

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

NEWTON JÔNATAS FREITAS DO NASCIMENTO

DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

LEI 12.403/2011

CAMPINA GRANDE/PB

2017

NEWTON JÔNATAS FREITAS DO NASCIMENTO

DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

LEI 12.403/2011

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel pelo Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos –FARR.

Orientador: Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres.

Campina Grande/PB

2017

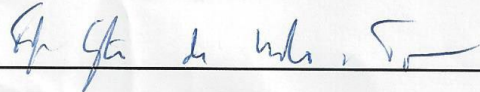
- N244d Nascimento, Newton Jônatas Freitas do.
Das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar lei 12.403/2011 /
Newton Jônatas Freitas do Nascimento. – Campina Grande, 2017.
85 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-
FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.
"Orientação: Prof. Me. Felipe Augusto de Melo e Torres".
1. Direito Processual Penal. 2. Medidas Cautelares. 3. Prisão
Preventiva. 4. Direitos Fundamentais. I. Torres, Felipe Augusto de Melo e.
II. Título.

NEWTON JONATAS FREITAS DO NASCIMENTO

DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR LEI
12.403/2011

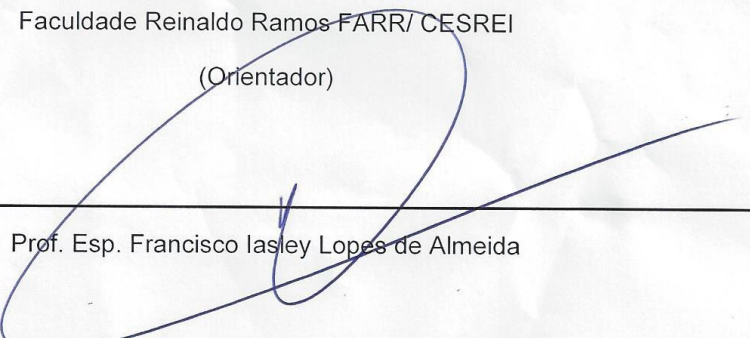
Aprovada em: 12 de 12 de 17.

BANCA EXAMINADORA



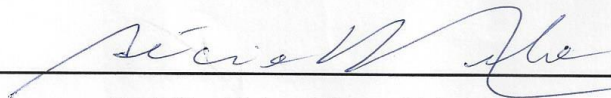
Prof. Ms. Felipe Augusto Melo Torres

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI
(Orientador)



Prof. Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI
(1º Examinador)



Prof. Ms. Aécio de Souza Melo Filho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI
(2º Examinador)

“Diz-se que ninguém conhece uma nação até ter estado nas suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes” (Nelson Mandela).

AGRADECIMENTOS

A Deus, aos meus pais, Severino do Ramo do Nascimento e Lúcia Maria Freitas Nascimento, por tudo que fizeram para que eu aqui chegasse. À Alusca Nidiane Pereira Guedes, minha companheira de vida, por todo apoio. Aos meus professores e, em especial ao professor, orientador e amigo, Felipe Torres.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão tem por escopo apresentar as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva introduzidas no ordenamento jurídico nacional pela Lei 12.403/2011, destacando a importância de sua aplicação pelo Poder Judiciário diante da crise do sistema penitenciário brasileiro. Diante de um código Penal ultrapassado, o sistema penitenciário Brasileiro tem suportado uma carga excessiva, acumulado com a falta de estrutura física e pessoal das unidades prisionais. A necessidade de mudanças no código penal e Código de Processo Penal era latente, e veio através de mini reformas, as quais atuaram para amenizar as discrepâncias existentes nos ultrapassados códigos. A grande reforma de 2011 veio de forma específica buscar alternativas ao cárcere. As medidas incorporadas ao Código de Processo Penal em seu artigo 319, ainda que tardiamente, representam um avanço legislativo, oferecendo aos magistrados opções efetivas e alternativas ao encarceramento provisório, permitindo ao cidadão acusado pela prática de um crime exercer, em estado de liberdade, a plenitude de sua defesa.

Palavras-chave: Medidas cautelares diversas. Prisão Preventiva. Processo Penal. Sistema Penitenciário. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this work is to present the alternative precautionary measures introduced in the national legal system by Law 12403/2011, highlighting the importance of its application by the Judiciary in the face of the crisis in the Brazilian prison system. Faced with an outdated Penal Code, the Brazilian prison system has borne an excessive burden, accumulated with the lack of physical and personal structure of the prison units. The need for changes in the penal code and Criminal Procedure Code was latent, and came through mini-reforms, which acted to soften the discrepancies in the outdated codes. The great reform of 2011 came specifically to seek alternatives to the jail. The measures incorporated in the Code of Criminal Procedure in its article 319, although belatedly, represent a legislative advance, offering to the magistrates effective and alternative options to the provisional incarceration, allowing to the citizen accused by the practice of a crime to exercise, in state of freedom, to fullness of his defense.

Keywords: Precautionary measure. Preventive custody. Criminal procedure. Penal system. Basic rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	11
1.1 Considerações iniciais: Constituição Federal – Processo Penal e Prisões Provisórias	11
1.2 Código de Processo Penal e Prisões Provisórias	12
1.2.1 <i>Do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.....</i>	<i>12</i>
1.2.2 <i>O sistema de prisões cautelares antes da vigência da Lei 12.403/2011</i>	<i>13</i>
1.2.2.1 <i>Espécies de Prisão: penal e processual.....</i>	<i>13</i>
1.2.2.2 <i>Espécies de Prisão Cautelar antes da antes da vigência da Lei 12.403/2011.....</i>	<i>14</i>
1.2.2.3 <i>Espécies de Prisão Cautelar pós vigência das Leis 11.689/2008, 11.719/2008.....</i>	<i>14</i>
1.3 O sistema de prisões cautelares com o advento da Lei 12.403/2011.....	15
2 DAS MEDIDAS CAUTELARES VIGENTE NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO (PRISÃO E MEDIDAS ALTERNATIVAS DIVERSAS DA PRISÃO)	17
2.1 Natureza jurídica.....	17
2.2 Características das medidas cautelares pessoais.....	17
2.2.2 <i>Provisoriedade.....</i>	<i>18</i>
2.2.3 <i>Revogabilidade.....</i>	<i>18</i>
2.2.4 <i>Excepcionalidade.....</i>	<i>19</i>
2.2.5 <i>Substitutividade.....</i>	<i>19</i>
2.2.6 <i>Cumulatividade.....</i>	<i>19</i>
2.3 Princípios orientadores das medidas cautelares pessoais.....	20
2.3.1 <i>Princípio da tipicidade cautelar.....</i>	<i>20</i>
2.3.2 <i>Princípio do contraditório prévio.....</i>	<i>20</i>
2.3.3 <i>Princípio da preferibilidade.....</i>	<i>22</i>
2.3.4 <i>Princípio da preventividade.....</i>	<i>22</i>
2.3.5 <i>Princípio da referibilidade.....</i>	<i>22</i>
2.3.6 <i>Princípio da acessoriedade.....</i>	<i>22</i>
2.3.7 <i>Princípio da provisoriedade.....</i>	<i>23</i>
2.3.8 <i>Princípio da homogeneidade</i>	<i>23</i>
2.3.9 <i>Princípio da necessidade.....</i>	<i>23</i>
2.3.10 <i>Princípio da adequação.....</i>	<i>25</i>

2.3.11	<i>Princípio da proporcionalidade em sentido estrito</i>	26
2.4	Requisitos das medidas cautelares de natureza pessoal: “ <i>fumus commissi delicti</i> ” e “ <i>periculum libertatis</i> ”	27
2.4.1	<i>periculum libertatis</i>	27
2.4.2	<i>fumus commissi delicti</i>	28
2.5	Finalidades das medidas cautelares pessoais.....	29
2.6	As medidas cautelares de natureza pessoal e o princípio da presunção de inocência	29
3	DAS MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR VIGENTES	31
3.1	Prisão preventiva	31
3.2	Prisão temporária	38
3.3	Prisão em flagrante delito (considerações):	40
4	DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR	42
4.1	Definição Legal – Lei 12.403/2011.....	43
4.2	Conceito.....	45
4.3	Finalidades.....	45
4.4	Características.....	45
4.4.1	<i>Instrumentalidade</i>	45
4.4.2	<i>Acessoriedade</i>	46
4.4.3	<i>Autonomia</i>	46
4.5	Requisitos de admissibilidade:.....	47
4.6	Espécies de medidas cautelares alternativas à prisão (arts. 319 e 320 do CPP).....	48
4.6.1	<i>Primeira medida cautelar: Comparecimento periódico em juízo (art.319, I, CPP):</i> 49	
4.6.2	<i>Segunda medida cautelar: Proibição de acesso ou frequência a certos lugares (art. 319, II, CPP)</i>	52
4.6.3	<i>Terceira medida cautelar: Proibição de contato com determinada pessoa (art.319, III, CPP)</i>	54
4.6.4	<i>Quarta medida cautelar: Proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP)</i>	55
4.6.5	<i>Quinta medida cautelar: Recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP)</i>	57
4.6.6	<i>Sexta medida cautelar: Suspensão de função ou atividade (art. 319, VI, CPP)</i>	59

4.6.7 Sétima medida cautelar: Internação provisória (art. 319, VII, CPP).....	62
4.6.8 Oitava medida cautelar: Fiança (art. 319, VIII, CPP).....	65
4.6.9 Nona medida cautelar: Monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP).....	71
4.6.10 Décima medida cautelar: Proibição de ausentar-se do país (art.320, CPP).....	73

5 A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR NO ATUAL SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL75

5.1 Panorama do Sistema Carcerário Nacional	75
5.2 Falência do sistema prisional	76
5.3 O punitivismo do Estado e o uso abusivo das prisões cautelares.....	77
5.4 A importância das medidas cautelares alternativas à prisão no atual sistema punitivista e carcerário nacional	78

6 CONCLUSÃO80

REFERÊNCIAS.....83

INTRODUÇÃO

Em 04 de julho de 2011 entrou em vigência a Lei Federal 12.403, alterando substancialmente as normativas processuais atinentes às prisões provisórias, incorporando ao ordenamento jurídico nacional as denominadas **medidas cautelares substitutivas à prisão preventiva**. As profundas alterações decorrentes da reforma processual penal de 2011 representam um significativo avanço legislativo, colocando à disposição do Poder Judiciário alternativas à prisão provisória em um momento de grave crise do sistema penitenciário brasileiro.

Até o advento da nova lei, o Código de Processo Penal, editado nos idos de 1941, somente dois caminhos eram permitidos ao magistrado aplicar quando diante de um caso concreto, onde o cidadão da condição de investigado ou denunciado (réu): decretar a prisão cautelar o exercício da defesa em liberdade.

As limitadas opções legislativas foram um dos fatores que certamente contribuíram para a massificação, proliferação e uso abusivo das prisões provisórias, contrariando fundamentos do Estado Democrático de Direito, como a dignidade humana e a presunção de inocência, esculpidos na Constituição Federal de 1988.

A liberdade como direito fundamental, aos poucos, deu margem ao longo das últimas décadas à prisão cautelar como meio único e forma de controle da criminalidade. O resultado é assustador: o caos do sistema penitenciário brasileiro.

No início da década de 90 o Brasil tinha cerca de 90.000 (noventa mil) presos. Segundo o último estudo de nosso sistema carcerário, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça, no fim do ano de 2014 o Brasil possuía 622.202 detentos¹. Ou seja, em pouco mais de 25 anos a população carcerária aumentou mais de 650%.

O agravamento deste quadro decorre, principalmente, pelo uso excessivo e arbitrário da prisão provisória que, atualmente, representa mais de 45% dos presos brasileiros. O resultado vivenciado hoje é da degradação das prisões brasileiras, denominado pelo ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, como verdadeiras “masmorras medievais”, ao ponto de dizer que preferia morrer a ser preso numa

¹ Dados do Conselho Nacional de Justiça, cf. <http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/diagnostico_de_pessoas_correção.pdf> Cf. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014.

delas.²

A situação extrema vivenciada nas penitenciárias brasileiras é um dos maiores problemas a serem enfrentados não apenas pelo Estado (*lato sensu*), representado pelo Poder Judiciário, pelos órgãos estatais responsáveis pelas Casas Prisionais, pelo Ministério Público, mas também por toda a sociedade, considerando que os presos (provisórios ou em execução de pena) retornarão ao convívio social, ressocializados ou não, por mais que se pretenda mantê-los trancafiados.

No contexto apresentado, reassume papel preponderante a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, incorporadas ao Código de Processo Penal, em seus artigos 319 e 320, impondo ao magistrado verificar, antes de decretar a prisão cautelar, o cabimento de quaisquer destas medidas, objeto do presente estudo.

² O Globo. “Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras”. Nov.2012.Disponível em:<<http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>>.

1 DA PRISÃO PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Considerações iniciais: Constituição Federal – Processo Penal e Prisões Provisórias

O ordenamento jurídico nacional encontra-se sistematizado de forma única, partindo da Constituição Federal os fundamentos, princípios e normas diretivas a serem respeitadas em todas as esferas do Estado (*latu sensu*).

Com propriedade, Nery Junior, define a importância da Constituição Federal como base fundamental da coletividade. Segundo o ilustre autor

A Constituição Federal é a ordem jurídica fundamental da coletividade: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas; regula ainda os procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem jurídica. (NERY JUNIOR, 2009, p. 38).

Complementa com maestria o renomado processualista Marques,

É que a Lei Maior contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca, com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a promulgação da primeira de nossas Constituições republicanas³ (MARQUES, 1996, p.71).

Neste contexto de conformação com a Lei Maior, portanto, é que se encontram os limites ao legislador infraconstitucional ao estabelecer as regras processuais e penais a que estão vinculadas os cidadãos, especificamente, em caso de violação à lei penal. E o processo penal consiste exatamente no instrumento principal que tem por escopo assegurar as garantias e os direitos individuais estabelecidos pela Constituição Federal.

Segundo Delmanto Jr.

É por isso que o fundamento do processo penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano, consubstanciando-se, antes de mais nada, em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição (DELMANTO JUNIOR, 2001, pp. 3-4).

E este processo, para ser justo, deve atender aos preceitos

constitucionais do devido processo legal. Nas palavras de Nery Jr.

O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório, do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto-incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir ex officio, entre outros derivados da procedural due process clause (NERY JUNIOR, 2009, p.90).

Nesse contexto, de um lado de preservação das garantias públicas e de proteção dos direitos de liberdade da pessoa, e de outro, de necessidade de apuração das infrações penais e aplicação da respectiva punição, por intermédio da denominada *persecutio criminis* estatal, encontram-se as prisões provisórias, medidas de extrema exceção, que permitem a segregação do acusado, no curso e antes de uma sentença penal definitiva.

E, nestas linhas iniciais, é possível afirmar que a segregação cautelar, em nosso Estado Democrático de Direito, somente poderá ser aplicada em situações extremas e nos exatos limites previstos no ordenamento constitucional e processual penal.

1.2 Código de Processo Penal e Prisões Processuais

1.2.1 Do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941

Em nosso país, elegeu-se o Código de Processo Penal como o ordenamento jurídico responsável por disciplinar e compilar os princípios e normas processuais aos quais será submetido o acusado da prática de um ilícito penal.

O atual Código de Processo Penal remonta aos idos de 1941, estando há mais de 70 anos em vigência, sofrendo no curso de décadas, inúmeras e pequenas reformas, objetos de críticas de todos os segmentos da sociedade, mormente dos juristas brasileiros.

Indubitavelmente o cenário político, econômico e social na década de 1940

caracterizava-se por estar inserido em um contexto de 'guerra mundial', restando claro nas normativas processuais de então a inclinação 'fascista' do legislador.

Com o advento da Constituição da República de 1988, as mudanças legislativas no diploma processual penal tornaram-se imperativas, muito em razão da incompatibilidade das normas do CPP de 1941 com a Constituição Federal. Poucas foram realizadas, muitas são necessárias.

