

## **MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA**

*Isabela de Andrade Peixoto <sup>1</sup>*

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Lorena, 10º semestre. E-mail: peixotoisabela@outlook.com

### **RESUMO**

O presente estudo pretende a análise acerca das medidas cautelares alternativas à prisão, as quais, diante de um cenário de crescente aumento do número de prisões provisórias no Brasil e na tentativa de minimizar a problemática da superpopulação carcerária, foram trazidas pela Lei 12.403, de 04 maio de 2011. Referida análise obtém respaldo na seara principiológica, através da qual pretende-se analisar a adequação de referidas medidas à constitucionalidade do processo penal brasileiro. Para tanto, expor-se-á acerca dos aspectos gerais inerentes às medidas cautelares alternativas à prisão, mediante a abordagem do contexto sócio jurídico em que se deu o surgimento das medidas cautelares diversas da prisão, suas espécies, requisitos, razões pelas quais foram inseridas à legislação processual penal, apresentação das características inerentes à modalidade cautelar e os princípios norteadores, que as justificam e as endossam. Frente à análise das medidas cautelares, abordar-se-á, ainda, o caráter excepcional e subsidiário conferido à prisão cautelar.

Palavras-chave: Medidas Cautelares Alternativas à Prisão. Lei 12.403/2011. Processo Penal. Princípios do Direito.

<sup>1</sup>Trabalho orientado pela Professora Thalita Silveira

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
-----------------	---

### **CAPÍTULO 1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DAS MEDIDAS CAUTELARES**

1.1 TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL.....	4
1.2 SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO.....	5
1.3 LEI Nº 12.403/2011.....	6

### **CAPÍTULO 2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO**

2.1 CONCEITO.....	7
2.2 DECRETAÇÃO .....	7
2.3 ESPÉCIES.....	8
2.3.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.....	8
2.3.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES.....	9
2.3.3 PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOA DETERMINADA.....	10
2.3.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA OU DO PAÍS.....	10
2.3.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS.....	12
2.3.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.....	13
2.3.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.....	14
2.3.8 FIANÇA.....	16
2.3.9 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA.....	17

### **CAPÍTULO 3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES**

3.1 PROPORCIONALIDADE.....	19
3.2 NÃO CULPABILIDADE.....	20
3.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	21

3.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	22
3.5 MOTIVAÇÃO DA DECISÃO.....	24

#### **CAPÍTULO 4**

<b>PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO CAUTELAR E A EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS.....</b>	<b>25</b>
--	-----------

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>27</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>28</b>

### **INTRODUÇÃO**

Certo é o fato de que o número de detidos no sistema prisional brasileiro atinge elevados patamares, somando mais de 773 mil presos em unidades prisionais e carceragens de delegacias em 2019. Inseridos nesse contexto, encontram-se os presos provisórios, sem julgamento, que representam, atualmente, 33,47% da massa carcerária do país, de acordo com dados referentes a junho de 2019, divulgados em 2020 pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Enfrenta-se uma superlotação nos presídios brasileiros e, nesse sentido, a aplicação, em massa, de medidas cautelares prisionais contribui para que esse cenário perpetue.

Embora o problema seja amplo, considerando a insuficiência de políticas públicas educacionais e ausência de investimentos específicos necessários à manutenção da segurança pública, o sistema de encarceramento desmedido, muitas vezes, contribui, ainda, para o aumento da clientela criminal.

Nesse âmbito, as medidas cautelares alternativas à prisão surgiram, com a Lei 12.403 de 2011, que reconheceu a precariedade do antigo regime de medidas cautelares no que se refere à adequação à Constituição Federal, e resguardou, ao juiz, a possibilidade de aplicação de medidas cautelares outras, que não a prisão.

Nesse sentido, a Lei 12.403, significou grande avanço ao direito processual penal, ao passo que superou a limitação antes existente entre os extremos da prisão e liberdade, proporcionando ao sistema cautelar um leque de medidas cautelares alternativas à prisão.

Por essas razões, torna-se relevante a análise das modalidades cautelares alternativas à prisão, sobretudo mediante a ótica principiológica e o respaldo constitucional.

## **CAPÍTULO 1 - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **1.1 Tutela cautelar no Processo Penal**

Nos termos do assertivo ensinamento de Sznick (1995, p. 286), “cautelares penais são medidas que se destinam a assegurar o resultado efetivo do processo, impedindo que a ação do tempo possibilite tornar inútil a decisão final. ”

Para Cabette (2013, p. 9),

“[...] cautelares penais são providências instrumentais que visam garantir o bom andamento processual, assegurar os resultados finais desejados em um processo penal justo, garantir o ressarcimento de danos provocados pelo ilícito e ainda, em certos casos especiais, acautelar o meio social com relação à prática de infrações penais de forma incontida. ”

Até o advento da Lei 12.403/11, o título IX do Código de Processo Penal trazia a denominação de “Da Prisão e da Liberdade Provisória”, retratando a bipolaridade do sistema processual penal até então vigente. Referida bipolaridade possibilitava ao juiz tão somente a concessão de liberdade provisória ou prisão provisória, sem que houvesse possibilidades menos extremistas para que um acusado permanecesse no aguardo de seu julgamento de maneira eficaz e segura aos trâmites processuais.

Explana Cabette (2013, p. 84) no sentido de que referido sistema limitado não convergia com as garantias e direitos fundamentais constitucionalmente previstos, o que não conferia a adequada proporcionalidade na adoção das medidas cautelares, tendo tornado imprescindível uma alteração desse estado de coisas e a regulamentação mais condizente com o sistema constitucional do tema das medidas cautelares no Processo Penal.

Nesse sentido, com o surgimento da Lei 12.403/11, a alteração do título IX do Código de Processo Penal, que passou a intitular-se “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”, marcou a implantação de um sistema processual penal menos limitado, e mais abrangente, que passou a admitir, também no CPP, considerável diversidade de medidas cautelares outras, que não a prisão.

Trata-se, conforme os ensinamentos de Bedaque (1997, p. 53),

“[...] de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela.”

## **1.2 Superlotação no sistema carcerário**

Conforme anteriormente mencionado, o número de presos provisórios no Brasil é inquestionavelmente exorbitante, tendo atingido, em 2019 a marca de 253.963 presos provisórios, que representam 33,47% do total de 773 mil presos em unidades prisionais e carceragens de delegacias.

Conforme expõe Cabette (2013, p.1):

“O abuso das prisões provisórias, dentre elas o flagrante, a temporária e a preventiva, acarretou na superlotação de nossos presídios, anulando a capacidade de ressocialização dos presos e gerando revolta e reincidência”.

Atualmente, o Brasil é o terceiro país com a maior população de presidiários no mundo, de acordo com o Instituto de Políticas Criminais e de Justiça da universidade britânica de Birbeck (CNJ, 2020). Adstrito a tal fato, verificam-se os dados trazidos pelo Atlas da Violência, em 2018, que apontou o Brasil como um dos dez países mais violentos do mundo.

O que se teme é que as prisões cautelares passem a inserir indivíduos em um espaço que pode funcionar como escola de criminalidade para encarcerados provisórios, que, por vezes, não seriam dotados de suficiente periculosidade para tanto.

À época do advento da Lei 12.403/11, existia um certo embate na doutrina e jurisprudência entre o garantismo e o punitivismo; presunção de inocência e segurança pública.

Foi nesse âmbito, na tentativa de excepcionar a prisão enquanto resposta cautelar penal, que surgiram as medidas cautelares alternativas à prisão, com a Lei 12.403/2011, tendo disponibilizado alternativas a fim de evitar o encarceramento do indiciado ou acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### **1.3 Lei n.º 12.403/2011**

Em 2011, diante do cenário normativo anteriormente apresentado, surgiu a Lei nº 12.403 de maio 2011, para fazer jus à constituição de 1988, conferindo nova realidade para o sistema processual penal. Assim, diante da superlotação do sistema carcerário somado ao fato de que grande parte da população carcerária era constituída por presos cautelares, bem como frente à necessidade de se promover um Processo Penal mais adequado à Constituição, veio à tona a imprescindibilidade de se desconstruir esse cenário, resguardando ainda a função das medidas acautelatórias, que não poderiam passar a funcionar como antecipação da pena.

O Congresso Nacional, então, reavaliou um antigo projeto de lei, dando vida à Lei 12.403/2011. Referida lei, resultado do Projeto de Lei 4.208/2001, tinha por escopo proporcionar ao Processo Penal a possibilidade de aplicação de medidas cautelares que funcionassem como alternativas às medidas acautelatórias prisionais.

Com o advento de referida lei, tão somente passou a ser possível a prisão antes da condenação definitiva em três hipóteses: prisão preventiva, prisão temporária e flagrante delito.

Um dos objetivos da Lei, portanto, era, de fato, a alteração da realidade carcerária do Brasil.

Além disso, referida lei atestou a premissa de que a prisão tão somente deveria ser determinada em última hipótese, tratando-se de medida de *última ratio*.

Demais disso, implantou-se uma tentativa de respeito ao princípio da proporcionalidade, ao mencionar que as medidas cautelares deveriam ser aplicadas conforme a necessidade e adequação à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e condições do indiciado ou acusado.

Em suma, a lei 12.403/2011 foi um marco de grande relevância para o sistema penal, tendo em muito contribuído para a constitucionalização do processo penal brasileiro.

## **CAPÍTULO 2 – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO**

### **2.1 Conceito**

As medidas cautelares alternativas à prisão, de natureza restritiva, trazidas pela Lei 12.403/11, têm por objetivo proporcionar ao Processo Penal, maior gama de mecanismos capazes de evitar o aprisionamento prematuro. Com vistas ao princípio da presunção de inocência, referidas medidas conferem proporcionalidade ao Processo Penal, de modo que as prisões passam a ser medidas de *ultima ratio*.

“Também é possível denominá-las medidas cautelares alternativas. Nesse caso, apenas por se apresentarem como opções; variantes dispostas na lei. Não é possível pensá-las simplesmente como alternativas à prisão, ao contrário do que ocorre com as penas alternativas, pois embora algumas vezes possam ser utilizadas com vistas a evitar a decretação de prisão preventiva, em boa parte das vezes não.” (MARCÃO, 2014, p. 1017).

Para Marcão (2014, p. 1018), as medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, o que pode se dar durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com o escopo de se permitir a aplicação da lei penal.

### **2.2 Decretação**

A decretação da medida cautelar, distinta da prisão pode ser deferida pelo juiz a requerimento das partes, durante o processo, bem como o juiz pode decretá-la, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, na fase de investigação criminal.

Leciona Marcão (2014, p. 1020) no sentido de que tão somente o juiz natural pode decretar as medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que somente o juiz competente é que poderá submeter o agente à medida cautelar restritiva, cumprindo que assim proceda em decisão convenientemente fundamentada.

Importante observar que, para que se efetue a decretação de uma medida cautelar alternativa à prisão é imprescindível a presença, no caso concreto, dos mesmos requisitos que autorizam a prisão preventiva.

Nesse sentido, é necessário que haja a presença dos elementos do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Em outros termos, para que a decretação da medida cautelar alternativa seja legítima é preciso que haja a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, bem como é preciso que a liberdade do agente signifique risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal.

## **2.3 Espécies**

### **2.3.1 Comparecimento periódico em juízo**

Prevista no inciso I do artigo 319, a medida cautelar de comparecimento periódico em juízo tem por escopo a verificação do paradeiro do acusado ou réu durante a persecução penal, bem como das atividades por este exercidas.

Trata-se de um comparecimento pessoal perante a Secretaria do Juízo, a fim de que o acusado informe o local em que se encontra residindo, bem como a atividade exercida na ocasião, na situação de estar empregado.

A lei não determina a periodicidade dos comparecimentos em juízo, ficando a cargo do magistrado a fixação da periodicidade de referidas apresentações.

Na hipótese em que o réu resida em comarca diversa daquela em que corre o feito, de acordo com a situação, o juiz poderá determinar que o acompanhamento seja realizado perante a comarca de residência do acusado, não excluída a possibilidade de determinação de comparecimento no juízo em que se conduz o processo.

### 2.3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Prevista no artigo 319, II, do CPP, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares pode ser determinada pelo magistrado, nas ocasiões em que, por razões relacionadas ao fato, seja conveniente que o acusado permaneça distante de determinados locais a fim de que se evite a possibilidade de novas infrações.

Acertadamente, exemplifica Cabette (2013, p. 448):

“Suponha-se que o indivíduo é envolvido em brigas em bares por abuso de bebidas alcoólicas. Então, nada mais natural do que tentar evitar a prática de novas infrações, nos termos do artigo 282, I, CPP, mediante sua proibição de frequência a bares ou similares onde se consuma e comercialize bebidas alcoólicas.”

Novamente, a lei não determina os locais passíveis de proibição de acesso ao acusado, fazendo-se presumir a possibilidade de restrição de acesso não apenas a locais públicos, como, também, a locais privados, desde que respeitada a necessidade de conexão entre o local cujo o acesso restou proibido e a prática do delito.

Demais disso, cabe, ainda, ao juiz, a especificação dos locais em que o acesso estará proibido, não sendo possível a determinação de proibição de acesso a locais de modo genérico.

Para Renato Brasileiro (2019, p. 1060), além da finalidade consistente em evitar a reiteração criminosa, a medida cautelar em questão, pode funcionar, também, como meio de preservação de provas. Nesse contexto, leciona no sentido de que, embora o inciso II do artigo 319 do CPP refira-se à decretação dessa medida com o objetivo de se evitar o risco de reiteração delituosa, pode, também, a medida, ser usada para preservar e proteger a prova na hipótese de fontes orais, como testemunhas ou vítimas, o que obsta a ocorrência de ameaças, agressões, tentativas de suborno e outras atitudes do mesmo gênero.

Quanto à fiscalização e eficácia da medida cautelar, explana Renato Brasileiro (2019, p. 1061):

“A fim de assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, devem ser pensados instrumentos idôneos para a fiscalização dessa medida. A despeito do silêncio da lei, queremos crer que a adoção dessa medida deve ser comunicada de imediato à Polícia Judiciária e à própria Polícia Militar, a fim de que deem apoio a seu cumprimento.”

### **2.3.3 Proibição de contato com pessoa determinada**

Prevista no inciso III do CPP, a proibição de contato com pessoa determinada visa, além da tranquilidade pessoal de quem se impede a proximidade, evitar o cometimento de novos delitos.

Nesse sentido, imprescindível é que a medida se justifique por circunstâncias relacionadas ao delito ora cometido. Deste modo, é preciso que, pelas condições do fato, seja adequado que o indiciado ou acusado permaneça distante de determinada pessoa.

Nesse contexto, para Renato Marcão (2014, p. 1029):

“Não se trata de imposição aleatória, sem qualquer vinculação com o fato passado. É imprescindível a existência de nexos entre a conduta pretérita e o comportamento futuro que agora se busca evitar, reduzindo as oportunidades de contato entre os envolvidos, por iniciativa do investigado ou acusado, daí referir a lei que sua aplicação só terá cabimento quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante da vítima.”

Demais disso, conforme leciona Renato Brasileiro (2019), a proibição de contato a que se refere o inciso III do artigo 319 não menciona a aplicação da medida no sentido de que se deva manter distância apenas da vítima.

Para referido autor (2019, p. 1061):

“O art. 319, III, do CPP, refere-se à proibição de manter contato com pessoa determinada, sem restringir à aplicação da medida apenas à vítima. Logo, é possível que ao acusado seja imposta a proibição de manter contato com a vítima, com testemunhas e, a depender da necessidade do caso concreto, até mesmo com eventuais corréus.”

Quanto à fiscalização acerca da eficácia da medida, acrescenta Renato Brasileiro (2019, p. 1061) ser ideal que se dê a comunicação de imediato à Polícia Judiciária e à Polícia Militar, de modo a viabilizar a fiscalização do cumprimento da modalidade cautelar.

### **2.3.4 Proibição de ausentar-se da comarca ou do país**

Prevista no inciso IV do artigo 319 do CPP, a proibição de saída da comarca ou do país pode ser decretada pelo juiz quando a permanência do réu ou indiciado seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

Embora o dispositivo tão somente refira-se à proibição de saída da comarca, para Brasileiro (2019), o tópico abrange, também, a vedação de saída do país, o que se atesta por meio do artigo 320 do CPP, que menciona a retenção de passaporte na hipótese de proibição de ausentar-se do país.

Trata-se de medida que visa o adequado andamento da instrução ou da investigação, cuja necessidade e adequação de sua determinação deverá ser apurada no sentido de que sejam verificados os reais benefícios para o andamento processual.

Importante ressaltar que, em ocasiões excepcionais, poderá o indivíduo submetido à referida medida, ausentar-se da comarca desde que mediante requerimento fundamentado de autorização judicial ou em situações emergenciais mesmo desprovido de autorização judicial, se eivada de justa causa a conduta.

Nesse sentido, a hipótese exemplificativa apresentada por Eduardo Cabette (2013, p. 451):

“Durante a vigência da restrição o indivíduo adquire uma enfermidade cujo o tratamento somente pode ser feito fora da Comarca. Ele mora, por exemplo, no interior e o tratamento ou especialista somente existe na Capital. Então, poderá afastar-se mediante ordem judicial específica.”

Muito se discute acerca de referida cautelar no sentido de que gera dúvida em razão da indefinição acerca da comarca mencionada no inciso IV. Nesse sentido, poderia o legislador estar se referindo à comarca de domicílio do indiciado ou à comarca do local do crime.

Quanto à sua eficiência, para Cabette (2013, p. 451), referida medida apresenta sérias dificuldades de fiscalização, em razão de deficiências materiais e humanas do Estado.

Já Renato Brasileiro (2019, p. 1062) disserta no sentido de que, para que a medida não funcione como mera advertência ao acusado e para que seja assegurada sua operacionalidade e eficácia, prevê o artigo 320 do CPP, a comunicação da proibição de ausentar-se do país pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional. Demais disso, intimar-se – á o acusado para que entregue o passaporte no prazo de 24 horas.

Por fim, conclui-se que:

“Para além dessa medida, pensamos ser possível uma interpretação extensiva do quanto disposto no art. 289-A do CPP, de modo a se entender que, no banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, deve ser providenciado não só o registro imediato dos mandados de prisão, como também de qualquer outra medida cautelar que tenha sido imposta. Com efeito, imagine-se a hipótese em que o magistrado tenha determinado o cumprimento dessa medida cautelar de proibição de se ausentar da Comarca. Ora, seria extremamente válido e importante que essa decisão também fosse incluída no cadastro do Conselho Nacional de Justiça, possibilitando que autoridades policiais ou judiciais de outras comarcas ou de outras unidades federativas tivessem conhecimento das restrições impostas ao agente, auxiliando seu cumprimento e fiscalização.” (BRASILEIRO, 2019, p. 1062/1063).

### **2.3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos**

Prevista no inciso V do artigo 319 do CPP, a medida cautelar diversa da prisão consistente no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tenha residência e trabalho fixos constitui modalidade em que o réu permanece em sua residência como se preso estivesse, o que ocorre no período noturno e em dias de folga.

Referida medida poderá ser aplicada nas hipóteses em que não seja necessário privar integralmente o réu de sua liberdade de locomoção, de modo que o mero recolhimento durante o período noturno e em dias de folga apresente-se suficiente para a garantir o adequado curso da instrução criminal ou investigação, bem como capaz de evitar a prática de novas infrações penais.

“Trata-se de medida menos gravosa que a prisão domiciliar, porquanto se admite que o acusado possa exercer sua atividade laborativa durante o dia. Esta medida baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do acusado, que, de modo a não perder seu emprego e poder manter sua rotina de vida praticamente inalterada, sujeita-se à obrigação de não se ausentar de sua casa no período noturno e nos dias de folga.” (BRASILEIRO, 2019, p. 1063).

A aplicação de referida medida cautelar é condicionada a dois requisitos, quais sejam: que possua, o acusado, residência fixa, bem como que possua trabalho fixo, uma vez que a modalidade cautelar é absolutamente relacionada a existência de uma ocupação.

Demais disso, admite-se a aplicação da modalidade em questão na hipótese em que o acusado não possua trabalho, mas encontre-se estudando, devendo, a circunstância em que o acusado esteja estudando, receber o mesmo tratamento conferido ao contexto de trabalho.

Para Cabette (2013, p. 454), a doutrina aponta para uma suposta falta de efetividade da modalidade cautelar em questão, uma vez que a fiscalização de seu cumprimento, é habitualmente, pífia.

Brasileiro (2019, p. 1064), por sua vez, leciona no sentido de que embora o artigo 319, V, do CPP, nada enuncie acerca da questão, a fim de que se confira maior eficácia a medida, o mais adequado seria que a aplicação da modalidade se desse em conjunto com o monitoramento eletrônico.

Isso porque o Código de Processo Penal permite a aplicação cumulativa das modalidades cautelares, sendo certo que, inclusive, a LEP prevê a hipótese em que é permitido ao juiz a determinação de fiscalização através de monitoramento eletrônico quando determinada a prisão domiciliar do acusado. (art. 146-B, IV, Lei 7.210/84).

Assim:

“De fato, se aplicada isoladamente, essa medida de recolhimento domiciliar no período noturno será de difícil, senão impossível fiscalização. Aplicada cumulativamente com a fiscalização eletrônica, a verificação de seu cumprimento será facilitada, conferindo-se maior eficácia a medida.” (BRASILEIRO, 2019, p. 1064)

### **2.3.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira**

Prevista no inciso VI do artigo 319 do CPP, referida medida consiste na suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira nas hipóteses em que houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

“Trata-se de medida cautelar específica, cuja utilização está voltada, precipuamente, a crimes praticados por funcionário público contra a administração pública (v.g., peculato, concussão, corrupção passiva, etc) e crimes contra a ordem econômico-financeiro (v.g., lavagem de capitais, gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira).” (BRASILEIRO, 2019, p.1064).

Evidente, portanto, a necessidade de que exista certo nexos entre a função pública, econômica ou financeira exercida pelo infrator e o delito em razão do qual se dá a aplicação da modalidade cautelar.

Nesse sentido, leciona Brasileiro (2019, p. 1065):

“A medida cautelar do art. 319, VI, do CPP, somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas ou de sua atividade de natureza econômica ou financeira para a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente. ”

Para Cabette (2013, p. 455):

“ Embora seja necessário esse liame entre a função e o crime praticado, não há necessidade que a infração tenha sido perpetrada no exercício ou em razão das funções, bastando que o agente possa se beneficiar do cargo ou função para novas infrações. “

Embora o dispositivo em questão tão somente mencione a hipótese de cabimento da medida para evitar a prática de novas infrações penais, a doutrina leciona no sentido de que a modalidade também poderá ser utilizada com o escopo de evitar que o acusado utilize de suas funções para destruir provas, intimidar vítimas ou testemunhas e comportar-se de modo a comprometer o adequado andamento processual.

Nesse sentido, entende Renato Brasileiro (2019, p.1066):

“Portanto, apesar de o art. 319, VI, fazer menção à suspensão apenas para evitar a prática de novas infrações, é evidente que o agente também poderá ser suspenso para a garantia da investigação ou instrução criminal. ”

Na mesma linha os ensinamentos de Cabette (2013, p.456):

“(…) embora o dispositivo somente mencione o cabimento da medida para evitar a prática de novas infrações penais, também poderá ser utilizado para assegurar o interesse processual, quando houver fundado receio de que o funcionário ou pessoa que atua na área econômica possa se utilizar do cargo ou função para destruir provas, intimidar pessoas, ocultar fatos, evadir-se etc.”

E, ainda, para Renato Marcão (2014, p. 1034):

“Mas não é difícil arruinar essa tentativa de limitar o alcance da restrição, essa mazela da lei, de forma a permitir seja aplicada em busca de preservação da prova, já que o art. 347 do CP tipifica o crime de fraude processual, que consiste em inovar artificialmente, na pendência de investigação policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. ”

### **2..3.7 Internação provisória**

Prevista no inciso VII do art.319 do CPP, referida medida cautelar é prevista para hipóteses em que seja o crime praticado com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi – imputável o agente, havendo risco de reiteração.

Para Brasileiro (2019, p.1070), em razão do cabimento nas hipóteses de delito cometido com violência ou grave ameaça por inimputável ou semi - imputável quando houver risco de reiteração, conclui-se ser, a finalidade da medida, a proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves, sendo certo que o dispositivo não estabelece qualquer distinção entre inimputáveis ou semi - imputáveis à época do crime e aqueles cuja doença mental sobreveio à infração.

Desse modo, o autor acredita ser possível a aplicação da medida em ambas as hipóteses, não como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado a garantir a ordem pública, a fim de que se evite a prática de novos delitos penais com violência ou grave ameaça.

Trata-se, referida modalidade, de um grande avanço para o Processo Penal, uma vez que, anteriormente, não havia previsão de um instrumento adequado para as hipóteses em que fossem os infratores pessoas com deficiência.

Nesse sentido, explica Cabette (2013, p.462):

“O que ocorria anteriormente é que o magistrado ficava de mãos atadas, sem uma medida adequada, sendo forçado a valer-se da Prisão Preventiva, mantendo um doente mental no cárcere juntamente com criminosos comuns, ocasionando transtornos à administração penitenciária, aos próprios demais detentos e, principalmente, ao doente mental que nesse ambiente tem sua enfermidade agravada, além de correr sérios riscos quanto à vida e integridade física.”

Tem-se, portanto, uma medida mais justa e adequada às necessidades inerentes às pessoas com deficiência, a qual poderá ser aplicada nas hipóteses em que reste demonstrado o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Nesse contexto, é preciso que seja demonstrado não somente a grande probabilidade de ocorrência da infração delituosa pelo inimputável ou semi- imputável, mas, também, o efetivo perigo de reiteração da conduta.

Em relação à aplicabilidade da medida, importante frisar a relevância de um laudo pericial, uma vez que este irá atestar a inimputabilidade ou semi imputabilidade do agente.

Conforme explana Cabette (2013, p.463), um dos maiores problemas para a colocação em prática dessa modalidade cautelar consiste na realização do exame pericial. Isso porque o grande obstáculo está na falta de recursos humanos e materiais para a implementação de novidades implementadas pela legislação.

De outro modo entende Brasileiro (2019, p. 1070/1071), que se posiciona no sentido de que, embora haja regra de existência prévia de laudo pericial para a aplicação da medida, não se pode dizer que referido exame funcione como condição *sine qua non* para sua imposição. Dessa forma, em razão da excessiva demora para a elaboração do laudo pericial, acredita ser possível a utilização de provas diversas, ao menos enquanto pendente o exame de insanidade mental.

Certo, portanto, que a medida cautelar em questão traz consigo certos entraves. Evidente que, em regra, diante da impossibilidade de se constatar a inimputabilidade ou semi - imputabilidade do contraventor, aplica-se o encarceramento do agente, através de Prisão Preventiva.

Não se exclui, no entanto, a possibilidade de que, nos termos do artigo 317 do CPP, seja aplicada ao infrator, a prisão domiciliar.

### **2.3.8 Fiança**

Prevista no inciso VIII do artigo 319 do CPP, a fiança funciona como medida cautelar autônoma, que, determinada isolada ou cumulativamente, quando admitida, tem por finalidade assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento e coibir resistência injustificada à ordem judicial.

Para Marcão (2014, p.1036), referida medida pode ser chamada de “fiança restritiva”, em contraste com a “fiança libertadora ou liberadora”, que se pode prestar como contracautela à prisão em flagrante.

Conforme narra Brasileiro (2019, p. 1072), a princípio, eram a liberdade provisória sem fiança e com fiança tratadas pelo ordenamento jurídico como espécies de medidas de contracautela, de modo que funcionavam como substitutas da prisão em flagrante. Nesse sentido, jamais fora admitido pelo nosso sistema que alguém fosse submetido ao regime de liberdade provisória com ou sem fiança sem que estivesse previamente preso em flagrante.

Ocorre que, com a vigência da Lei 12.403/11, explica o autor que a fiança passou a funcionar, também, como medida cautelar autônoma, sendo certo que, atualmente, pode ser imposta isolada ou cumulativamente para as devidas finalidades.

Com efeito, embora exista a possibilidade de concessão da fiança em qualquer fase da investigação ou do processo, necessário certo aprofundamento acerca da questão.

Isso porque, conforme leciona Marcão (2014, p.1037), a fiança libertadora da prisão em flagrante, a rigor, possui cabimento tão somente dentro do período compreendido entre a lavratura do auto de prisão e a materialização do art. 310 do CPP.

E, ainda, para Marcão (2014, p. 1037):

“Daí por diante só será possível pensar em fiança enquanto medida cautelar regulada no art.319, VIII, do CPP, sendo possível, nesse caso, que, mesmo depois de decretada a prisão preventiva por ocasião do art. 310 ou durante o processo, reconsidere o juiz a respeito da necessidade e utilidade do encarceramento, ocasião em que poderá fazer cessar a privação cautelar da liberdade e aplicar a medida diversa denominada fiança. ”

Assim, conclui-se necessária a distinção entre as duas espécies de fiança, quais sejam: a fiança vinculada ao instituto da liberdade provisória, que acompanha a prisão em flagrante e a fiança estabelecida no artigo 319, VIII, do CPP, uma vez que, em que pese perceba-se a previsão de ambas quando da análise dos artigos 322 e seguintes do CPP, diversos são os fundamentos de fato e de direito que as amparam.

Desse modo:

“Enquanto uma pressupõe, sempre, a existência de prisão em flagrante, a outra não, e poderá ser aplicada na fase de investigação ou do processo, até mesmo em relação a quem não tenha sofrido qualquer privação de liberdade. ” (Marcão, 2014, p.1037).

### **2.3.9 Monitoração eletrônica**

Prevista no inciso IX do artigo 319 do CPP, a aplicação de monitoração eletrônica deixou de ser uma exclusividade da execução penal e, com o advento da Lei nº 12.403/11, passou a estar disposta como medida cautelar autônoma e substitutiva da prisão, podendo também ser aplicada na fase investigativa ou processual.

Nesse sentido, certo é que, no Brasil, foi instituída pela Lei nº 12.258/2010 a hipótese de monitoramento eletrônico relativamente a condenados, conhecida por

monitoramento-sanção. Referido instrumento poderia ser aplicado durante a execução da pena, nas hipóteses em que os condenados eram beneficiados com saídas temporárias no regime semi – aberto e aos que encontravam-se em prisão domiciliar.

Conforme leciona Brasileiro (2019, p. 1073) referido sistema é conhecido como *back - door*, uma vez que visa utilizar o monitoramento eletrônico para retirar antecipadamente do sistema carcerário pessoas que possuam condições de finalizar o cumprimento da pena fora do cárcere.

Ocorre que, com a instituição da Lei 12.403/11, referida modalidade passou a ser utilizada como meio alternativo à prisão.

Nesse sentido, Brasileiro (2019, p. 1073) aponta que, atualmente o sistema do monitoramento eletrônico denominou-se *front - door*, o que significa que tal tecnologia passou a ser utilizada de modo a se evitar o ingresso do agente na prisão.

Desse modo, segundo Brasileiro (2019, p. 1073): “Trata-se, portanto, de uma medida alternativa à prisão, que visa evitar o contato do agente com o cárcere.”

Certo, ainda, que diversas são as tecnologias competentes para a aplicação da medida. Nesse contexto, Marcão (2014, p. 1038) menciona ser referido monitoramento, realizado, em regra, através de GPS (*Global Positioning System*, ou Sistema de Posicionamento Global), podendo se dar com a utilização de pulseira, tornozeleira, implante de chip, etc.

Quanto à aplicabilidade e eficiência, aponta a doutrina no sentido que existem problemas na implantação da modalidade, o que se dá em razão da ausência de legislação regulamentadora.

Nesse cenário, explana Brasileiro (2019, p. 1075) no sentido de que, igualmente como ocorrido em relação às demais medidas cautelares do art. 319 do CPP, o legislador nada disse acerca de mecanismos de controle e fiscalização do monitoramento eletrônico, de modo que, há de se presumir que, com a utilização da tecnologia GPS, é possível que a autoridade judiciária exerça o monitoramento dos locais e horários em que o condenado deva estar ou permanecer, fiscalizando em tempo real o cumprimento das condições determinadas.

Ademais, acredita o autor, ser possível a aplicação subsidiária do disposto no artigo 146-C da LEP, o qual cuida da monitoração eletrônica nas hipóteses de saída

temporária, no regime semi- aberto e na prisão domiciliar e prevê a instrução do condenado acerca dos cuidados e deveres para com o instrumento inerente à modalidade de monitoramento eletrônico.

## **CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **3.1. Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso no texto constitucional, mas encontra-se inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal, que prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Renato Brasileiro explica o princípio (2019, p. 84):

“Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.”

No mesmo sentido, o autor explana que o princípio da proporcionalidade observa requisitos extrínsecos e intrínsecos, de modo que os primeiros se subdividem nos requisitos da judicialidade e da motivação, e, os segundos, subdividem-se na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Explica, ainda, o autor, que judicialidade refere-se ao fato de que as limitações aos direitos fundamentais apenas podem ocorrer mediante decisão do órgão judicial competente. Motivação, por sua vez, refere-se à necessidade de se fundamentar a decisão judicial que resulte, de algum modo, em restrição à direitos fundamentais.

Em relação aos requisitos extrínsecos, a coerente posição de Willis Santiago Guerra Filho (1989, p. 75):

“Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”

Lima (2017), adequadamente sintetiza o princípio da proporcionalidade, mencionando que:

“Assim, o magistrado antes de decretar a prisão ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, deverá verificar se a medida é necessária (inevitável, sem a qual a tutela jurisdicional perderá a sua razão), adequada (adaptada ao caso concreto, permitindo a justa posição entre restrição de direitos e o que se quer conseguir com o processo) e proporcional em sentido estrito (as vantagens que promove deve superar as desvantagens que provoca).”

### 3.2. Não Culpabilidade

Trata-se de um princípio consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, que prevê que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse contexto, explana Brasileiro (2019, p. 48), que, do princípio da não culpabilidade, derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento.

Em suma, de acordo com a regra probatória (*in dubio pro reo*), o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado é da parte acusadora, e não daquele de provar sua inocência.

No mesmo sentido, Brasileiro (2019, p. 48) dispõe que:

“Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.”

Já em virtude da regra do tratamento, é vedado ao Poder Público atitudes e comportamentos em relação ao suspeito, indiciado, denunciado ou acusado, que pressuponham a condenação, enquanto não findar o processo criminal.

Extrai-se da Declaração dos Direitos do Homem, artigo 9º que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa poderá ser severamente reprimido pela lei”.

No mesmo sentido o artigo 11 da a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe: “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

E, ainda, a disposição do artigo 8º, § 2º, do Pacto de San Jose da Costa Rica: “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Observa-se, pois, que a privação cautelar da liberdade, somente se fundamenta em hipóteses excepcionais, tendo em vista que a regra é responder ao processo penal em liberdade, a exceção é fazê-lo preso.

Por outro lado, conforme bem diz Renato Brasileiro (2019, p. 49), o princípio da presunção de inocência não proíbe aquela prisão cautelar que se dá por razões excepcionais e que visa a garantia da efetividade do processo, e que tem respaldo, inclusive, na própria constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária ao caso concreto.

Conclui o autor que (2019, p. 50):

“ [...] por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar somente de legítima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do acusado. ”

### **3.3. Contraditório e ampla defesa**

Previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal, o Princípio do Contraditório e Ampla Defesa dispõe que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O direito de defesa relaciona-se ao contraditório, já que o garante e manifesta-se através dele.

Conforme leciona Madeira Dezem (2020, p.117):

“A ampla defesa consiste na defesa tanto pelo acusado quanto por pessoa legalmente habilitada para tanto. Possui duas manifestações: (a) a autodefesa, também chamada de defesa pessoal; e (b) defesa técnica.”

O autor explana, ainda, acerca dos aspectos pelos quais se manifesta a autodefesa, quais sejam: o direito de audiência, o direito de presença e o direito de postular pessoalmente.

Já o direito à defesa técnica diz respeito ao direito do réu de ser defendido por profissional apto e inscrito nos quadros da OAB. Diferentemente da autodefesa, que é renunciável, a defesa técnica é imprescindível, sendo irrenunciável.

O contraditório, por sua vez, é para Almeida (1973), uma ciência bilateral dos atos e termos do processo, bem como a possibilidade de contrariá-la o.

Para Renato Brasileiro (2019, p. 56), seriam dois os elementos do contraditório: o direito à informação e o direito de participação. O contraditório seria, portanto, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.

Destaca-se que para a maioria da doutrina, o princípio do contraditório incide tão somente na fase processual, não havendo incidência perante a fase de inquérito policial. Referida questão vem sendo flexibilizada, no entanto. No Estatuto da OAB, em seu artigo 7º, XXI, observa-se a incidência da defesa técnica em fase de inquérito, por exemplo.

Necessário apontar que o parágrafo 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 13.964/2019 solidificou o princípio do contraditório nas medidas cautelares. Isso porque inseriu prazo para manifestação da parte contrária, tendo, ainda, ressaltado que “os casos de urgência ou de perigo”, ocasiões em que eventualmente não seja intimada a parte contrária “deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.”

### **3.4. Devido processo legal**

Previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, referido artigo prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Referido princípio garante o direito a um processo que respeite as garantias constitucionais e todas as etapas processuais previstas em lei. O desrespeito ao princípio faz com que o processo se torne nulo. Deste princípio derivam todos os demais.

Nesse sentido, a ementa de julgado do STF relatado pelo Ministro Celso de Mello:

“HABEAS CORPUS” – NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EMPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS” – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRARAM COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGIMITAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – PEDIDO DEFERIDO. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA “PERSECUTIO CRIMINIS”. - O exame da cláusula referente ao ‘due process of law’ permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: ( a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); ( b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; ( c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; ( d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); ( e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; ( f) direito à igualdade entre as partes; ( g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; ( h) direito ao benefício da gratuidade; ( i) direito à observância do princípio do juiz natural; ( j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); ( l) direito à prova; e ( m) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao ‘due process of law’, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador

em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos.” (STF – HC: 94601 CE, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02-PP-00240).

Para Barreto (2019, p. 47):

“Trata-se de Princípio que fundamenta a visão garantista do processo penal, entendido como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do réu em face da força inexorável do Estado. Por conta disso, é princípio que desencadeia diversos outros princípios no Processo Penal, ou, em outros termos, o cumprimento de todos os outros princípios do Processo Penal implica, na verdade, no atendimento ao princípio do devido processo legal.”

### **3.5. Motivação da decisão**

Expresso no artigo 93, IX, da Constituição Federal, referido princípio prevê que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade.

Conforme leciona Renato Marcão (2019, p. 109):

“A fundamentação ou motivação das decisões se presta a demonstrar o enfoque sob o qual o juiz analisou a prova, bem como sua interpretação da regra jurídica aplicável na solução da controvérsia, seu conhecimento do processo, imparcialidade e senso de justiça; atende à necessidade de satisfação das partes e do corpo social, que têm direito de conhecer as razões determinantes da decisão judicial ; permite controle hierárquico-funcional a respeito da qualidade técnica do julgador e aferição do cabimento de reforma de sua decisão.”

Em 2011, com a lei 12. 403, que trouxe as medidas cautelares diversas da prisão, editou-se também, a redação do artigo 315 do Código de Processo Penal, que evidenciou o respeito ao princípio da motivação. Referido artigo instituiu a obrigação de se motivar a decisão que decreta, substitui ou denega a prisão preventiva.

De acordo com Fernandes (2012, p. 140):

“Quanto às decisões interlocutórias restritivas à liberdade individual, de forma expressa, exige-se no art. 315 do CPP a motivação da decisão que determinar ou que denegar a prisão preventiva, bem como daquela que a substituir, e, no art. 2º, §2º, da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, da decisão que impuser a prisão temporária. “

Em suma, o artigo 315 do CPP atestou a necessidade de fundamentação do magistrado quando da determinação da custódia cautelar. Não é permitido ao magistrado deixar de explicar o motivo concreto da custódia cautelar, tampouco somente invocar motivos genéricos como justificativa para tanto.

Quanto à decretação de medidas cautelares alternativas à prisão, esta também observa o princípio da motivação. Ora, além dos requisitos gerais inerentes às medidas cautelares, a decretação das medidas alternativas apenas se dá a partir do respeito aos requisitos do artigo 282 do CPP, tão somente sendo possível aplicá-las quando observados o *periculum in mora* e o *fumus comissi deliti*.

#### **CAPÍTULO 4 - SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO CAUTELAR E A EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS**

Em nosso ordenamento jurídico, a prisão cautelar sempre constituiu medida de exceção, em acatamento ao princípio da excepcionalidade, observado no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal. Ocorre que, com o advento da Lei 12.403/2011, além da característica de excepcionalidade, conferiu-se às prisões cautelares caráter subsidiário, empregando-se o princípio da subsidiariedade. Isso porque, de acordo com o novo texto do artigo 310, II, do CPP, trazido pela Lei 12.403, a prisão cautelar, mesmo que disposta dos pressupostos legais, apenas se fundamentará nas hipóteses em que não houver possibilidade de imposição de medidas cautelares alternativas.

O artigo 5º, LXVI, da CF, afirma ser vedada a prisão nas hipóteses em que a lei admitir a liberdade “provisória”. Outrossim, observa-se a partir da leitura do inciso LXI do mesmo artigo, a determinação de que tão somente autoriza-se a imposição de prisão cautelar nos casos em que o agente for surpreendido em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, com ressalva às hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar.

Referida subsidiariedade da prisão cautelar também é observada no texto dos artigos 282, §4º e §6º, 283, 312, 310, II, e artigo 321, todos do CPP.

Conforme a orientação de referidos artigos, a prisão cautelar somente deverá ser aplicada de maneira excepcional, nas hipóteses em que esgotadas as tentativas de imposição de medidas cautelares outras.

Destaca-se o artigo 310, II do CPP, que, combinado com o artigo 312, expressa de maneira objetiva e clara o fato de que a prisão em flagrante deverá ser convertida em preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, e na hipótese em que se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Desse modo, observa-se que, em primeiro lugar, deve-se verificar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão em substituição das medidas cautelares prisionais, desde que haja indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como a fundamentação da decisão judicial no sentido de esclarecer a imprescindibilidade da medida para o bom funcionamento do processo.

Nessa perspectiva, o ensinamento de Aury Lopes Júnior:

“A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação” (2013, p. 861).

Importante mencionar que, recentemente, a função das medidas cautelares foi também ratificada pela Lei 3.964/2019, que acrescentou ao §5º do artigo 282, a expressão “de ofício”, que passou permitir ao juiz a revogação ou substituição de medidas cautelares de ofício, atestando a razão de existir provisória inerente às medidas acautelatórias.

Outrossim, com a entrada em vigor da Lei 13.964, de 24/12/2019, atestou-se, a subsidiariedade e provisoriedade das medidas acautelatórias prisionais. Isso porque passou a vigorar a determinação de que a prisão preventiva, uma vez decretada, deve ser reavaliada a cada 90 dias, no sentido de que o órgão emissor deve analisar a necessidade de sua manutenção mediante decisão fundamentada e de ofício, sob pena de ilegalidade da prisão.

Para Sannini (2011) as medidas cautelares diversas da prisão, de fato, devem ser adotadas de modo preferencial. No entanto, para que a eficácia de tais medidas seja garantida, necessário é que haja controle por parte dos órgãos responsáveis pela segurança pública, vez que seu descumprimento pode ocasionar risco ao direito de punir do Estado.

Ressalta-se que, a garantia da eficácia de referidas medidas cautelares alternativas à prisão é resguardada pelo parágrafo §4º do artigo 282 do CPP. Ora, de acordo com o dispositivo, na hipótese de descumprimento das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou querelante, poderá substituir a medida por outra, ou mesmo impor outra em cumulação, sem prejuízo da decretação de prisão preventiva.

Conforme explica Sannini (2011), referido dispositivo trouxe a denominada “prisão preventiva substitutiva ou subsidiária”, com a função de garantir a execução das medidas cautelares diversas da prisão, devendo ser utilizada nas hipóteses em que se verificar o descumprimento de medidas cautelares anteriormente decretadas. Para o autor, tal modalidade cautelar prisional não se submete, portanto, aos limites estabelecidos pelo artigo 313 do CPP.

Desse modo, observa-se que o respaldo legal que garante a eficácia das medidas confere, por si só, certa segurança à aplicação das medidas alternativas, sendo necessário o controle por parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal, que devem atuar no sentido de fazer valer a eficácia da modalidade cautelar, mediante a devida fiscalização de seu cumprimento.

## **CONCLUSÃO**

Como bem expõe Miguel Tedesco Wedy (2013, p. 63): “Os princípios adquirem, no contexto de um Estado Constitucional, o papel de verdadeira força motriz do Direito, pois assentam o sistema jurídico sobre uma base sólida”.

Assim, conclui-se que, desde que necessárias e adequadas, as medidas cautelares alternativas à prisão sob a ótica principiológica, são, de fato, um grande feito para o Direito Processual Penal. Tais medidas atestam a confiabilidade da Justiça, que passa a conferir maior individualidade aos litígios criminais, que deixam de restringir-se a questões preliminares de dupla solução, consistentes em liberdade provisória ou prisão

cautelar e passam a constituir circunstâncias únicas dignas de soluções provisórias únicas e diversas, que se adequem à realidade do caso. Atestam, ainda, a força de um processo penal constitucional, que respeita as garantias e direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que, de fato, as medidas cautelares diversas da prisão constituem uma esplêndida referência de respeito a princípios que há muito já eram reclamados pela doutrina e jurisprudência. Tais medidas em muito enriqueceram a Justiça Criminal, a quem cabe respeitá-las e torná-las eficientes.

Por fim, concluo o presente estudo com o oportuno ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 399): “A medida cautelar é destinada não tanto a fazer justiça, mas também a dar tempo para que a justiça seja feita”.

E, ainda, a pertinente consideração Ada Pellegrini Grinover (1973):

“Importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição.”

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão

processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 maio. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94601 – CE**. Paciente: Victor Ares Gonzalez. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399171/habeas-corpus-hc-94601-ce?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 out. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403/11 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Brasil é um dos dez países mais violentos do mundo, revela Atlas da Violência 2018**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/543467-brasil-e-um-dos-dez-paises-mais-violentos-do-mundo-revela-atlas-da-violencia-2018/#:~:text=Brasil%20C3%A9%20um%20dos%20dez,revela%20Atlas%20da%20Viol%20C3%A9ncia%202018&text=Pela%20primeira%20vez%20na%20hist%20C3%B3ria,30%20mortes%20por%20100.000%20habitantes.>> Acesso em: 08 set. 2020.

CNJ. **CNJ engaja Poder Judiciário no enfrentamento à crise prisional**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-engaja-poder-judiciario-no-enfrentamento-a-crise-prisional/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

**Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 1969. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organizacao-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em: 09 out. 2020.

**Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 09 out. 2020.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 09 out. 2020.

DEPEN. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo**: novas tendências do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUERREIRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza, UFC, Imprensa Universitária, 1989.
- LIMA, Daniel. **Medidas cautelares alternativas e o postulado da proporcionalidade**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/medidas-cautelares-alternativas/>>. Acesso em: 02 out. 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JUNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>>. Acesso em: 03 out. 2020.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MPCE. **Coletânea de Temática de Jurisprudência**. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Coletânea-de-Jurisprudência-STF\\_Direito\\_Penal-e-Processo-Penal-2016.pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Coletanea-de-Jurisprudencia-STF_Direito_Penal-e-Processo-Penal-2016.pdf)> . Acesso em: 05 out. 2020.
- SANNINI NETO, Francisco. **Fiscalização Necessária** - Medidas cautelares diversas da prisão são marco. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-06/medidas-cautelares-diversas-prisao-fortalecem-principio-constitucional>>. Acesso em: 03 out. 2020.
- SZNICK, Valdir. **Liberdade, Prisão Cautelar e Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1995.
- WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.