

AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO: O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A REALIDADE LATINO-AMERICANA

ALTERNATIVE PRECAUTIONARY MEASURES TO IMPRISONMENT: THE RENOVATION PROJECT OF THE BRAZILIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE AND THE LATIN AMERICAN REALITY

Nereu José Giacomolli*

PUC/RS

André Machado Maya**

PUC/RS

Resumo

A Lei 12.403/2011 rompeu com a dicotomia prisão ou liberdade durante a tramitação do processo penal, introduzindo medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere. A prisão cautelar preventiva foi relegada, pelo legislador e pela doutrina mais adequada ao constitucionalismo e ao convencionalismo internacional, como de *ultima ratio*. Essas medidas alternativas não afastam a exigência de cautelaridade e a satisfação dos requisitos e reservas legais e constitucionais, por implicarem restrições ao processado. Tramita na Câmara dos Deputados, projeto já aprovado pelo Senado da República, o qual tipifica quatorze medidas cautelares diversas do recolhimento ao cárcere. As reformas processuais penais de grande parte dos países da América Latina também concentraram uma importante discussão nas cautelares pessoais alternativas ao recolhimento à prisão.

Palavras-chave

Processo Penal. Cautelares Pessoais. Medidas cautelares alternativas à prisão. Reformas.

Abstract

The Law n. 12.403/2011 broke with the dichotomy prison or freedom during the criminal proceedings by introducing alternative protective measures. The preventive precautionary arrest was relegated by the legislature and by the most appropriate doctrine to constitutionalism and international conventionalism, as ultima ratio. These alternatives measures claim the satisfaction of the legal requirements and the constitutional reservations because there are guarantees restrictions. The reform of the Brazilian Criminal Code which has been approved by the Federal Senate, typifies fourteen different precautionary measures. The criminal procedure reform of

most Latin American countries also focused an important discussion on alternatives to personal precautionary gathering to prison.

Keywords

Criminal Procedure. Precautionary measures alternatives to prison. Reforms.

1. Considerações iniciais

Inserido em uma sociedade globalizada e em constante aceleração, o direito processual penal desse início de século tem como marca registrada a exigência de eficiência. A velocidade do mundo contemporâneo, notadamente a velocidade das comunicações, reflete diretamente nas relações jurídicas e, mais especificamente, no direito processual penal, impondo aos atores jurídicos a necessidade de uma pronta resposta diante da notícia de um crime. Trata-se, aqui, de uma concepção unilateral de eficiência como celeridade, uma eficiência meramente instrumental, relacionada exclusivamente com a ideia de otimização do sistema, que desconsidera a necessária ligação entre justiça e garantias, a qual deve permear o direito processual penal que se pretenda efetivamente democrático (WEDY, 2013, p. 18).¹

* Doutor em Direito Processual pela Universidad Complutense de Madrid, Professor de Direito Processual Penal do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, consultor jurídico.

** Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre e especialista em Ciências Penais pela PUCRS, Especialista em Direito Público pelo UniRitter, Professor de Direito Processual Penal.

¹ Na mesma linha, Antônio Scarance Fernandes (2008, p. 09/28), sustenta que a eficiência do processo penal depende da finalidade a ele atribuída. Nesse andar, considerada a finalidade do processo como a obtenção do resultado justo, legitimado por um procedimento pautado pelo equilíbrio ideal entre dois direitos fundamentais basilares, à segurança pública e à liberdade, processo penal eficiente é o processo “que assegure a ambas as partes o exercício de seus direitos e as proteja com as garantias constitucionais”, no qual a decisão penal é obtida em um prazo razoável e mediante um procedimento conforme as garantias constitucionais e humanitárias que norteiam o direito processual penal: “Será eficiente o procedimento que, em tempo razoável, permitir atingir um

Processo eficiente, nessa linha, é o processo resolvido rapidamente, sem delongas, característico de um estado de emergência no qual “a sociedade, acostumada com a velocidade da virtualidade, não quer esperar pelo processo” (LOPES JR., 2006, p. 28), cujo tempo é acelerado na vã tentativa de acompanhar a instantaneidade do mundo contemporâneo. Daí o apego à prisão preventiva – e, de resto, às medidas cautelares em geral –, que se apresenta como instrumento típico de aceleração e propicia uma visibilidade de punição imediata, em uma quase sempre antecipação da punição na busca por uma aparente eficiência do sistema de administração da justiça criminal, assumindo o que Aury Lopes Jr. denomina de “efeito sedante da opinião pública” (LOPES JR., 2006, p. 31-32).

A constatação dessa realidade evidencia a importância do tema das medidas cautelares ao direito processual penal, o que, ademais, é reforçado pelo potencial de violação de direitos humanos inerente a essas medidas, notadamente à prisão preventiva. Daí os movimentos reformistas nos mais variados países sul-americanos terem dedicado especial atenção a esse ponto do processo penal, pretendendo, como regra, realocar a prisão cautelar numa posição de efetiva *ultima ratio*. No Brasil, seguindo essa tendência, a banalização da prisão cautelar tem sido alvo de questionamentos especialmente nos âmbitos doutrinário e acadêmico, e a questão, para além da previsão no projeto de reforma global do Código de Processo Penal, foi reposicionada pela Lei 12.403/11, que trouxe ao ordenamento jurídico as medidas cautelares alternativas ao cárcere.

O presente ensaio, situado no âmbito de uma abordagem mais ampla acerca do projeto de reforma global da legislação processual penal, tem por objetivo justamente esse ponto de inequívoca relevância ao processo penal e às liberdades individuais. A abordagem, diante da impossibilidade de enfrentamento das

resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal.”

medidas cautelares no seu todo, obedecerá ao recorte do que se pensa ser o ponto mais sensível, ou melhor, do que se pensa ser uma possibilidade de redução de danos no contexto de violação das liberdades individuais: as medidas cautelares alternativas à prisão. O intuito, em síntese, é examinar o tratamento dispensado a essa temática no projeto de reforma global do Código de Processo Penal, comparando-o tanto com o quadro atual brasileiro, desenhado pela Lei 12.403/11, quanto com a realidade dos países sul-americanos que recentemente passaram por reformas similares do ordenamento jurídico processual penal.

2. O atual *estado da arte* no Brasil: do tudo ou nada entre a liberdade e a prisão cautelar às medidas alternativas ao cárcere disciplinadas pela Lei 12.403/2011

A excepcionalidade da restrição da liberdade antes de uma sentença penal com trânsito em julgado advém do artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal. A regra é o recolhimento ao cárcere após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, nas hipóteses em que não for possível substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito ou suspender a execução da pena (*sursis*).

