar chamadas telefônicas para os locais onde os indivíduos comprometeram-se a permanecer. Tais ligações devem ser atendidas pelo próprio apenado, quando se procederá à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e à emissão de relatório.[31] No sistema de segunda geração, o vigiado porta um transmissor similar ao utilizado na vigilância eletrônica ativa, denominado *Galileo*, que foi concebido em oposição ao GPS (*Global Positioning System*) e confere maior precisão e controle. Para tanto, o dispositivo envia os dados do movimento do indivíduo à central, o que dispara o alarme toda vez que o vigiado se distancie do local determinado. Há, portanto, capacidade para controle milimétrico da localização ocupada pelo indivíduo, bem como a delimitação precisa do lugar e horário em que esteve.[32] Na Suécia, o dispositivo está equipado com um etilômetro para medir a taxa de alcoolemia e com um sistema de reconhecimento vocal que permite a verificação da identidade da pessoa que utiliza o etilômetro.[33] O sistema de monitoramento eletrônico de condutas é atualmente realizado através de sinalizador GPS, acoplado a bracelete, pulseira ou tornozeleira de aproximadamente 75g, equipados com sensores antifraudes e rupturas, que transmitem informações do posicionamento do apenado à central de controle e vigilância. Este rastreamento é feito via satélite, monitorando os indivíduos em tempo real ou através de relatórios periódicos que indicam os locais por onde passaram, de forma a controlar sua permanência em determinado lugar ou a proibição de transitarem em certas localidades.[34] A pulseira, bracelete ou tornozeleira identifica a presença do indivíduo por meio de radiofrequência ao dispositivo de rastreamento que, por sua vez, comunica-se com o dispositivo GPS e transmite as informações à central de controle.[35]

[30] GRECO. Atualização: monitoramento eletrônico. *In*: GRECO. *Curso de direito penal*, p. 7.
[31] *Idem*, p. 23.
[32] *Idem*, p. 9.
[33] PAPATHEODOROU. Le placement sous surveillance électronique des délinquants en droit penal compare. *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, p. 115.
[34] VIANA. *Transparência pública, opacidade privada*: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle, f. 36.
[35] *Idem*.

Tal como as demais medidas cautelares, a monitoração eletrônica não é novidade no país. Foi inicialmente prevista na execução penal, para controle do cumprimento da pena, mais precisamente na fiscalização das saídas temporárias no regime semiaberto e ao determinar a prisão domiciliar. A Lei nº 12.258/10, que alterou a Lei de Execução Penal, estabelece como obrigações do sentenciado receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos, cumprir suas orientações e abster-se de remover, de violar, de modificar e de danificar, de qualquer forma, o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça. Em caso de violação desses deveres, poderá ser determinada a regressão do regime, a revogação da autorização de saída temporária, a revogação da prisão domiciliar ou a advertência por escrito.

Não há nenhum propósito em se impor a monitoração eletrônica isoladamente, dissociada de outras medidas cautelares, porquanto ela não constitui uma providência por si só produtora de resultados úteis e de finalidade palpável. Não é temerário dizer que consiste na única cautelar destituída de autonomia e totalmente dependente de outras determinações. A razão de ser da monitoração eletrônica ajusta-se a medidas que estabeleçam proibições de movimentação geográfica, porque sua função precípua é identificar o local em que se encontra a pessoa monitorada. Infligir o monitoramento sem discriminação de quais restrições de locomoção estão impostas afigura-se absolutamente inútil e, até mesmo, contraproducente. As restrições precisam ser previamente estabelecidas, com supedâneo nas proibições de frequência a determinados lugares, de ausentar-se da comarca ou do país, como também na vedação de se afastar do domicílio.

Em verdade, a monitoração eletrônica é a cautelar da cautelar, isto é, cuida-se de medida que assegurará o resultado útil das demais cautelares que envolvam restrições à liberdade de locomoção.

6 Duração das medidas cautelares

Sem embargo da constitucionalização da razoável duração do processo, a celeridade processual não faz parte das principais preocupações dos que atuam na seara criminal. Legislador, juristas, magistrados, promotores e advogados percebem a duração do processo como fator de peso pouco expressivo nas correspondentes atividades, em confronto com as exigências de ampla defesa, sucessivos graus de jurisdição, juiz natural, contraditório e presunção de inocência. A absoluta ausência de previsão de prazos de duração das medidas cautelares penais é o quadro que melhor identifica essa exposição.

