

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

SÉRGIO DENYS NASCIMENTO JÁCOME

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI 11.340/2006**

São Luís
2012

SÉRGIO DENYS NASCIMENTO JÁCOME

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI 11340/2006**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Estadual do
Maranhão, para obtenção de grau de Bacharel em
Direito.

Orientador(a): Prof. Esp. Isaque Ramos da Silva
Junior

São Luís

2012

Jacome, Sergio Denys N..

Medidas cautelares diversas da prisão e a possibilidade de aplicação no âmbito da lei 11340/2006 / Sergio Denys N. Jacome. – São Luís, 2012.

51 f

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Estadual do Maranhão, 2012.

Orientador: Prof. Esp. Isaque Ramos da Silva Junior.

1.Medidas. 2.Aplicação. 3.Maria da Penha. I.Título

CDU: 343.1/.2

SÉRGIO DENYS NASCIMENTO JÁCOME

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI 11.340/2006**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Estadual do
Maranhão, para obtenção de grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em ____/____/____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Isaque Ramos da Silva Junior
Orientador

Prof. Esp. Helano Medeiros Lima
1º Examinador

Prof. Msc. Flávio Trindade Jerônimo
2º Examinador

A Deus, fonte de luz e sabedoria.
A Antonio Deusimar Jácome, Rosineide Jácome, Katleen Pinheiro, Gustavo Pinheiro, Filipe Pinheiro e Leonardo Jácome, pessoas presentes em todos os momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo e Nossa Senhora de Fátima pela força espiritual emprestada em momentos de extrema incerteza.

A Antonio Deusimar e Rosineide Nascimento, meus pais, pelo apoio e valores transferidos ao longo de minha existência.

A Katleen Pinheiro, minha esposa, companheira nas tribulações que se somaram nas inúmeras curvas do caminho.

A Filipe Pinheiro e Gustavo Pinheiro, meus filhos, que sempre ofereceram sua inocência para abrandar as dificuldades da estrada.

A Leonardo Nascimento Jácome, irmão, parceiro e colega nessa nova jornada que se inicia na seara do Direito.

A Dr. Gerson Nascimento, fonte de inspiração. Tanto como tio, quanto profissional do Direito.

A Fernando Fernandes, Flávio Veríssimo e Edneide Nascimento por terem me auxiliado no início desse desafio.

A Ieda Maria Silva, famosa “tiêda”, sempre disposta a ajudar nas dificuldades e acolher os neófitos da família.

Ao professor Isaque Ramos que acreditou e nos auxiliou nessa tarefa.

Ao professor Flávio Trindade, sempre presente desde o início do curso, nos orientando e torcendo para que tudo terminasse da melhor forma possível.

A todos os colegas de classe que ajudaram a escrever com dignidade a história da primeira turma de direito da Universidade Estadual do Maranhão.

A todos os professores que, com seu labor diário, ofereceram o conhecimento necessário para a construção desse legado.

A Maria Silva Nascimento (*in memoriam*)

A José Valdeci Silva (*in memoriam*)

"Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê".

Piero Calamandrei

RESUMO

O presente trabalho se propôs a verificar a viabilidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão no âmbito da Lei Maria da Penha; no sentido de demonstrar a efetividade dessas medidas, numa perspectiva de tutela dos direitos que se encontram garantidos pelo espectro de incidência das medidas protetivas, insculpidas na supracitada lei. Tal propósito ficou plenamente evidenciado ao longo da pesquisa, visto que as cautelares, de forma geral, possuem um caráter ínsito de instrumentalidade voltado para o resguardo urgente de determinada situação que não pode aguardar o desfecho do trâmite processual normal. Nessa perspectiva, foi extremamente elucidativo o estudo, pois comprovou a eficácia do manuseio das cautelares previstas no art. 319 do CPP no âmbito da esfera de atuação da Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Medidas cautelares. Aplicação. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This study aimed to verify the feasibility of the application of the precautionary measures several prison under Law Maria da Penha, to demonstrate the effectiveness of these measures, the prediction inobstante in separate pieces of legislation. This purpose was fully evident during the research, since the precautionary generally have a character ínsito instrumentality of the guard facing certain urgent situation that can not await the outcome of a cognitive process. From this perspective was extremely instructive to study that proved the effectiveness of the precautionary handling under art. 319 of the CPP in the sphere of action of the Maria da Penha Law, as it gives both a cost to the offender, as a protection to victims of domestic violence.

Keywords: Precautionary measures. Application. Maria da Penha Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL.....	12
2.1	A Tutela Cautelar no Processo Penal.....	12
2.2	Dos Princípios informadores das medidas cautelares de natureza pessoal.....	15
2.2.1	Presunção de não culpabilidade.....	15
2.2.3	Jurisdicionalidade.....	17
2.2.4	Da proporcionalidade.....	18
2.2.5	Da adequação.....	19
2.2.6	Da necessidade.....	20
2.2.7	Dos pressupostos das medidas cautelares.....	21
2.3	Das características das medidas cautelares.....	22
2.4	Momento e legitimidade.....	23
3	DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO EM ESPÉCIE.....	25
3.1	Comparecimento periódico perante o juízo.....	27
3.2	Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	28
3.3	Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	29
3.4	Proibição de ausentar-se da Comarca.....	29
3.5	Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga....	30
3.6	Suspensão do exercício de função pública e do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira.....	31
3.7	Internação provisória.....	32
3.8	Da fiança.....	33
3.9	Monitoração eletrônica.....	34
4	CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA.....	35
4.1	Finalidades sociais.....	37
4.2	Medidas protetivas de urgência contra o agressor.....	38
4.2.1	Suspensão da posse ou restrição do porte de arma.....	40
4.2.2	Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência.....	41
4.2.3	Distanciamento do agressor.....	41

4.2.4	O impedimento de comunicação com a ofendida, seus familiares e testemunhas.....	42
4.2.5	Frequentação de determinados lugares.....	42
4.2.6	Restrição ou suspensão de visitas.....	42
4.2.7	Alimentos provisionais ou provisórios.....	43
4.3	Medidas protetivas de urgência à ofendida.....	43
4.4	Aplicação das medidas cautelares à violência doméstica e familiar contra a mulher.....	44
5	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS.....	49
	ANEXO.....	50

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é considerado pela doutrina majoritária como a última linha de defesa dos laços sociais, funcionando como o mecanismo jurídico de reserva de que dispõe a comunidade para a manutenção do pacto social, *conditio sine qua non* para que exista a sociedade civil.

Muito embora, na praxe forense, não seja bem assim, pois, no mais das vezes, o direito penal é a “carta de apresentação” do estado para com seus cidadãos marginalizados, sendo estes, a “clientela preferencial”, da política encarceradora do sistema.

Ciente de tal realidade, nosso legislador tem buscado caminhos para resolução dos conflitos, mormente na seara penal, que minimizem a incidência do cárcere e de seus efeitos nefastos na vida de qualquer pessoa que a ele seja submetida. Porquanto, garantir a higidez da persecução criminal, a efetividade da lei penal, com o mínimo de ingerência na vida das pessoas, sem violar seus direitos fundamentais, é o grande desafio do direito penal moderno, dentro de uma compreensão do que seja o estado democrático de direito.

Nesse contexto surgiu a Lei 12.403/2011 que promoveu uma profunda reforma no Código de Processo Penal relativamente à tutela específica, definindo critérios mais objetivos para aplicação da prisão preventiva, bem como instituindo as chamadas medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão.

Visando evitar o máximo possível o encarceramento cautelar dos acusados e permitindo desse modo a manutenção de seu *status libertatis* até a prolação de uma sentença final de mérito. A supracitada lei foi um marco na história do direito processual penal, vez que efetivou mudanças que guardam estreita relação com a *mens legislatoris* hodierna no que tange ao minimalismo que deve orientar o direito penal e processual penal.

Igualmente importante é a Lei 11.340/2006 que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo comumente conhecida como Lei Maria da Penha; bioquímica cearense, que após sofrer duas tentativas de homicídios por parte do marido, empreendeu uma luta de mais de vinte anos para punir seu algoz. Tal empreitada culminou com a promulgação da legislação protetiva da mulher no âmbito das relações domésticas e de afetividade. Esse diploma legislativo define o conceito de violência contra a mulher no seio do ambiente familiar, estabelece

procedimentos de processo e julgamento, comina sanções e institui as medidas protetivas de urgência, estas últimas com o fito de acautelamento da integridade física, psicológica e sexual da vítima desse tipo de agressão.

A análise interligada de ambos os diplomas normativos, buscando desvelar a possibilidade de adoção das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, insculpidas no art.319 do Código de Processo Penal, no âmbito da Lei Maria da Penha constitui a justificativa do presente trabalho.

Essa interação normativa é salutar, na medida em que confere maior efetividade ao combate à violência doméstica contra a mulher, pois esse tipo de agressão possui contornos muito peculiares, vez que apresenta uma natureza cíclica: iniciando com o estado de tensão, evoluindo para o pico de agressividade e por fim desaguando na reconciliação.

Não obstante esse último fato, o grau de agressividade tende a se agravar a cada crise, o que não raro culmina em assassinato. Daí porque as medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha prescrevem uma série de medidas, seja no sentido de resguardo da vítima, quanto no cerceamento da liberdade de atuação do agressor.

São medidas que buscam atacar o aspecto emergente desse tipo de delito, atendendo a uma situação pontual de preservação, tanto física, quanto psicológica e moral da ofendida.

Nesse diapasão é mister perscrutar acerca da viabilidade de aplicação das cautelares processuais penais no raio de incidência da lei 11.340/2006, haja vista as referidas cautelares dispostas no art.319 do CPP poderem ser aplicadas de forma autônoma ou cumulativa com outras providências judiciais, fato que qualificar-se-ia como de grande monta na consecução das finalidades da supracitada lei. Representando, portanto, uma importante ferramenta no combate a esses delitos incidentes no meio familiar.

Dessa forma é de se reconhecer na lei Maria da Penha um importante marco no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que se constitui em corolário de uma luta árdua de uma parcela sofrida e discriminada da população que são as mulheres.

Logo, toda interação e suporte, dentro do arcabouço legislativo que venha a somar, bem como conferir maior efetividade às medidas protetivas ali contidas,

deve ser vista com bons olhos e levadas a cabo para a consecução dos objetivos da referida lei.