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, moldura a prisão processual como uma medida excepcional, cabível quando não for possível aplicar outras medidas cautelares (art. 319 do CPP). O artigo 282, § 6º é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for cabível a sua substituição (melhor, a aplicação) por outra medida cautelar. Decretar a prisão preventiva para depois serem buscadas alternativas, mantém a prisão preventiva, o recolhimento ao cárcere como *prima ratio*, contrariamente ao prescrito nos Diplomas Internacionais, na Constituição Federal e nas Leis Ordinárias. Depois de verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que

resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção). Ademais, não sendo o caso de liberdade sem restrições, existe a possibilidade de ser substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar, nas hipóteses do art. 318 do CPP. Em cada situação concretizada é de ser analisada a prisão domiciliar como uma hipótese possível (GIACOMOLLI, 2013, p. 41). Isso não se aplica somente à prisão preventiva propriamente dita, mas também ao recolhimento do acusado após a pronúncia (art. 413, § 3º, do CPP)² e à sentença penal condenatória (387, par. único, do CPP)³. Diante da decisão de pronúncia, o juiz decidirá sobre a liberdade do acusado, quem poderá ser solto ou permanecer solto (primeira opção), sofrer restrições cautelares diversas do recolhimento ao cárcere, nos termos do art. 319 do CPP (segunda opção) e, por último (terceira opção), ser recolhido ao cárcere, com manutenção (se já estiver preso) ou decretação da prisão preventiva (caso esteja solto). Igualmente, há que ser averiguada a possibilidade de ser concedida a prisão domiciliar, não sendo o caso de liberdade plena. A mesma escalada piramidal, com suas variações, se aplica quando o juiz proferir um veredicto penal condenatório (GIACOMOLLI, 2013, p. 42).

Do art. 310, II, do CPP se infere o reconhecimento, pelo legislador ordinário, da excepcionalidade da prisão processual. Por isso, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá: a) relaxar a prisão, quando esta for ilegal, restituindo a liberdade ao flagrado (primeira opção); b) conceder a liberdade provisória, sem fiança (segunda opção); c) conceder a liberdade provisória mediante termo de compromisso, quando o flagrado tiver cometido o delito

² Art. 413, § 3º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

³ Art. 387. O juiz, ao proferir a sentença condenatória: Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

nas condições do art. 23 do CP (terceira opção); d) conceder a liberdade provisória, com fiança (quarta opção); e) aplicar uma medida cautelar diversa do recolhimento ao cárcere, nos termos do art. 319 do CPP (quinta opção) e, por último, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos dos artigos 310, II e 312 do CPP (sexta opção).

Contudo, até o advento da Lei 12.403/2011, não havia alternativas cautelares ao recolhimento ao cárcere. A prisão preventiva era a medida cautelar pessoal por excelência. O magistrado não possuía outra alternativa, além reconhecer a necessidade cautelar e decretar a prisão preventiva, com o recolhimento ao cárcere, ou deixar o sujeito em liberdade. A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, introduziu em nosso sistema jurídico-criminal outras medidas restritivas, diversas da prisão preventiva, quando presente exigência cautelar. Assim como a prisão preventiva, as demais medidas cautelares não possuem o objetivo de obter uma colaboração do sujeito preso e nem uma antecipação da tutela penal material. Não são medidas substitutivas da prisão preventiva⁴, mas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), embora não percam o seu caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento ao suspeito, imputado ou acusado da prática de uma infração criminal. Ocupam, portanto, uma posição intermediária entre a liberdade provisória e a prisão preventiva. É indubitável restar parcialmente afetado, em certas medidas cautelares, o direito de liberdade; contudo, essa limitação, nesta nova arquitetura cautelar, não ocorre com o recolhimento à prisão, com o encarceramento, mas com outras formas conservativas da prova (probatória ou fática-conservativa), constrangedoras em menor grau do direito de ir e vir ou inibitórias de futuras infrações

⁴ Desvinculado da nova sistemática cautelar o disposto no art. 282, § 6º, do CPP (a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar). Na realidade, a medida cautelar não substitui a prisão preventiva, mas se constitui em uma alternativa desta, sempre quando estiver presente a exigência cautelar, com seus requisitos e pressupostos. O que se admite é o contrário, ou seja, a prisão preventiva ser substituída por outra medida cautelar, sempre que diminuir a exigência de cautela.

criminais (GIACOMOLLI, 2013, p. 99; SANGUINÉ, 2003, p. 666 e seg.).

O Comitê de Ministros do Conselho Europeu, já em 1965, emitiu a Resolução (65)11, de 09 de abril, recomendando aos países membros a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas. Dentre essas elencou: o controle domiciliar, a saída do domicílio somente com autorização judicial, o comparecimento periódico na presença de autoridades, a retirada do passaporte e outros documentos.⁵ O tema novamente foi objeto da Recomendação (80) 11, de 27 de junho de 1980, do Conselho de Ministros, ao editar uma série de princípios aplicáveis às medidas alternativas, repisando as anteriores e enunciando outras: promessa de não obstaculizar a justiça, obrigação de residir em determinado local, não frequentar determinados lugares, apresentação periódica, entrega de passaporte e documentos, caução ou outras garantias (SCHIETTI, 2006, p. 129 e seg.).⁶

Além da reserva jurisdicional, se aplica a reserva legal. Assim, a discricionariedade do magistrado está limitada pelo rol das medidas cautelares autorizadas pelo legislador, com fundamento no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e art. 7.2 da

⁵ Consta, expressamente no item 1, letra “g”: surveillance in the home; injunction against leaving a particular place or district without the permission of the judge; order to appear periodically before certain authorities; seizure of passport or other identification papers; provision of security; sending of young offenders to a special institution.

⁶ Item 15. When examining whether custody pending trial can be avoided, the judicial authority shall consider all available alternative measures, which may include the following: a promise of the person concerned to appear before the judicial authority as and when required and not to interfere with the course of justice; a requirement to reside at a specified address (e.g. the home, a bail hostel, a specialized institution for young offenders, etc.) under conditions laid down by the judicial authority; a restriction on leaving or entering a specified place or district without authorization; an order to report periodically to certain authorities (e.g. court, police, etc.); surrender of passport or other identification papers; provision of bail or other forms of security by the person concerned, having regard to his means; provision of surety; supervision and assistance by an agency nominated by the judicial authority.

CADH (“ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”). A legalidade, como antes referido, se constitui em garantia limitadora da incidência da potestade punitiva e de afirmação dos direitos fundamentais do indivíduo. Portanto, o rol elencado no art. 319 do CPP é taxativo. Ademais, em face da legalidade, não se aplica o poder cautelar geral do âmbito civil na esfera do Direito criminal.

Embora de forma mais amena, as cautelares alternativas ao cárcere não deixam de limitar direitos do imputado. Representam uma resposta intermediária entre a ausência de cautela do recolhimento à prisão, mas sempre com finalidade instrumental e não material. Mas quando são cabíveis as medidas cautelares alternativas? Sempre que houver necessidade de acautelar o desenvolvimento normal do processo e o recolhimento ao cárcere for uma medida excessiva, desproporcional ao crime praticado, consideradas a necessidade e a adequação, nos termos do art. 282 do CPP. Em suma, quando a necessidade de acautelamento for menos intensa, de modo que a prisão preventiva resulte excessiva. Todavia, se exige a necessidade de cautela.

Contudo, qual a medida alternativa será aplicada? A resposta legítima, partindo dos diplomas internacionais e da Constituição Federal, afasta as superficialidades encontradas nas páginas policiais dos jornais. Trata-se de uma decisão de um Juiz de direito, de um Desembargador, de alguém que estudou direito por vários anos e não de um apresentador de programa policial. Por isso, no mínimo há de ser considerado o contido no art. 282 do CPP: necessidade, adequação da medida às necessidades de acautelamento do caso concreto, optando-se sempre pela via menos gravosa ao sujeito. Ademais, se exige a configuração dos pressupostos e dos requisitos da cautelaridade, interpretados na perspectiva dos diplomas internacionais e da Constituição Federal. Por isso, a acumulação de medidas se encontram em um patamar de maior exigência cautelar, como nas hipóteses de

descumprimento (art. 282, § 4º, do CPP), aproximativas da exigência de recolhimento ao cárcere.