A pouca inventividade do legislador ao assenhorar-se dos padrões italianos de medidas cautelares desapareceu por completo quando o assunto era estabelecer termos máximos de duração das providências cautelares. Ao menos foi coerente o legislador nacional em omitir-se nesse ponto, porque manteve a lacuna existente quanto à prisão preventiva, para a qual também não há estipulação de prazo máximo.

O Código de Processo Penal português prescreve, no art. 215º, os prazos máximos de duração da prisão preventiva: "quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1ª instância; um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado". Existem variáveis que podem elevar os prazos, em caso da complexidade da instrução e da espécie do delito praticado. Para as demais medidas cautelares, ou se aplica o mesmo prazo de duração da prisão preventiva, ou contam-se em dobro os prazos acima referidos. Assim, para a obrigação de permanência de habitação, incidem os mesmos prazos da prisão preventiva, ao passo que, para a medida cautelar de suspensão de profissão, função, atividade e de direitos, o lapso de tempo máximo é duplicado (art. 218º).

Na Itália, a situação não é diferente. O art. 308 do Código de Processo Penal italiano estabelece que a duração máxima das medidas cautelares equivale ao dobro do prazo estatuído para a prisão provisória. Em se tratando de medidas interditivas, tal como a suspensão do exercício do poder parental, do exercício de função ou serviço público e a proibição temporária de exercer atividade profissional ou empresarial, essas perdem a eficácia se decorridos dois meses do início de sua execução. Em todo caso, há possibilidade de renovação das medidas, por exigências probatórias, pelo prazo máximo correspondente ao dobro da duração da prisão provisória. Quanto a ela, o art. 303 do CPP italiano traz complexa disciplina, ao prescrever a duração da prisão provisória por período que varia de três meses a seis anos.

O dever de revisar periodicamente a medida cautelar, que estava previsto no art. 282, §7º, foi retirado durante a votação final do anteprojeto na Câmara dos Deputados. Por conseguinte, além de não se saber por quanto tempo o acusado deve suportar a imposição cautelar de medidas, excluiu-se a possibilidade de que sejam revistas sazonalmente. Uma medida que nasce proporcional, com o tempo, perde seu caráter de proporcionalidade e, por isso, deveria ser revista à luz do art. 282 do CPP.[36]

[36] DEZEM. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. *Boletim do IBCCrim*, p. 15.

Nem se diga devemos recorrer ao direito comparado para extrair os prazos que aperfeiçoam a aplicação das medidas cautelares. Todos eles, seja na Itália, seja em Portugal, guardam relação de proporcionalidade com o prazo da prisão preventiva e costumam representar o dobro da duração da medida carcerária. Como no Brasil há igual imprecisão para a duração da prisão preventiva, o estado de indefinição não se socorre de subsídios além-mar.

Diante da lacuna legislativa, resta optar pela perenidade das medidas cautelares — o que em determinadas circunstâncias será extremamente gravoso — ou pela indicação de lapsos de tempo máximos, com o instrumental já existente em nosso ordenamento. São poucas as situações em que a lei previu o tempo máximo de duração da instrução criminal, em situação absolutamente distinta daquelas prescritas no anteprojeto do Código de Processo Penal (PLS nº 156/09). De acordo com a legislação em vigor, afora o procedimento do júri conduzido pelo juiz sumariante, existe a previsão contida no art. 8º da Lei nº 9.034/95, aplicável ao crime organizado, relativamente ao cumprimento de prazos processuais globais. Referido dispositivo estipula o prazo de 81 dias para o encerramento da instrução criminal quando o réu estiver preso e se entende que, se ultrapassado, estaria configurada a coação ilegal. É bom lembrar que o prazo de 81 dias não foi escolhido aleatoriamente. O legislador adotou antigo e sedimentado entendimento doutrinário e jurisprudencial, resultado da soma dos prazos estatuídos para o procedimento do juiz singular. É certo que a jurisprudência que inicialmente se firmou, referente à rigidez temporal, foi abrandada com o decorrer dos anos, uma vez que a transposição dos 81 dias passou a justificar-se por critérios de complexidade do processo, multiplicidade de réus e necessidade de expedição de cartas precatórias, entre outros. Hoje, a duração do processo, conquanto matematicamente determinável, não mais segue a lógica exata que dos números pode-se inferir. A despeito disso, ainda se encontram no Superior Tribunal de Justiça julgados que se apegam aos 81 dias como norte para medir a ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa: "[...] tudo isso justifica, em face da razoabilidade, eventual atraso na instrução criminal, notadamente tendo em conta que o prazo de 81 dias não é de peremptória observação, erigindo-se apenas como parâmetro, utilizado pelos Tribunais, para aferir a duração do processo" (HC nº 169.859, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sessão de 18.08.10); "O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade" (RHC nº 24.451, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Sessão de 17.09.09).