Destarte, é o objetivo maior do presente trabalho, avaliar a viabilidade da adoção de medidas conjuntas de ambos os diplomas legislativos no combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, sempre numa perspectiva de evitar os efeitos deletérios do cárcere sobre a figura do infrator; procedendo-se, quando possível, à substituição da detenção por medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão.

Aqui reside, portanto, a importância desse trabalho, na medida em que ressalta a necessidade de se buscar mecanismos eficazes de combate à destacada violência que prolifera no seio das famílias, notadamente contra a mulher.

Pois tal situação deixa profundas marcas físicas e psicológicas, levando muitas das vezes ao assassinato de mulheres que não conseguem buscar na justiça o apoio e a proteção efetiva que lhes é assegurada na Magna Carta.

A metodologia aplicada foi precipuamente descritiva, buscando-se elementos de convicção na doutrina especializada, bem como na legislação específica, que pudessem evidenciar a possibilidade e a forma de resolução do problema que foi proposto quando da realização deste trabalho.

2 A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

2.1 A Tutela Cautelar no Processo Penal

O Código de Processo Penal brasileiro não contempla um processo penal cautelar autônomo, fato que não inviabiliza a adoção de várias medidas de natureza cautelar dentro do referido diploma legal.

O objetivo precípuo das medidas cautelares é justamente dar efetividade ao processo penal, numa perspectiva multifacetada; seja garantindo a instrução criminal, seja resguardando um arcabouço probatório robusto a viabilizar esta mesma instrução, seja na proteção da vítima ou das testemunhas, bem como garantir a aplicação da Lei Penal, e por fim, quando expressamente determinado, evitar a prática de novos delitos.

Não por outro motivo Renato Brasileiro de Lima traz à colação em sua obra Nova Prisão Cautelar, a interessante lição de Calamandrei ao advertir que “[...]”

sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto”. (CALAMANDRERI, 1936 apud LIMA, 2012, p. 1).

As medidas cautelares, portanto, funcionam como uma primeira resposta do estado no âmbito da persecução penal, sem, no entanto, antecipar um juízo de condenação ao réu, garantindo dessa forma o princípio constitucional da presunção de inocência.

Destarte, não obstante a falta de técnica do legislador infraconstitucional, segundo disposição da doutrina é possível elaborar uma classificação própria das medidas cautelares dentro do processo penal, empresa que passamos agora a desenvolver.

Temos inicialmente as medidas cautelares de natureza patrimonial com o fito precípuo de satisfazer os danos civis e viabilizar o perdimento de bens como efeitos da condenação. Tais medidas são denominadas no Código de Processo Penal (CPP) como medidas assecuratórias, e visam precipuamente o acautelamento de bens para salvaguardar a reparação civil dos danos causados pela infração penal. São elas: o sequestro, arresto e a hipoteca legal. Estando disciplinadas entre os arts. 125 e 144 da Lei 3.689/1941.

Nessa perspectiva, o Código é elucidativo quanto ao fato da efetivação do sequestro no tocante a bens imóveis oriundos de rendimentos obtidos em decorrência de fatos ilícitos, bastando para tanto a confirmação da materialidade e indícios robustos de autoria da conduta delitiva.

O sequestro, conforme dispõe o art. 130 do CPP, poderá ser embargado pelo acusado, sob o fundamento de não terem sido os bens adquiridos com os proventos da infração, e ainda pelo terceiro a quem os bens hajam sido transferidos a título oneroso sob o argumento de tê-los adquirido de boa-fé.

A medida cautelar em tela poderá ser decretada de ofício pelo magistrado, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial.

No tocante à hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado, poderá ser requerida pelo ofendido, sendo, no entanto, restrita à fase processual, conforme dispõe o art. 134 do CPP. Mais uma vez, pugnando pela certeza do cometimento do fato delituoso - materialidade - bem como por indícios consistentes da autoria delitiva. Por fim o art. 140 do referido diploma legal alude que, as garantias do

ressarcimento do dano alcançarão as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido; nesse particular andou bem o legislador ao priorizar a vítima em detrimento dos encargos processuais e penais decorrentes da condenação, realizando um princípio de justiça em favor de quem tem contra si, além do prejuízo material decorrente do crime, os dissabores da morosidade dentro do trâmite judicial.

Outras medidas cautelares dentro do processo penal são as relativas à prova, seja para efeito penal, seja para efeito civil.

As mais destacadas são: a busca e apreensão, insculpida nos arts. 240 e seguintes e a produção antecipada da prova testemunhal, descrita no art. 225 do CPP que autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a tomar antecipadamente o depoimento de testemunhas que, tenham de ausentar-se do país, bem como, em decorrência de delicado estado de saúde ou avançada senilidade, inspire fundado receio de não mais existir ao tempo da instrução. É o que a doutrina conceitua como *ad perpetuam rei memoriam*: a testemunha desaparece, porém, o depoimento é definitivo (LIMA, 2012).

Portanto, a finalidade maior dessas medidas cautelares relativas à prova é em última análise garantir a correta aplicação da lei penal, vez que busca assegurar a salvaguarda do conjunto probatório, tornando possível a aproximação máxima da verdade real, essencial para que o estado exerça seu *ius puniendi* dentro dos padrões de justiça.

Por último, desvelam-se as medidas cautelares de natureza pessoal. Como a própria denominação sugere, estas incidem sobre a pessoa do imputado, podendo ser tanto restritivas, quanto privativas da liberdade de locomoção.

Da mesma forma que a medida cautelar assecuratória de sequestro, as cautelares de natureza pessoal podem incidir na fase pré-processual ou processual, visando à efetividade do pleito criminal.

De todo modo, sempre é imposto ao acusado certo grau de sacrifício, seja na consecução das prisões cautelares (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária), quanto das medidas cautelares diversas da prisão, inseridas no art. 319 do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, sendo estas últimas em particular, o objeto principal de estudo do presente trabalho.

2.2 Dos Princípios informadores das medidas cautelares de natureza pessoal

Por se tratar de providência cautelar com nítido poder constrictivo da liberdade individual do réu, as medidas cautelares de natureza pessoal seguem um arcabouço de princípios que informam sua legitimidade, legalidade e necessidade. Dessa forma, o poder judiciário consegue um maior controle no que tange à sua aplicação, evitando assim, arbitrariedades que desvirtuam o sentido maior das referidas medidas.

Não por outro motivo, se preocupou o legislador constituinte originário ao estatuir no art.5º e incisos da Magna Carta, um rol de garantias que visam proteger o indivíduo contra os efeitos deletérios do poder punitivo do Estado quando exercido de forma abusiva. Tais garantias, buscam dar maior segurança jurídica ao sistema, no momento em que estabelecem critérios objetivos a justificar a imposição de medidas de cunho restritivo ao réu; edificam, portanto, balizas confiáveis nas quais o magistrado ou tribunal pode transitar buscando a melhor saída jurídica para o caso concreto. Assim, podem-se destacar os seguintes princípios que operacionalizam a aplicação segura das medidas cautelares de natureza pessoal, são eles: a presunção da não culpabilidade, a jurisdicionalidade, a proporcionalidade, a adequação e a necessidade. Temas que passamos agora a desenvolver.

2.2.1 Presunção de não culpabilidade

A presunção de não culpabilidade está insculpida no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, dispondo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa é uma importante garantia ao indivíduo que tem seu *status libertatis* ameaçado pelo *ius puniendi* do Estado.

O Processo Penal deve ser preservado, bem como a Lei Penal deve ser efetivamente aplicada. No entanto, não pode o Estado cometer arbitrariedades ao exercer esse direito de punir, ficando, dessa forma, adstrito à concepção de que o indiciado, denunciado ou acusado não pode ter antecipada uma condenação ou pena que eventualmente se concretize. Logo, é imperativo que o Estado-Juiz aja dentro dos parâmetros peculiares ao Estado Democrático de Direito, exercendo seu poder punitivo dentro do limite territorial do devido processo legal e assegurando a

todos os indivíduos a possibilidade de litigarem dentro das balizas constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nesse ponto é incisivo o princípio em tela, pois garante a todos os acusados o direito de serem tratados como se inocente fossem, até o trânsito final da sentença penal. Seja condenatória, seja absolutória imprópria.

Destarte, infere-se a característica de excepcionalidade das medidas cautelares de natureza pessoal, pois com a edição da Lei 12.403/2011, a restrição da liberdade de locomoção passa a ser exceção, só se justificando dentro dos parâmetros objetivos estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal. Sendo eles: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Eventualmente, em não se configurando qualquer dos requisitos exigidos pelo art.282, inciso I, ou pelo art.312 no caso da prisão cautelar, afigura-se ilegal a imposição de medida acautelatória de cunho processual, vez que carece de limites legais mínimos a justificar sua imposição ou manutenção. Ato que configura verdadeiro juízo antecipado de culpabilidade, violando as garantias constitucionais do devido processo legal. Restando, portanto, patente a ilegalidade. Situação que não oferece ao magistrado outro caminho que não o da revogação imediata da providência cautelar.

Portanto, pelo princípio ora analisado, todos são inocentes até sentença final transitada em julgado, devendo ser esta, o desfecho último de um processo escudado pelo contraditório e pela ampla defesa.

Ainda no que concerne à presunção de não culpabilidade é interessante ressaltar duas regras que defluem diretamente dessa garantia individual, são elas: a regra probatória e a regra de tratamento.

Pela regra probatória, comumente conhecida por *in dúbio pro reu*, a condenação, bem como a aplicação de medidas cautelares constritoras da liberdade de locomoção do acusado, devem estar pautada num juízo de certeza, a indicar a existência da materialidade e indícios consistentes de autoria. Condena-se, portanto, a imposição de qualquer medida cautelar baseada tão somente em vagas conjecturas, indícios inconsistentes, fatos obscuros ou ilações ambíguas.