Como bem observa Nucci,

O tempo das mudanças legislativas já chegou, passou e precisa retornar à pauta do Parlamento. É urgente a aprovação de um novo Código de Processo Penal, que hoje se encontra repleto de pequenas reformas pontuais, tornando-o assistemático. Não bastasse, institutos advindos do processo civil, com seu novo Código, invadem a área processual penal, mesmo sem necessidade. Alguns operadores do direito têm entendido que, por existir um novo CPC, todas as suas novidades devem ser implantadas no Código de Processo Penal. Porém, somente se deve utilizar a analogia com o processo civil em situação de lacuna; nem sempre o instituto processual civil tem aplicabilidade no cenário penal.⁴Entretanto, esse é o fruto de mais de 70 anos de vigência de um CPP, retaliado por inúmeras leis, com capítulos e títulos inteiros revogados por outras leis especiais e em desarmonia com a Constituição Federal em muitos dispositivos. (NUCCI, 2017, p.V)

Pois a disciplina de prisões cautelares está inserida neste contexto jurídico de uma legislação criticada por permitir excessos injustificados e incompatíveis com a provisionalidade e excepcionalidade das medidas.

1.2.2 O sistema de prisões cautelares antes da vigência da Lei 12.403/2011

1.2.2.1 Espécies de Prisão: penal e extrapenal

Seguindo no propósito de discorrer sobre as medidas cautelares substitutivas à prisão processual, introduzidas pela Lei 12.403/2011, impende apresentar algumas distinções conceituais quanto as espécies de prisão previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Em síntese, há duas espécies de prisões permitidas: a prisão penal e a extrapenal. Assim, por prisão extrapenal entende-se aquelas decorrentes para fins civis ou administrativos, não sendo objeto do presente estudo, e a prisão penal, por sua vez, trata-se de prisão decretada judicialmente para fins penais, podendo ser aplicada em sede preliminar de investigação policial, no curso da ação penal, ou

decorrente da sentença criminal.

Doutrinariamente, a prisão penal está dividida em duas espécies: a prisão definitiva e a prisão provisória.

Em poucas palavras, prisão penal definitiva é aquela decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Já a prisão provisória, por sua vez, terminologicamente definida por muitos também como prisão cautelar ou processual, é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal. Assim incluídas aquelas aplicadas para fins de investigação criminal, decorrente de flagrante delito, no curso da ação penal e decorrente da sentença condenatória recorrível.

1.2.2.2 Espécies de Prisão Cautelar antes da vigência da Lei 12.403/2011

Até o advento das principais reformas do Código de Processo Penal de 1941, com a vigência das Leis 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008, e 12.403/2011, a doutrina nacional relacionava cinco hipóteses de prisão cautelar ou provisória, a saber: a) prisão temporária (Lei 7.960/89); b) prisão em flagrante delito (artigo 302, CPP); c) prisão preventiva (artigo 312, CPP); d) prisão decorrente da sentença de pronúncia (artigo 408, §1º, CPP – antiga redação) e e) prisão decorrente de sentença recorrível (artigo 594, CPP – antiga redação; atual artigo 393, I, CPP).

Parte da doutrina ainda agregava uma sexta espécie de prisão cautelar, a saber, aquela resultante de acórdão recorrido, em decorrência da inexistência de efeito suspensivo na interposição dos recursos constitucionais (especial e extraordinário – Lei 8.038/90, art. 27, §2º - antiga redação).

Conforme discorrido nos itens anteriores, aos poucos, o legislador infraconstitucional impôs reformas processuais que alteram substancialmente as espécies de prisão provisória permitidas, aproximando-se dos limites constitucionais à privação da liberdade.

1.2.2.3 Espécies de Prisão Cautelar pós vigência das Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008

Com o advento da reforma do Código de Processo Penal no ano de 2008, com a entrada em vigência das Leis 11.689/2008, 11.719/2008, houve significativas

alterações quanto à aplicabilidade das prisões cautelares.

Em decorrência das novas leis foram extintas as prisões provisórias decorrentes da sentença recorrível (artigo 594, CPP, antiga redação – atual artigo 393, I) e da sentença de pronúncia (artigo 408, §1º, CPP – antiga redação).

Desta forma, da vigência das Leis 11.689/2008, 11690/2008 e 11.719/2008 até o advento da Lei 12.403/2011, três espécies de prisões cautelares passaram a ser admitidas, a saber: a) prisão temporária (Lei 7.960/89); b) prisão em flagrante delito (artigo 302, CPP) e c) prisão preventiva (artigo 312, CPP).

Este quadro prisional provisório, como dito, viria novamente a ser modificado com o advento da Lei 12.403/2011, que provocou profundas alterações no estatuto processual penal, no tocante às prisões.

1.3 O sistema de prisões cautelares com o advento da Lei 12.403/2011

A Lei 12.403/2011 provocou profundas reformas no sistema processual de prisões, estabelecendo o novo regime jurídico das medidas cautelares. No tocante às modalidades de prisões processuais vigentes, destaca a doutrina em que somente são mantidas duas espécies de prisão cautelar: prisão temporária (Lei 7.960/89) e prisão preventiva (artigo 312, CPP).

Este o entendimento dominante, conforme afirma Gomes

Agora, com o advento da lei de reforma do CPP, nos termos do art. 283 (nova redação), passamos a contar com duas situações de prisão cautelar: (a) a temporária e (b) a preventiva. A prisão em flagrante, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, deve ser convertida em preventiva (nos termos no novo art. 310, do CPP). Todas as demais hipóteses de prisão cautelar foram banidas do ordenamento jurídico brasileiro (ou seja: do direito “vivente”). As prisões decorrentes da sentença recorrível e da pronúncia foram extintas pelas leis de reforma do CPP (Leis 11.689/2008 e 11.719/2008). Quanto à prisão (cautelar) resultante de acórdão recorrido fundamental foi o novo posicionamento do STF, que passou a vedar a possibilidade de execução provisória da pena. (GOMES & MARQUES, 2011, p.25)

Questão de relevante importância diz respeito à prisão em flagrante que permanece vigente no Código de Processo Penal não mais como espécie de prisão provisória, mas sim como medida pré-cautelar, preparatória da prisão preventiva, como bem destaca o processualista Lopes Junior

Ademais, finalmente vem o flagrante colocado no seu devido lugar, como

medida pré-cautelares, preparatória da prisão preventiva, sem qualquer possibilidade de 'prender por si só', como ainda teimavam alguns em sustentar, ainda que o art. 310, § único não lhe amparasse. (LOPES JR, 2011. p. 735)

As modalidades de prisão cautelar vigentes em nosso país, acima citadas, bem como as demais medidas cautelares alternativas à prisão necessitam de estudo mais acurado, sendo matéria abordada com especificidade nos capítulos que seguem.

2 DAS MEDIDAS CAUTELARES VIGENTE NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO (PRISÃO E MEDIDAS ALTERNATIVAS DIVERSAS DA PRISÃO)

Como visto nos capítulos anteriores, a Lei 12.403/2011 introduziu mudanças significativas no regime de medidas cautelares pessoais cabíveis no curso da investigação e do processo criminal. As medidas cautelares de natureza pessoal compreendem a prisão preventiva (arts. 310 e 312, CPP) e as demais medidas diversas à prisão (arts. 319 e 320, CPP).

2.1 Natureza jurídica

As medidas cautelares pessoais possuem natureza instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal. Existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. Não são penas. (GOMES & MARQUES, 2011. p.33).

Existem para a garantia do regular desenvolvimento do processo assim como para assegurar a efetividade do poder de punir do Estado.

2.2 Características das medidas cautelares pessoais

Em regra a doutrina aponta como características das medidas cautelares a jurisdicionalidade, a provisoriedade, a revogabilidade, a excepcionalidade, a substitutividade e a cumulatividade. Passamos a análise individual de cada característica.

2.2.1 Jurisdicionalidade (judicialização das medidas cautelares)

Impõe-se a aplicação das medidas cautelares a reserva de jurisdição, consagrada na Constituição Federal. Nesses casos há uma reserva absoluta de jurisdição, não havendo espaços sequer para ordem oriunda, por exemplo, de Comissão Parlamentares de Inquérito.

As medidas cautelares esculpidas no Título IX do CPP somente podem ser decretadas judicialmente, por juiz de direito em decisão fundamentada. Esta a única interpretação admitida pelo artigo 282, §§3º, 4º e 5º). Desta forma nenhuma outra

autoridade, seja policial ou ministerial, poderá decretar qualquer medida cautelar.

Gomes leciona, com propriedade. que

O princípio da jurisdicionalidade está vinculado com o princípio do devido processo legal. Também possui íntima conexão com o princípio do Estado de Direito. Ninguém pode ser privado de seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV). Sem processo não existe coação. E processo só existe com a presença do juiz. Todas as medidas cautelares pessoais ou reais, exigem, portanto, legalidade, processo e jurisdição. Ninguém pode ser preso senão em flagrante ou ordem escrita e fundamentada de juiz (CF, art. 5º, inc. LXI). Nenhuma medida cautelar pode ser decretada por delegado de polícia ou pelo Ministério Público. Caso uma medida cautelar seja imposta por autoridade não competente, cabe evidentemente habeas corpus (CPP, art. 648, III). (GOMES & MARQUES, 2011, p.48).

Em síntese, compete ao juiz de direito, fundamentalmente, a aplicação das medidas cautelares.

2.2.2 Provisoriedade

As medidas cautelares pessoais estão vinculadas a uma determinada situação fática e à necessidade descrita no art. 282, inc.I, do CPP.

Dessa forma, as medidas devem vigorar somente enquanto perdurar a situação emergencial que originou a sua decretação. A provisoriedade pode ser encontrada implicitamente em determinadas medidas como a proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP) quando necessário sua presença para a investigação ou instrução. Cessada esta necessidade, por exemplo, com o encerramento das investigações que a ensejaram, a medida deverá ser revogada.

A revogação da medida encontra amparo no §5º do art. 282, CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

2.2.3 Revogabilidade

Conforme citado no item anterior, característica inerente às medidas cautelares é a revogabilidade (art. 282, § 5º, 1ª parte, do CPP, o que significa dizer que apenas se justifica sua aplicação e existência enquanto os fatos e elementos que a ensejarem se mantiverem íntegros.

Em matéria de medidas cautelares, a decisão do juiz é sempre “*rebus sic stantibus*”. Quando desaparece o motivo da prisão, por exemplo, cabe ao juiz revogá-la. Se o motivo volta, pode o juiz decretá-la novamente. (GOMES & MARQUES, 2011, p. 74)

2.2.4 Excepcionalidade

“As medidas cautelares somente devem ser aplicadas em situações emergências, em casos que haja perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena” (AVENA, 2017, p. 887). Assim, sua utilização, seja na fase investigativa ou durante a instrução criminal, deve ser excepcionalíssima, por significar restrição a direitos fundamentais.

Nesse contexto, sublinha Gomes:

Toda restrição que venha a incidir sobre a liberdade deve ser rigorosamente justificada e necessária: porque a liberdade é a regra; sua supressão ou restrição é exceção (e toda exceção deve ser devidamente prevista em lei e fundamentada. (GOMES & MARQUES, 2011, p.39).

2.2.5 Substitutividade

Corolário do disposto no artigo 282, §§4º, 2ª parte permite ao juiz a substituição de medida cautelar por outra (s), em caso de descumprimento da medida imposta; e § 5º, que concede ao magistrado a faculdade de verificada a falta de motivo para a permanência da cautelar anteriormente aplicada, sua substituição por outra adequada.

2.2.6 Cumulatividade

Prevista no artigo 282, §1º, CPP, permite que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Da mesma forma, prevê o § 4º, do art. 282, do CPP, a faculdade do juiz em substituir a medida como impor outra em cumulação, em caso de descumprimento injustificado da anterior.

Em qualquer situação, por evidente, a decisão fundamentada do juiz deve

atender aos pressupostos de necessidade e adequação (art.282, incs. I e II, CPP).

2.3 Princípios orientadores das medidas cautelares pessoais

2.3.1 *Princípio da tipicidade cautelar*

Todas as medidas cautelares pessoais (prisões e diversas da prisão) estão submetidas ao princípio da legalidade e tipicidade cautelar.

Segundo Sanguiné,

O princípio da legalidade ou da tipicidade cautelar (*nulla coactio sine lege*) aplica-se às medidas cautelares pessoais, privativas ou restritivas da liberdade. Este princípio pode ser extraído de uma hermenêutica constitucional sistemática do princípio da legalidade penal (inciso XXXIX do art. 5º da CF), do direito à liberdade (*caput*, do art. 5º da CF) e da garantia do devido processo legal (inciso LIV, do art. 5º, da CF). (SAGUINÉ, 2014, p.70-71).

Logo adiante, complementa o renomado autor

O princípio da legalidade processual inclui não só as medidas individualizadas, mas também as condições gerais e critérios para sua aplicação. Por isso, a lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intromissões dos poderes públicos no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão. Com efeito, um dos corolários que se deduz do princípio da legalidade é a exigência de “determinação” ou “taxatividade” (SAGUINÉ, *op. cit.*, p.71)

Ainda se faz importante ressaltar que, em decorrência do princípio da tipicidade cautelar, é vedada a utilização de medidas cautelares atípicas (invocando o poder cautelar do juiz previsto no processo civil). É inadmissível no processo penal denominado poder geral de cautela, tal como ocorre na jurisdição civil.

2.3.2 *Princípio do contraditório prévio*

Determina o §3º, do art. 282, do CPP: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”. Ou seja, estabelece o dispositivo a necessidade de contraditório prévio, salvo em caso de urgência ou risco de ineficácia da medida.

Assim, segundo Mendonça (2011), em casos como a medida de interceptação telefônica, por exemplo, a intimação da parte adversa para o contraditório resultaria em ineficácia absoluta da medida. E este contraditório incide tanto na fase da investigação policial quanto na fase judicial.

Segundo Gomes e Marques

O diploma legal comentado fala em “parte contrária”. Isso é criticável (s.m.j.). Quem deve sempre (que possível) ser intimado é o indiciado ou acusado. O texto não foi claro quanto à forma da resposta do acusado ou indiciado (oral ou escrita). Sendo assim, nada impede que o juiz adote uma ou outra. Pode conferir um determinado prazo para resposta (escrita) ou marcar uma audiência para ouvir o acusado. O que compete ao juiz é garantir o contraditório e a ampla defesa. (GOMES & MARQUES, 2011, p. 72)

Ao discorrer sobre as alterações introduzidas pelo § 3º, do art. 282, do CPP, Sanguiné destaca que

A introdução de um sistema de contraditório prévio à decretação de medidas cautelares restabeleceu a harmonia da legislação infraconstitucional com o sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal. Destarte, a medida cautelar somente poderá ser decretada pelo juiz após intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento das partes ou da representação da autoridade policial, bem assim das demais peças e documentos que fundamentam o pedido de imposição da medida cautelar. A finalidade de audiência prévia da parte é assegurar que a parte atingida pela restrição tenha a oportunidade – sempre com a intervenção da defesa técnica – de oferecer alegações escritas ou orais e trazer eventualmente provas para contraditar os fundamentos da medida cautelar. Somente em situações de risco devidamente justificadas (casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, por exemplo, risco de fuga), o contraditório será diferido para momento posterior. (SANGUINÉ, 2014, p. 613)

No tocante as medidas alternativas à prisão, assevera Sanguiné (op. cit, p. 613) que “na maioria dos casos, o contraditório prévio em nada comprometerá a sua eficácia, principalmente nas hipóteses de substituição, reforço, atenuação e revogação.”

Aury Lopes Jr, Odone Sanguiné, Renato Marcão, Edilson Bonfim, entre outros, asseveram que, em decorrência das alterações promovidas pela Lei 12.403/2011, a regra geral passou a ser a existência de contraditório prévio, consistindo o contraditório diferido em exceção. Sanguiné defende, inclusive, a obrigatoriedade de uma audiência contraditória prévia, ainda que a lei silencie a respeito.

O contraditório diferido (em momento posterior a decretação da medida

cautelar) somente pode ser utilizado em situações excepcionais e em duas hipóteses: a) urgência e b) perigo de ineficácia da medida.

De todo modo, ainda de acordo com Saguiné (2014), é imprescindível que a decisão judicial que optar pelo contraditório diferido seja motivada, indicando qual é a urgência ou o risco de ineficácia da medida cautelar que justifica o afastamento da garantia do contraditório prévio, sob pena de nulidade absoluta por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório prévio e da garantia da motivação.

2.3.3 Princípio da preferibilidade

As medidas cautelares alternativas previstas nos artigos 319 e 320 do CPP tem preferência de aplicação em relação à prisão preventiva.

Ou seja, a primeira opção do magistrado, em defesa dos direitos fundamentais será sempre pela aplicação das medidas alternativas à prisão, consistindo a prisão preventiva a *ultima ratio*, em casos extremos em que as alternativas do artigo 319 e 320 não teriam efeito protetivo necessário ao caso em concreto.

2.3.4 Princípio da preventividade

As medidas cautelares pessoais têm função preventiva seja para prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação no curso da investigação ou da instrução criminal.

2.3.5 Princípio da referibilidade

As medidas cautelares pessoais somente podem ser aplicadas com relação a um fato determinado (situação concreta relacionada a uma investigação ou processo específico) no qual se faz necessária debatido. Desta forma é vedado a aplicação da medida em um processo tendo como motivação fato em outro feito.

2.3.6 Princípio da acessoriedade

Não há no processo penal brasileiro processo cautelar autônomo e

processo principal. As medidas cautelares são acessórias do processo principal no qual o estado-acusação busca um provimento final condenatório.

2.3.7 Princípio da provisoriedade

A provisoriedade atua tanto como característica como princípio orientador das medidas cautelares pessoais. Significa que as medidas cautelares possuem vigência limitada no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até o trânsito em julgado da sentença.

Assim, as medidas cautelares pessoais estão vinculadas a uma determinada situação fática e a necessidade descrita no art. 282, inc.I, do CPP e devem vigorar somente enquanto perdurar a situação emergencial que originou a sua decretação.

2.3.8 Princípio da homogeneidade

As medidas cautelares pessoais devem ser homogêneas, com as futuras sanções executivas. Mendonça (2011) afirma que a homogeneidade entre a medida cautelar e a pena como provimento jurisdicional aplicável no final do processo penal constitui uma aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Se a medida cautelar constitui, na essência, uma excepcional antecipação do resultado do processo, no interesse de sua realização ou para assegurar a eficácia do provimento final, seria um absurdo, em matéria penal, imaginar que antes da sentença o acusado pudesse sofrer uma privação mais grave do direito à liberdade do que a própria eventual futura pena aplicável no final do processo penal, devendo existir correspondência, em termos de quantidade (gravidade e intensidade) e qualidade, entre a medida cautelar e a pena; do contrário a medida cautelar perderia seu caráter instrumental e se transmudaria em medida com fim punitivo autônomo.

2.3.9 Princípio da necessidade

As medidas cautelares de natureza pessoa estão reguladas no Título XI do Livro I do Código de Processo Penal, a elas incidindo as regras estabelecidas pelo artigo 282, *in verbis*:

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Depreende-se da redação do artigo em comento que o legislador estabeleceu dois critérios imprescindíveis para a aplicação das medidas cautelares pessoais: necessidade e adequação.

A necessidade, prevista no inciso I, do artigo 282, do CPP, está diretamente relacionada ao risco verificado no caso em concreto enquanto transcorre a investigação criminal e/ou o processo crime até a solução definitiva de mérito.

Há estreita relação entre os fundamentos exigidos pela norma citada com os fundamentos que justificam a decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, assim resumidas por Avena:

-Necessidade para aplicação da lei penal: trata-se do risco de fuga. Neste caso, a aplicação do princípio informador rotulado no artigo 282, I, confunde-se com um dos fundamentos dessa forma de segregação contemplado no art. 312, consistente no objetivo de assegurar a aplicação da lei penal.

-Necessidade para a investigação ou para a instrução criminal: é nítido o objetivo de garantir a efetividade da colheita de provas, seja na fase que antecede a instauração do processo criminal, seja no curso da instrução processual penal. O princípio guarda evidente simetria com outro fundamento da prisão preventiva previsto no art. 312, qual seja a conveniência da instrução criminal.

-Necessidade para evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos: a finalidade de evitar a prática de novas infrações penais, quando se tratar de prisão preventiva, corresponde ao fundamento da garantia da ordem pública assegurado no art. 312. Matéria que poderá conduzir a interpretações equivocadas refere-se ao que consta no art. 282, I, do CPP, no sentido de que a decretação de medidas cautelares para evitar a reiteração criminosa apenas poderá ocorrer nos casos expressamente previstos. Uma exegese apressada pode trazer a ideia de que pretendeu a Lei, com isto, limitar a decretação da prisão preventiva sob o enfoque da preservação da ordem pública. Na verdade, sob pena de obrar em uma incoerência indescritível e de referendar a reiteração delitiva nas hipóteses em que houver indícios suficientes de que, em liberdade, o indivíduo poderá praticar novos crimes, não parece ter sido a intenção do legislador. Pensamos, isto sim, que os casos expressamente previstos sejam exatamente aqueles em que haja uma regra, ainda que de incidência geral, que permita a decretação da custódia para evitar a continuidade na prática de crimes, tal como ocorre em relação à prisão preventiva,

relativamente à qual há a possibilidade de ser determinada para a garantia da ordem pública. Enfim, a garantia da ordem pública é um caso expressamente previsto, e nesta órbita não ocorreu qualquer alteração no sistema preexistente. (AVENA, 2017, pp. 889-890)

Para Badaró (2011), o princípio da necessidade (art. 282, I, do CPP) deve ser entendido como o reverso do subprincípio da adequação componente do princípio da proporcionalidade: não cabe a decretação de qualquer medida cautelar sem que fique demonstrada a necessidade vinculada às finalidades enunciadas no inciso I do art. 282 do CPP, ou seja, para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Ausente algum destes fins, a medida é desnecessária ou inadequada por ausência de relação entre meio e fim.

Concluindo, Oliveira afirma que

Quando presente a necessidade da cautelar, tendo em vista eventuais riscos ao processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da adequação da providência, em vista da concreta situação real do agente, bem como da gravidade e circunstâncias do fato. A necessidade da cautela, portanto, deve ser apenas o ponto de partida para toda e qualquer imposição da medida cautelar. (OLIVEIRA, 2012, p. 237)

2.3.10 Princípio da adequação

Estabelece o artigo 282, inc. II, do CPP que a aplicação das medidas cautelares deve atender a adequação:

ART. 282 (...)

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

O conceito de adequação implica, segundo a balizada opinião de Sanguiné,

A necessidade de levar em consideração a específica idoneidade de cada medida para satisfazer a exigência cautelar do caso concreto como imediata consequência de que entre todas deverá ser individualizada aquela menos gravosa para o imputado, evidenciando os motivos pelos quais foi escolhida uma em detrimento de outra. (SAGUINÉ, 2014, p. 700)

Segundo Badaró (2011), não será adequada medida mais gravosa, quando houver alternativa menos lesiva, porém, igualmente eficaz, que implique menor

restrição ao direito fundamental, ou seja, pela regra de adequação da alternativa menos gravosa ao direito de liberdade do investigado ou acusado.

Nesse contexto, conclui Lopes Jr.

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos gravosa para o imputado, ele deve ser adotada, reservando a prisão para os casos mais graves, como última ratio do sistema. (LOPES, 2011 p. 32)

2.3.11 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Lecionam Gomes e Marques (2011) que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade ou da proibição de excesso é princípio geral do Direito, sendo válido para todas as áreas penal, processual penal, administrativo, etc.

Ainda segundo eles, no nosso país, segundo o STF; tem fundamento constitucional, porque nada mais representa que o aspecto substancial do devido processo legal, que vem expressamente contemplado no art. 5º., LIV, da CF.

Oliveira complementa que o princípio da proporcionalidade está presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto gerais de garantias individuais, exercendo uma dupla função no Direito:

Na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação. Na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato. (OLIVEIRA, op. cit, p. 237)

As medidas cautelares previstas no Título IX do CPP, nesse diapasão, somente podem ser aplicadas quando atendidas as exigências requeridas do art. 282, do CPP, e mais, sujeitar-se a proporcionalidade (ponderabilidade dos bens ou valores envolvidos no conflito).

Dessa forma, com propriedade, destaca Lopes Jr.:

O Princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos

justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência. Assim, deve o Juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre, gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em cotejo com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor no art. 319 do CPP. Assim, deverá optar por aquela, ou aquelas, que melhor acautelarem a situação, reservando sempre a prisão preventiva para situações extremas. (LOPES, 2011, pp. 32-33).

Por fim, Badaró (2011) assevera com precisão que deverá haver proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada.

O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. (...) Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar. (BADARÓ, apud LOPES, op. cit. p. 33)

2.4 Requisitos das medidas cautelares de natureza pessoal: “*fumus commissi delicti*” e “*periculum libertatis*”

Consenso da doutrina pátria que todas as medidas cautelares de natureza pessoal, conforme estabelecido pelos artigos 282 e 319, ambos do CPP, para serem aplicadas, devem atender dois pressupostos materiais: “*fumus commissi delicti*” e “*periculum libertatis*”.

Observa Sanguiné que

Esses dois pressupostos materiais sempre devem coexistir para a decretação de qualquer das medidas cautelares do Título IX, tanto em relação às medidas alternativas à prisão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP - qualquer que seja a sua intensidade lesiva – quanto à prisão cautelar: temporária ou preventiva. (SAGUINÉ, 2014, p. 684)

2.4.3 *periculum libertatis*

Corresponde à efetiva demonstração de que a liberdade plena do agente (sem qualquer restrição, obrigação ou condicionamento) poderá colocar em risco a aplicação da pena que venha a ser imposta, o resultado concreto do processo ou a própria segurança social. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade indivíduo investigado ou processado. (AVENA, .2017, p.893)

Importante alerta no tocante à terminologia é feita por Luis Flávio Gomes, Aury Lopes, Jr. Odone Sanguiné, entre outros, ao destacarem a impropriedade de se falar em “*periculum in mora*” no âmbito das medidas cautelares. Isto porque não é a demora (mora) que justifica a adoção de medidas cautelares pessoais, mas sim, o “estado de liberdade do agente que constitui o fundamento dessas medidas”. (GOMES & MARQUES, 2011, p. 34)

A respeito desse equívoco, leciona Lopes Jr.,

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (LOPES JR. op.cit. p.14).

Por fim, refere Avena (2017) que o requisito do ‘*periculum libertatis*’ confunde-se com os vetores a que estão vinculados o princípio da necessidade, esculpido no art. 282, I, CPP (necessidade de aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais).

2.4.4 *fumus commissi delicti*

Segundo Avena (2017), trata-se dos indícios de cometimento de crime. Pode ser traduzido como o juízo ‘*ex ante*’, ainda que no campo das probabilidades, de que a pessoa contra quem se dirige a medida cautelar possa ter sido o autor da prática delituosa sob apuração, viabilizando-se, assim, uma futura ação penal (na hipótese de a medida ter sido postulada na fase de investigações) ou uma posterior sentença de condenação (no caso de o pleito ter sido realizado no curso do processo).

Nesse contexto, com propriedade afirma Gomes que

O requisito basilar (essencial, nuclear) para a decretação de qualquer medida cautelar no processo penal é o *fumus commissi delicti*, ou seja fumaça do cometimento de um fato punível, que se exterioriza na prova da existência do crime (do fato punível) e indícios suficientes de autoria. (...) Ao juiz compete demonstrar esse requisito essencial de todas as medidas cautelares. Impõe que ele evidencie na sua decisão a existência do *fumus commissi delicti*. GOMES & MARQUES, 2011, p. 33).

2.5 Finalidades das medias cautelares pessoais

As finalidades das medidas cautelares pessoais, sejam prisionais ou diversas à prisão, estão definidas no art. 282, *caput*, inc. I, do CPP, assim dispostas:

- a) Finalidades de caráter geral: a necessidade para a investigação ou instrução criminal (cautela instrumental ou probatória; e - aplicação da lei penal (cautela final);
- b) Finalidade específica: evitar a prática de infrações penais, somente cabível nos casos expressamente definidos em lei.

2.6 As medidas cautelares de natureza pessoal e o princípio da presunção de inocência

Fundamento do Estado de Direito e do devido processo legal, a presunção de inocência, constitui garantia do cidadão investigado ou processado prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal:

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

Assim, toda pessoa acusada de um fato criminoso é presumidamente inocente até que sobrevenha decisão condenatória final de mérito (transitada em julgado) condenando-a pelo delito imputado.

Trata-se de postulado fundamental reconhecido internacionalmente em diversos diplomas de direitos humanos, tais como: a Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 11.1 (1948); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art.6.2); Pacto Internacional de

Direitos Cíveis e Políticos, art. 14.2; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Uníssono na jurisprudência e doutrina pátria que o postulado da presunção de não culpabilidade não detém caráter absoluto, o que permite a aplicação de medidas cautelares como a prisão preventiva (art. 312, CPP) e demais medidas cautelares diversa da prisão (arts. 319 e 320, ambos do CPP).

Neste ponto, impende o seguinte esclarecimento

A prisão cautelar não se confunde com a prisão penal: a prisão cautelar tem finalidade instrumental; já a prisão penal tem finalidade retributiva e preventiva. A primeira (prisão cautelar) não conflita com a presunção de inocência quando o juiz fundamenta a necessidade concreta da prisão (evidenciando, com base em fatos provados, a sua imparcialidade). (GOMES & MARQUES, 2011, p.37).

Assim, as medidas cautelares pessoais no processo penal jamais poderão adquirir contornos de prisão penal, o que significaria um verdadeiro juízo antecipado de culpabilidade e execução antecipada de pena.

3 DAS MODALIDADES DE PRISÃO CAUTELAR VIGENTE

O presente trabalho tem por objetivo abordar as medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, no entanto, não podemos adentrar no estudo das medidas diversas sem antes tecer considerações gerais sobre a prisão provisória.

Após a reforma do Código de Processo Penal, com a entrada em vigência da Lei 12.403/2011, somente duas espécies de prisão cautelar são permitidas pela legislação processual: a prisão temporária (Lei 7960/89) e a prisão preventiva (art.312, CPP).

Segundo Sanguiné,

Na verdade, é possível distinguir dois grupos de medidas: (a) medidas pré-cautelares ou subcautelares; (b) medidas cautelares típicas, seja com caráter conservativo ou preventivo. As medidas propriamente cautelares diferem daquelas em razão de sua autonomia, não sendo necessariamente, substituídas – embora isso pode ocorrer eventualmente – por outras medidas no curso da fase investigatória ou do processo de conhecimento. As medidas pré-cautelares, se persistir a situação autorizativa de cautela, serão, necessariamente, substituídas por medida cautelar propriamente dita. A prisão em flagrante delito e a prisão temporária se caracterizam como medidas pré-cautelares ou subcautelares antecipatórias, que somente conservam validade se forem convertidas em uma medida cautelar típica. A prisão preventiva (e suas modalidades), a liberdade provisória, e as medidas alternativas à prisão (arts. 319 e 320, CPP) constituem medidas cautelares típicas propriamente ditas. (SANGUINÉ, 2014, p. 765).

3.1 Prisão preventiva

a) Terminologia: Em sentido amplo, prisão preventiva é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; também denominada de prisão processual, cautelar ou provisória. Em sentido estrito, são as prisões previstas nos artigos 311 e 312 do CPP.

b) Previsão legal: A prisão preventiva, como medida cautelar de extrema exceção tem sua previsão legal estabelecida pelo artigo 311 do CPP:

Art. 311: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da

ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

c) Conceito: “é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2014, p.789).

d) Cabimento: A prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase de investigação policial, como no decorrer na instrução criminal (fase judicial), inclusive após a sentença condenatória recorrível, desde que preenchidos os seus pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade previstos nos artigos 312 e 313 do CPP.

e) Competência: a prisão preventiva somente poderá ser decretada por ordem judicial devidamente motivada emanada de juiz competente. É o que determina a redação dos artigos 311 e 315 do CPP, em cumprimento as exigências constitucionais (art. 5º, LXI, CF e art. 93, IX,CF).

Art. 311:Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Art.315: A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

f) Duração da prisão preventiva: a lei processual não estabelece prazo definido para a duração da prisão preventiva, lacuna ou omissão criticada de forma unívoca pela doutrina pátria.

Delmanto Jr. apresenta-nos argumentos importantes quanto aos problemas causados na legislação pela lacuna de prazos processuais, mormente à prisão cautelar:

Entre nós, a falta de previsão de prazo máximo de custódia cautelar, englobando todas as fases processuais, inclusive julgamentos em

superiores instâncias, além de criar verdadeiros tempos mortos, colabora para que o Judiciário não se aparelhe, como deveria, a fim de dar resposta jurisdicional o mais rápido possível, respeitando não só o direito do acusado a um julgamento célere, sem dilações indevidas e em prazo razoável – ou, como preferem os norte-americanos, a um *speedy Trial*-, mas também o direito que assiste à sociedade de que a pena imposta ao condenado não se esvaeça no tempo, bem como a vítima ou seus familiares, para a obtenção da indenização. Com efeito, normas abertas ou lacunosas, que acabem por gerar incerteza jurídica – a sociedade, a vítima e/ou seus familiares, bem como o acusado, não sabem em quanto tempo ele será julgado e tampouco até quando poderá permanecer no cárcere provisório -, devem ser refutadas. (DELMANTO JUNIOR, .op.cit.p.263-264).

Segundo Nucci,

A regra é perdurar até quando seja necessária, durante o curso do processo, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena. A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta prolongar-se indefinidamente, por culpa do juiz ou por provocação do órgão acusatório. (NUCCI, 2014, p.793).

A Lei 12.403/2011 poderia ter estabelecido regra específica no tocante ao prazo (duração) da prisão preventiva, contudo não o fez. A jurisprudência tem definido as situações em cada caso em contrato que há exceção e arbítrio no uso da prisão preventiva.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, preocupado com os excessos da segregação preventiva em nosso país, editou a Resolução n. 66, passando orientação aos magistrados para que reexaminem, por despacho nos autos, a imprescindibilidade da custódia cautelar dos réus presos há mais de três meses.

g) Prisão preventiva decretada de ofício: Como visto acima, somente o juiz de direito poderá decretar a medida cautelar pessoal de encarceramento preventivo.

No tocante a prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado, com a reforma introduzida pela Lei 12.403/2011, o juiz somente poderá decretá-la, *ex officio* no curso da ação penal.

Na fase de investigação policial, portanto, o juiz somente poderá decretar a prisão preventiva por provocação da autoridade policial (representação) ou do Ministério Público (requerimento), *ex vi* do disposto no artigo 311 do CPP.

A norma processual em comento também permite ao querelante provocar o

Juízo para decretar a prisão preventiva. Em igual sentido, abriu à nova lei a oportunidade para o assistente de acusação também requerer a cautelar preventiva.

h) Requisitos da prisão preventiva: prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria: os requisitos da prisão preventiva estão taxativamente previstos no artigo 312 do CPP: “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”.

h.1) *fumus commissi delicti* - prova da existência do crime: Assevera Nucci que a prova de existência do crime,

É a materialidade, isto é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se determinando o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico”. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. (NUCCI, op .cit.p.815)

Lopes Jr. discorre sobre a matéria, pontuando a divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange ao alcance da ‘prova da existência do crime’ para fins de decretação da prisão preventiva. Na opinião do autor,

Tradicionalmente entende-se que basta a verossimilhança de tipicidade, contentando-se, tanto à doutrina tradicional como a jurisprudência majoritária, com a prática de um fato aparentemente típico, não havendo incursão nos campos da ilicitude e culpabilidade. Contudo, pensamos que essa não é a melhor posição, ainda que majoritária. Entendemos que não basta a tipicidade, pois o conceito formal de crime exige a prática de um ato que, além de típico, seja também ilícito e culpável. Deve existir uma fumaça densa de que conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. (LOPES JR., op.cit.p.74-75.)

Por fim, com propriedade, destaca Avena que a prova da existência do crime

trata-se da documentação que demonstra, nos autos, a efetiva ocorrência da infração penal. A propósito, tenha-se em mente que existência do crime e sua materialidade não são expressões que possam ser usadas de forma indistinta, vale dizer, como sinônimas. Com efeito, todo crime está sujeito a ter existência atestada nos autos. (AVENA, 2017, p.987).

h.2) Indícios suficientes de autoria: Trata-se da necessidade da existência de fundada suspeita de que o investigado ou réu é a autor do crime. Para Nucci (op.cit. p. 815), “não é exigida prova plena de culpa, pois isso é inviável em um juízo

meramente cautelar, muito antes do julgamento o mérito.”

Por sua vez, acrescenta, Avena, que indício suficiente de autoria

É aquele que, muito embora situado no campo da probabilidade, baseia-se em fatores concretos indicativos de que o indivíduo, efetivamente, possa ter praticado a infração penal sob apuração. Não se demanda, enfim, neste juízo provisório, prova plena de autoria, já que este é grau de certeza exigido por ocasião do mérito da ação penal, quando se visa à condenação do acusado. (AVENA, 2017, p.986-987).

- i) Fundamentos da prisão preventiva: garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e segurança quanto à aplicação da lei penal (artigo 312, CPP)

São os motivos dispostos na norma processual (art. 312, CPP) que permitem a decretação da prisão preventiva. Trata-se do *periculum libertatis* – risco de que a demora das investigações ou da tramitação processual venha a prejudicar o ajuizamento da ação penal ou a prestação jurisdicional.

i.1) garantia da ordem pública: segundo Avena (2017), em linhas gerais justifica-se a prisão para a garantia da ordem pública quando a permanência em liberdade do acusado, considerando sua periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio que volte a delinquir.

Segundo Nucci, trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva.

Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

i.2) garantia da ordem econômica: trata-se de espécie do gênero (garantia da ordem pública). A prisão preventiva, nesse caso é justificada para impedir que o acusado, causador de sério abalo à ordem econômica e financeira de uma instituição financeira ou de um órgão do Estado, possa, caso permaneça em liberdade, gerar intranquilidade social.

Geralmente, está associada aos crimes de natureza econômica, dos quais destacamos o seguinte rol:

- crimes contra a economia popular (Lei 1.521/51);
- crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86);
- crimes do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90);
- crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira (Lei 8.137/90);
- crimes contra a ordem econômica (Lei 8.176/91);
- crimes contra a propriedade industrial (Lei 9.279/96);
- crimes de lavagem de dinheiro (Lei 7.318/98).

i.3) conveniência da instrução criminal: trata-se de prisão preventiva que visa garantir que o acusado, caso em liberdade, não comprometa a instrução criminal, por exemplo, ameaçando testemunhas, ocultando ou destruindo provas. Por certo que uma vez encerrada a instrução criminal, não se justifica mais a manutenção da prisão preventiva por este fundamento.

No magistério de Nucci:

A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. (NUCCI, 2014, p.809)

i.4) assegurar a aplicação da lei penal: trata-se de

garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício de seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o ajuizamento da ação penal, buscando respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico. (NUCCI, op.cit.p.811)

Exemplo clássico é o do réu que se evade do distrito da culpa e não é localizado para os atos do processo.

j) admissibilidade da prisão preventiva – artigo 313, do CPP: dispõe o artigo 313, CPP dos requisitos de admissibilidade da prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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

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

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

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

Para a decretação da prisão preventiva não é necessário a presença cumulada de todos os requisitos previstos nos incisos I, II e III. É suficiente para a segregação cautelar a presença de apenas um dos requisitos.

Importante salientar que em nenhuma hipótese o juiz poderá decretar a prisão preventiva de quem agiu sob a proteção de alguma excludente de ilicitude (art.23, caput, incs.I, II e III do CP). É que determina o artigo 314 do CPP:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

k) revogação da prisão preventiva – artigo 316 do CPP: é medida

obrigatória ao juiz de direito revogar a prisão preventiva quando não subsistem mais no curso do processo, os motivos para sua decretação.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

I) Prisão domiciliar – art. 317 do CPP, em breves linhas dispõe os artigos 317 e 318 do CPP a hipótese especial de cumprimento da prisão preventiva: a prisão domiciliar.

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

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

3.2 Prisão temporária

A prisão temporária, de natureza cautelar, encontra sua previsão legal na Lei nº 7.960, de 21.12.1989. Trata-se de prisão cabível somente na fase de investigação policial.

Destaca Sanguiné que “a imprescindível garantia do regular andamento das investigações policiais constituiria característica ou finalidade cautelar essencial da prisão temporária” (SANGUINÉ, 2014, p.95)

Os pressupostos materiais e as hipóteses taxativas de cabimento estão definidos no art. 1º da Lei 7.960/89.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Por fim, é entendimento consolidado na doutrina pátria que não basta que a prisão temporária seja útil, ou otimize a investigação policial, devendo ser imprescindível ou indispensável à investigação.

3.3 Prisão em flagrante delito (considerações)

A prisão em flagrante delito encontra supedâneo na Constituição Federal (art.5º, LXI), e disciplinada nos artigos 301 ao 310 do Código de Processo Penal.

CF:

Art. 5º

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

CPP:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Com o advento da reforma introduzida pela Lei 12.403/2011, restou consagrado na doutrina nacional que a prisão em flagrante foi suprimida do rol das prisões ditas cautelares. Como bem observado por Avena (2017), é a prisão preventiva que possui natureza cautelar e não a prisão em flagrante, que por anteceder à preventiva no regramento do art. 310, II, do CPP, assume a natureza de prisão precautelar.

A prisão em flagrante, portanto, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, deve ser convertida em preventiva (nos termos no novo art. 310, do CPP).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Não se pretende aprofundar o estudo da prisão em flagrante, por não se tratar do objeto do presente trabalho, impende apenas acrescentar que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve avaliar, obrigatoriamente, antes de mantê-la e convertê-la em prisão preventiva, se não cabível a aplicação de medidas alternativas à prisão em consonância com o disposto no art. 282, c/c art. 319, ambos do CPP.

4 DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

As reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 alteraram consubstancialmente os dispositivos processuais relativos à prisão e à liberdade provisória, previstos no Código de Processo Penal.

Como bem definido por Avena (2017), até o advento da novel lei, ao sujeito objeto de investigação criminal ou réu em ação penal teria somente dois destinos: a prisão ou defender-se em liberdade.

Inobstante, ressalta Avena:

Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a um outro, polimorfo, que se caracteriza pela multicautela, na medida em que submete o imputado a um terceiro status, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP. (AVENA, 2017, p.878).

Assim, a partir das inovações trazidas pela Lei 12.403/2011, o indivíduo passa a ser sujeito de três tratamentos distintos:

- aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (art.s 319 e 320, CPP);
- prisão provisória
- responder e aguardar em liberdade o curso do processo.

As medidas alternativas à prisão atende as novos conceitos de intervenção mínima definidos na legislação internacional, entre outros, as “Regras Mínimas das Nações Unidas – Regras de Tóquio da ONU (Resolução n. 45/2010, de 14.12.1990)” e Recomendação n.13 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (2006).

Fauzi Hassan Choukr apresenta histórico acurado sobre a matéria, do qual se destaca:

A Resolução n.45/2010, da ONU, enuncia uma série de princípios básicos para promover o uso de medidas não privativas de liberdade (n.1.1), recomendando aos Estados membros que se esforcem para proporcionar outras opções a fim de reduzir o recurso às penas de prisão e racionalizar as políticas de justiça penal, tendo em consideração o respeito dos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reinserção dos delinquentes (n.15). Para assegurar uma grande flexibilidade que permita tomar em consideração a natureza e a gravidade da infração, a personalidade e os antecedentes do delinquente e a proteção da sociedade e para se evitar o recurso inútil à prisão, o sistema de justiça penal deverá prever um vasto arsenal de medidas não privativas de liberdade, desde as medidas que podem ser tomadas antes do processo até às disposições

relativas à aplicação das penas (n.23).As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima (n.26). A “prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta a investigação sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima” (6.1). Portanto, as medidas substitutivas da prisão preventiva são utilizadas sempre que possível” (6.2), portanto, como *prima ratio* do sistema coercitivo Estatal. (CHOUKR apud SANGUINÉ, op.cit. p.683).

Esta busca por medidas diversas e alternativas à prisão cautelar, não é uma consequência da presunção de inocência, mas do princípio de proporcionalidade, tendo em vista que também outras medidas que se aplicassem em seu lugar, pressuporiam uma limitação da liberdade pessoal do imputado. Partindo-se de que a prisão provisória não viola a presunção de inocência quando desempenha uma função de asseguração processual, e não uma função própria do Direito Penal, então não se pode afirmar que, com base na presunção de inocência, devem buscar-se alternativas a prisão provisória. Trata-se na realidade de um problema de intensidade da limitação da liberdade pessoal, que está por isso relacionado com o princípio de proporcionalidade (subprincípio de necessidade).

Com base nesta necessidade e no conceito de que a prisão preventiva deve sempre ser o último recurso, as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, introduziram um amplo rol de medidas cautelares alternativas à prisão, definidas pelos arts. 319 e 320, do CPP.

4.1 Definição Legal – Lei 12.403/2011

A Lei 12.403/2011 não apresentou uma definição legal para as medidas cautelares alternativas à prisão provisória. Cingiu-se a nova lei em determinar critérios normativos, apresentando um rol de medidas alternativas à prisão, relacionadas na nova redação dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal. Vejamos:

Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

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

(NR)

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (NR)

4.2 Conceito

Valemo-nos do conceito determinado por Sanguiné por definir com exatidão as medidas cautelares pessoais diversas da prisão

A medidas cautelares diversas da prisão consistem em restrições ou obrigações impostas pelo juiz isolada ou cumulativamente, como *prima ratio* para evitar o aprisionamento, contra alguém imputado da prática de um crime, durante a fase de investigação policial ou no curso do processo penal com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal, o êxito da investigação ou instrução criminal ou de evitar a reiteração delitiva. (SANGUINÉ, op.cit. p.682).

4.3 Finalidades

As finalidades das medidas cautelares diversas da prisão estão definidas no artigo 282, caput e inc. I, do CPP, as quais são aplicadas também à prisão preventiva, sem qualquer distinção. Consistem em:

- necessidade para a investigação ou instrução criminal;
- aplicação da lei penal;
- evitar a prática de infrações penais.

4.4 Características

No capítulo 2, item 2.2, apresentamos as principais características das medidas cautelares pessoais, aplicáveis tanto às hipóteses de prisão preventiva (art. 312, CPP), quanto para as medidas alternativas diversas previstas nos artigos 319 e 320 do CPP.

No que tange às medidas cautelares alternativas à prisão ainda podemos destacar como características: a instrumentalidade; a acessoriedade, a autonomia; a cumulatividade; a variabilidade; a fungibilidade e a revogabilidade.

Como visto no capítulo 2, a doutrina apresenta classificações distintas didaticamente no que tange as características e os princípios inerentes as medidas alternativas diversas da prisão.

4. 4.1 Instrumentalidade

Segundo Mendonça (2011), consiste em juízo de cognição cautelar sumária (superficial), incompleta sobre os elementos de prova, de maneira que a medida cautelar é decretada com base em um juízo de probabilidade sobre o conteúdo da futura decisão definitiva.

4.4.2 Acessoriedade

As medidas cautelares são acessórias do processo que visam tutelar. Extinto o processo (ação penal) ou declarado absolvido o acusado, extingue-se a(s) medida(s) cautelar(es), nos termos do disposto no art.; 386, §único, inc. II, do CPP

4.4.3 Autonomia

Segundo dispõe o art. 282,§1º, do CPP, as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Para a doutrina majoritária as medidas alternativas à prisão elencadas nos arts. 319 e 320 do CPP são autônomas e podem ser aplicadas tanto na fase investigativa quanto no curso da ação penal (isolada ou cumulativamente). Assim, podem ser aplicadas pelo magistrado da causa como medidas autônomas independentemente de prévia prisão temporária, preventiva ou em flagrante.

Contudo à lei processual estabeleceu alguns limites para a autonomia da aplicação da medida alternativa à prisão. Assim é vedado a aplicação: (a) quando não for cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, §1º, do CPP); (b) quando cabível a transação penal e aceita a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95); em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, no caso de internação provisória de doentes mentais; (d) no caso da fiança, quando incidentes as vedações previstas nos arts. 323 e 324 do CPP; (e) em relação aos crimes culposos, pela incidência do princípio da proporcionalidade, em razão do prognóstico de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa (art.44, inc. I, do CP), qualquer que seja a pena, ou de suspensão condicional da pena (sursis).

a) a cumulatividade: conforme prevê o art. 282, §1º, do CPP, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Por evidente que se aplicada de forma cumulativa, deve-se atentar para a finalidade e proporcionalidade da medida, sendo

que algumas medidas são flagrantemente inconciliáveis entre si. Assim, por exemplo, são incompatíveis e não pode ser aplicada cumulativamente a prisão preventiva com qualquer outra medida cautelar do art. 319 e 320. Contudo, a prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP) que se trata de uma forma de cumprimento de prisão preventiva, poderá ser aplicada cumulativamente com alguma medida alternativa, tal como, monitoramento eletrônico.

b) Variabilidade: consiste na possibilidade de alteração da medida cautelar, por meio de substituição, revogação ou redetração da medida. Visa atender e concretizar os princípios da adequação e da necessidade. Isso significa que as medidas podem e devem ser revistas periodicamente pelo magistrado⁵ sempre que se altere a situação fática. Assim havendo alteração fática posterior à decretação das medidas ou novas provas surgirem impende ao juiz da causa se presentes o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis*, podendo então: (a) revogar a medida cautelar; (b) substituí-la por outra mais gravosa ou mais benéfica, (c) reforçá-la, por acréscimo de outra medida em cumulação; (d) atenuá-la, pela revogação de umas das medidas anteriormente imposta cumulativamente com outra.

c) Fungibilidade: Implícita nos §§4º e 5º do art. 282, CPP, consiste na possibilidade de substituição das medidas cautelares com a finalidade de atender às exigências de natureza cautelar.

d) Revogabilidade: cumpre ao juiz revogar a medida cautelar imposta se não subsistem mais os requisitos que a autorizam, bem como: (a) se o acusado for absolvido em primeiro grau (art. 386 do CPP); (b) se houver sentença extintiva da punibilidade; (c) no caso de arquivamento do inquérito policial.

4.5 Requisitos de admissibilidade

⁵ Essa a orientação do CNJ (Resolução n.1).

Os requisitos de admissibilidade das medidas cautelares, aplicáveis tanto para os casos de prisão preventiva quanto para as medidas alternativas à prisão estão previstos o art. 283, §1º, do CPP:

- a) não é cabível qualquer medida cautelar se não for cominada à infração (crimes e contravenções), isolada, cumulativa ou alternativamente, pena privativa de liberdade;
- (b) nenhuma medida cautelar pessoal no processo penal, inclusive as medidas cautelares alternativas à prisão dos arts. 319 e 320 do CPP, poderá ser decretada sem que estejam presentes os pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*;
- (c) não podem ser decretadas como efeito automático da prática de uma infração penal.

No tocante especificamente às medidas cautelares diversas da prisão preventiva importa consignar as seguintes vedações de aplicação:

- (a) quando não for cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, §1º, do CPP);
- (b) quando cabível a transação penal e aceita a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95);
- (c) em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, no caso de internação provisória de doentes mentais;
- (d) no caso da fiança, quando incidentes as vedações previstas nos arts. 323 e 324 do CPP;
- (e) em relação aos crimes culposos, pela incidência do princípio da proporcionalidade, em razão do prognóstico de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa (art.44, inc. I, do CP), qualquer que seja a pena, ou de suspensão condicional da pena (sursis).

4.6 Espécies de medidas cautelares alternativas à prisão (arts. 319 e 320 do CPP)

As espécies de medidas cautelares alternativas à prisão estão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP e consistem:

(Art. 319):

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

Art.320 - A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.”

Passamos diretamente a análise individual de cada medida cautelar pessoal diversa da prisão prevista nos referidos artigos.

4.6.1 Primeira medida cautelar: Comparecimento periódico em juízo (art.319, I, CPP):

Prevista no inciso I, do artigo 319, CPP, trata-se de medida que determina o comparecimento periódico do indivíduo em Juízo para informar e justificar suas atividades.

Indubitavelmente, consiste em medida restritiva às garantias e liberdades individuais esculpidas na Constituição Federal, na oportunidade em que impõe restrições à vida do cidadão.

Referem os doutrinadores pátrios que a medida cautelar de comparecimento judicial encontra inspiração e correspondência em outros benefícios, tais como, a suspensão condicional do processo (art.89, §1º, inciso IV, da Lei 9.099/95); a suspensão condicional da pena (sursis, art. 78, §2º, alínea 'c', do CP); o livramento condicional (art. 132, §1º, da LEP) e o regime aberto (art.115, inc. II, da LEP). Contudo, se tratam de medidas diversas que não se confundem entre si.

Em sua essência a medida de comparecimento judicial tem por condão servir de instrumento a garantir a tutela da eficácia da aplicação da lei penal, como exercer um controle da vida do sujeito investigado ou processado (atividades exercidas, local de moradia).

Nesse contexto, destaca Avena:

Trata-se de provimento cautelar que atende a duas finalidades básicas: cientificar o juízo de que o acusado permanece à sua disposição para a prática dos atos que se fizerem necessários à persecução penal, e, também, mantê-lo informado quanto às atividades que vêm sendo por ele exercidas no interregno entre as apresentações (AVENA, 2017, p.912).

Gomes e Marques acrescentam:

Esse comparecimento em juízo, com o dever de justificar as atividades, tem a finalidade de vincular o acusado ao processo, evitando que ele empreenda fuga do distrito da culpa ou frustre o andamento do processo. Serve também para o acusado comprovar que está exercendo ocupação lícita, o que cria a presunção de que não continua a delinquir, ou seja, de que não está colocando em perigo a ordem pública. (GOMES & MARQUES, 2011, p. 182).

Compete ao juiz de direito, e somente a este, a determinação das condições e prazo para cumprimento da medida de comparecimento, opção legislativa, que afastou a possibilidade da autoridade policial, ou o Ministério Público, de proposição, fixação e controle.

Tal modelo é criticado por parte da doutrina pátria, como Lopes Jr. (2011, p. 129), para quem “o modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial (afinal, a polícia está em ‘todos os lugares’ e também a maior eficácia do controle”.

Isto implica, também, que o comparecimento é perante a autoridade judicial, ou seja, não se admite comparecimento em Delegacia de Polícia, perante o Ministério Público ou outro órgão.

Ademais, a apresentação é sempre pessoal, não podendo ocorrer por intermédio de procurador constituído ou advogado. Caso o acusado venha a residir em Comarca distinta do Juízo natural, o cumprimento poder-se-á ser efetivado por precatória para o Juízo do município onde este reside.

Outra questão importante deixou de ser observada pelo legislador: a periodicidade da medida, uma vez que a norma processual não fixa prazo determinado para o comparecimento periódico, ficando ao critério judicial, no caso em concreto estabelecer o prazo.

Nesse sentido, aduz Oliveira (2017, p. 239) que “caberá ao juiz aferir da periodicidade do comparecimento, segundo sejam as condições do agente e a gravidade dos fatos, pressuposto de adequação de toda a medida cautelar (art. 282, II, CPP).”⁶

Desta forma, ao analisar o fato em concreto, as circunstâncias do delito, as circunstâncias pessoais do acusado, deverá o magistrado, dentro de um critério de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o tempo de apresentação em Juízo.

Este comparecimento poderá ser quinzenal, semanal, mensal, bimestral, enfim, conforme determinado pelo Juízo, havendo quem defenda, em situação extremas a apresentação diária, como assevera, Lopes Jr:

Quanto à periodicidade, nos parece que a cautelar buscou inspiração na suspensão condicional do processo, estabelecida no art.89 da Lei 9.099/95, com a diferença de ter deixado completamente em aberto a determinação da periodicidade. Portanto, poderá o juiz determinar o comparecimento mensal, semanal ou até mesmo, em situações extremas em que a necessidade de controle assim exija, que o imputado compareça diariamente no fórum. Evidentemente que o comparecimento diário é uma medida extremamente onerosa para o imputado e que deve ser utilizada em casos realmente extremos, muito próximos daqueles que justificariam uma prisão preventiva. Do contrário, como regra geral, o comparecimento deve ser mensal.

(LOPES JR., 2011, p.129).

No que pertine a sua aplicabilidade, importante reproduzir a lição de Sanguiné:

Ante a ausência de menção a uma finalidade específica, a medida de comparecimento periódico em juízo poderá ser decretada para cumprir finalidade de cautela instrumental (assegurar a realização de meios de prova) ou, notadamente, de cautela final (evitar a fuga e, com isso, assegurar a aplicação da lei penal), conforme previstas na regra geral do art. 282, caput, inciso I, 1ª parte, do CPP. Na primeira hipótese, a medida permite manter atualizado o endereço do acusado, facilitando sua localização para a prática de atos processuais. Na segunda hipótese, apesar de que esta medida cautelar poderá facilitar que o acusado seja encontrado, intimado e compareça a juízo, permitindo que ele voluntariamente consista na realização do meio probatório, a garantia do nemo tenetur se degenre decorrente do direito constitucional ao silêncio, veda que a medida cautelar seja utilizada como mecanismo para obter prova contra o acusado, razão pela qual o acusado poderá se recusar, por exemplo, a fornecer (produção ativa) materiais gráficos para perícias grafotécnicas. (SANGUINÉ, 2014, p 720)

Por derradeiro, insta consignar que na há qualquer relação entre a concessão de liberdade provisória, prevista no artigo 310 do CPP, com a medida cautelar de comparecimento periódico em juízo elencada no artigo 319, inciso I, do CPP. São institutos e medidas distintas.

A concessão da liberdade provisória, sem fiança, estabelece como única condição o comparecimento do acusado a todos os atos do processo, no caso de autuação em flagrante delito (artigo 310, § único, CPP). Caso haja descumprimento, não comparecendo o acusado em algum ato processual, não poderá se dar a decretação da prisão preventiva, ex vi do disposto no artigo 314, do CPP.

Por sua vez, o descumprimento das medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, incluindo comparecimento periódico poderá ensejar a decretação da prisão preventiva, desde que presentes os requisitos autorizadores inscritos nos artigos 312 e 313 do CPP.

4.6.2 Segunda medida cautelar: Proibição de acesso ou frequência a certos lugares (art. 319, II, CPP)

A segunda medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso II, do artigo 319, determina a 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.

Gomes e Marques advertem com propriedade:

Esta medida é vinculada às finalidades previstas no próprio inciso II. Somente pode ser decretada para evitar novas infrações (garantia da ordem pública). E a medida, portanto, deve guardar relação com a natureza do delito (como de resto todas as medidas devem), no caso contrário funcionará apenas como castigo preventivo. (Gomes e Marques, 2011, p.183)

Esta é a preocupação, também, de Lopes Jr. ao afirmar que

A medida nasce com um defeito genérico: sua discutível cautelaridade e, portanto, constitucionalidade. Não e vislumbra tutela do processo ou de seu objeto, aproximando-se da problemática prisão preventiva para garantia da ordem pública, dado seu caráter de prevenção especial manifesto. (LOPES JR., 2011, p. 132)

Observa Nucci que

Essa medida cautelar figura como condição de outros benefícios penais (livramento condicional, sursis, etc.) e, em particular, como pena alternativa. Esta última representa um autêntico desastre em matéria de política criminal, pois denota consagrada inutilidade e ausência de compromisso com o sistema penal eficiente. Quase impossível de ser fiscalizada, como pena, deve ser evitada – como, aliás, vem ocorrendo – pelos julgadores. Entretanto, na seara da cautelaridade pode apresentar-se viável. O acusado sempre terá maior cuidado em cumprir o determinado pelo juiz, para permanecer em liberdade, temendo a prisão preventiva. (NUCCI, 2017, p.831).

Logo adiante, complementa o renomado autor:

Outro fator a impulsionar a sua eficácia é a possibilidade de auxílio da vítima do crime, atuando ou não como assistente de acusação, embora apontando ao magistrado as eventuais falhas do réu. A vedação ao acesso ou frequência a certos lugares precisa guardar correspondência com o fato praticado, tudo para evitar a reiteração criminosa ou cometimento de outros delitos. Muito comum, portanto, impedir a presença em bares, botecos e outros lugares onde se possa servir bebida alcoólica, em particular quando se tratar de pessoa agressiva, cuja prática delituosa refere-se à embriaguez. (NUCCI, op. cit. p.831)

Lopes Jr., por sua vez, ilustra outro exemplo:

É uma medida que encontrará ampla incidência em relação a imputados que, por exemplo, integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos. Ou ainda, que habitualmente envolvam-se em delitos em bares e boates ou mesmo em situação de violência doméstica. (LOPES JR., 2011, p.131).

Por certo, como demonstra Avena, “a medida tem lugar na hipótese em que constatar o juiz, pelas circunstâncias do fato que se atribui ao indiciado ou acusado,

que a sua presença em determinados lugares pode ser um fator propício à reiteração de infrações penais” (AVENA, 2017, p.913)

E, quanto a sua aplicação, sublinha Avena

Sua aplicação, entretanto, não pode ser imprecisa. Isto significa que, ao impor o provimento cautelar, deve o juiz especificar, de forma clara, a natureza dos lugares que o acusado não pode acessar ou freqüentar. Evidentemente, não é necessário nominar este ou aquele estabelecimento, podendo fazê-lo pela natureza da atividade desenvolvida desde que não restem dúvidas quanto ao seu enquadramento ou não vedação, v.g., proibição de acesso ou freqüência a bares onde haja venda de bebidas alcoólicas, a praças e parques onde haja atividades desportivas, a estádios de futebol, a parques infantis, etc. (AVENA, 2017, p. 913)

4.6.3 Terceira medida cautelar: Proibição de contato com determinada pessoa (art.319, III, CPP)

A terceira medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso III, do artigo 319, do CPP determina a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Observa Nucci que

Como regra, o foco é a vítima do delito, quando o cenário envolve crimes típicos de violência ou grave ameaça à pessoa, como tentativa de homicídio, lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, etc. Outro campo fértil para essa medida diz respeito aos delitos contra a honra, pois deles podem resultar infrações mais sérias. Essa medida foi inaugurada na Lei de Violência Doméstica, que, por ser lei especial, continua a valer por seus próprios preceitos. O instrumento é útil, contando com o fato de ser interessada a pessoa em relação à qual deva o acusado distanciar-se; ela mesma pode comunicar ao magistrado do processo a infringência da medida cautelar. (NUCCI, 2017, p. 831)

Para Oliveira, “o núcleo central das preocupações parece ser a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos” (OLIVEIRA, 2017, p.240).

Avena, por sua vez, acrescenta:

Apesar de a regra inscrita no Código de Processo Penal não ser expressa, referindo-se apenas à proibição de contato com pessoa determinada, entendemos que sua aplicação não tem finalidade de restringir unicamente o contato do indiciado ou acusado com o ofendido, podendo alcançar, também, eventuais corréus e todas as pessoas que estejam sujeitas a intimidações, no intuito de frustrar ou prejudicar o aparecimento da verdade

dos fatos, como é o caso das pessoas que presenciaram o evento criminoso no inquérito policial ou no processo criminal. (AVENA, 2017, p.915)

A medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada encontra inspiração e similitude na Lei nº 11.340/2006, em seu art. 22, III, alíneas 'a' e 'b' que estabelece medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar, obrigando o agressor a se manter distante e afastado da vítima.

No que tange ao alcance da expressão “permanecer distante”, inscrita no inciso III, do art. 319, CPP, entende-se que a forma de contato não é apenas a presença física (contato pessoal), albergando, ainda, qualquer meio de comunicação ou contato, seja por meio escrito, telemático, telefônico, por exemplo, *e-mails*, *watshapp* e redes sociais.

Não há impedimento, também, que o magistrado da causa, considerando as especificidades do caso em concreto estabeleça um parâmetro de distância mínima entre partes (metros, quilômetros).

Quanto às finalidades da medida, leciona Sanguiné que

Esta medida alternativa à prisão poderá cumprir somente duas finalidades gerais (previstas no art. 282, caput, inc. I, 1ª parte, do CPP) de cautela instrumental (destinada à proteção da prova oral – testemunhas e vítimas, inclusive corréus -, notadamente de pessoas vulneráveis, em crime cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (homicídio, lesões corporais, estupro, assédio sexual, etc). e de cautela final (assegurar a aplicação da lei penal) para evitar o risco de fuga (v.g. proibição de contato com falsificador de passaportes). Todavia, esta medida cautelar não pode ser decretada com a finalidade de evitar a reiteração delitiva (art.282, inc. I, 2ª parte, do CPP), pois não prevista expressamente pelo legislador, sob pena de violação ao princípio da legalidade e tipicidade da repressão. (SANGUINÉ, 2014, p.720).

Por derradeiro, em caso de descumprimento da cautelar, por exemplo, ameaçando a vítima ou testemunha, poderá ser decretada a prisão preventiva, com fundamento no disposto no artigo 282, § 4º, do CPP, desde que presentes ou requisitos autorizadores dos artigos 312 e 313 do CPP.

4.6.4 Quarta medida cautelar: Proibição de ausentar-se da Comarca (art. 319, IV, CPP)

A quarta medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso IV, do artigo 319, determina a proibição de ausentar-se da comarca ou do país quando a

permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução criminal. Trata-se de medida que externa a preocupação do legislador na preservação da prova e da própria eficácia da aplicação da lei penal, havendo receio, por exemplo, de fuga do investigado ou réu.

Fortes críticas advêm da doutrina pátria, mormente quanto a redação do dispositivo, pela amplitude e generalização da expressão “conveniência” da investigação ou instrução, o que concederia larga margem de discricionariedade judicial na aplicação da medida.

Igualmente, de acordo com Lopes Jr (2011), contesta-se a presente medida por distanciar-se do princípio da não autoincriminação, consagrado no direito do acusado em não produzir prova contra si mesmo, na oportunidade em que se está a obrigar o investigado/réu a estar à disposição da polícia ou Juízo para servir de ‘objeto de prova’.

No mesmo sentido destaca Nucci:

Fixa a lei, como condição a esta medida cautelar, a conveniência ou necessidade para a investigação ou instrução. Ora, como regra, tal situação inexistente, constituindo direito do réu acompanhar a instrução – e não obrigação. Por isso, a mais adequada interpretação diz respeito a eventual suspeita de ausência definitiva do distrito da culpa; em lugar da preventiva, decreta-se a medida cautelar alternativa. (NUCCI, 2017, p.831-832).

E as críticas ao dispositivo continuam, como relatam Gomes e Marques:

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 finalidade com a 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 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 a 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 (as vezes por anos) apenas para que ele compareça a determinados atos processuais. (GOMES & MARQUES, 2011, p. 183-184).

No que tange a finalidade, observa Lima (2016, p. 852) que

Na verdade, o que se quer é evitar a fuga, além de deixar o acusado presente para fins de prova, desde que estas não sejam passíveis de auto-incriminação, quando a diligência ou prova dependerá de concordância do agente.

Importante ressaltar que a comarca a que alude o dispositivo é aquela onde ocorre o crime, ou seja, como competência para o processamento e julgamento do feito (art. 70, CPP).

Ainda na aplicação da medida deverá o magistrado observar também as condições pessoais do investigado ou processado, eis que a restrição imposta não pode ter o condão de inviabilizar a vida da pessoa, especialmente no que diz respeito a sua profissão e sobrevivência. Por certo na é incomum, mormente nas grandes cidades, as pessoas viverem em um município e trabalharem em outro, por exemplo, na região Metropolitana.

Em situações como esta, por evidente que a medida a ser aplicada e que melhor se adéqua a situação será o comparecimento periódico em Juízo previsto no art. 319, inc. I, CPP.

4.6.5 Quinta medida cautelar: Recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP)

A quinta medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso V, do artigo 319, prevê o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. Trata-se de medida aplicada com a finalidade de proteção da investigação ou do processo com cunho ressocializador, eis que permite a presença do sujeito em sua família e em seu trabalho.

De acordo com Choukr (2011), em nossa legislação este tipo de medida já encontrava similar na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), em seu artigo 13.

Lima (2011) comenta que esta medida é admitida tanto quando o imputado tenha residência fixa e trabalho fixos quanto também quando está estudando. Acrescenta, ainda, que tal medida terá maior eficácia e poderá ser melhor fiscalizada e aplicada, se aplicada cumulativamente com o monitoramento eletrônico ou, pelo menos, com a fiscalização periódica pelo oficial de justiça ou polícia.

Por sua vez, Maciel refere que

Em certos casos a medida somente terá eficácia se cumulada com a proibição de não se ausentar da comarca e/ou do país. Isso porque, se não proibida essa saída, o indiciado ou acusado poderá alegar que não retornou para a residência no horário noturno ou no horário de folga porque estava em local distante de sua casa (em outro estado do Brasil ou em outro país) o que não lhe permitiu o retorno em tempo. E se não foi cumulada a

proibição de sair da comarca ou do País, estará justificado o descumprimento de não retornar para a própria residência à noite em razão da longa distância em que se encontrava o indiciado ou acusado. (MACIEL, apud, GOMES & MARQUES 2011, p. 184).

Segundo Lopes Jr. (2011), como prevenção geral, é medida que pode atingir diversos fins, desde minorar o risco de fuga, tutela de prova, até mesmo escopos meta-cautelares (censuráveis).

Há de se distinguir sua aplicação com a prisão domiciliar prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, medida de segregação aplicada em face de circunstâncias pessoais de cunho humanitário, a exigir do imputado o dever de permanecer na residência recluso (exceto em casos excepcionais de liberação judicial, como por exemplo, para exames médicos). A medida prevista no art. 319, por sua vez não exige reclusão domiciliar absoluta, tratando-se de medida parcial que permite o livre exercício do trabalho e estudo, prevendo apenas recolhimento parcial em período noturno ou nos dias de folga.

Para Avena (2017), a medida requer a presença de três pressupostos: residência fixa, atividade laboral fixa e ocorrência de noites sem ocupação laboral e de dias de folga.

Exige-se comprovação da atividade laboral que poder-se-á ser efetivada tanto por documentos como carteira de trabalho, como até mesmo por meio de testemunhas e oitiva do investigado ou processado perante o Juízo.

Bonfim (2011), Avena (2017) e Sanguiné (2014), entre outros, defendem que esta medida deve ser interpretada restritivamente, ou seja, caso o imputado trabalhe no período noturno, não poderá ser beneficiado com a medida elencada no artigo 319, inc. V, CPP.

Assim a restrição à liberdade de locomoção está limitada no tempo pelo período noturno, ou seja, compreendido entre as 18h e 6h da manhã seguinte; ou nos dias de folga: finais de semana e feriados; aduz Marcão (2011).

Inobstante, refere Mendonça (2011) ser admissível que o magistrado conceda autorização especial para saída no período noturno ou nos dias de folga para exercício de direitos (v.g., comparecimento a culto religioso) ou em caso de necessidade (v.g. comparecimento para consulta ou tratamento médico).

4.6.6 Sexta medida cautelar: Suspensão de função ou atividade (art. 319, VI, CPP)

A sexta medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso VI, do artigo 319, do CPP, determina a suspensão do exercício da função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Em sua obra “Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais”, Sanguiné (2014, p.727), relata situações similares previstas no ordenamento jurídico penal nacional:

“(a) suspensão cautelar da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor; ou a proibição de sua obtenção (art.294 do CTB – Lei n.9503/1997); (b) afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades (art. 56, §10, da Lei n.11.343/2006) nos crimes relacionados ao tráfico de drogas (arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas) e, conforme recente alteração legislativa, no caso de crime de lavagem de dinheiro, prevista em caráter automático *ope legis* (art.17-D da Lei n. 9.613, de 03.03.1998, com a redação determinada pela Lei n.12.683, de 09.07.2012); (c) afastamento do Prefeito do exercício do cargo durante a instrução criminal (art. 2º, inc. II, do Decreto-Lei n. 201/1967); (d) afastamento cautelar do cargo do magistrado denunciado (art. 29 da LOMAN – Lei Complementar n. 35/1979).

São medidas que têm por escopo a preservação da ordem pública e/ou da ordem econômica porque somente poderão ser aplicadas para evitar a práticas de novos crimes.

Nesse sentido, registra Badaró (2011) que a medida de suspensão da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira somente pode ser decretada com a finalidade exclusiva de evitar a reiteração delitiva, sob pena de transgressão do princípio da legalidade.

Segundo Avena (2017, p.919)

Trata-se de cautelar destinada, primordialmente, aos funcionários públicos, nos crimes contra a administração pública, tais como peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação, bem como aos agentes de crimes contra instituições econômicas ou financeiras, a exemplo dos delitos previstos nas Leis 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro), 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária) e 9.613/1998 (lavagem de dinheiro).

Mendes (apud GOMES & MARQUES, 2011) dedica, como exemplo de aplicação, a suspensão de funcionários públicos que estejam utilizando a função

para praticar crimes de concussão ou mesmo extorsão, servindo a medida para frear os delitos.

No mesmo sentido Nucci (2014, p.91)

A medida pode ser ideal para crimes contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação, etc.), bem como para delitos econômicos e financeiros, evitando-se a preventiva, que tenha por fundo a garantia da ordem econômica.

Oliveira (2017) e Lopes Jr. (2011) advertem se tratar de medida extremamente grave, devendo ser aplicada com extrema prudência que busca tutelar o risco de reiteração e não processo em si, o que leva a contestar sua constitucionalidade.

Para Lopes Jr.(2011), esta medida desperta a atenção para o grave problema da indeterminação de prazos para aplicação das medidas cautelares restritivas e o problema gerado, pois a suspensão do exercício da função pública e da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá ser interpretada como verdadeira antecipação de pena, condenando pessoas e empresas pela lentidão da justiça.

Como as demais medidas e toda e qualquer decisão judicial exige-se motivação judicial para sua decretação, com especial atenção no que consiste efetivamente o justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Para Lima (2011), por certo, há de ser comprovado o *periculum libertatis*, ou seja, que a permanência do imputado no exercício da função ou atividade favorecerá a reiteração delitiva.

Clama a atenção Avena (2017, p. 919) quanto

à aplicação da medida cautelar em exame requer a existência de relação entre a prática criminosa sob apuração e a função pública ou a atividade de natureza econômica ou financeira desenvolvida pelo agente, não se autorizando que seja imposta quando a infração penal objeto da persecução não apresentar esse vínculo. Em outras palavras, a prática do crime não basta. É necessário que haja indicativos de que o agente se utilizou das prerrogativas ou vantagens de sua função ou da atividade que exerce para a prática do delito ou, pelo menos, para realizá-lo com maior facilidade, com maior lucratividade ou com a certeza de que, nessa condição, serão menores as chances de ser descoberto.

Marcão (2011) complementa não ser necessário de que o crime seja cometido no exercício da função pública, mas é necessária a comprovação de um nexo funcional entre o crime praticado e o aproveitamento da função pública ou de

atividade de natureza econômica ou financeira para a imposição da medida restritiva.

Questão importante a ser retratada diz respeito a definição e a alcance da definição de exercício de função pública para fins de aplicabilidade da norma em debate.

Segundo Oliveira (2017, p.241),

Por função pública há de se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública. A delimitação de seus contornos conceituais, há de ser encontrada no Direito Administrativo. Compreende-se por função pública, então, toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços prestada pelo servidor público, o que incluiria também o emprego público sob o regime trabalhista”.

Lima (2016, p. 852) por sua vez, acrescenta:

Por óbvio, e como facilmente se deduz da natureza restritiva de direitos dessa função pública é a atividade exercida junto à Administração Pública, em cargo público, ou em mandatos eletivos (não importando se por exercício direto ou por delegação), incluindo-se, aqui os cargos em empresas públicas, podendo ser o agente servidor público estatutário ou celetista. Por atividades econômico ou atividade, se entende aquelas funções que o agente têm o poderio econômico-financeiro, muito comum nos chamados crimes do “colarinho branco”, podendo ser ligado a instituições financeira públicas do Sistema Financeiro Nacional, ou atuação em Ministérios, Secretárias, bancos e cooperativas estatais, por exemplo.

Não há óbice à imposição da medida também quanto a quem não ostenta a condição de funcionário público, conforme Avena (2017), pois além de contemplar a suspensão do exercício da função pública alcança também a suspensão de atividade de natureza econômica, o que permitiria a inclusão do particular no exercício de sua profissão.

Questão controversa diz respeito a aplicabilidade da medida de suspensão aos parlamentares federais e estaduais, tendo em vista a imunidade processual decorrente do disposto no artigo 53, §2º, CF e 27, §1º, CF.

Sanguiné (2014) e Badaró (2011) compartilham o entendimento que a medida alternativa de suspensão não pode ser aplicada á funções públicas decorrentes de mandatos eletivos. Segundo os respeitados autores em razão da investidura popular no mandato eletivo não pode haver suspensão ou perda senão a título de pena, em virtude de sentença condenatória definitiva por crimes praticados no exercício da função.

Em sentido oposto, Avena (2017, p.919), entende que as medidas alternativas de suspensão podem ser aplicadas aos parlamentares:

Isto porque tanto a prisão preventiva quanto as demais previsões incorporadas ao art. 319 do CPP possuem natureza cautelar. E, dentre essas cautelares, a única restringida pela Constituição Federal é a prisão, que é cabível para os Congressistas apenas no caso de flagrante de crime inafiançável. Logo, em tese, os demais provimentos elencados no sobredito artigo não produzem qualquer imunidade, podendo ser requeridas e impostas. O mesmo raciocínio aplica-se aos deputados estaduais, por força do art. 27, §1º, da Constituição Federal.

Por fim, observa Badaró (2011) que na decretação da medida deve o juiz atentar para a fixação de prazo determinado, máximo, de duração da medida, sem prejuízo de prorrogá-la ao término deste.

4.6.7 Sétima medida cautelar: Internação provisória (art. 319, VII, CPP)

A sétima medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso VII, do artigo 319, do CPP, determina a 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.

Uníssona a doutrina pátria quanto à medida em comento vir a suprir uma lacuna na legislação processual desde a revogação tácita, pela Lei de Execuções Penais (Lei. 7210/1984 dos arts. 378 a 380).

Em decorrência dessa revogação restava ao Poder Judiciário como alternativa única a decretação da prisão preventiva aos imputados doentes mentais. De acordo com Nucci (2014), com o novo dispositivo (art.319, VII, CPP), permite-se a internação provisória em estabelecimentos adequados e separados do cárcere.

Sua aplicação, entretanto, exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- crime cometido como violência ou grave ameaça à pessoa;
- inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia;
- risco de reiteração criminosa.

Diversos problemas são apontados pelos doutrinadores no que pertine a aplicabilidade da medida. A primeira crítica que surge diz respeito a ausência de prazo determinado para a aplicação da internação provisória, tal como ocorre com a prisão preventiva.

Sanguiné (2014) ressalta que a duração da medida está condicionada à permanência de suas finalidade e pressupostos, não podendo, de qualquer modo a razoabilidade inerente à prisão cautelar. A medida cessará com a extinção do processo ou com a sentença absolutória do acusado, conforme disposto no artigo 386, § único, inc. II c/c os arts. 397, inc. II e 415, § único, todos do CPP.

O segundo problema refere-se à presença da perícia para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, tanto sob aspecto da estrutural de se atender a demanda em caráter cautelar, haja vista que normalmente os laudos técnicos dos órgãos periciais estatais são conhecidos por sua demora, quanto pela subjetividade e riscos inerentes a avaliação subjetiva e retroativa.

Lopes Jr (2011) afirma que agrega-se a ‘estigmatização’ e o rótulo de inimputável que o laudo provisório impõe ao acusado, eis que antecipadamente rotulado de “doente mental”, bem como a situação preocupante em que se encontram os manicômios judiciários.

Nesse contexto, com propriedade, afirma Nucci (2014, p.92) que

Apesar de se exigir a conclusão pericial da inimputabilidade ou semi-imputabilidade para a adoção da medida, conforme o caso, deve o juiz valer-se de seu poder geral de cautela, determinando a internação provisória, antes mesmo do laudo ficar pronto, pois é incabível manter-se em cárcere comum o doente mental que exiba nítidos sinais de sua enfermidade. Sendo necessário, pode-se colher um parecer médico prévio ou fiar-se em documentos obtidos por médico particular para se chegar a tal medida, em caráter urgente.

Com relação ao local de cumprimento da internação provisória observa Badaró (2011) que a internação poderia ser feita no mesmo local destinado às medidas de segurança definitivas, isto é, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, na falta, em outro estabelecimento adequado (art. 96, incs. I e II do CP, e art. 99 da LEP). Admite-se, ainda, a internação em tratamento ambulatorial e, até mesmo em hospital ou clínica particular, diante da inexistência de vaga.

A terceira questão debatida se refere à previsibilidade do ‘risco de reiteração’, requisito completamente subjetivo e impossível de ser aferido. Lopes Jr (2011)

assevera que se estabelece uma espécie de “louco temporário” que deverá ter sua periculosidade aferida por algum “periculosômetro”.

Sanguiné (2014), em sua obra “Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais”, apresenta interessante estudo a respeito da periculosidade criminal como indício do risco de reiteração delitiva e a insuficiência dos métodos de prognóstico, apresentando, entre outros, as dificuldades para a determinação do prognóstico científico sobre a probabilidade de cometer delitos no futuro.

Segundo o renomado autor, ao longo do tempo esse conceito de periculosidade está sendo substituído pelo novo conceito de “avaliação do risco”,

Ou seja, um novo método de operacionalizar a antecipação da conduta delitiva, que tem maior eficácia preditiva. Em síntese, nestes casos, o que entra em consideração não é estabelecer uma probabilidade numérica de que o sujeito voltará a cometer delitos, mas de determinar a existência de certas circunstâncias concretas do caso que permitem afirmar que, desde o ponto de vista normativo, surge uma situação na qual correr o risco de cometimento de um novo delito resultaria intolerável. (SANGUINÉ, 2014, p.755)

Os critérios normativos citados por Sanguiné estão previstos nos artigos 282, inc.II, do CPP – indicadores genéricos do risco de reiteração delitiva, adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indicado ou acusado.

Estabelece, ainda, o artigo 319, do CPP os pressupostos específicos para a medida de internação provisória, também indicadores do *periculum libertatis* (*risco de reiteração delitiva*): crimes praticados com violência ou grave ameaça; sujeito inimputável ou semi-imputável (art.26, do CP).

Assim sendo, deverá o magistrado da causa, avaliar e utilizar desses critérios gerais e específicos quando da análise do risco de reiteração para fins de aplicação da internação provisória ao inimputável e semi-imputável prevista no artigo 319, inc. VII, do CPP.

Por derradeiro, insta consignar duas situações alertadas por Lopes Jr. (2011). A primeira diz respeito aos cuidados que se deve ter na aplicação da medida ao semi-imputável, submetido a internação cautelar em manicômio. Isto porque, em caso de condenação, este não será internado, em razão da redução de pena de um a dois terços, sem internação. Ainda segundo o autor, considerar-se-á, ainda que o fator de redução de pena poderá ensejar medida menos gravosa.

A segunda, resulta na crítica ao legislador diante da lacuna legal, não fazendo distinção ente a inimputabilidade existente na época do fato e a superveniente, que ocorre no curso do processo, caso de aplicabilidade do disposto no artigo 152, do CPP (suspensão do processo até o restabelecimento). Cria-se a situação peculiar de o processo poder ficar indefinidamente suspenso, diante das dificuldades no tratamento das patologias mentais, sua cura e controle. Diante da lacuna da norma, propõe Lopes Jr. (2011) que diante de caso de superveniência de doença mental deverá o processo ser suspenso, cessando a internação provisória.

4.6.8 Oitava medida cautelar: Fiança (art. 319, VIII, CPP)

A oitava medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso VIII, do artigo 319, do CPP, prevê a aplicação de fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Consenso doutrinário que a Lei 12.403/2011 tratou de revitalizar e readequar o instituto da fiança, ampliando suas hipóteses de cabimento e instrumentalidade ao devido processo penal. Com as alterações a fiança deixou de ser a única medida cautelar diversa da prisão, adquirindo nova utilidade, eis que pode ser decretada mesmo que ausentes os motivos da prisão preventiva, conforme dispõe o art. 321, CPP.

E assim restou claro com a nova redação do artigo 321, CPP ao prescrever que não havendo motivos para a prisão preventiva o juiz poderá conceder a liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão, incluindo a fiança.

Assim, com as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011, a fiança pode ser aplicada em duas situações:

- aplicada no momento da concessão da liberdade provisória – art. 310, portanto, como condição imposta neste momento e vinculada à liberdade provisória;

- como medida cautelar autônoma alternativa à prisão (art. 319, VIII, CPP), mesmo se inexistentes motivos para a decretação da prisão preventiva.

Conceito: segundo Nucci,

Trata-se de uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecerem liberdade, no transcurso do processo criminal. (NUCCI, 2017, P.836)

Lopes Jr. define:

A fiança é uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestado pelo imputado e que se destina, inicialmente, ao pagamento das despesas processuais, multa e indenização, em caso de condenação, mas também, como fator inibidor da fuga. Ou seja, é a fiança, considerando o elevado valor que pode atingir, um elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação. (LOPES JR., 2014, p.160).

Características da fiança: as características mais relevantes da fiança estão bem resumidas por Sanguiné (2014, p.775):

- a) a fiança pode ser aplicada a quaisquer crimes, independentemente de sua gravidade, exceto nos casos de infiançabilidade constitucional (incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da CF;
- b) a fiança passa a constituir uma medida cautelar alternativa autônoma;
- c) a fiança poderá ser imposta ao investigado ou acusado que esteja em liberdade, abandonando-se a sistemática anterior de que somente se destinava a substituir a prisão em flagrante;
- d) a fiança poderá ser aplicada cumulativamente com outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, por exemplo, com a medida alternativa de recolhimento domiciliar noturno, salvo se houver incompatibilidade lógica entre as medidas, como seria a hipótese de cumulação da fiança com a prisão preventiva, com a prisão domiciliar e com a internação provisória de inimputável ou semi-imputável, pois impor maiores restrições além da privação da liberdade significaria impor a título cautelar uma medida mais gravosa que a própria pena definitiva em afronta ao princípio da proporcionalidade.

Finalidades da fiança: Frente às alterações introduzidas pelo artigo 319, VIII, do CPP a fiança será imposta para:

- a) assegurar o comparecimento do indivíduo a atos do processo: principal finalidade da fiança, cuja fixação também deve atentar a situação econômica do sujeito, tende este, certamente, o interesse em não se ausentar do processo, para não correr risco de quebra da fiança, com perda da metade de seu valor e ainda a possibilidade de ver decretada a prisão preventiva;
- b) evitar a obstrução do seu andamento; considerada qualquer ato praticado pelo acusado em prejuízo ao andamento regular do processo, como por exemplo, retardando a prática de atos a seu cargo, requerendo diligências infundadas, ...
- c) em caso de resistência injustificada à ordem judicial: nessa hipótese, a fiança poderá servir de medida sucedânea de outras cautelares diversas da prisão.

Hipóteses de cabimento: a determinação das hipóteses de cabimento da fiança, se dá pela leitura, *contrario sensu*, dos artigos 323 e 324 do CPP, que regulamentam as hipóteses legais de inafiançabilidade, ou seja todas as demais hipóteses onde não há vedação legal à concessão de fiança serão de infrações afiançáveis (MARCÃO, 2011). Vejamos os dispositivos do CPP:

Art. 323. Não será concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes de racismo; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - em caso de prisão civil ou militar; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Além das situações descritas nos artigos 323 e 324, do CPP, há outras exceções em que não é admissível a concessão da fiança (SANGUINÉ, 2014). São elas:

- a) crimes aos quais não seja cominada pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, do CPP), pois seria desproporcional a restrição antecipada de direitos;
- b) quando for cabível a transação penal e aceita proposta de suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95);
- c) crimes culposos, ressalvada a hipótese excepcional de prognóstico de aplicação de pena privativa de liberdade em razão das condições pessoais do imputado;
- d) crimes em que há vedação da fiança (arts. 323 e 324 do CPP).

Arbitramento e valor da fiança: o legislador conferiu autonomia à fiança que poderá ser aplicada de forma isolada ou cumulativa com outras cautelares (arts. 282, §1º, e 319, § 4º, ambos do CPP).

A fiança poderá ser arbitrada e fixada pela autoridade policial ou concedida pelo juiz de direito, *ex officio*, ou por provocação do preso de seu defensor ou terceiro em seu nome, ou do Ministério Público (MARCÃO, 2011).

Em se tratando de autoridade policial a lei estabelece uma limitação (art. 322 do CPP), somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, observando-se a vedação

estabelecida pelo art. 324, inciso IV, do CPP, casos de inafiançabilidade quando presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

A autoridade policial, entretanto, não detém o poder de dispensar a fiança, prerrogativa do juiz de direito, ex vi do disposto no artigo 350, §1º, do CPP.

Por certo, haverá o controle judicial da fiança concedida pela autoridade policial pelo Juízo competente para o recebimento e decisão da homologação ou não do auto de prisão em flagrante. Nessa oportunidade o magistrado poderá concordar com a fiança prestada, modificar seu valor, cumular com outra medida alternativa à prisão, ou até mesmo substituí-la por outra medida.

Prisão em flagrante delito: nesses casos a autoridade policial que tenha presidido o auto de prisão em flagrante terá a atribuição para conceder a fiança.

Prisão resultante de mandado judicial: o juízo competente para concessão de fiança será o que expediu o respectivo mandado. Se não o tiver feito, o juiz ou autoridade policial a quem tiver sido requisitada a prisão (art. 332, CPP) (LIMA, 2016).

Denegação da fiança quando cabível: poderá ensejar a responsabilização da autoridade policial ou judicial por crime de abuso de autoridade (art. 4º, alínea 'e', da Lei n.4.898/1965).

A recusa ou o retardamento indevido pela autoridade policial ou judicial para a concessão da fiança, poderá ensejar o relaxamento da prisão, sendo cabível a impetração de *habeas corpus*.

Valor da fiança: as modificações impostas pela Lei 12.403/2011 atualizaram os valores máximos da fiança. Para sua determinação a autoridade deverá levar em conta a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, conforme critérios definidos pelo artigo 326, do CPP.

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

No que tange ao valor a regra a ser seguida está prevista no artigo 325, do CPP:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O critério adotado com a nova lei é o da capacidade ou status socioeconômico do preso para aumentar, reduzir ou até mesmo dispensar a fiança.

A lei, entretanto, admite exceção – dispensa da fiança em razão da situação econômica precária do preso, prevista no artigo 350 do CPP. Assim, em casos em que couber fiança, o juiz, e somente este, após acurada análise da situação econômica precária do preso, poderá conceder a liberdade provisória, dispensando-o da fiança, porém podendo aplicar outras medidas cautelares diversas.

Momento da prestação da fiança: conforme as novas regras introduzidas pela Lei 12.403/2011 a fiança poderá ser prestada:

a) após a prisão em flagrante delito; como medida cautelar prevista no artigo 319, inc. VIII, do CPP, nesses casos será concedida mediante restrições ou ônus ao imputado, embora algumas vezes incida como alternativa à prisão preventiva (LIMA, 2016, p. 262).

Por se tratar de medida cautelar é cabível em qualquer fase da persecução penal, e poderá ser prestada até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 334, CPP), inclusive na pendência de recurso extraordinário. Sujeita-se, como

as demais medidas cautelares alternativas à prisão, aos princípios gerais da necessidade e variabilidade (art. 282, inc. I e §5º, do CPP).

4.6.9 Nona medida cautelar: Monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP)

A nona medida cautelar diversa da prisão prevista no inciso VIII, do artigo 319, do CPP, prevê a monitoração eletrônica.

A utilização do sistema de monitoramento eletrônico, popularmente conhecida como 'pulseiras, colares ou tornozeleiras consiste em um sistema de vigilância tecnológica aplicada ao investigado ou processado que gera controvérsia em razão de se tratar de medida considerada infamante que pode atentar a dignidade humana. Em síntese consiste na colocação no corpo do acusado de uma tornozeleira ou pulseira eletrônica para localizá-lo.

Existente e aplicada nos Estados Unidos da América desde a década de 1960, é contestada em países como Portugal. Atualmente com a evolução do GPS tornou-se um sistema mais seguro, barato e de fácil aplicação passando a ser utilizada em vários países, como Grã-Bretanha, Canadá, Austrália, Nova Zelândia.

Sua importância é retratada por Sanguiné:

Os avanços tecnológicos podem facilitar a redução da superpopulação carcerária ou o esvaziamento dos cárceres com a supressão dos muros físicos e sua substituição pelos muros eletrônicos com iguais ou maiores garantias na custódia e o controle dos presos e a redução dos custos econômicos. Também funciona como mecanismo que evita a dessocialização e a estigmatização do imputado. (SANGUINÉ, 2014, p.779).

A medida, entretanto, é extremante polêmica. Karam questiona a própria constitucionalidade do monitoramento eletrônico:

O monitoramento eletrônico não é apenas a ilegítima intervenção no corpo do indivíduo condenado, a desautorizada invasão de sua privacidade, a transformação do seu antes inviolável lar em uma quase-prisão, em uma filial daquela que era a instituição total por excelência. (...) O controle vai muito além. Espraia-se pelos mais diversos espaços privados e pelo espaço público. Ultrapassa os limites do sistema penal regular. Atinge não apenas os selecionados indivíduos que, processados perante a justiça criminal, cumprem o papel de 'criminosos' (não necessariamente apenas os efetivamente condenados, bastando que figurem como réus em um processo penal condenatório). O monitoramento, introduzido com as pulseiras eletrônicas destinadas a controlar condenados cumprindo a pena e réus sob ameaça de sofrê-la, avança para outros campos e se soma especialmente às disseminadas câmeras de vídeo, transformando ou não – em um espaço observado por invisíveis agentes do Estado, particulares a seu serviço, ou quaisquer outros detentores do poder. O panóptico já não

precisa se instalar em um lugar fechado, no interior dos muros da prisão, no interior da instituição total. O controle já pode estar por toda parte. A sociedade como um todo já pode ser a própria instituição total. Nem mesmo a manifesta exibição da perspectiva do controle total, nem mesmo a ilegítima intervenção no corpo do indivíduo vigiado, nem mesmo a desautorizada perda da privacidade impedem que a enganosa publicidade que sustenta o sistema penal apresente o monitoramento eletrônico como um avanço no sentido da “humanização da pena”, tampouco impedindo que pretensos formadores do sistema penal – mas sempre a ele apegados – apressadamente o aplaudam como a “bondosa” alternativa à pena privativa de liberdade. Os dominados pela enganosa publicidade, os assustados com os perigos da “sociedade do risco”, os ansiosos por segurança a qualquer preço, e, com eles, os aparentemente bem-intencionados reformadores do sistema penal, não percebem os contornos da nova disciplina social, não percebem as sombrias perspectivas do controle na era digital, não percebem a nítida tendência expansionista do poder punitivo em nosso “pós-moderno” mundo. (KARAM apud. MACIEL, 2011, p.187).

Em nosso país o monitoramento eletrônico foi introduzido pela Lei 12.258/2010, a qual permitiu a vigilância dos condenados em duas situações específicas: saída temporária no regime aberto e prisão domiciliar (art.146-B, Lei de Execuções Penais).

Com o advento da Lei novos caminhos se abriram, como ressalta Nucci

Surge, agora, a monitoração eletrônica, como medida cautelar, servindo para fiscalizar os passos do indiciado ou réu. Pode ser que, nessa hipótese, o juiz deixe de fixar a prisão preventiva, optando pela monitoração eletrônica, e com isso, diminuindo a população carcerária. (NUCCI, 2014, p.93).

Inobstante, adverte Nucci, “entretanto a lei processual não fornece parâmetros para a aplicação dessa nova medida cautelar, ficando ao critério de cada magistrado regular suas condições e limites.” (NUCCI, op.cit. p.93).

A regulamentação do monitoramento eletrônico veio em 24 de novembro de 2011 com o Decreto 7.627, que se limitou a deixar nas mãos dos órgãos do sistema penitenciário, a administração o controle e a execução da medida e a preservação da integridade física, moral e social dos monitorados.

O sistema adotado pelo legislador nacional permite a aplicação da medida como instrumento que permite a vigilância ininterrupta do sujeito servindo como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações penais. Estende-se sua atuação como forma de controlar outras medidas alternativas, como por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares, ou de ausentar-se do país ou da comarca.

Assim como as demais medidas cautelares alternativas à prisão, sua aplicação exige a presença do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

Por fim, complementa Gomes & Marques (2011, 187)

A monitoração pela abrangência que possui (o indiciado ou acusado será monitorado em todos os seus passos), é medida que se presta a todas as finalidades das cautelares – garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal – pois permite aos controladores verificar se o preso continua praticando infrações penais, ou se está exercendo atos indevidos de obstrução às investigações, ou ainda, se está cometendo atos indicativos de fuga. Ao contrário da Lei de Execução Penal, o CPP não disciplinou como se dará essa monitoração. Não estabeleceu, por exemplo, deveres ao monitorando. É certo que se o indiciado/acusado frustrar a monitoração, a medida poderá ser revogada, com decretação de prisão preventiva se for o caso.

4.6.10 Décima medida cautelar: Proibição de ausentar-se do país (art.320, CPP)

A décima medida cautelar alternativa à prisão preventiva, prevista no artigo 320 do CPP, prevê a proibição de ausentar-se do país. Optou o legislador por tratá-la em artigo específico, em separado do rol previsto no artigo 319 do CPP.

Esta medida vinha sendo aplicada em casos específicos pelos magistrados, fundado no poder geral e de cautela quando havia indícios que o acusado pretendia sair do país, determinando a entrega do passaporte. Entretanto os Tribunais Superiores mantinham posicionamento majoritário no sentido que a entrega do passaporte não poderia ser condição para não se decretar ou para revogar a prisão preventiva, por ausência de previsão legal.

A divergência restou superada com a entrada em vigência da Lei 12.403/2011, passando a ser cabível a proibição de ausentar-se do país com a determinação de entrega às autoridades do respectivo passaporte, havendo indícios concretos de indicação de fuga.

Segundo Nucci (2017), como regra, destina-se aos crimes econômicos e financeiros, onde está presente o poderio do acusado para a fuga ao exterior; roubadores e ladrões comuns, dentre outros, não têm cacife para essa espécie de estratégia.

Por fim, complementa Avena que a medida de proibição de ausentar-se do país deve atender aos comandos do artigo 282, do CPP, especialmente:

- 1) Observância dos princípios da necessidade e adequação.
- 2) Possibilidade de sua aplicação isolada ou cumulada com outra medida (§1º);
- 3) Legitimidade do juiz para decretá-la ex officio, apenas, no curso do processo, quando, também, poderá ser requerida pelo Ministério Público, pelo querelante ou pelo assistente de acusação. No decorrer das investigações policiais, sua aplicação, em regra, exige representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público;

Não atendida, injustificadamente, a intimação para entrega do passaporte no prazo estipulado (24 horas), poderá o juiz, a nosso ver, decretar incontinenti a prisão preventiva do agente. Afinal, ressalvadas peculiaridades do caso concreto, é certo que a natureza da medida imposta e o subsequente comportamento do agente (não efetuando a entrega do passaporte apesar de intimado para esse fim) afastam, em tese, a cogitação quanto à possibilidade de substituição ou da cumulação da medida com outra nesse caso. (AVENA,.op.cit.,p.926).

5 A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR NO ATUAL SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL

5.1. Panorama do Sistema Carcerário Nacional

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF, órgão do Conselho Nacional de Justiça publicou o último e mais atualizado estudo sobre a população carcerária no Brasil.⁷

Naquele ano o país contava com 563.526 (quinhentos e sessenta e três mil quinhentos e vinte e seis) pessoas encarceradas, sendo que destas 41% reclusas provisoriamente.

Neste número estarrecedor não estão contabilizadas as prisões domiciliares que nos idos de 2014 contabilizavam uma população de 147.937 (cento e quarenta e sete mil novecentos e trinta e sete) pessoas.

A capacidade de vagas no sistema penitenciário brasileiro atingia, em 2014, em sua plenitude, atingia 357.219 (trezentos e cinquenta e sete mil duzentas e dezenove) vagas. Um déficit de 206.307 (duzentos e seis mil trezentos e sete) vagas.⁸

Isto não se levando em consideração o número de Mandados de Prisão pendentes de cumprimento (373.911), o que implica em um *déficit* total de 728.235 vagas.

O Brasil, em comparação com os demais países do mundo, ocupa a 4ª colocação no ranking de pessoas presas, atrás somente dos Estados Unidos (2.228.424), China (1.701.344) e Rússia (676.400).

Em resumo, o sistema carcerário brasileiro apresenta a seguinte situação:

População no sistema prisional = 563.526 presos

Capacidade do sistema = 357.219 vagas

Déficit de Vagas = 206.307

Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil = 147.937

⁷ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

⁸ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

Total de Pessoas Presas = 711.463

Déficit de Vagas = 354.244

Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP = 373.991

Total de Pessoas Presas + Cumpr. de Mandados de Prisão em aberto =
1.085.454

Déficit de Vagas = 728.235

5.2 Falência do sistema prisional

A explosão da população carcerária no país encontra suas razões em diversos fatores, que vão da total inoperância ou incompetência estatal na gestão do sistema penal e prisional, ao abuso e excesso na aplicação de prisões cautelares pelo Judiciário, entre outros.

O certo é que o cenário carcerário brasileiro das últimas décadas permitiu o surgimento de grupos criminosos organizados, como o temível Primeiro Comando da Capital (PCC) com origem no estado de São Paulo, hoje presente em inúmeros estados da federação.

De conhecimento público a perda do controle do Estado sobre as penitenciárias, dominadas e divididas em facções geradoras de verdadeiras barbáries como os massacres recentemente ocorridos em prisões de Manaus (56 mortes), Boa Vista e Natal, onde presos mortos brutalmente, com suas cabeças ceifadas, membros despedaçados, tudo filmado e transmitido pelos próprios presidiários.

Se de um lado é inegável o domínio das facções criminosas, de outro, há as questões desumanas a que estão submetidos os reclusos. Em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental movida pelo PSOL junto ao Supremo Tribunal Federal, em 2015, consta detalhado estudo sobre as condições indignas de nossos presídios:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste

cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.⁹

A questão proposta pelo PSOL foi objeto de deliberação do plenário do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

As autoridades públicas, mormente Ministros da Suprema Corte, vêm, reiteradamente, e publicamente se manifestando sobre o caos do sistema penitenciário.

Gilmar Mendes, Ministro do STF, já ressaltou que “a pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia.”¹⁰

Talvez a mais impressionante declaração tenha vindo do próprio, então Ministro da Justiça em 2012, José Eduardo Cardozo, que publicamente admitiu serem as prisões brasileiras verdadeiras “masmorras medievais”, afirmando que preferia morrer a ser preso numa delas.¹¹

Pois é neste cenário de caos do sistema prisional que adquire extrema importância a aplicabilidade das medidas cautelares alternativas à prisão

5.3 O punitivismo do Estado e o uso abusivo das prisões cautelares

No contexto prisional retratado, com razão, Sanguiné (2014) quando aduz que a pergunta a ser feita, no campo da política criminal, é: “todas essas prisões são realmente adequadas e necessárias?”

E o próprio autor responde, logo adiante:

“A resposta, obviamente, é negativa. Há um excesso por parte de alguns magistrados do País. Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente antes mesmo de serem condenadas. A prisão processual tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira. (SANGUINÉ, op.cit.p.15).

Bitencourt, em texto irretocável sobre o sistema prisional traz considerações

⁹ Disponível em '<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>'.

¹⁰ Gilmar Ferreira Mendes. “Segurança Pública e Justiça Criminal”, disponível em “<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>”.

¹¹ O Globo. “Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras”. Nov.2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>>.

importantes quanto ao punitivismo e o uso abusivo das prisões cautelares:

O Poder Público, incluindo o próprio Supremo Tribunal Federal, faz um discurso reformador e humanizador do sistema penitenciário, mas, na prática, adota política inversa, qual seja, restringindo e dificultando o uso do habeas corpus, ampliando o uso da prisão provisória (antes do trânsito em julgado), aumentando o encarceramento de pessoas que da prisão não precisam; enfim, contribui diretamente para o agravamento dessas crise, da qual o massacre da Penitenciária de Manaus representa apenas uma pequena amostra, como já ocorreu no Carandiru, entre outras tantas, que logo acabam esquecidas pelas autoridades brasileiras. Por isso, essas preocupações formais ou institucionais de sua Presidente visitando algumas penitenciárias em nada contribui com a diminuição e/ou humanização das prisões brasileiras, enquanto o próprio STF não adotar uma política concreta de redução das prisões cautelares que, ao contrário do que se comenta, representam mais da metade da massa carcerária (Bitencourt, 2017).

Estamos diante de um “sistema caótico”, “patológico”, assim definido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz, nos debates sobre o sistema prisional brasileiro ocorrido no 23º Seminário Internacional de Ciências Criminais em 31/08/2017. Na oportunidade o Ministro afirmou que o regime penal brasileiro ‘contradiz sua função’, descumpra a ‘duração razoável da prisão preventiva’ e tornou o garantismo pleno uma ‘utopia’.

O punitivismo e o uso abusivo das prisões pelo Judiciário brasileiro é assumido pelo eminente Ministro:

“Eu me sinto envergonhado de votar, muitas vezes, contra a concessão de Habeas Corpus. Como integro órgão colegiado e faço parte de um sistema caótico, patológico, nós acabamos aceitando uma jurisprudência que se criou que tem como critério a razoabilidade. Não é raro nós, do STJ, e ministros do Supremo (Tribunal Federal) também, mantermos prisões que já duram anos”. (Luchete, 2017)

5.4 A importância das medidas cautelares alternativas à prisão no atual sistema punitivista e carcerário nacional

Neste contexto de caos penitenciário adquire fundamental importância à aplicação de alternativas à prisão cautelar, introduzidas pela Lei 12.403, de 2011.

Por muito tempo parte do Poder Judiciário adotou o princípio da prisão cautelar como regra, critério desalinhado com a presunção de inocência e com a proporcionalidade exigida quando da restrição antecipada da liberdade.

A lei 12.403/2011 representa um enorme avanço na aplicação de um sistema penal mais justo e proporcional, aproximando-se dos fundamentos e garantias estabelecidas pela Constituição Federal.

O princípio que deve vigorar é a liberdade como regra, a prisão cautelar como *ultima ratio* e, as medidas cautelares diversas da prisão elencadas nos artigos 319 e 320 do CPP, atendem, na plenitude, esses valores.

Sanguiné, com propriedade, destaca:

A recente reforma operada pela Lei n.12.403/2011 introduziu um amplo rol de medidas cautelares alternativas à prisão, menos gravosas e menos estigmatizantes, asseguradoras do efetivo comparecimento do imputado no julgamento e que, ao mesmo tempo, evitam o “contágio criminal” carcerário entre presos provisórios e apenados. Convém recordar que o encarceramento incrementa a reincidência, pouco importando se trate de prisão cautelar ou de prisão-pena. Além disso, uma das maneiras efetivadas pela qual é possível conter, na prática, o uso abusivo da prisão cautelar consiste em escapar de uma radical bipolaridade político-criminal: prisão-liberdade provisória e criar um rol de medidas cautelares alternativas à prisão. (SANGUINÉ, 2014, p.680).

No entanto, conforme visto nos itens anteriores, há enorme barreira a ser vencida junto ao Judiciário e à sociedade, para que os magistrados apliquem, ao apreciar o caso em concreto, a política da Constituição Federal, afastando-se dos atuais critérios adotados voltados a uma política de segurança pública (instrumento de contenção do avanço da criminalidade).

As medidas alternativas ao cárcere provisório estão plenamente à disposição das autoridades judiciais, devendo ser aplicadas de forma proporcional e imparcial, com absoluta supremacia à privação da liberdade.

Por evidente que a opção pelas medidas alternativas ao cárcere exige do Estado (*lato sensu*), representado pela Justiça, sistema penitenciário, órgãos policiais, entre outros, esforços conjuntos para permitir a eficácia das medidas, estabelecendo critérios viáveis de controle, fiscalização e cumprimento das medidas.

Não é incomum ouvir vozes contrárias ao sistema alegando, entre outros, a impossibilidade de seu funcionamento a exigir grau de recursos (humanos, materiais), indisponíveis no momento de crise atual.

Trata-se de discurso voltado unicamente a preservação de um Estado cada vez mais policialesco e totalitário, distante dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, cujos alicerces estão esculpidos na preservação da liberdade e da dignidade humana. Ademais, é justamente o oposto, tais medidas, uma vez implantadas, entre outras vantagens, implicam em economia ao erário, uma vez que a manutenção de um preso no sistema carcerário requer custos altíssimos, sem qualquer retorno quanto a prometida ressocialização e reinserção à sociedade.

6 CONCLUSÃO

Segundo Sanguiné (2014), a regulamentação da prisão provisória revela claramente se o Estado é um Estado de Direito ou um Estado Autoritário.

O ordenamento jurídico processual penal brasileiro de onde provem as normas materiais que disciplinam a aplicação da prisão cautelar remonta a um período de Estado Totalitário (1941), período da 2ª Guerra Mundial, com visível inspiração fascista.

A inspiração legislativa, portanto, encontra seus parâmetros em um Estado voltado ao controle social – primazia do Estado sobre o indivíduo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiu a necessidade de rever todos os conceitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal de 1941, eis que muitas de suas normas demonstram absoluta incompatibilidade com os fundamentos constitucionais.

No presente trabalho apontamos as inúmeras alterações legislativas ocorridas, muitas tardiamente e de forma incompleta, quanto à autorização cautelar ao Estado para a prisão de um cidadão investigado ou processado, com destaque as alterações decorrentes da reforma processual penal de 2011 por intermédio da Lei 12.403/2011.

As inovações introduzidas pela nova lei de 2011 representam um significativo avanço legislativo, colocando à disposição do Poder Judiciário alternativas à prisão provisória, em um momento de grave crise do sistema penitenciário brasileiro.

Inobstante, passados seis anos da vigência da Lei 12.403/2011, ainda encontramos uma forte resistência dos magistrados na aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, revelado no uso abusivo da prisão preventiva.

O resultado da utilização excessiva e desproporcional da prisão preventiva é constatado pelos números do sistema carcerário divulgados pelo CNJ: no ano de 2014 o país contava com 563.526 (quinhentos e sessenta e três mil quinhentos e vinte e seis) pessoas encarceradas, sendo que destas 41% reclusas provisoriamente.

Prevalece, evidentemente, um discurso punitivista e institucionalizado na prevalência da prisão cautelar sobre a liberdade condicionada ao respeito de medidas cautelares diversas. No Brasil, a prisão cautelar virou a regra, e a liberdade, a exceção, em detrimento aos princípios e fundamentos do Estado Democrático de

Direito, consagrados na Constituição Republicana de 1988, e conquistados a “ferro, sangue e fogo” de muitos cidadãos.

Os critérios precisam e devem ser modificados para que as prisões ditas processuais, provisórias ou cautelares sejam o último recurso disponível ao Estado punitivo.

A Lei 12.403/2011, reaproximou o legislador da Constituição Federal, colocando à disposição do Judiciário um rol de medidas alternativas à prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, que podem ser aplicadas no curso de uma investigação policial ou durante a instrução criminal, preservando a liberdade sob a responsabilidade do investigado ou processado em respeitar integralmente as restrições impostas, sob pena de vê-la revogada, e a prisão preventiva imposta.

E são inúmeras as possibilidades que dispõe o juiz, para em conformidade com o caso em concreto adequar a melhor medida a ser imposta: - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; - 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; - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; - 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; - 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; - monitoração eletrônica; - proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Não se desconhece que na atual sociedade de risco, diante de um discurso

amplo de 'lei e ordem', certamente há receio dos magistrados em deixar em liberdade uma pessoa investigada ou processada por um crime grave. Mais fácil decidir pela segregação, mormente frente à pressão midiática e instantânea pelo qual passará o juiz.

Inobstante este enfretamento é tarefa judicial, no mandato pleno da imparcialidade, pois;

O papel do magistrado em uma sociedade democrática somente terá legitimação constitucional se o juiz criminal observar as regras do Estado Democrático de Direito. Assim, a legitimação do Poder Judiciário se dará na mesma medida em que demonstre aptidão à tutela dos direitos fundamentais do homem, pois é função primordial do magistrado a observância das normas, princípios e garantias constitucionais e as asseguradas nas convenções internacionais. (SANGUINÉ, 2014, p.27)

Impende, portanto, que as inovações apresentadas pela Lei 12.403/2011, no que tange a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão deixem o 'silêncio da escrita' e passem a ser ditas e aplicadas nos autos (casos em concreto).

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo, SP: Método, 2017.

_____. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo, SP: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva**. In VV.AA. Medidas cautelares no processo penal. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Coord. Og Fernandes. São Paulo: RT, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Elseiver, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar. **“Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade”**. Acesso em 6 de jan.de 2017. Disponível em: “<https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>”.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo, SP: Saraiva 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.3-4.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração para a justa causa na ação penal**. Porto Alegre - RS: Elegancia Juris. 2015.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5ª Ed. 8 Tomos. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FOUCUALT, Michael. **Vigiar e Punir**. Petrópolis-RJ: Ed. Vozes, 1983.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direitos dos Presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luis. **Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** 2ª ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal.** 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar.** Niteroi, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 7ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris Editora, 2011.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris Editora, 2011.

LUCHETE, Felipe. **“Ministro do STJ reconhece que faz parte de sistema prisional patológico”.** Acesso em 1/09/2017. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-set-01/ministro-stj-faz-parte-sistema-prisional-patologico>

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011.** São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 4 Volumes. Campinas: Booksseler, 1996.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais.** São Paulo, SP:Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** São Paulo: ATLAS, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** – 17 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017.

_____. **Prisão e liberdade.** – 4ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 4ª ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 21ª ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais** – Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. **Prática de execução das penas privativas de liberdade**. Porto Alegre – RS: Livraria do Advogado. 2009.