Apegar-se aos 81 dias para definir o prazo máximo da expiação das medidas cautelares seria demasiadamente inapropriado. Na esfera disciplinar, por exemplo, a Lei nº 8.112/90 admite o afastamento provisório do servidor público processado administrativamente pelo prazo de 60 dias, prorrogável por igual período. Dada a similitude das situações, não se percebe por qual razão a suspensão da função pública em âmbito penal deveria ser por quadra mais reduzida.

Por outro lado, a posição preeminente da prisão preventiva na escala de coercitividade faz presumir que o gravame que o réu preso suporta é imensamente superior ao ônus experimentado pelo acusado sujeito às medidas cautelares diversas da prisão. E o ônus será tanto menor quanto menor for o grau de aflitividade que a providência cautelar exala. Dessa forma, pode-se concluir que a duração das medidas cautelares variará em conformidade com o nível de coercitividade, admitindo-a tanto mais longa quanto menos aflitiva revelar-se.

Com o a advento da Lei nº 11.719/08, alteraram-se as fases do procedimento ordinário, o que ocasionou a modificação substancial dos prazos processuais. Primeiramente, o art. 395 sofreu modificação e não versa mais sobre o prazo para a defesa prévia, substituído que foi pelo art. 396, que estipulou o prazo de 10 dias para a resposta à acusação. Assim, persiste o prazo de 15 dias para o inquérito e oferecimento da acusação, sucedido por mais 10 dias para a resposta do réu. Após a defesa escrita, designa-se audiência de instrução e julgamento em 60 dias, com prolação de sentença. De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, dever-se-ia adicionar o prazo de vinte e quatro horas para a decisão de recebimento da peça acusatória, o que redundaria em 86 dias.[37] No entanto, como anteriormente isso não era computado na aferição do lapso total, por simetria, deixa-se de acrescer mais um dia à somatória. Se é certo que o novo rito ordinário procurou tornar a instrução mais célere, com a concentração de atos na audiência, não se pode desprezar todos os prazos possíveis — tal como antes se fazia — para estabelecer teto que não deve ser ultrapassado. Se a busca é por se alcançar o lapso de tempo máximo que o réu preso poderia suportar, isso somente será feito com a soma de todas as variáveis. A previsão de memoriais (cinco dias sucessivos) e de sentença (20 dias), após a audiência, em causas mais intrincadas, já abrangeria a complexidade usualmente mencionada para se justificar a dilação da instrução e a superação do limite temporal objetivamente previsto. Seriam mais 30 dias acumulados que se prestariam para compensar o retardamento por "complexidade do caso ou [pel]o número de acusados" (art. 403, §3º) e que se depreendem, *v. g.*, do concurso

[37] OLIVEIRA. *Curso de processo penal*, p. 496.

de agentes e/ou de crimes ou de questões fáticas e jurídicas de elevada indagação. Fica claro que a soma que sustentava o prazo de 81 dias não mais existe. A duração passou para 115 dias, ou 135 dias para os processos que tramitam na Justiça Federal, cujo inquérito pode ser concluído em 15 dias, prorrogável por igual período (art. 66 da Lei nº 5.010/66).

Se, em tese, seria esse o prazo máximo suportado pelo réu preso, até que sua prisão não resultasse em excesso, os lapsos temporais deveriam ser multiplicados em se tratando de imposição de medidas cautelares. Assim, para as medidas cautelares situadas logo abaixo da prisão preventiva, na escala de coercitividade, o prazo máximo de sua duração deveria ser dobrado. As que viessem em seguida teriam o prazo triplicado e assim por diante. Trata-se de solução possível, embora não desejável, mas que se impõe diante da lacuna legislativa em disciplinar o óbvio: limites temporais para a imposição e manutenção de gravames.

7 Conclusões

Tudo indica que as medidas cautelares, que fucionariam como alternativas ao cárcere e sucedâneo da prisão preventiva, tendem a ser francamente utilizadas, fora do propósito cautelar para o qual foram criadas, o que importará no aumento do alcance do direito penal. E é provável que o recurso à fiança, porque não depende de fiscalização para que seja cumprido e possui a finalidade adicional de apresentar feição reparatória, seja a opção preferida pelos juízes.[38] O sistema anterior baseava-se no caráter bipolar da liberdade provisória/prisão preventiva, mas, atualmente, aqueles casos em que normalmente não se aplicavam a custódia carcerária serão agora preenchidos pelas medidas cautelares. O tempo demonstrará que a permanência em liberdade, sem nenhuma imposição de restrições, praticamente, não ocorrerá.