Desta feita, não restando claro a existência do fato delituoso ou provas indiciárias robustas no que concerne à autoria do ilícito penal, impõe-se a absolvição

do acusado, ou a depender, a cessação da medida cautelar imposta; pois o processo penal, por lidar diretamente com o *status libertatis* do cidadão, não pode se portar ao sabor das emoções ou aventuras jurídicas. Assim, resta inconteste que o ônus de provar as alegações em que se funda a inicial acusatória é de quem acusa, seja o Ministério Público, na ação pública ou o querelante, na ação penal privada; e não do réu, que não tem a menor obrigação de provar sua inocência. Elidindo de vez o *in dubio pro societate* da seara do processo penal de conhecimento. Porquanto, se o órgão acusador não conseguir demonstrar cabalmente a culpa do réu, deve este ser prontamente absolvido das acusações que se lhe imputam, pois num juízo de ponderação pode-se concluir que menor é o dano ao se inocentar um culpado do que se condenar um inocente.

A seu turno a regra de tratamento dispõe acerca da impossibilidade de antecipação de um juízo de condenação, pois como consectário da presunção de não culpabilidade, torna inadmissível a condenação ou mesmo antecipação de sanção penal antes do trânsito em julgado da decisão final. Logo, deve ser dispensado tratamento condizente com o status de inocência de que goza o acusado, buscando minimizar ao máximo a estigmatização de quem tem instaurado contra si procedimento criminal. (LIMA, 2012).

2.2.3 Jurisdicionalidade

A jurisdicionalidade exorta a primazia da lei, em íntima conexão com o princípio da reserva legal, que deve disciplinar a aplicação e manutenção de medidas cautelares de natureza pessoal; obedecendo ao disposto na Constituição Federal de 1988 que determina a impossibilidade de prisão, como regra; salvo a situação de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, ressalvadas as transgressões militares e os crimes militares próprios.

Esse importante princípio traz resguardo às partes dentro do processo penal, garantindo a elas, que somente será aplicada medida cautelar de natureza pessoal pela autoridade judiciária competente no efetivo exercício da judicância. Entretanto, a simples ordem emanada de autoridade competente não basta. A lei exige que a decisão seja devidamente fundamentada para que os interessados no deslinde da ação penal possam aferir de forma consistente os motivos do

convencimento do magistrado ou tribunal, de modo a não pairar dúvidas acerca da legalidade e justiça da decisão.

Os motivos do convencimento do órgão julgador devem ficar claros, de forma a evidenciar a imparcialidade do magistrado. Outrossim, a um só tempo, a jurisdicionalidade afasta o nefasto instituto da prisão *ex lege*, tornando inviável a aplicação automática da lei quando versar sobre medidas constritivas de liberdade dentro do processo penal. Ademais, deve haver prévia análise da necessidade de aplicação ou manutenção da prisão por parte do judiciário (TAVORA; ALENCAR, 2011).

2.2.4 Da proporcionalidade

Importante garantia subliminar que deflui diretamente do *due processo of Law*, direito fundamental do indivíduo assegurado no art.5º, inciso LIV, da Magna Carta. Esse princípio, sem embargo da falta de previsão expressa pelo texto constitucional, equaliza as relações entre o cidadão e o Estado, velando pela razoabilidade dos atos judiciais, principalmente quando insertos no campo do direito penal e processual penal.

Evitando, dessa forma, abusos por parte da máquina estatal quando do exercício da persecução penal. Nesse diapasão, inferem-se dois escopos: um primeiro, diz respeito à proteção dos excessos dos agentes públicos no desempenho da função persecutória; o segundo referente à vedação da proteção deficiente por parte do estado em relação aos seus cidadãos.

Eis a grande finalidade da proporcionalidade. Garantir a segurança, direito de todos e dever do Estado e da sociedade, utilizando os meios coercitivos necessários para a manutenção da paz social; ao mesmo tempo em que busca evitar os desvios de condutas por parte do poder público incumbido da atividade persecutória, em um verdadeiro juízo de ponderação de valores. Sempre num sentido de consecução de outro princípio não menos importante: o da razoabilidade.

Esse postulado é sem dúvida o signo distintivo do estado democrático de direito, pois visa estabelecer um contraponto na relação cidadão-estado, buscando adequar a necessidade de segurança, via proteção da coletividade através de medidas coercitivas, com a imposição de limites a esse poder colossal do estado quando contraposto ao cidadão; evitando dessa forma a deformidade do sistema e

garantindo a manutenção dos laços sociais dentro de uma perspectiva desejável no bojo do contrato social. Não por outro motivo já alertava o insigne filósofo Jean-Jacques Rousseau (2008, p. 80) ao aludir que:

[...] assim como a vontade particular age sempre contra a geral, da mesma forma o governo faz um contínuo esforço contra a soberania: quanto mais aumenta esse esforço, mais se altera a constituição; e como aqui não há outra vontade do corpo, que resistindo à do príncipe se equilibre com ela, deve acontecer, ou mais tarde ou mais cedo, que o príncipe subjugue ao fim o soberano e rompa o tratado social. **É este o vício inerente e inevitável que desde a aurora do corpo político tende sem cessar a destruí-lo, da mesma sorte que a velhice e a morte destroem o corpo do homem.** (grifo nosso)

Esse é, portanto, o grande dilema do estado de direito, equilibrar as liberdades públicas com a necessidade de segurança do corpo social. Questão que se assenta de forma delicada em torno do direito penal e processual penal, devendo de fato, tais searas do direito serem utilizadas como *ultima ratio*, pois representam a maior ingerência do estado na vida de seus cidadãos (TAVORA; ALENCAR, 2011).

2.2.5 Da adequação

A adequação na realidade se conforma como um subprincípio decorrente do desdobramento da proporcionalidade, sendo uma relação de meio e fim. Logo, veda qualquer tipo de desproporção ou irracionalidade no tocante a adoção de medidas cautelares dentro do processo penal.

É dizer, que, cada medida acautelatória deve guardar íntima relação com sua finalidade, sob pena de se configurar como ilegítima e inaceitável, no que respeita a uma estrutura jurídico-constitucional.

Uma medida cautelar só se justifica enquanto perdurarem os motivos que determinaram sua adoção, caso contrário, estar-se-á defronte de patente ilegalidade, não restando alternativa outra ao órgão jurisdicional que não a cessação imediata de sua aplicação. Portanto, não faz sentido a prisão processual do acusado sob o fundamento de garantia da instrução criminal após a audiência de instrução, por exemplo, uma vez que o fito precípua da medida *in caso* é a preservação da produção probatória. (GOMES; MARQUES, 2011).

2.2.6 Da necessidade

Importantíssimo princípio de natureza constitucional, pois é justamente baseado nele que surgiu a Lei 12.403/2011. A necessidade é que dita a natureza da medida cautelar a ser aplicada na espécie. Buscando objetivamente tutelar a lei penal através da menor lesividade possível aos direitos fundamentais do acusado, observando sempre as peculiaridades do caso concreto, dentro de uma relação de adequação entre meio e finalidade.

Dessa forma, sempre quando se mostrar viável no caso concreto a possibilidade de aplicação de mais de uma medida acautelatória, deve o magistrado optar pela menos gravosa, efetivando a menor ingerência possível do direito penal na esfera de liberdade do cidadão; é o que a doutrina denomina de direito penal mínimo.

O princípio em tela é um farol consistente a orientar o julgador na aplicação de medidas necessárias para a tutela do objeto da lei processual; porquanto foi justamente esse espírito normativo que motivou a promulgação da Lei 12.403/2011. Destarte, o art. 319 do Código de Processo Penal se constitui num rol exemplificativo de medidas cautelares de natureza pessoal diversa da prisão que oferece ao magistrado uma gama de possibilidades judiciais para a consecução da persecução penal, evitando sabiamente, sempre que possível, o contato danoso do acusado com a prisão. Portanto, sempre que couber alguma das providências processuais insculpidas no supracitado artigo, estas são preferíveis à prisão preventiva.

O princípio da necessidade concilia como anteriormente citado, a manutenção das liberdades públicas com a necessidade de proteção do corpo social, via preservação da instrução criminal, da empresa investigativa e da aplicação da lei penal. Nessa perspectiva, busca sobremaneira, evitar os excessos institucionais, mas sem perder de vista a manutenção da ordem pública através da aplicação pontual e eficaz do arcabouço legislativo pertinente (GOMES; MARQUES, 2011).

2.2.7 Dos pressupostos das medidas cautelares

Toda medida cautelar só se coaduna com os ditames da legalidade se amparada pela justa causa, ou seja, a existência de indícios mínimos confiáveis de autoria e a certeza da materialidade do delito. Pois, a seara do direito penal e processual penal não admite análises vagas ou imprecisas, mormente porque lidam diretamente com o *status libertatis* do cidadão. Logo, a aferição de pressupostos mínimos a justificar a aplicação de medidas cautelares, é o mínimo que se espera de um estado democrático de direito, ancorado nos valores da justiça, da liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse aspecto é importante a lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 644-645) ao aduzir que:

Como toda medida cautelar, pressupõem a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e demonstração da materialidade), que é a justa causa para a decretação da medida, somando-se ao *periculum* ao regular transcorrer da persecução penal, ou o risco inerente à liberdade plena, de sorte que as amarras ao agente caracterizam exatamente a pertinência da constrição às circunstâncias do fato. Exigem assim:

(1) A necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência.

(2) A adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado. Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautela que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições da pessoa do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista.

(3) Aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade. É dizer, as cautelas em voga não se destinam a infrações que têm na multa a única pena, caracterizando verdadeiras contravenções. Da mesma forma, quando a única sanção prevista é a restrição de direitos, como ocorre no porte para uso de drogas, caracterizado como crime, porém sem reprimenda cerceadora de liberdade (art.28, Lei nº 11.343/2006).

Destarte, vê-se que, ao lado das demais condições da ação, tais como: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido; no âmbito do processo penal, tem-se uma quarta condição, denominada de justa causa, que viabiliza a consecução de um lastro probatório mínimo a justificar a aplicação ou manutenção das medidas acautelatórias.

2.3 Das características das medidas cautelares

As medidas cautelares segundo entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2011), podem ser divididas de acordo com as finalidades instrumentais dentro do processo. Salta aos olhos a natureza acessória dessas cautelares, na medida em que são autônomas em relação ao processo, podendo ser decretadas sem necessariamente a certeza de uma futura ação penal.

Nas investigações, por exemplo, podem estar presentes os requisitos para a decretação de determinada cautelar, mesmo que posteriormente não venha a ser oferecida denúncia.

De outro lado, emerge a característica da preventividade, que é justamente o fito precípua das medidas em análise, pois visam prioritariamente prevenir com a máxima eficácia a aplicação da lei penal, bem como a higidez da instrução criminal.

A terceira característica decorre exatamente do cruzamento das anteriores. Sendo ela a instrumentalidade qualificada, quer dizer que, tais medidas não são um fim em si mesmo, mas um meio na consecução dos escopos processuais, se justificando somente se amparadas por uma relação de adequação.

Outra importante característica segundo o referido autor é a precariedade, da qual decorre sua revogabilidade, vez que cessando as situações que justificaram a sua decretação há que se impor a suspensão imediata da aplicação das cautelares.

Por fim, pela natureza de urgência, é importante ressaltar a sumariedade juntamente com a referibilidade. Na primeira situação, tem-se que, a aplicação das medidas judiciais em comento é feita de forma não exauriente, pois não ocorre uma análise aprofundada do judiciário, mas apenas um juízo urgente e liminar; a segunda, quer ressaltar a relação de meio das cautelares para com suas finalidades, fato que se não verificado enseja a ilegalidade patente da cautelar. Dessa forma, para fechar o raciocínio, preleciona o professor acerca da imprescindibilidade da reserva legal a amparar a aplicação das cautelares, pois tal necessidade se traduz através da característica de jurisdicionalidade. Vale dizer, apenas o magistrado com competência legalmente definida tem legitimidade para decretá-las em face de necessidade do caso concreto.

Devendo o órgão do Ministério Público requerê-la se julgar conveniente, da mesma forma que deve a autoridade policial representar ao poder judiciário, que decidirá à luz da necessidade.

Vê-se, portanto, a rigidez de requisitos aptos a viabilizar a aplicação das medidas acautelatórias no âmbito penal. Devendo o magistrado pugnar sempre pela relação de finalidade, objetivando teleologicamente o resguardo do processo e a aplicação da lei penal.

Logo, qualquer situação que escape a esse fito é, por conseguinte, ilegal, devendo ser imediatamente afastada, sob pena de grave violação dos direitos fundamentais do indivíduo. A ordem constitucional do estado democrático de direito não pode conviver com esse tipo de vilipêndio a seus postulados basilares, impondo-se por parte do estado o dever de, sem embargo da cessação imediata da situação ilegal, apurar responsabilidades, punindo severamente a autoridade que der causa a esse tipo de abuso. É o mínimo que a sociedade espera de um sistema pautado na salvaguarda das liberdades públicas e no compromisso de manter a ordem social e a segurança coletiva.

Nesse diapasão, aduz Fernando Capez (2011, p. 497) que uma das principais funções do processo reparatorio “[...] é a de assegurar uma proteção a todos os direitos da vítima, dentre os quais o de ver realizada a justiça penal [...]”. Todavia, sem olvidar dos ditames garantistas da Magna Carta, deve o magistrado expurgar de forma peremptória o uso indiscriminado de mecanismos cerceadores de liberdades individuais, tais como as medidas cautelares, por exemplo, conquanto hajam sido alteradas com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, limitando sobremaneira a incidência do encarceramento ou cerceamento do *status libertatis* do acusado a situações de extrema urgência.

2.4 Momento e legitimidade

A ordem constitucional de 1988 consagrou de forma pontual o sistema acusatório, conferindo legitimidade da ação penal pública ao órgão do Ministério Público, art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, afastando a possibilidade de compartilhamento dessa atribuição com a autoridade policial e o magistrado.

Todavia, no que tange à aplicação das medidas cautelares, o Código de Processo Penal em seu art. 282, §2º, dispõe que, 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.

Destarte, evidencia-se a legitimidade para o requerimento das medidas cautelares por parte da autoridade policial na fase investigatória, pelo magistrado de ofício e pelas partes: querelante, vítima ou assistente no curso do processo. Por fim, emerge a legitimidade do órgão ministerial, seja na fase inquisitorial, seja no decorrer do trâmite do procedimento de cognição.

Quanto ao aspecto do momento de cabimento, aduzem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 644) que “Não há, na lei, prazo de durabilidade da medida. Portanto, a dilação no tempo depende do fator necessidade, a depender do estado das coisas (*rebus sic stantibus*) e da adequação ao caso concreto [...]”.

Vê-se, portanto, o caráter instrumental das medidas cautelares, no sentido da lei não lhe conferir *a priori* um tempo determinado, preferindo o legislador submeter tal instituto, enquanto medida acessória do processo principal, ao requisito da necessidade e adequação, protraindo-se no tempo enquanto subsistirem as razões que a determinaram.

Ratificando o entendimento supracitado, mesmo antes da promulgação da Lei 12.403/2011, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 492), no tocante à aplicação da prisão preventiva já dispunha que “[...] a prisão preventiva se submete à cláusula da imprevisão, podendo ser revogada quando não mais presentes os motivos que a ensejaram [...]”.

Outra questão tormentosa refere-se à efetivação do contraditório quando da aplicação das medidas acautelatórias, indagando-se acerca de sua imprescindibilidade, vez que, em determinados casos a observação de tal princípio poderia comprometer sobremaneira a efetividade da medida.

Antes da reforma do CPP pela lei 12.403/2011, a aplicação das medidas cautelares dispensava o contraditório num primeiro momento. Assim, a defesa só poderia se manifestar em ocasião posterior, exercendo o contraditório diferido.

É o que se infere da lição de Capez (2011, p.325) ao afirmar que:

[...] Nessa fase não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a possibilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*).

Contudo, quis o legislador infraconstitucional afastar a sistemática anterior do CPP, que possibilitava a aplicação *inaudita altera pars* das medidas cautelares, conferindo à parte afetada o direito de manifestar-se previamente, ressalvando apenas os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, situação em que poderá o acusado exercer o contraditório retardado num momento posterior.

É o que determina o § 3º do art. 282 do CPP, ao aduzir que, ao receber o pedido de medida cautelar, o magistrado determinará a intimação da parte contrária para que esta se manifeste.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL DIVERSAS DA PRISÃO EM ESPÉCIE

Durante muito tempo vigorou no âmbito do processo criminal uma dicotomia no tocante às medidas cautelares de natureza pessoal; qual seja, ou o acusado era privado totalmente de sua liberdade ou restava solto para que nessa condição respondesse ao processo. Não havia um meio termo, situação que gerava por vezes, ou um rigor desmedido na adoção das referidas medidas ou conduzia a baixa efetividade do processo penal, prejudicando, por conseguinte, a aplicação da lei penal, por deixar o réu em total falta de controle, possibilitando-lhe tumultuar ou mesmo obstar o prosseguimento do procedimento criminal.

É o que Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 382) definiu em sua obra *Nova Prisão Cautelar* como “[...] lógica maniqueísta, do tudo ou nada [...]”; sendo justamente o fito de combater tal lógica que animou o legislador infraconstitucional a levar a cabo a elaboração da Lei 12.403/2011, buscando afastar essa dualidade que, além de exacerbar na coerção enquanto meio de tutela, às vezes favorecia a impunidade, pois deixava brechas para distorções no campo do processo penal.

Nessa perspectiva, tem-se uma ampliação do espírito normativo constitucional, na medida em que se alargam os horizontes de aplicação das providências acautelatórias jurisdicionais, sempre no sentido de tentar garantir o máximo da atividade jurisdicional com o mínimo de ingerência na esfera de direitos do indivíduo que sofre os efeitos deletérios de uma ação penal proposta contra si. Pois no mais das vezes, tal procedimento acaba por fulminar sua liberdade de locomoção.

Nesse ponto, as novas medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão trazidas pela Lei 12.403/2011, representam um grande acerto do legislador pátrio que pugnou pela preferência de medidas menos invasivas ao acusado, sem, no entanto, permitir um total desacompanhamento do mesmo, dificultando-lhe a conduta que possa praticar contra a administração da justiça.

É correto, portanto, afirmar que, com a referida reforma estar-se a buscar a efetivação do Direito Penal como *ultima ratio*, relegando-lhe o papel que lhe impõe a Constituição, qual seja, o de última linha de defesa dos laços sociais.

É o que aduz Cezar Roberto Bitencourt (1995 apud GRECO, 2005, p. 51):

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violadas forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Claus Roxin (1997 apud GRECO, 2005, p. 51), exortando o caráter subsidiário da seara penal, leciona que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos”.

Todos os mestres acima citados, conforme exposto de seus excertos, corroboram a ideia da intervenção mínima do *ius puniendi* estatal, quando possível à resolução da querela delitiva. Destarte, sem embargo da necessidade inarredável de segurança social, deve ser adotada a medida restritiva de liberdade do indivíduo que seja a menos gravosa em face do caso concreto.

Nesse diapasão é mister reconhecer que andou bem o legislador pátrio ao conferir efetividade a esses postulados, quando promulgou a Lei 12.403/2011, inserindo no âmbito do processo penal, medidas cautelares de

natureza pessoal diversas da prisão, numa verdadeira demonstração de maturidade legislativa se amoldando perfeitamente ao espírito constitucional e republicano.

O rol das medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão está insculpido no art.319 do Código de Processo Penal, sem embargo de outras medidas de mesma natureza jurídica previstas no referido diploma legal. Destarte, lá se tem um rol exemplificativo, *números apertus* e não taxativo. Rol esse que passamos agora a analisar de modo pormenorizado, estudando de forma individualizada cada uma dessas espécies:

Art.319 São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX – monitoração eletrônica.

A primeira das cautelares em tela diz respeito à necessidade de comparecimento periódico em juízo para notificar à justiça a respeito de suas atividades.

3.1 Comparecimento periódico perante o juízo

A cautelar em estudo tem como fito precípuo informar ao Judiciário as atividades do acusado; tal fiscalização confere efetividade à providência judicial, na medida em que o réu, em detrimento do cárcere, pode se apresentar periodicamente ao juízo processante e informar suas atividades.

Uma questão interessante é acerca de como efetivar a referida providência cautelar quando o réu residir em Comarca distinta da do distrito da culpa. Conforme aduz Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 385):

[...] o acompanhamento dessa medida pode ser feito perante o juízo onde ele reside, expedindo-se, para tanto, carta precatória. É sabido que grande parte da clientela do direito penal é composta de miseráveis. Exigir-se o deslocamento de acusado pobre até o juízo processante poderia acabar por inviabilizar o cumprimento da medida em virtude de fator alheio a sua vontade. Essa carta precatória seria expedida apenas para fiscalização da medida. Destarte, na hipótese de descumprimento injustificado da medida, deve o juízo deprecado comunicar o fato ao juízo deprecante imediatamente, recaindo sobre este a competência para possível e eventual revogação da medida, nos termos do art.282,§ 4º, do CPP.

Ante o exposto, o insigne mestre pugna pela análise casuística, evitando, portanto, que a aplicação padronizada do provimento cautelar se traduza em distorções, inviabilizando o escopo da medida.

3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Essa medida tem por finalidade evitar o acesso a determinados lugares que podem induzir a prática de infrações. Exemplo clássico, diz respeito às torcidas organizadas, meio propício à delinquência e a violência, inspirador de violentas emoções e rompantes coletivos, que não raro culmina na prática de delitos. O réu ao frequentar determinados lugares pode ser compelido ou seduzido a praticar crimes; é com esse propósito que a lei, ao aplicar essa medida, busca restringir o acesso a determinados ambientes.

Importante, entretanto, que a restrição esteja relacionada às circunstâncias de fato, pois do contrário, incorrer-se-á em franca contradição com os ditames constitucionais, incidindo o magistrado em flagrante ilegalidade.

Outro ponto fundamental, que será discutido nessa obra em momento posterior, é a aplicação dessa cautelar no sentido do afastamento do lar. Tal possibilidade se coaduna com os objetivos desse trabalho, vez que alude diretamente à violência doméstica e familiar, na qual as grandes vítimas, são, via de regra, as mulheres.

Destarte, fica a observação no sentido de primar o operador do direito pela adequação no uso desse provimento.

3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada

Essa cautelar em alguns pontos identifica-se com a anterior, no sentido de restringir a liberdade de frequência a determinados lugares; entretanto, vai além, buscando afastar do convívio rotineiro, vítima e acusado; porém, não só isso, também pode ser aplicada no tocante às testemunhas dentro do processo.

Destarte, pode tanto evitar a prática de delitos, na medida em que afasta o acusado de ambientes propícios ao cometimento de crime, como pode garantir a integridade da vítima ou da testemunha dentro do trâmite processual, garantindo em última instância, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 646) corroboram esse entendimento ao dispor que, “Não podemos descurar das pessoas que vão contribuir com a persecução penal, como testemunhas, peritos, assistentes técnicos e a própria vítima. Por essa razão, e para tutela da instrução criminal, a proibição também se faz pertinente”.

Esse contato, segundo entendimento dos mesmos autores, não há que se resumir ao simples ambiente físico, ao inverso, pode abarcar modernos meios de comunicação, tais como os eletrônicos, por exemplo, senão vejamos: “Percebe-se que a vedação ao contato não se restringe ao mesmo ambiente físico, coibindo-se telefonemas, emails, cartas, e qualquer outra forma da qual possa gerar intimidação” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 646).

Portanto, a finalidade maior, se divide em duas vertentes. Pode ser tanto de preservação da vítima no tocante à sua integridade física; como a preservação dessa mesma vítima enquanto ator processual, bem como dos demais figurantes do pleito criminal, tais como: peritos, testemunhas, intérpretes etc.

3.4 Proibição de ausentar-se da Comarca

O fito primário dessa providência é evitar a fuga do acusado do distrito da culpa, fato que se mostraria profundamente danoso à persecução criminal.

Desta forma, a reforma do Código de Processo Penal levada a cabo pela Lei 12.403/2011, introduziu no referido diploma legal, a possibilidade de que o magistrado proíba o acusado de ausentar-se da Comarca do juízo processante. Podendo obrigar-lhe, por exemplo, ao comparecimento periódico ao juízo para

comprovar ocupação, nesse aspecto, ter-se-á uma cumulação com a medida cautelar inculpada no inciso I do artigo 319.

É importante que o juiz disponha de meios idôneos para consecução dessa medida, pois do contrário, restaria tal cautela, desprovida de efetividade. Doravante, tem sido adotada com frequência a notificação às autoridades de fronteira acerca da situação judicial do réu, bem como a retenção de seu passaporte, segundo dispõe o art. 320 do CPP, evidenciando uma necessidade de cumulação com a proibição em tela para que o provimento não reste sem efeito prático.

Em sentido contrário, discordando do procedimento acima exposto, os professores Luis Flávio Gomes e Ivan Luis Marques (2011) em sua obra *Prisão e Medidas Cautelares* esposam o seguinte entendimento:

A proibição somente se justifica se for necessária para a investigação ou instrução criminal. Teria mais sentido se o legislador tivesse previsto essa medida cautelar para a garantia da lei penal, porque a saída do distrito da culpa está sempre relacionada com a ideia de fuga. Não vemos no que a saída do acusado da comarca possa comprometer o bom andamento das investigações ou do processo. Se a saída não tem a finalidade de fuga, isso significa que o indiciado ou acusado estará à disposição da polícia e do judiciário nas pouquíssimas vezes em que for intimado a comparecer diante das autoridades; se a saída demonstra concretamente a intenção de fuga, é o caso de se decretar prisão preventiva. Além disso, para garantir o bom andamento da investigação ou da instrução processual seria mais adequado à lei ter previsto a medida de comparecimento obrigatório aos atos do processo (como ocorre no caso da fiança). Não tem sentido proibir o indiciado ou acusado de sair da comarca durante o longo tempo que tramita o inquérito e o processo (às vezes por anos) apenas para que ele compareça a determinados atos processuais.

É certo, porém, que a medida cautelar em estudo concorre para evitar que o acusado possa homiziar-se do alcance da lei, zelando pela efetividade de sua aplicação.

3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

Essa medida busca afastar o encarceramento e seus efeitos desagregadores da personalidade. Logo, se o magistrado verificar a possibilidade de manutenção da liberdade do réu, é recomendável, pois com ela, pode o acusado desenvolver suas atividades laborativas durante o dia e recolher-se no período noturno e nos dias de folga.

Evidente o benefício dessa cautelar na medida em que afasta o indiciado da convivência nociva no interior das prisões, verdadeiros depósitos de seres humanos.

Entretanto, essa providência cautelar reclama alguns requisitos que devem estar presentes para a sua concessão.

A lei alude expressamente à necessidade de que o réu possua trabalho e endereço fixos para que possa trabalhar normalmente e recolher-se no período noturno e nos dias de folga a seu domicílio.

No entanto, parte da doutrina entende que o mesmo benefício deve ser estendido aos que não possuam trabalho fixo, mas que estudem, é a visão de Renato Brasileiro (2012, p. 394):

Não obstante, há de se admitir a aplicação da medida no caso em que o investigado ou acusado não tenha trabalho, mas esteja estudando. Em síntese, o fato de o acusado estar estudando deve receber igual tratamento à hipótese em que estiver trabalhando. Nessa linha, aliás, a própria LEP foi alterada recentemente pela lei nº 12.433/2011 para fins de prever expressamente que o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

No mesmo excerto o autor supracitado aduz também a necessidade de cumulação da medida em tela com a de monitoração eletrônica, sob pena de ineficácia da cautelar em apreço.

Afigura-se correto o entendimento exposto, tanto no que se refere à extensão da medida para acusados que estudem, quanto à cumulação com a medida cautelar de monitoração eletrônica, já que se evita o cárcere e induz o réu a estudar e se manter longe de situações que podem deflagrar a conduta criminosa.

3.6 Suspensão do exercício de função pública e do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira

É recomendável no sentido de evitar que o acusado continue a delinquir se utilizando de função pública ou atividade de natureza financeira. Portanto, é medida idônea, desde que, demonstrado no caso concreto a possibilidade de que a posição profissional do agente possa lhe conferir maior facilidade na consecução do desiderato criminoso.

O fito primeiro é preservar a ordem pública ou econômica; são medidas de grande utilidade prática, mormente quando relacionada a funcionário público, evitando que este possa se valer do cargo para lesar a administração pública ou terceiros.

Destarte, se o agente atua no mercado financeiro, iniciativa privada, portanto, e pode com sua atividade laboral levar a cabo a prática de delitos maculadores da ordem econômica, de sorte a configurar-se um liame causal entre a liberdade de ação profissional do acusado com a prática de crimes através do desempenho do cargo ou função, a medida cautelar em apreço deve ser decretada como forma de prevenção à prática delituosa.

3.7 Internação provisória

Conforme dispõe o Código Penal em seu art. 26, *caput*, é isento de pena, o agente que, por doença mental superveniente ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação, completamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Na mesma linha afirma em seu parágrafo único, que ocorre a redução da pena, no *quantum* de um a dois terço, se, em virtude de perturbação de saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ambas as situações descritas, tratam, respectivamente, de inimputabilidade e semi-imputabilidade, cuidando-se de uma situação passível de aplicação de medida de segurança e nunca de pena, razão pela qual o trâmite processual deve desaguar na chamada absolvição imprópria, sendo o réu absolvido, para que em seguida lhe seja aplicada a medida cabível.

Sobre o assunto discorre Cleber Masson (2012, p.815), aduzindo que:

Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis ou semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.

Destaca, ainda, os requisitos para a aplicação da medida de segurança discorrendo que “A aplicação da medida de segurança depende de três requisitos:

(1) prática de um fato típico e ilícito; (2) periculosidade do agente; (3) não tenha ocorrido a extinção da punibilidade” (MASSON, 2012, p. 817).

A referida medida cautelar foi introduzida no CPP pela Lei 12.403/2011, preconizando a possibilidade de internação provisória do acusado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico sempre que o delito envolver violência ou grave ameaça e a perícia concluir ser o réu, inimputável ou semi-imputável nos moldes do art. 26 do Código Penal. Bem como, reste comprovado o risco de reiteração.

Essa medida tem cunho eminentemente protetivo, tanto do corpo social, na medida em que busca afastar provisoriamente do convívio coletivo aquele que foi diagnosticado como inimputável ou semi-imputável com elevado grau de periculosidade, mormente em face do delito praticado, que deve envolver violência ou grave ameaça. Como, também, a proteção do próprio acusado, vez que, em decorrência de sua incapacidade de entender a realidade que o cerca, poderá voltar a delinquir e sofrer retaliações da comunidade.

Por ser uma medida que tal qual a prisão preventiva restringe a liberdade de locomoção de forma drástica, deve o magistrado observar a estrita legalidade e necessidade do caso concreto, evitando-se, por conseguinte, abusos na aplicação da medida.

É o que preleciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 401), “Como toda e qualquer medida cautelar, essa internação provisória também está condicionada à presença do *fumus commissi delicti* (prova da materialidade e indícios de autoria) e do *periculum libertatis*”.

3.8 Da fiança

A fiança sempre foi tratada no ordenamento jurídico pátrio como uma medida de contracautela, o que inviabilizava, portanto, na disciplina anterior, a sua concessão sem que o acusado estivesse efetivamente preso.

Essa sistemática foi alterada pela Lei 12.403/2011, se tornando a referida medida, uma cautelar autônoma, que agora pode ser deferida como alternativa ao cárcere, evitando o contato funesto do acusado com o claustro.

Destarte, aduz o art.319, VIII, que a fiança se constitui numa medida cautelar de natureza pessoal diversa da prisão, podendo ser aplicada de forma

isolada ou cumulada com outra medida, desde que necessária e adequada ao caso concreto.

Nesse particular, andou bem o legislador, pois ampliou a área de atuação do magistrado, dando-lhe maiores alternativas no que concerne a tornar cada vez menos necessária a restrição absoluta da liberdade do réu, desde que, por óbvio, seja cabível à espécie.

3.9 Monitoração eletrônica

Por fim, a última medida cautelar diversa da prisão que está insculpida no rol exemplificativo do artigo 319 do CPP é a monitoração eletrônica.

Essa medida se tornou possível graças ao avanço tecnológica das últimas décadas. Inicialmente, esse sistema começou a ser utilizado nos anos oitenta, como forma de controlar o cumprimento da execução da pena, sendo, só posteriormente, utilizado de forma a viabilizar a liberdade do acusado, evitando, desse modo, a sua permanência na prisão.

No Brasil, essa modalidade de controle foi prevista primariamente pela Lei das Execuções Penais, no sentido de fiscalizar o cumprimento da pena.

Porém, com o advento da Lei 12.403/2011, a referida medida passou a integrar o rol do art. 319, se transformando numa medida cautelar de natureza pessoal diversa da prisão; ganhando autonomia para ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras medidas que eventualmente sejam recomendáveis ao caso concreto.

Questão sempre muito discutida versa sobre a suposta afronta à dignidade da pessoa humana no tocante ao constrangimento do uso da tornozeleira eletrônica, equipamento que monitora as atividades do acusado. Como sempre, há que se ter em mente dois princípios basilares, que já foram aqui anteriormente tratados. São eles a proporcionalidade e a adequação no uso da medida. Por ser medida capaz de estigmatizar o beneficiário, deve ser evitada a ostensividade do instrumento utilizado na consecução da cautelar.

Sobre o tema, interessante é a lição dos professores Luis Flávio Gomes e Ivan Luis Marques (2011, p. 188) ao aludir que:

De fato, a monitoração eletrônica é medida invasiva. Mas não há nada mais invasivo do que a prisão. Nesta o preso tem vários de seus direitos violados e ainda perde totalmente a liberdade. O ideal, portanto, seria que não fosse decretada nem a prisão provisória, nem a monitoração eletrônica, mas outra medida cautelar menos drástica do que essas duas. Porém, a situação atual do sistema de Justiça Criminal nos impõe um raciocínio pragmático: enquanto os processos não tramitarem em tempo razoável, enquanto sistema prisional continuar a ser essa vergonha nacional, a monitoração eletrônica poderá em muitos casos concretos evitar uma indevida prisão preventiva.

Toda a razão assiste aos professores Luis Flávio Gomes e Ivan Luis Marques, pois na perspectiva do sistema carcerário brasileiro, verdadeiro depósito de gente, a medida cautelar em tela é de um ponto de vista bem pragmático, verdadeira tábua de salvação do acusado, que pode aguardar o trâmite do inquérito ou do processo, quase sempre de grande morosidade, sem os infortúnios do recolhimento prisional cautelar.

4 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA

A Constituição Federal reserva um capítulo próprio ao tema da família, especificando os institutos dos quais decorrem a entidade familiar.

Nessa perspectiva, Paulo Luiz Netto Lôbo (2008 apud TARTUCE, 2011, p. 995) aduz que “[...] tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento pelo qual o rol constitucional familiar é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*)”. E coloca como exemplo desse alargamento do conceito constitucional da família a criação de legislações especializadas, mormente a Lei Maria da Penha.

Nesse diapasão a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §5º, impõe ao Estado o dever de proteção à entidade familiar em todos os aspectos, inclusive, no que diz respeito à violência doméstica e familiar.

No entanto, é cediço entre os estudiosos, a condição milenar da mulher dentro do ambiente familiar; séculos de violações aos seus direitos mínimos, desrespeito e violência, fizeram com que essa realidade fosse até certo ponto institucionalizada dentro de determinadas culturas. Mesmo quando a sociedade

atentou para o grave problema que acometia as mulheres, o direito tratou a situação de forma incipiente e descuidada.

Com o fito de desafogar as demandas judiciais e conferir maior celeridade ao processo que versasse sobre violência doméstica e familiar, esse delito foi classificado como sendo de menor potencial ofensivo, ficando na competência dos juizados especiais criminais. O que ocorreu efetivamente foi que, numa perspectiva judicial, o problema foi minorado, sendo, no entanto, agravado no que se referia à vítima desses crimes.

Pois vários institutos da Lei 9.099/95, tais como a transação penal e a aplicação de medidas despenalizadoras, acabaram por tornar deficiente a proteção do Estado em tais casos (DIAS; 2012).

Segundo Maria Berenice Dias (2012, p. 27):

Ainda que tenha havido uma consciente tentativa de acabar com a impunidade, deixou o legislador de priorizar a pessoa humana, de preservar a vida e garantir sua integridade física. Ao condicionar à representação os delitos de lesão corporal leve e lesão culposa, omitiu-se o Estado de sua obrigação de punir, transferindo à vítima a iniciativa de buscar a apenação de seu agressor, segundo critério subjetivo de conveniência. Surpreendentemente foram consideradas como infrações de menor significado as que atingem o cidadão, mas os delitos contra o patrimônio continuam desencadeando ação penal pública incondicionada.

De forma complementar segue a insigne mestra em seu raciocínio, concluindo que:

Na ânsia de agilizar, olvidou-se a lei que não é possível condicionar a ação penal à iniciativa da vítima quando existe relação hierarquizada de poder entre agressor e agredido. Não há como exigir que o desprotegido, o hipossuficiente, o subalterno, formalize queixa contra o agressor. Esse desequilíbrio também ocorre no âmbito das relações familiares, já que, em sua maciça maioria, a violência é perpetrada por maridos, companheiros ou pais, contra mulheres crianças, e idosos. Apesar de a igualdade entre sexos estar ressaltada enfaticamente na Constituição Federal, é secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação frente ao homem. A desproporção quer física, quer de valoração social, que ainda existe entre gêneros masculino e feminino não pode ser desconsiderada. (DIAS, 2012, p. 27).

A Lei 11.340/2006 surgiu como reação a essa realidade, punindo de forma dura esse tipo de delito; prova disso são as interpretações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que vem sendo desenvolvidas acerca do referido diploma legal, prova disso é o que dispõe a professora Maria Berenice Dias (2012) ao afirmar não ser necessária, para configuração da violência doméstica, a condição de marido

e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Ainda na mesma linha de raciocínio, coloca como fator de configuração da violência familiar, incidindo, portanto, a lei 11.340/2006, aquela praticada no âmbito de uma união estável, que nos dizeres da autora “[...] nada mais é do que uma relação íntima de afeto”. (DIAS; 2012.p.59).

A jurisprudência tem dado interpretação extensiva no que concerne ao sujeito passivo da violência doméstica, cite-se como exemplo o STJ que reconheceu como doméstica a violência praticada contra a cunhada, ao julgar o HC 115.857/MG, 6ºT. Rel.Min.Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG).

Portanto, tem-se uma ampliação no que concerne ao sujeito passivo do crime objeto da Lei Maria da Penha, abrangendo, inclusive, pessoa portadora de deficiência física, desde que, a violência praticada, esteja inserida num contexto de convivência familiar ou afetiva.

Confirmando essa realidade, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2012, p. 33) esclarecem as finalidades da Lei 11.340/2006 ao prelecionarem que:

A Lei 11.340/2006 extraiu do caldo da violência comum uma nova espécie, qual seja, aquela praticada contra a mulher (vítima própria), no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade (art.5º). Nesses casos, a ofendida passa a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão.

Destarte, se infere o caráter protetivo da referida legislação, que atua não somente no que respeita à repressão das agressões domésticas, mas também na busca pela efetividade da lei no combate a esse tipo de violência, com o fito de gerar forte efeito pedagógico ao infrator, visando à redução drástica dessa natureza de delito. Em resumo, a Lei 11.340/2006, foi uma resposta do Estado no sentido de ampliar a proteção das mulheres no que diz respeito à violência no âmbito da convivência familiar (GOMES, 2011).

4.1 Finalidades sociais

Aqui exsurge a chamada interpretação sociológica, cujo método se coaduna com as evoluções que ocorrem no meio social, ficando a norma adstrita a uma visão dinâmica que acompanha as mudanças sociais.

Nesse sentido, a lei não é um aglomerado puro e simples de palavras, mais que isso, adquire um espírito que se dilui no caldo cultural da sociedade, evoluindo com ele e seguindo-lhe a mesma direção.

Rogério da Cunha Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2012, p. 45) aduzem que: “Foi longe o tempo em que, por ilusão, o legislador tudo podia prever, e com isso, ao juiz nada mais restava senão, como verdadeiro matemático, aplicar a lei”.

Com isso desconstrói-se o mito de que o legislador é infalível ao legislar, e que o processo de elaboração das leis é fruto de uma inspiração divina. Longe disso, é um labor árduo que resulta do embate das várias forças sociais, convergindo, por fim, para um ponto que seja o mais meridional possível em relação aos anseios dos segmentos da comunidade.

É justamente desse embate que emergiu a Lei 11.340/2006, fruto de uma luta histórica, de combate às injustiças contra as mulheres no seio familiar. Com efeito, o raciocínio é ratificado pelo mestre supracitado no sentido de que “É com esse espírito, desarmado, despido de preconceitos, livre de fetichismos e atento à realidade que o cerca, que deve o intérprete, em nosso entendimento, enfrentar os desafios propostos pela lei” (CUNHA; PINTO, 2012, p. 45).

Lucidez e contemporaneidade são, portanto, os requisitos básicos na aplicação da lei, sempre com vistas às necessidades sociais, para que o texto legal não se transforme em letra morta, distante da realidade, sem nenhuma conexão com a comunidade.

4.2 Medidas protetivas de urgência contra o agressor

As medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006 estão elencadas a partir do art. 22 da referida lei. Estando divididas em dois grupos, sendo o primeiro referente a obrigações que oneram o agressor e o segundo estatuinto uma tutela específica com o fito de proteção à vítima.

Isso se justifica pela necessidade de uma proteção mais eficiente no que concerne à vítima, não só punindo o agressor, mas também assistindo a ofendida em determinadas situações que não podem aguardar o desfecho do trâmite processual.

Assim dispõe o art. 22:

Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas entre as quais:

a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no *caput* e incisos do art. 6º da Lei n.10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência, conforme o caso.

§3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art.461 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Num primeiro momento, o rol de medidas protetivas açambarca a esfera de atuação do agressor, adotando medidas no sentido de restringir seu campo de ação; nessa perspectiva, essa primeira leva de providência legal visa afastar o agente do ambiente de convívio da vítima, minimizando o contato e minorando o risco de permanência da violência. Evitando dessa forma o que Maria Berenice Dias (2012) denominou de “perverso ciclo da violência”, segundo a autora:

Primeiro vem o silêncio seguido da indiferença. Depois surgem reclamações, reprimendas, reprovações. Em seguida começam os castigos e as punições. A violência psicológica transforma-se em violência física. Os gritos transformam-se em empurrões, tapas, socos, pontapés, num crescer sem fim. As agressões não se cingem à pessoa da vítima. O varão destrói seus objetos de estimação, a humilha diante dos filhos. Sabe que estes são os seus pontos fracos e os usa como “massa de manobra”, ameaçando maltratá-los. (DIAS, 2012, p. 21).

Importante ressaltar a necessidade da presença de dois pressupostos básicos a justificar a aplicação da protetividade, consistentes *no periculum in mora* e *fumus boni iuris*, tornando imprescindível a ocorrência de uma situação de inadiável urgência (CUNHA; PINTO, 2012).

Tal necessidade se coaduna com princípios de subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal; reduzindo sobremaneira o seu campo de incidência. Situação salutar, na medida em que confere primazia de abrangência aos demais ramos do direito para resolução de conflitos, relegando o deslinde penal, a uma condição secundária.

Nesse diapasão, analisa-se cada uma das primeiras cautelares protetivas da Lei 11.340/2006.

4.2.1 Suspensão da posse ou restrição do porte de arma

A medida em apreço visa precipuamente minorar as possibilidades de agressão à mulher em razão do uso de arma de fogo; tal preocupação é legítima, pois dados do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher revelam que nas capitais brasileiras cerca de 44,4% das mulheres vítimas de homicídios em 2002 foram mortas por armas de fogo (CUNHA; PINTO, 2012).

No entanto, bem adverte Rogério da Cunha Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2012, p. 137) que:

Pressupõe-se que a restrição ou suspensão aqui tratadas se refira a uma arma regular, ou seja, devidamente registrada e com autorização para seu porte, nas hipóteses em que necessário. Isso porque nas hipóteses em que o porte da arma seja ilegal, a situação do agressor se agrava e sua conduta, a partir daí, passa a configurar um dos delitos previstos nos arts. 12,14 ou 16 da Lei 10.826/2003.

Para Maria Berenice Dias (2012) a restrição é válida para evitar uma tragédia maior, vez que evita que a situação cíclica de violência inicial progrida para um homicídio.

Por conseguinte, andou bem o legislador quando estipulou a medida protetiva em estudo; visando sempre elidir situações potencialmente perigosas para a incolumidade física da ofendida.

4.2.2 Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência

Aqui se impõe o afastamento do agressor do local de convivência, ou seja, a separação de corpos com a subsequente proibição de contatos.

A rotina de convivência pode se transformar num elemento propiciador do aumento do ciclo de violência que acomete a mulher no seio das relações domésticas. É, portanto, com esse fito que a lei 11.340/2006 estabeleceu essa medida protetiva, buscando afastar o máximo possível, vítima e agressor.

O art. 23, inciso III, autoriza a saída da mulher do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (DIAS, 2012).

Nesse particular a insigne jus filósofa Maria Berenice Dias (2012, p. 154) aduz que:

A separação de corpos pode ser deferida quer ofensor e vítima sejam casados, quer vivam em união estável heterossexual ou homoafetiva. Não custa lembrar que a separação de corpos ou o afastamento de qualquer um do lar não substitui o divórcio. Simplesmente marca a separação de fato que põe fim aos deveres do casamento e à comunicabilidade dos bens. No entanto, a separação de corpos tem o condão de dissolver a união estável.

Importante lembrar que esse afastamento pode ocorrer tanto como medida protetiva de urgência contra o agressor, quanto para tutela específica da ofendida.

4.2.3 Distanciamento do agressor

Não raro, a ocorrência de situações de extrema violência no ambiente doméstico enseja um estado de animosidade tal, que o agressor passa a perturbar não só a vítima da agressão, mas também pessoas próximas, de seu entorno de convivência; daí a importância da referida medida protetiva, vez que expurga o agente do âmbito das relações familiares, evitando, por conseguinte, que o mesmo venha a molestar ou mesmo ameaçar, tanto a vítima, quanto parentes ou testemunhas (CUNHA; PINTO, 2012).

É medida de grande relevância, pois afasta vítima e agressor, esfriando os ânimos e arrefecendo as emoções tempestuosas. A distância termina por amainar os ressentimentos, provocando uma cisão no ciclo de escalada da violência.

4.2.4 O impedimento de comunicação com a ofendida, seus familiares e testemunhas

O provimento em estudo mantém estreita relação de instrumentalidade com a medida protetiva analisada no item anterior, vez que a separação do ambiente familiar ou de convivência corta a comunicação do agressor com a vítima, bem como com seus familiares ou eventuais testemunhas. É certo, no entanto, que tal cautelar só se aplica à hipótese de já estar fora do ambiente doméstico o agente.

4.2.5 Frequentação de determinados lugares

Todo e qualquer ambiente que possa favorecer, ou mesmo fazer nascer o intento criminoso no agente, é de bom alvitre que seja evitado.

A proibição de frequência do agressor ao ambiente de trabalho da ofendida, por exemplo, é medida salutar no enfrentamento a esse tipo de violência, pois evita ameaça ou constrangimento para a vítima.

4.2.6 Restrição ou suspensão de visitas

A respeito dessa medida preleciona Rogério da Cunha Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2012, p. 142) que:

Dada à gravidade dos ataques perpetrados pelo agressor, capaz de criar um clima de intensa animosidade, pode o juiz restringir, ou seja, limitar as visitas daquele primeiro aos dependentes. Optou o legislador pela utilização dessa expressão (dependentes), quando nos parece seria mais adequado tivesse feito alusão a qualquer incapaz que, de algum modo, conviva em contato com o agressor. Com isso incluiria, além dos filhos é claro, também o enteado, aquele de quem o agente seja guardião, tutor etc. também todo aquele que, embora não vinculado por laço de parentesco ou por determinação judicial, prive de relação doméstica com o agressor.

A medida em questão visa à salvaguarda dos filhos ou dependentes oriundos da relação. Não raro, os que mais sentem o clima de violência são os menores que estejam inseridos nesse ambiente; portanto, é com essa finalidade que a lei estabelece essa limitação.

Importante frisar: sempre no interesse do menor.

4.2.7 Alimentos provisionais ou provisórios

Não se pode premiar o agressor que espanca sua companheira com o afastamento do lar sem qualquer obrigação pecuniária de manutenção de seus dependentes.

Logo, Maria Berenice Dias entende que (2012, p. 156):

Em face da realidade, ainda tão saliente nos dias de hoje, em que o varão é o provedor da família, a sua retirada do lar não pode desonerá-lo da obrigação de continuar sustentando mulher e filhos. Como a denúncia é de violência doméstica, se era o varão quem mantinha a família, sequer cabe perquirir a necessidade da vítima para fixação do encargo. Trata-se de obrigação que se reveste de distinta natureza, sendo chamados de alimentos compensatórios. Não há como liberar o agressor dos encargos para com a família. Seria um prêmio.

Essa medida possui caráter emergencial, buscando amparar a pessoa necessitada em face de um processo reconhecidamente moroso. Não obstante venha o juiz a entender de forma diversa ao cabo do trâmite processual, é de extrema importância que a dignidade da pessoa humana seja preservada, vez que as necessidades do dia a dia são inadiáveis.

Portanto, tal medida cautelar se perfaz num verdadeiro postulado de garantia da dignidade mínima de um ser humano, que foi violado em seu decoro maior: sua integridade física (CUNHA; PINTO, 2012).

4.3 Medidas protetivas de urgência à ofendida

Essas medidas estão insculpidas no art. 23, *caput* e incisos, visando precipuamente resguardar a ofendida em determinadas situações, nas quais o desenrolar processual pode acarretar um prejuízo irremediável à vítima desse tipo de violência, razão pela qual o supracitado artigo preconiza as seguintes providências cautelares, a seguir elencadas.

Art.23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
 I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
 II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
 III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
 IV – determinar a separação de corpos.

Nesse artigo da Lei 11.340/2006, têm-se medidas de cunho cautelar que visam conferir uma tutela específica à vítima, sendo, no entanto, medidas com instrumentalidade similar às estudadas no item anterior, razão pela qual passaremos às conclusões finais do presente trabalho.

4.4 Aplicação das medidas cautelares à violência doméstica e familiar contra a mulher

Luiz Flávio Gomes e Ivan Luis Marques (2011, p. 323) em sua obra *Prisão e Medidas Cautelares* lecionam que: “As medidas cautelares podem perfeitamente, ser aplicadas aos crimes contemplados na Lei Maria da Penha, já que se dirigem a todo e qualquer crime, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da medida [...]”.

Os aludidos doutrinadores continuam explicando que “Além disso, a própria Lei permite que outras medidas sejam empregadas. Tal previsão está contemplada no seu art.22,§1º” (GOMES; MARQUES, 2011, p. 323).

Prosseguem ainda os autores aduzindo que:

Tal conclusão também poderia ser haurida da leitura do art.4º da Lei Maria da Penha, ao estabelecer que:

Art.4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O inverso, entretanto, não tem pertinência, ou seja, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha não podem ser ampliadas, a fim de que sua aplicação se dê em casos outros que não os previstos na citada Lei (violência doméstica e familiar contra a mulher). (GOMES; MARQUES, 2011, p.232).

Numa perspectiva comparativa comenta-se agora o quadro explicativo (ANEXO A) retirado da obra dos professores Luis Flávio Gomes e Ivan Luiz Marques (2011) que aceita a possibilidade de aplicação das medidas cautelares insertas no artigo 319 do CPP, no âmbito da legislação protetiva da mulher, Lei 11.340/2006.

A primeira das cautelares,segundo exposição do referido quadro explicativo,inserta no inciso I do artigo 319, qual seja, o comparecimento periódico em juízo do acusado para informar suas atividades; não guarda nenhuma relação com qualquer medida de cunho protetivo da Lei 11.340/2006.

Já o disposto no inciso II do artigo 319, 1º parte, pode perfeitamente ser utilizado como sucedâneo da medida protetiva que determina a proibição de

aproximação do agressor, em relação a vítima, bem como de seus familiares ou de eventuais testemunhas.

A segunda parte do inciso acima descrito guarda correlação com a medida protetiva proibitiva da frequência a determinados lugares, no sentido de evitar a realização de condutas delitivas.

A proibição de manter contato com pessoa determinada, inculpada no inciso III do artigo 319 do CPP, pode ser aplicada para garantir a incomunicabilidade entre vítima e agressor, bem como entre este e eventuais testemunhas.

Entretanto, a vedação à saída do acusado do distrito da culpa não possui nenhuma medida protetiva equivalente que possa ser substituída ou cumulada.

O recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga não atende às finalidades protetivas da Lei 11.340/2006, vez que aproxima de maneira indesejada o agressor e a ofendida, não guardando, portanto, nenhuma aplicabilidade prática no que respeita às finalidades do supracitado diploma legislativo.

A questão da suspensão da função pública não guarda, da mesma forma, nenhuma relação de utilidade para a consecução dos escopos da Lei Maria da Penha. Já, no que respeita à suspensão de atividade financeira, existem medidas protetivas correspondentes, estatuídas no art. 24, II e III da Lei 11.340/2006. São elas: a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; e a suspensão das procurações conferida pela vítima ao agressor, respectivamente.

A internação provisória, quando presente os requisitos justificadores da medida de segurança, não pode ser aplicada no âmbito das protetivas da Lei 11.340/2006.

Com efeito, não encontra correspondente no diploma legal protetivo da mulher a cautelar relativa à fiança. Salvo quando houver uma resistência injustificada à ordem judicial, havendo relação dessa resistência, com alguma situação amparada pela Lei Maria da Penha.

Por fim, os destacados mestres pugnam pela viabilidade de aplicação da cautelar de monitoração eletrônica no âmbito das protetivas da Lei Maria da Penha, pois perfeitamente amolda aos escopos de tais medidas.

Portanto, as cautelares processuais que puderem coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher devem ser aplicadas; pois se deverá sempre, buscar o espírito da lei para conferir maior efetividade aos escopos protetivos da Lei

11.340/2006. Desta forma a Lei 12.403/2011, por meio de seu Art. 319, veio fortalecer o que antes estava estabelecido através da Lei Maria da Penha, colaborando para rechaçar este tipo de crime abominável do seio das famílias e protegendo a mulher de forma cada vez mais eficaz.

5 CONCLUSÃO

As medidas cautelares possuem um caráter nitidamente instrumental no sentido de resguardar o trâmite processual e garantir a aplicação da lei penal. Nessa perspectiva, é interessante ressaltar a necessidade de observação dos critérios legais a justificar sua decretação, pois do contrário estar-se-á banalizando o uso das referidas cautelares, ferindo sobremaneira o princípio constitucional da legalidade.

Tanto é verdade que, sem embargo da previsão das medidas do art.319 do Código de Processo Penal, esse rol não pode ser considerado como exaustivo *numerus clausus*; mas como um rol exemplificativo *numerus apertus*, uma vez que o magistrado pode lançar mão de outras providências cautelares que julgar necessárias ao caso concreto, desde que não sejam mais gravosas que as previstas na legislação.

Na disciplina anterior, o magistrado dispunha de liberdade no sentido de substituição de cautelares que não estivessem expressas no texto legal, desde que não implicassem em maior ônus para o réu.

No entanto, com o novo regramento, ganha força o princípio da legalidade mais restrita, no sentido de que é possível ao operador do direito lançar mão de medidas elencadas num rol de conteúdo exemplificativo, rechaçando a prisão preventiva, por uma medida cautelar de natureza pessoal diversa da prisão. Minorando dessa forma os efeitos deletérios do claustro.

Destarte, inobstante o prescrito no art. 319 do CPP, pode o magistrado aplicar cautelares distintas das descritas no aludido artigo, desde que, como ressaltado anteriormente, não torne mais gravosa a situação do acusado.

A reforma processual trazida pela Lei 12.403/2011 conferiu maior segurança ao magistrado, possibilitando-lhe ampla margem de atuação com menos riscos de abuso quando do manuseio das cautelares distintas da prisão. Isso ocorre porque as situações da vida são bem mais amplas do que poderia supor nosso legislador, sendo impossível à lei prever todas as conjecturas fáticas que

justificariam a aplicação desta ou daquela medida cautelar, para que cada uma fosse matematicamente descrita.

Em face dessa impossibilidade, optou sabiamente o legislador por permitir atuações dos juízes de acordo com o caso concreto, mas sem ferir o princípio maior da legalidade. Há liberdade de ação, mas uma liberdade vigiada pela lei, de modo a impedir excessos por parte de quem opera o direito.

Assim, a lei é referendada como bastião a resguardar o estado democrático de direito, garantindo as liberdades públicas ao mesmo tempo em que tutela aos interesses coletivos, conferindo estabilidade ao pacto social.

Nesse diapasão, infere-se a viabilidade de aplicação das cautelares processuais penais no âmbito da Lei 11.340/2006, pois idôneas a tutelar direito, sem embargo de estarem alocadas em diplomas legislativos distintos.

Entretanto, há que se ressaltar a observação curial de que, inobstante as cautelares descritas no Código de Processo Penal, mais especificamente em seu art. 319, poderem perfeitamente ser aplicadas no combate aos crimes praticados contra a mulher; o inverso, no entanto, não guarda correspondência, vez que tais medidas protetivas insculpidas na Lei 11.340/2006, possuem um caráter de natureza político-criminal, fato que representaria uma afronta aos direitos do réu, situação que não se coaduna com os postulados básicos de uma democracia.

Todavia, como já ressaltado anteriormente no presente trabalho, deve o juiz guardar uma relação de proporcionalidade na aplicação de tais medidas tutelares. Estas devem necessariamente ser indispensáveis ao caso concreto e, quando aplicadas em substituição, devem possuir a mesma intensidade de ônus que a anteriormente substituída, pois do contrário haverá afronta direta ao princípio da legalidade.

Destarte, é perfeitamente viável a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão insculpidas no art.319 do CPP à Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, desde que observado os princípios basilares da ordem constitucional e exista uma relação de adequação no momento da substituição.

Essa condição é importante, na medida em que evita excessos e garante a tutela da sociedade de uma forma que se preserve o exercício das liberdades públicas.

A manutenção dos laços sociais, portanto, depende desse sopesamento. Eis que nesse particular evidenciam-se as virtudes de uma sociedade que verdadeiramente respeita a liberdade de seus cidadãos. Porquanto, conciliar a necessidade de tutela penal sem transformar-se num estado policialesco, controlador, no qual o medo e a espada sejam as grandes armas de quem o dirige, é o verdadeiro desafio do direito moderno.

REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 1 – Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luis. **Prisão e medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, vol. 1. 5. ed. Niterói: Ímpetus, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol.1. 2. ed. Niterói: Ímpetus, 2011.
- _____. **Nova prisão cautelar**. 2. ed. Niterói: Ímpetus, 2012.
- MASSON, Cleber. **Direito penal**, vol. 1- Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10. ed. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editor Método, 2011.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Jus Juspodivm, 2011

ANEXO

ANEXO A: Quadro Comparativo entre Medidas Cautelares Diversas da Prisão (Lei 12.403/2011) e as Medidas Protetivas de Urgência (Lei Maria da Penha)

Medidas Cautelares Diversas da Prisão Art. 319 da Lei 12.403/2011	Medidas Protetivas de Urgência Lei Maria da Penha
comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (art. 319, I);	Não adequada como medida protetiva;
proibição de acesso a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (art. 319, II, 1ª parte);	Há medida protetiva correspondente: - proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
proibição de frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (art. 319, II, <i>in fine</i>);	Há medida protetiva correspondente: - proibição de frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III);	Há medida protetiva correspondente: - proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (art. 319, IV);	Não adequada como medida protetiva;
recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V);	Não adequada nos casos em que domicílio, residência ou local de convivência forem comuns;
suspensão do exercício de função pública, quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (art. 319, VI, 1ª parte);	Não adequada como medida protetiva;
suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, IV, <i>in fine</i>);	Há medida protetiva correspondente: - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial (art. 24, II) - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor (art. 24, III);
internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração (art. 319, VII);	Adequada como medida protetiva;
fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, (art. 319, VIII, 1ª parte);	Não adequada como medida protetiva;
fiança, nas infrações que a admitem, para evitar a obstrução do seu andamento (art. 319, VIII, 2ª parte);	Não adequada como medida protetiva;
fiança, nas infrações que a admitem, em caso de resistência injustificada à ordem judicial (art. 319, VIII, <i>in fine</i>);	Adequada, sempre que tal resistência se refira a alguma das medidas protetivas;
IX - monitoração eletrônica.	Adequado como medida protetiva.

Fonte: Luiz Flávio Gomes e Ivan Luis Marques (2011, p. 234-235).