2.1 Natureza jurídica e objetivos

As medidas cautelares, mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora de menor intensidade do causado pelo recolhimento ao cárcere. Este, embora não resulte de uma sentença penal condenatória, produz os mesmos danos e sofrimentos do recolhimento à prisão após uma sentença penal condenatória. Nesta, inclusive, o condenado poderá ser posto imediatamente no regime da condenação, o que não ocorre na prisão preventiva, situação assemelhada ao cumprimento da pena em regime integral fechado.

A necessidade da cautelaridade não representa uma antecipação da tutela penal material, mas se situa na perspectiva de assegurar a instrumentalidade do devido processo legal (“instrumento do instrumento”), desde a fase preparatória do processo penal até a eficácia do resultado do processo penal (aplicação da lei penal). Por isso, as medidas alternativas à prisão preventiva se inserem na tutela processual assecuratória, não antecipatória da tutela material e nem com funcionalidade satisfativa.

As medidas cautelares diversas do recolhimento ao cárcere têm por escopo a diminuição da ampla utilização, no Brasil, da prisão preventiva. Segundo, oferecer ao magistrado alternativas cautelares, rompendo-se com a dicotomia reducionista prisão/liberdade total. A aplicação de uma cautelar não concede ao sujeito passivo a liberdade plena, diante da permanência de certas limitações, inclusive no ir e vir (não frequentar, comparecer, por exemplo). Terceiro, outorgar a cautelar de prisão preventiva o seu lugar constitucional e convencional, ou seja, o de *ultima ratio*, de medida excepcional e proporcional à situação concretizada nos autos. Em quarto lugar, manter o controle sobre o sujeito e suas atividades, sobre os atos processuais e no desenvolvimento do

processo, situação menos onerosa que o recolhimento ao cárcere, satisfazendo certa exigência cautelar (GIACOMOLLI, 2013, p. 102).

Não se sabe o impacto exato sobre o índice de prisões sem condenação após o primeiro ano e nos seguintes à vigência da nova lei, embora os levantamentos das agências públicas apontem para um incremento desses números. Também não se estima como serão implementadas as medidas alternativas. Porém, as medidas cautelares do art. 319 do CPP se constituem em alternativas ao cárcere e não em medidas fomentadoras do encarceramento (descumpre, decreta a preventiva), possuindo ainda as seguintes características: cumulatividade (descumprimento e adição de outra medida), revogabilidade (descumprimento e não cabimento de outras medidas cautelares) e fungibilidade (substituídas por outras).

2.2 Pressupostos e requisitos

Prima facie, é necessário partir dos elementos tidos como pressupostos e requisitos. A opção metodológica foi de considerar como pressupostos: a prática de crime doloso, a cominação de pena de prisão máxima superior a quatro anos, a ausência de cominação de pena de multa, o afastamento do cabimento da liberdade provisória (art. 314 do CPP, por exemplo). No caso da prisão preventiva, se acrescenta o pressuposto da insuficiência de medida cautelar menos gravosa.

Pelo menos, dois pressupostos das medidas cautelares alternativas são idênticos aos da prisão preventiva: ausência de cominação da pena de multa e o descabimento da liberdade provisória. Isso porque nessas duas hipóteses resta afastada a exigência de cautelaridade. Porém, não são exigências da cautelaridade alternativa ao cárcere a prática de crime doloso e nem ser a pena máxima cominada superior a quatro anos. Esses dois pressupostos são específicos e adequados à prisão preventiva (crimes de maior entidade), mas não às exigências de acautelamento menos intenso, mas necessário (BADARÓ, 2011, p. 221;

SCHIETTI, 2011, p. 141; LOPES JR., 2011, p. 125; NUCCI, 2011, p. 67).

Situação diversa diz respeito aos requisitos da cautelar alternativa. A opção metodológica foi considerar como requisitos: a) *fumus commissi delicti*; e b) *periculum libertatis*. Em razão da exigência de cautelaridade, os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* também são exigíveis às medidas cautelares do art. 319 do CPP. Portanto, são cabíveis quando demonstrada a existência de um fato típico, ilícito e culpável, desde que haja indícios suficientes de autoria. Igualmente, há necessidade da presença de uma das hipóteses do art. 312 do CPP: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Assim, há simetria e identidade entre os requisitos da prisão preventiva e os das medidas cautelares diversas ao recolhimento ao cárcere; porém, no que tange aos pressupostos, não se verifica identidade em todos eles (GIACOMOLLI, p. 102-103).

Além dos pressupostos e requisitos gerais já referidos, há especificidades próprias, inclusive funcionais, em cada medida cautelar contida no art. 319 do CPP. Portanto, além da análise da parte geral das cautelares (pressupostos e requisitos), se faz mister averiguar os requisitos especiais, bem como a funcionalidade própria de cada medida cautelar. No caso do art. 319, II o requisito especial é o dever de permanecer distante de certos locais, cuja funcionalidade é evitar o risco de novas infrações. Já o art. 319, III, pretende evitar a aproximação à determinada pessoa. Na hipótese do art. 319, V, se exige residência e trabalho fixos. O requisito especial no caso do art. 319, VI, é ser funcionário público ou exercer atividade de natureza econômica ou financeira, tendo por funcionalidade evitar a utilização da função ou atividade à prática de infrações criminais. No caso da internação, há necessidade de utilização de violência ou de grave ameaça na prática do crime, bem como de laudo concludente da inimputabilidade ou da semi-imputabilidade, cuja funcionalidade é evitar o risco de reiteração criminosa (art. 319, VII, do CPP). A fiança do art. 319, VIII, exclui a aplicação em certos delitos considerados inafiançáveis pela

Constituição Federal e pelo próprio CPP, possuindo uma funcionalidade específica, ou seja, a de assegurar o comparecimento do sujeito ao processo, evitar a obstrução do andamento processual (GIACOMOLLI, p. 103-104).

O comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP) não possui requisitos e nem funcionalidade além da generalidade, embora possa vincular-se à motivação da garantia da aplicação da lei penal. Isso porque o objetivo é manter o sujeito vinculado à Comarca onde tramita o processo. Na mesma perspectiva, a proibição de ausentar-se da Comarca vincula o sujeito ao processo e ao local de tramitação deste, por conveniência da investigação e instrução processual (art. 319, IV, CPP).

As medidas cautelares alternativas ao cárcere podem ser aplicadas antes da sentença penal (durante a fase preliminar do processo penal, na tramitação deste, quando da pronúncia do imputado, na condenação do réu e na fase recursal, nos mesmos momentos da possibilidade da decretação da prisão preventiva. Também têm aplicação as alternativas do art. 319 do CPP nas situações especiais da reincidência (art. 313, II, do CPP). As medidas do art. 319 do CPP podem ser aplicadas individualmente ou de forma cumulativa (art. 282, §§ 3º e 4º, do CPP), mas sempre após justificada a exigência de cautelaridade (necessidade), na perspectiva de ser aplicada uma medida adequada às consequências do crime praticado (gravidade), às circunstâncias do fato e às condições pessoais do sujeito. A adequação e a necessidade são postulados normativos contidos no art. 282, I e II, do CPP, os quais regulam a dosimetria das medidas cautelares.

3. As medidas cautelares alternativas à prisão no Projeto de Reforma global do Código de Processo Penal

O texto do Projeto de reforma aprovado no Senado Federal em dezembro de 2010 prevê, para além da prisão e da liberdade provisórias, outras quatorze medidas cautelares pessoais alternativas à segregação cautelar, quais sejam: fiança, recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, suspensão do exercício de profissão,

atividade econômica ou função pública, suspensão das atividades de pessoa jurídica, proibição de frequentar determinados lugares, suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave, afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, comparecimento periódico em juízo, proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada, suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte, suspensão do poder familiar e bloqueio de endereço eletrônico na internet.

De um modo geral, o PLS 156/2009 segue a principiologia que orientou a reforma processual de 2011 no Brasil, consolidando o postulado da proporcionalidade como norma reitora das medidas cautelares pessoais e reiterando a incidência do contraditório prévio ao deferimento da cautelar, sempre que possível o seu exercício sem risco de ineficácia da medida. Do artigo 531 do PLS 156/2009 consta que: “Ressalvados os casos de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido cautelar, determinará a intimação do Ministério Público, da parte contrária e dos demais interessados, para que se manifestem no prazo comum de dois dias”.

Com isso, o projeto contribui para a alocação da prisão como efetiva medida de *ultima ratio* e reforça a garantia do contraditório e, conseqüentemente, o exercício do direito de defesa em momento anterior ao deferimento das medidas cautelares, viabilizando ao magistrado mais elementos para decidir sobre a proporcionalidade da medida, tanto na perspectiva de sua necessidade, quanto de sua adequação. A participação ativa da parte contrária, no mais das vezes o próprio autor do fato, sobre quem recairá a medida cautelar postulada, para além da concretização da garantia da ampla defesa, viabiliza esclarecimentos importantes acerca das circunstâncias do fato concreto ou mesmo das circunstâncias pessoais e subjetivas do próprio agente, permitindo ao magistrado um juízo mais apurado sobre a necessidade de acautelamento do processo e, para além disso, de opção pela cautelar mais adequada à hipótese concreta.

Da mesma forma, em relação à legitimidade do decreto das cautelares o PLS reitera a alteração legislativa resultante da Lei 12.403/11, explicitando a impossibilidade de o juiz decretar, na fase pré-processual, medidas cautelares *ex officio*. No ponto, o texto mantém a coerência com o disposto no artigo 4º do projeto, segundo o qual é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, mas deixa de avançar em relação à sistemática atual quando, em seu artigo 555, autoriza o juiz a converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando do recebimento do auto de prisão em flagrante e presentes os pressupostos legais da preventiva. Justamente essa hipótese, inserida no artigo 310 do atual Código de Processo Penal pela Lei 12.403/11, viabilizou, na *praxis* forense, a irrestrita conversão do flagrante em preventiva e a consequente neutralização do impedimento estabelecido pelo artigo 282, § 2º, do CPP, quanto ao decreto de prisão preventiva de ofício pelo juiz, na fase de investigação. No tocante à fase processual, seguindo a mesma linha, autoriza o PLS o decreto das cautelares de ofício pelo juiz, mantendo, também aqui, o regramento atual do Código de Processo Penal. Persiste, pois, nessa questão, a divergência doutrinária atual sobre a iniciativa jurisdicional no decreto das medidas cautelares, que, se por um lado se justifica pela função de condução do processo inerente ao Judiciário, por outro cria um cenário de dúvida em relação à imparcialidade que deve nortear a postura do julgador no curso da persecução penal.

Como regra, todas as medidas cautelares dependem da comprovação da existência do crime e da existência de indícios suficientes de autoria. No ponto, o PLS 156/2009 mantém como pressupostos das cautelares o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, estabelecendo como sua finalidade o acautelamento da persecução criminal e, aqui inovando em relação à sistemática atual, também da reparação civil. Mantém-se, também, a restrição da incidência das medidas cautelares aos casos de infração à qual seja cominada pena privativa de liberdade, seja isolada, seja alternativa ou cumuladamente. Não havendo previsão de pena privativa de liberdade, como é o caso da posse de entorpecentes para consumo

pessoal, se mantém vedada a aplicação de medidas cautelares. O artigo 534 do PLS, nesse ponto, consolida as cautelares – e não apenas a prisão – como medida extrema de *ultima ratio*, minimizando as hipóteses de restrição da liberdade em casos nos quais, ao final do processo e mesmo diante de uma sentença condenatória, a pena imposta não alcance tamanha gravidade. Trata-se, enfim, de pressuposto que se insere na linha estabelecida pelo princípio norteador do regramento acerca das medidas cautelares pessoais no processo penal, qual seja, o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da vedação de excesso, segundo a qual fica vedada a aplicação de medida cautelar mais grave do que a pena cominada. Essa é a leitura resultante da combinação entre os artigos 534, 527 e 529, parágrafo único, todos do PLS 156/2009.

Ponto de destacada importância, ainda no atinente ao regramento geral das medidas cautelares, está na explícita exigência de específica e individualizada motivação para o decreto e, também, a prorrogação, a substituição e a denegação de quaisquer das medidas cautelares. O artigo 532 do PLS concretiza no ordenamento jurídico ordinário a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, reforçando-a na medida em que a cultura dos atores jurídicos brasileiros tem, nesses vinte e cinco anos de Constituição Federal, apontado para uma maior eficácia do Código de Processo Penal em detrimento dos princípios e regras estabelecidos na Constituição. Inequívoca a importância, diante dessa realidade, dos parágrafos 1º e 2º do referido dispositivo, ao determinar a imprescindível fundamentação específica das cautelares para cada agente nos casos de delitos plurissubjetivos, e ao estabelecer um roteiro a ser observado pelos magistrados na fundamentação das medidas cautelares, a iniciar pela indicação dos pressupostos da medida e das circunstâncias que a justificam, mas, especialmente, ao determinar a explícita motivação da estrita necessidade da medida, das razões que levaram à escolha de uma determinada cautelar e à conclusão pela insuficiência ou inadequação das cautelares alternativas à prisão, e, ainda, à fixação dos prazos de encerramento e de reexame das cautelares impostas.

A prisão preventiva, enquanto medida cautelar de maior interferência na liberdade do sujeito investigado ou acusado, tem sua incidência reservada às hipóteses de inadequação ou insuficiência do que o PLS denominou de *outras medidas cautelares*, do que se depreende que, no âmbito das cautelares pessoais, essas constituem a *prima ratio*, enquanto à prisão é reservado o posto de *ultima ratio*. Apenas quando motivada a inadequação ou a insuficiência das *outras cautelares*, ou então quando descumpridas injustificadamente, terá cabimento a prisão preventiva. Do texto do artigo 556 do PLS depreende-se, sem margens a dúvidas, que as medidas alternativas preferem, sempre, à prisão preventiva, resultando ilegal a prisão decretada diretamente, sem motivação racional da inadequação ou insuficiência das demais cautelares.

São, enfim, alternativas à prisão preventiva a fiança, cautelar já existente no atual ordenamento jurídico, e outras treze medidas alternativas, as quais merecem uma abordagem específica. De todas, apenas três constituem efetivamente inovação em relação ao atual Código de Processo Penal: a suspensão das atividades de pessoa jurídica, a suspensão do poder familiar e o bloqueio de endereço eletrônico na internet, previstas no artigo 533, VI, XIV e XV, do PLS 156/2009. As demais, ressalvadas algumas peculiaridades, foram inseridas no atual ordenamento jurídico pela Lei 12.403/11, ou estão previstas na legislação esparsa. Em termos comparativos, avança o PLS 156/2009 ao estabelecer pressupostos e regramento específicos para cada uma das cautelares alternativas, delimitando suas hipóteses de incidência e suas condições, enquanto o atual Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.403/11, se limita a estabelecer as medidas cautelares alternativas ao cárcere no artigo 319, das quais apenas a internação provisória não foi mantida no projeto de reforma.

A fiança, nos termos do PLS 156/2009, constitui medida cautelar pessoal alternativa ou não à prisão. Com efeito, prevê a redação do projeto a possibilidade de arbitramento da fiança como alternativa à prisão preventiva e, também, como forma de assegurar o comparecimento do réu solto ao processo, preservando o regular andamento do feito. Importante, aqui, uma breve reflexão. O

comparecimento obrigatório do réu ao processo, atualmente utilizado como condição para a liberdade provisória, é prática de duvidosa compatibilidade com o direito constitucionalmente assegurado a todos os acusados de não produzir prova contra si mesmo. À tutela da eficácia do processo basta a proibição de mudança de endereço e de se ausentar da comarca sem prévia comunicação à autoridade jurisdicional. O comparecimento obrigatório aos atos do processo tem como consequência reflexa a instrumentalização do acusado, como regra com a específica finalidade de viabilizar o seu reconhecimento por testemunhas ou pela vítima do fato. O atual ordenamento jurídico já havia avançado na questão ao permitir o julgamento pelo Tribunal do Júri sem a presença do réu, mas o projeto de reforma, nesse ponto, deixa de avançar ao manter como regra a obrigatoriedade de o acusado estar presente nos atos processuais.

Em relação às *outras medidas cautelares pessoais*, abre o Capítulo III do Título referente às medidas cautelares do projeto o recolhimento domiciliar. Nesse ponto, o projeto de reforma unifica as atuais cautelares alternativas de prisão domiciliar e recolhimento domiciliar, essa prevista como alternativa ao cárcere durante o período noturno; aquela prevista para os casos de presos cautelares maiores de oitenta anos, extremamente debilitados por motivo de doença grave, gestantes a partir do sétimo mês de gravidez ou que apresente gestação de alto risco, e ainda quando imprescindível o detido aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência. Nos termos do PLS 156/2009, o recolhimento domiciliar consiste na obrigação de permanência na residência por período integral, somente admitida a saída mediante autorização judicial, independentemente do período diurno ou noturno. A restrição do recolhimento ao período noturno é admitida como exceção no projeto nas hipóteses de comprovado exercício de atividade econômica em local fixo ou de frequência a curso de ensino fundamental, médio ou superior. Desimporta, nos termos do PLS 156/2009, ser o agente idoso, gestante ou portador de doença grave. Ponto de importante avanço é a possibilidade de o juiz determinar um local para cumprimento da medida cautelar

quando o investigado ou acusado não possuir residência fixa, o que não é possível pela atual redação do artigo 319, V, do Código de Processo Penal. Com isso, se viabiliza o tratamento igualitário aos acusados desprovidos de recursos que não possuem residência fixa. Outra alternativa ao cárcere é o monitoramento eletrônico, atualmente prevista no artigo 319, IX, do Código de Processo Penal, e regulada pelo Decreto 7.627/2011. Não há, porém, no regramento atual, normas específicas sobre as hipóteses de admissibilidade da cautelar e as formas de monitoramento, assim como não estão disciplinadas as hipóteses de descumprimento que justifiquem a sua revogação. O projeto de reforma, nesse ponto, avança significativamente ao estabelecer que se admite o monitoramento cautelar nos casos de infrações penais cujo limite máximo de pena seja igual ou superior a quatro anos, desde que com a prévia anuência do investigado ou acusado, e como alternativa a outras medidas cautelares. Trata-se, pois, de uma medida com natureza de *ultima ratio* em relação às demais cautelares alternativas, o que se justifica pela alta interferência na intimidade do sujeito, ainda que ressalvada a imprescindibilidade de o aparelho eletrônico não ter aspecto aviltante ou ostensivo. Por fim, o projeto estipula, no seu artigo 594, as três causas de descumprimento da medida aptas a ensejar a sua revogação: danificação ou rompimento do dispositivo eletrônico, ou sua alteração; desrespeito aos limites territoriais definidos judicialmente; e interrupção do contato com a central de monitoramento ou o não atendimento da solicitação de presença.

Nos casos de delitos relacionados ao exercício de função pública, profissão ou atividade econômica, estabelece o projeto a possibilidade de suspensão do exercício ou afastamento de determinadas atividades específicas, no caso dos agentes públicos. Em qualquer dos casos, é requisito para a imposição dessa cautelar a existência de conexão entre ela e o fato apurado. Trata-se, pois, de cautelar específica, não genérica, com possibilidade de incidência apenas em delitos diretamente relacionados ao exercício da função pública, de profissão e de atividade econômica. A possibilidade de ser imposta com prejuízo da remuneração impõe ao magistrado

cautela redobrada na fixação dessa medida, a fim de evitar transformar essa medida cautelar em efetiva antecipação de pena. Por fim, na comparação com a atual cautelar alternativa disciplinada no artigo 319, VI, do Código de Processo Penal, deixa o projeto de exigir, como requisito de imposição dessa cautelar, a existência de justo receio da utilização da função, da profissão ou da atividade econômica, para a prática de infrações penais.

Especificamente nos casos de delitos contra o meio ambiente, contra a ordem econômica ou contra as relações de consumo, e também nos casos de crimes que atinjam número expressivo de vítimas, prevê o PLS 156/2009 a possibilidade de suspensão total ou parcial das atividades de pessoa jurídica, quando sistematicamente utilizada ela para a prática desses delitos. Trata-se de medida cautelar inexistente no atual ordenamento jurídico e passível de aplicação exclusivamente em casos de delitos praticados por meio de pessoas jurídicas, devendo o magistrado sopesar, sempre, o interesse de empregados e credores na atividade desempenhada, assim como a função social da empresa e a manifestação prévia do órgão público regulador, se houver. Merece destaque a impossibilidade de imposição dessa medida cautelar a casos isolados, o que se justifica diante do potencial prejuízo que pode dela decorrer não apenas à pessoa jurídica, mas ao mercado financeiro de um modo geral, seja por atingir credores, seja por atingir diretamente os empregados.

Ainda como cautelares específicas, assim compreendidas as medidas aplicáveis a acusados e investigados pela prática de delitos que guardem relação com a cautela adotada, prevê o projeto de reforma a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave, o afastamento do lar ou de local de convivência com a vítima, a proibição de aproximação e de contato com pessoa determinada, a suspensão do registro de arma de fogo e da autorização de porte, a suspensão do poder familiar e o bloqueio de endereço eletrônico na internet.

A suspensão da habilitação para dirigir veículos constitui novidade parcial no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 9.503/97 já prevê, em seu artigo 294, a possibilidade de suspensão

cautelar da habilitação para dirigir veículos automotores, quando necessária para a garantia da ordem pública. O PLS 156/2009, nesse ponto, amplia a medida cautelar para abranger também as embarcações e aeronaves, com a restrição de sua incidência nos casos de delitos praticados na direção desses veículos. Em todos os casos, o documento de habilitação deverá ser entregue pelo agente durante o período determinado.

O afastamento do lar ou de local de convivência com a vítima é medida atualmente prevista na Lei 11.340/03, como medida protetiva de urgência aplicável especificamente nas hipóteses de violência doméstica. O PLS 156/2009, nesse ponto, amplia as hipóteses de incidência da cautelar, agora restritas aos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, independentemente da relação de parentesco ou de coabitação.

Outra medida já prevista no atual ordenamento jurídico é a proibição de aproximação e de contato com determinada pessoa, conforme artigo 319, III, do Código de Processo Penal, quando por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. Mantém o projeto de reforma a mesma estrutura dessa medida cautelar, exigindo relação com o fato apurado e apenas acrescentando que a decisão judicial deverá estabelecer os parâmetros de distanciamento e os meios de contato proibidos, do que se depreende não ser possível a imposição da cautelar de forma genérica.

Nos casos de delitos praticados com arma de fogo, prevê o PLS 156/2009 a possibilidade de suspensão do registro ou da autorização para porte, inclusive em relação a integrantes de órgãos de segurança pública, com a comunicação ao SINARM e à Polícia Federal. A medida cautelar não constitui propriamente uma inovação no ordenamento jurídico pátrio, pois já prevista como medida protetiva de urgência na Lei 11.340/06. No entanto, diante da redação proposta pelo projeto de reforma, a suspensão do registro e do porte de arma transcende os fatos praticados no âmbito das relações domésticas para alcançar todos e quaisquer delitos praticados com armas de fogo.

Nas hipóteses de crimes praticados contra a integridade, interesses ou bens dos filhos, prevê o projeto de reforma a possibilidade de suspensão total ou parcial do poder familiar dos pais. Trata-se de outra medida inédita, cuja incidência é restrita aos delitos cuja pena máxima cominada seja superior a quatro anos, e condicionada à inexistência de apreciação anterior pelo juízo cível. No atual ordenamento jurídico, a medida que mais se aproxima dessa cautelar é a suspensão do direito de visitas regulamentada na Lei 11.340/06.

E como última cautelar específica, prevê o PLS 156/2009 outra novidade no ordenamento jurídico brasileiro: o bloqueio de endereço eletrônico na internet, restrito aos casos de delitos praticados por meio de internet. Não há, no ponto, restrição quanto aos tipos de crimes, mas quanto ao meio utilizado para a prática do delito. A medida é adequada ao período contemporâneo da sociedade digital e preenche uma importante lacuna deixada pela Lei 12.737/2012, que dispôs sobre a tipificação dos delitos informáticos, mas não disciplinou nenhuma medida cautelar.

Por fim, consta do projeto de reforma outras duas medidas cautelares genéricas, já disciplinadas no atual Código de Processo Penal: a proibição de ausentar-se da comarca ou do país e o comparecimento periódico em juízo. Apenas a primeira traz consigo uma regulamentação mais específica, ampliando a proibição para além dos limites da comarca e viabilizando que o juiz determine a retenção do passaporte e de outros documentos como forma de proibir a saída do país, sempre com o intuito de acautelar a investigação ou a realização dos atos processuais.

A todas essas medidas cautelares o PLS 156/2009 estipula prazos máximos de duração, nesse ponto avançando sensivelmente em relação ao atual ordenamento jurídico brasileiro, o que se justifica na medida em que todas as cautelares – e não apenas a prisão preventiva – orientam-se pelo princípio de provisionalidade (LOPES JR., 2012, p. 786), a indicar que estão justificadas exclusivamente enquanto perdurarem os motivos da sua imposição. Disciplina o projeto de reforma, nessa linha, três diferentes prazos máximos de duração, conforme a natureza das medidas cautelares:

180 dias nos casos de suspensão das atividades de pessoas jurídicas e de suspensão do exercício de função pública, profissão ou atividade econômica; 360 dias nos casos de recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico e suspensão do poder familiar; e 720 dias para as demais cautelares pessoais referidas. O faz, porém, com uma cláusula de abertura no parágrafo único do artigo 606 do PLS 156/2009, segundo a qual fica autorizada a prorrogação em caso de extrema e comprovada necessidade. No ponto, a ausência de um limite à prorrogação das medidas cautelares praticamente neutraliza a previsão de prazos máximos de duração, gerando uma situação problemática semelhante à verificada com a prorrogação das interceptações telefônicas, que, conquanto limitada a quinze dias, na *praxis* jurisprudencial tem sido prorrogada de forma indefinida a cada quinze dias.

Por fim, regula o projeto de reforma as hipóteses de detração do tempo cumprido a título de recolhimento domiciliar da pena privativa de liberdade imposta, e do tempo cumprido a título de suspensão da função pública, da profissão ou de atividade econômica, da proibição de frequentar determinados lugares e da suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores, embarcações e aeronaves, nos casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. A realidade dos países latino-americanos

Os últimos vinte anos marcaram uma espécie de revolução no âmbito das legislações processuais penais dos países latino-americanos. De um modo geral, em praticamente todos os países da região o ordenamento jurídico processual penal era marcado por traços do que se convencionou denominar de sistema inquisitivo, como, por exemplo, a inexistência da instituição Ministério Público⁷ e a reunião das atividades de investigação, acusação e

⁷ Conforme Cristián Riego (2000, p. 167-196), no Chile o Ministério Público foi extinto em 1927, pois considerada sem relevância sua função, e recriado apenas

juízo na figura do *juez de instrucción*, um procedimento marcadamente escrito, por vezes secreto, e fragmentado em diversos atos processuais, e também a existência de uma defesa técnica meramente formal. A essas características se somava, ainda, a utilização da prisão preventiva como regra nos casos de delitos de média e alta gravidade,⁸ com a consequente vulneração de garantias básicas asseguradas pelos tratados internacionais protetivos de direitos humanos.

Constatada essa realidade e a necessidade de uma adequação da legislação processual penal latino-americana aos padrões humanitários e democráticos, se iniciaram, nas duas últimas décadas do Séc. XX e na primeira do Séc. XXI, os movimentos de reforma orientados à substituição das legislações marcadamente influenciadas pela Inquisição – aqui implantadas como consequência das conquistas e da colonização impostas pelos países europeus, notadamente a Espanha – por sistemas legislativos adequados a um modelo de Estado democrático de direito, especialmente influenciadas pelo ideal liberal norte-americano, a ponto de Julio Mayer e Eberhard Struensee afirmarem ter ocorrido não modificações parciais, mas uma verdadeira modificação de sistema conforme uma concepção de processo absolutamente distinta da até então vigente (2000, p. 17).

Dentre significativos pontos alterados, como a adoção do procedimento oral e concentrado e a separação das funções de investigar, acusar e julgar, com a substituição dos *jueces de instrucción* pelos novos juízes de garantia, merece destaque, considerados os limites e objetivos do presente ensaio, a mudança de paradigma no regramento da prisão preventiva, que deixa de ser uma típica forma de antecipação da punição para se transformar, observadas as bases democráticas dos novos ordenamentos jurídicos, em uma medida

em 1998, por Emenda Constitucional, juntamente com o projeto de Reforma do Código de Processo Penal.

⁸ Lecionam Riego, Duce e Fuentes (2009, p. 16), que a obrigatoriedade da prisão preventiva pelo tempo necessário à resolução do processo constitui a regra de *inexcarcelabilidad*.

efetivamente cautelar, estritamente orientada à garantia da eficácia do processo penal e pautada pelos princípios de necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade. Nesse contexto surge, então, as medidas cautelares alternativas à prisão, uma espécie de meio termo entre a absoluta privação da liberdade e a ausência total de meios de acautelamento do processo (DUCE, FUENTES, RIEGO, 2009, p. 37).

Excetuados os casos de Brasil e Uruguai, que no início do século em curso não haviam iniciado ainda um processo de reforma global das respectivas legislações processuais penais, de todos os demais países que deram início à reforma processual penal apenas Guatemala e México não adotaram um sistema de medidas cautelares alternativas à prisão. Várias províncias da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Venezuela adotaram, em concretização ao princípio da proporcionalidade, uma série de medidas que em maior ou menor medida coincidem com as incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.403/11 ou com as disciplinadas no PLS 156/09.

Como regra, em todos os países estão tipificadas cinco medidas cautelares pessoais que podem ser consideradas básicas, quais sejam: recolhimento domiciliar, apresentação periódica em juízo, proibição de deixar a comarca ou o país, proibição de frequentar determinados lugares e fiança. Com exceção da proibição de saída do país, que está prevista no PLS 156/09, no artigo 533, X, as demais cautelares aqui definidas como básicas estão já tipificadas na atual redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, especificamente nos incisos I, II, IV, V e VIII (DUCE, FUENTES, RIEGO, 2009, p. 37-38).

Para além disso, outras dez medidas cautelares pessoais podem ser identificadas, como regra, na maioria dos países latino-americanos que passaram por reformas processuais penais. A proibição de comunicação com a vítima e a proibição de aproximação do ofendido, bem como o afastamento do domicílio, nos casos de crimes praticados no âmbito doméstico, são as mais

comuns, tipificadas na maioria dos ordenamentos jurídicos, à exceção da província de Buenos Aires e do Equador, Paraguai, Peru e República Dominicana. Outras, porém, merecem destaque, como a vigilância ou o monitoramento eletrônico, existente na Colômbia e no Panamá, e a vigilância por autoridade ou a submissão aos cuidados de terceira pessoa, previstas no Chile, na Costa Rica, em Honduras, na Nicarágua, no Paraguai e na República Dominicana. Há, ainda, a suspensão do exercício de função pública e a proibição de praticar determinada atividade, vigente na Costa Rica, em Honduras, na Nicarágua e no Panamá, a obrigação de manutenção de boa conduta familiar, na Colômbia, e a proibição de represálias aos denunciadores de abusos sexuais, na Nicarágua, país que, como visto, juntamente com a Costa Rica e o Panamá, é o que possui o mais vasto rol de medidas cautelares diversas da prisão.

De todas essas cautelares, a proibição de contato e aproximação com o ofendido, o monitoramento eletrônico e a suspensão do exercício de função pública ou atividade foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.403/11, e o afastamento do lar já está regulado pela Lei 11.340/06, especificamente em relação aos crimes praticados no âmbito doméstico. Noutros termos, apenas a vigilância por autoridade, a submissão aos cuidados de terceira pessoa, a obrigação de boa conduta familiar e a proibição de represálias são cautelares efetivamente novas em relação ao regramento vigente no Brasil.

Examinando, agora, o projeto de reforma global do Código de Processo Penal, percebe-se que das quatorze medidas cautelares pessoais diversas da prisão provisória, apenas cinco constituem efetiva inovação em relação à realidade latino-americana e, de resto, ao regramento atualmente vigente no Brasil, especificamente depois das Leis 11.340/06 e 12.403/11. São elas: a suspensão das atividades de pessoas jurídicas; a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação e aeronave, aqui exclusivamente no que refere a embarcações e a aeronaves, pois no tocante aos veículos automotores a suspensão já está prevista na atual Lei 9.503/97; a suspensão do registro de arma de fogo e da

autorização para porte; a suspensão do poder familiar e o bloqueio de endereço eletrônico na internet. Essas medidas não encontram correspondência nas reformas processuais penais dos países latino-americanos e guardam específica relação com questões inegavelmente atuais da sociedade, como trânsito, porte de armas e internet.

Em síntese, não há uma efetiva disparidade entre o regramento das medidas cautelares pessoais como previsto no atual ordenamento jurídico brasileiro, após a reforma parcial de 2011, e o tratamento dado a essa temática do direito processual penal pelas reformas legislativas pelas quais passaram os países latino-americanos. Em linhas gerais, são muito semelhantes as cautelares previstas nesses países e no atual Código de Processo Penal brasileiro. A questão, pois, está na verificação da concretização dessas medidas em cada um desses países, o que, contudo, extrapolaria os limites do presente ensaio.

No ponto, é suficiente registrar que em vários desses países latino-americanos se constatou, nos primeiros anos após a vigência dos novos Códigos de Processo Penal, um movimento denominado de *contra-reforma* que, na sua essência, consiste na modificação desses novos diplomas por leis especiais que estabeleceram ora a prisão preventiva como regra para determinados delitos, ora a proibição de substituição da prisão preventiva (ou do flagrante) por medidas cautelares diversas.

A primeira hipótese pode ser constatada na Colômbia, com a proibição de aplicação das medidas alternativas para determinados tipos de delitos, prevista na Lei 1142/2007, que posteriormente foi declarada parcialmente inconstitucional na Sentença C-318-08 da Suprema Corte, resultando mantida unicamente a substituição em casos pontuais, como para maiores de 65 anos, doentes, gestantes ou responsáveis únicos por pessoas enfermas (DUCE, FUENTES, RIEGO, 2009, p. 61). Também no Equador, com a denominada *detención en firme* – prisão obrigatória em decorrência do recebimento da acusação –, nos casos de crimes cuja pena seja superior a um ano (DUCE, FUENTES, RIEGO,

2009, p. 62).⁹ No Paraguai, com a obrigatoriedade da prisão e a consequente vedação da substituição da prisão por medidas alternativas em delitos dolosos contra a vida ou que atentem contra a integridade física, ou em casos de tendência à reincidência em fatos que geram graves danos psíquicos, físicos ou econômicos para as vítimas, resultado da Lei 2493/2004. E na Nicarágua, diante da proibição de substituição e obrigatoriedade da prisão para os crimes de consumo e tráfico de entorpecentes e de lavagem de capitais, previstas desde o início da vigência do novo Código de Processo Penal (Lei 406/2001).

Já quanto à proibição de fixação das medidas cautelares diversas da prisão, seja diretamente, seja em substituição ao cárcere, se destacam as reformas pontuais verificadas em El Salvador nos anos de 1999, 2001, 2004 e 2007, com a proibição de substituição nos casos de tráfico de entorpecentes e lavagem de capitais, e também nos crimes praticados com violência contra a propriedade, a vida e a integridade física, e nos delitos envolvendo a probidade de funcionários públicos; na Guatemala, mediante a proibição de substituição da prisão preventiva em casos de reincidência ou fatos praticados por delinquentes habituais e para determinados tipos penais; e em Honduras, no ano de 2004, com a proibição de substituição em casos de organização criminosa e associações ilícitas.

De um modo geral, esses movimentos de contra-reforma encontram explicação na dificuldade de aceitação das novas legislações processuais penais perante a sociedade e por específicas agências estatais envolvidas na persecução criminal, como é o caso das polícias e do Ministério Público. A agilidade no exame da situação pessoal do detido ou investigado, pelos juizados de garantias, associada à persistente morosidade do juízo oral (em boa parte decorrente da morosidade da investigação criminal, ainda escrita nesses países), geram uma sensação de ineficácia do sistema

⁹ Segundo os autores, essa alteração, ocorrida em 2004, foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte equatoriana em 2006, através da Sentença nº 0002-2005-TC.

penal em relação a um dos pontos considerados de maior relevância pela sociedade latino-americana, juntamente com o desemprego, que é o problema da insegurança e da violência social (DUCE, RIEGO e FUENTES, 2009, p. 68-72). Em razão disso, a prisão preventiva torna a ser uma medida de aparente – e simplória – solução, tornando a ser adotada como regra em alguns delitos de maior repercussão social, especialmente quando ineficaz a persecução penal e ineficientes as medidas cautelares alternativas à prisão, como pontuam DUCE, RIEGO e FUENTES (2009, p. 72): *Si nuestros sistemas de justicia criminal no son capaces de dotar a dichas medidas de controles eficaces que aseguren los objetivos de las mismas, no es posible pensar que ellas se legitimen en la comunidad como verdaderas alternativas y que, por lo mismo, se transformen en opciones reales de reemplazo de la prisión preventiva.*

Com efeito, a legitimidade dessas medidas alternativas à prisão depende, como de resto também a reforma do processo penal no seu todo, da eficácia do processo, em geral, e das próprias medidas cautelares, em especial. Esse o ponto a desafiar o sistema de justiça criminal brasileiro – atual e projetado – e os sistemas de administração da justiça criminal latino-americanos.

5. Considerações finais

Em apertada síntese, observados os limites da presente investigação, é possível observar que, do ponto de vista normativo, a legislação processual penal brasileira atualmente vigente se aproxima, em relação às medidas cautelares pessoais, da tendência ditada pelas reformas processuais penais que nas últimas duas décadas tiveram lugar nos países latino-americanos. Em linhas gerais, as principais medidas cautelares alternativas ao cárcere tipificadas nesses ordenamentos jurídicos são também previstas no Código de Processo Penal brasileiro, notadamente após a Lei 12.403/11. Para além disso, e observado o panorama posto pelo PLS 156/2009, essas principais medidas são mantidas e outras cinco são acrescentadas, inovando o projeto de reforma tanto em

relação à realidade nacional quanto em relação à realidade latino-americana.

O ponto crucial, no entanto, extrapola aos limites normativos. A efetiva *reforma* em termos de medidas cautelares pessoais no âmbito processual penal depende da concretização dessas medidas no que se pode denominar *law in action*. Para tanto, porém, afigura-se imprescindível uma reforma cultural mais ampla, de modo a internalizar nos operadores jurídicos o sentido do processo penal como instrumento de garantia contra o poder do Estado, e da prisão preventiva como medida cautelar de *ultima ratio*, adequada exclusivamente nos casos em que as outras medidas cautelares pessoais não se mostrem suficiente à tutela do processo. Mas não apenas isso. A concretização e a eficácia das medidas cautelares alternativas à prisão dependem, também, da eficácia do processo penal como um todo, sem o que essas outras cautelares se apresentam, perante a opinião pública, como medidas despenalizadoras e indicativas da fragilidade do sistema de justiça penal. Esse o ponto a ser enfrentado, notadamente diante da realidade posta nos últimos dois anos, após o advento da Lei 12.403/11, na qual pouco efeito surtiu a tipificação das medidas alternativas ao cárcere, persistindo e a prisão preventiva como a regra, medida cautelar por excelência e da preferência dos magistrados brasileiros.

Passados dois anos da Lei 12.403/11, os índices de encarceramento não diminuíram, seja de presos definitivamente condenados, seja de presos provisórios. Os números, apurados no final de 2012, revelam que o Brasil ultrapassou a marca do meio milhão de presos, dos quais quase duzentos mil estão sem condenação definitiva. Em alguns Estados o percentual de presos preventivos ultrapassou a casa dos 50% (Amazonas, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Pernambuco e Piauí). Outro dado sintomático é que mais de 60% dos presos não concluíram o ensino fundamental. Mais uma vez constata-se que o Brasil adota a reforma legislativa como única ou primeira solução de enfrentamento do problema da criminalidade. Contudo, a lei não fará o que os homens não souberem fazer. Além da estratégia

normativa, outras mais adequadas se fazem necessárias ao enfrentamento do problema prisional, tais como as de nível político-institucional (gestão compartilhada, debate político comprometido, estabelecimento de prioridades e necessidades) e as emancipatórias (liberação dos agentes da concepção de que o cárcere é a solução e o Direito Penal e o Direito Processual Penal resolverão os problemas). O caminho a trilhar, portanto, vai muito além da mera alteração normativa, exige uma revolução cultural, exige comprometimento e consciência de que uma nova postura dos operadores jurídicos é *conditio sine qua non* à efetiva *reforma global* do Código de Processo Penal.

6. Bibliografia

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão. In: *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011.
- COLÔMBIA. *Ley 1142/2007*. Disponível em <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25620>. Acessado em 14.12.2015.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- DUCE, Maurício; FUENTES Claudio; RIEGO Cristián. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago do Chile, CEJA: 2009.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: *Sigilo no Processo Penal*. FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 09/28.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares* diversas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011. MAIER, Julio B. J.; STRUDENSEE, Eberhard. Introducción. In: *Las Reformas Procesuales Penales en América Latina*. Coord. MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. Buenos Aires: AD-HOC, 2000.

NICARÁGUA. *Ley 406/2001*. Disponível em [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/5EB5F629016016CE062571A1004F7C62?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/5EB5F629016016CE062571A1004F7C62?OpenDocument). Acessado em 14.12.2015.

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

PARAGUAI. *Ley 2493/2004*, disponível em <http://paraguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-2493-oct-20-2004/gdoc/>. Acessado em 14.12.2015.

RIEGO, Cristián. Informes nacionales – Chile. In: *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Orgs.). AD-HOC: Buenos Aires, 2000, p. 167/196.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2003.

WEDY, Miguel Tedesco. *Eficiência e prisões cautelares*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013.