Abstract: The Law 12.403/11 is analyzed for having introduced relevant changes in the discipline of criminal precautionary measures. The provisions applicable to the general aspects of the diverse criminal precautionary measures are examined. It is to note the Italian influence in the preparation of the country's discipline and a coercivity scale among the newly introduced measures is established. Each of the criminal precautionary measures is studied with constant reference to the foreign legislation. The duration period of the precautionary law is sought after and it is concluded that there will be an increased reach of the criminal law due to a greater utilization of the precautionary criminal law.

Key words: Criminal procedure. Personal precautionary measures. Law 12.403/11. Compelling. Duration.

[38] Uma semana após a vigência da Lei nº 12.403/11, juízes da capital paulista demonstraram preferência por estipular fianças em vez de conceder uma das outras oito medidas cautelares definidas pela nova legislação. De 59 casos analisados, estabeleceu-se fiança em 29 e nos demais casos foi imposta a prisão provisória (*Folha de S.Paulo*, São Paulo, 11 jul. 2011. Cotidiano. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 18 dez. 2011).

Referências

BOULOC, Bernard; LEVASSEUR, Georges; STEFANI, Gaston. *Procédure pénale*. 16e éd. Paris: Dalloz, 1996.

BRANHAM, Lynn S.; KRANTZ, Sheldon. *Sentencing, corrections and prisioners' rights*. 4th ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1994.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio *et al*. *Profili del nuovo codice di procedura penale*. 4ª ed. Padova: Cedam, 1997.

DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 223, jun. 2011.

DRIPPS, Donald A. Against Police Interrogation: and the Privilege Against Self-incrimination. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 78, n. 4, Spring, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRECO, Rogério. Atualização: monitoramento eletrônico. *In*: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2011. v. 1. Parte geral.

GREVI, Vittorio *et al*. *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*. Milano: Giuffré, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 223, jun. 2011.

MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2011.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. *In*: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAPATHEODOROU, Théodore. Le placement sous surveillance électronique des délinquants en droit penal compare. *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, Paris, n. 1, 1999.

RESTUCCIA, Dardo Preza. *El proceso penal uruguayo*. 3. ed. Montevidéu: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

SILVA, Renata da Costa. Monitoramento eletrônico de presos, 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/MonitoramentoEletronicodePresos_RenatadaCostaSilva.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.

VIANA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada*: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Curitiba, 2006. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://brasil.indymedia.org/media/2008/05/419863.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 107-142, jan./mar. 2013.

Cadastrado em: 06 06 2012
Aprovado em: 29 08 2012

A trajetória doutrinária e judicial da desapropriação judicial – Perspectivas e prognósticos (§§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil)

Voltaire de Freitas Michel
Doutor em Direito pela UFRGS.
Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

Resumo: O artigo descreve a evolução doutrinária a respeito da natureza jurídica da desapropriação judicial prevista nos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, assim como analisa precedentes judiciais em que se o instituto foi abordado. Ao final, convergindo a análise teórica com as decisões judiciais, o autor propõe alternativas para uma maior aplicabilidade do novo instituto.

Palavras-chave: Desapropriação judicial. Código Civil brasileiro de 2002. Doutrina. Usucapião. Posse. Precedentes judiciais.

Sumário: 1 Introdução – **2** Trajetória doutrinária – Da indecisão à acessão – **3** Trajetória judicial – Quando, onde, como aplicar o instituto? – **4** Conclusão – Perspectivas e prognósticos – Referências

1 Introdução

As esperanças nutridas por Miguel Reale com relação à chamada desapropriação judicial, introduzida em nosso direito pelos §§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, não se refletiram na sua aplicação pelos tribunais, nem tampouco em extenso debate doutrinário. Promulgado o novo Código Civil de 2002, sob a inspiração do culturalismo jurídico e com sua tessitura aberta, o instituto inovador não repercutiu nas esferas judiciais, ao contrário de outras inovações específicas do Direito das Coisas, tais como as noções de posse-trabalho e de função social da propriedade. Uma breve pesquisa nos sites de pesquisa jurisprudencial disponíveis dá conta de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo